



LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

**Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

JAVIER CARRASCO BRIONES

Profesora Guía: Carola Canelo Figueroa

SANTIAGO - CHILE

AGOSTO 2011

*A mis padres;
quienes desde el cielo y de la tierra, guían cada momento de mi vida.*

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
---------------------------	----------

CAPÍTULO I

EJECUCIÓN PROVISIONAL Y TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS	8
--	----------

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL	8
A. Concepto	8
B. Naturaleza jurídica.....	9
II. DEL DEBIDO PROCESO A LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS	10
A. Breve reseña histórica de la noción de debido proceso.....	10
B. La concepción tradicional del debido proceso.....	11
C. Del debido proceso al proceso justo	13
III. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	14
A. La tutela judicial efectiva como derecho fundamental	14
B. Construcción dogmática y contenido del derecho a la tutela judicial efectiva	16
C. La tutela judicial efectiva en el Derecho chileno.....	18
D. El derecho a la tutela judicial efectiva como fundamento de la ejecución provisional ..	22
E. Ejecución provisional y el derecho a recurrir ante un tribunal superior	25

CAPÍTULO II

MECANISMOS PROCESALES DE REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL	27
--	-----------

I. GENERALIDADES	27
II. CRITERIOS DE POLÍTICA LEGISLATIVA.....	28
III. ASPECTOS PROCESALES DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.....	29
A. Modo en que opera la ejecución provisional: ejecución por efecto legal o mediante decisión judicial	29
B. Resoluciones judiciales susceptibles de ejecución provisional.....	30
C. Naturaleza jurídica de la resolución sujeta a ejecución provisional	31

D. Oportunidad para solicitar la ejecución provisional	34
E. Procedimiento aplicable.....	35
F. Necesidad del otorgamiento de caución.....	36
G. Régimen de oposición a la ejecución provisional.....	38
H. Revocación total o parcial de la sentencia ejecutada provisionalmente	40

CAPÍTULO III

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL DERECHO COMPARADO43

I. GENERALIDADES	43
II. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA DEL 2000	44
A. Reseña histórica sobre la ejecución provisional en el derecho español	44
B. Razones del cambio legislativo y principales características de la nueva regulación.....	45
C. Procedimiento de ejecución provisional	47
D. Balance sobre la aplicación de la ejecución provisional en el proceso civil español.....	62
III. CÓDIGO PROCESAL CIVIL ALEMÁN	64
A. Reseña histórica sobre la ejecución provisional en la Ordenanza Procesal Civil Alemana de 1877.....	64
B. Panorama actual en el Código Procesal Civil Alemán	66
IV. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL FRANCÉS	68
V. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ITALIANO.....	69
VI. CÓDIGOS PROCESALES LATINOAMERICANOS	71

CAPÍTULO IV

PANORAMA ACTUAL DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL PROCESO CIVIL CHILENO.....74

I. RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN CHILE.....	74
II. CASUÍSTICA SOBRE EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL	75
A. Apelación de autos, decretos y sentencias interlocutorias (art. 194 N° 2 del Código de Procedimiento Civil).....	75

B. Impugnación por la vía del recurso de casación	76
C. Cumplimiento de la sentencia definitiva en el juicio ejecutivo	78
D. Cumplimiento de la sentencia definitiva en el juicio sumario	80
E. Cumplimiento de la sentencia en los interdictos posesorios.....	81
F. Cumplimiento de las resoluciones en los juicios con ocasión del contrato de arrendamiento	81
G. Cumplimiento de las resoluciones en el procedimiento de expropiación por causa de utilidad pública	82
III. SÍNTESIS SOBRE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL DERECHO CHILENO.....	82
A. Naturaleza jurídica de la ejecución provisional	83
B. Procedimiento aplicable.....	84
C. Efectos de la revocación o anulación de la sentencia provisionalmente ejecutada.....	85

CAPÍTULO V

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL PROYECTO DE LEY QUE APRUEBA UN NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

I. LA REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1902	89
A. Antecedentes históricos del proceso civil chileno	89
B. Trabajo prelegislativos.....	91
C. El proyecto de ley que aprueba un nuevo Código Procesal Civil (Mensaje de S.E. la Presidenta de la República N° 358-357 de 18 de mayo de 2009).....	93
II. REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL	94
A. Tratamiento de la ejecución provisional	94
B. Observaciones y comentarios al proyecto de ley	98

CONCLUSIONES.....

BIBLIOGRAFÍA.....

INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es analizar el tema de la ejecución provisional de las resoluciones judiciales en nuestra legislación procesal civil y comparada. La materia dice relación con la posibilidad de llevar a cabo el cumplimiento de resoluciones judiciales carentes de firmeza, por existir recursos pendientes deducidos en su contra.

El tema es de una trascendencia capital, ya que tal institución pretende producir alteraciones en el patrimonio de las personas, teniendo como base resoluciones judiciales respecto de las cuales se encuentra conociendo un tribunal superior en virtud de un recurso deducido en su contra, cabiendo en consecuencia, la posibilidad de una eventual revocación. Si bien, aparentemente tal noción se encontraría en pugna con la idea de debido proceso y al derecho que le cabe al demandado de impugnar la sentencia condenatoria dictada en su contra, no es menor que quien ejerció su derecho de acción y además obtuvo una sentencia definitiva de primera instancia que le dio la razón, no debería soportar el costo temporal de la alzada¹.

En nuestra legislación nacional, la institución de la ejecución provisional es regulada parcial e inorgánicamente, y solo se hace referencia a ella, a través de las denominadas “resoluciones que causan ejecutoria”², las cuales, si bien cuentan con un gran abanico dentro de las resoluciones judiciales dictadas en primera instancia, la sentencia definitiva queda fuera tal posibilidad de ejecución. Solo a partir de los trabajos prelegislativos de la reforma al proceso civil chileno y en el proyecto de ley que aprueba un nuevo Código Procesal Civil, se ha introducido la figura de la ejecución provisional, con una regulación

¹ PÉREZ RAGONE, Álvaro. 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 P., José Pedro, GARCÍA G., José Francisco, LETURIA I., Francisco J. Justicia civil y comercial: una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil. Pontificia Universidad Católica de Chile y Fundación Libertad y Desarrollo, 2006. 501p.

² Tal expresión es ajena al texto originario del Código de Procedimiento Civil y fue introducida por la Ley N° 7.760 del año 1944, la cual modificó el artículo 231 de dicho cuerpo legal, guardando de este modo armonía con la existencia de recursos no suspensivos que contempla nuestro código.

bastante particular y algo confusa, como veremos más adelante.

En el Derecho Comparado, como se expondrá, la tendencia general es no poner la carga del tiempo de la duración de la alzada en los hombros de quien resultó vencedor en primera instancia; las técnicas legislativas varían en cuanto a los requisitos, límites y efectos de la ejecución provisional, pero lo fundamental es dar una tutela preferente a quien, como ya se señaló, obtuvo una sentencia favorable.

En razón de lo anteriormente expuesto, la ejecución provisional se configura como uno de los principales instrumentos que busca otorgar tutela judicial efectiva a las personas, y superar de este modo, “una de las principales dificultades reales que ofrece un sistema de recursos, que es el que dice relación con los tiempos que, en todas latitudes, demanda su tramitación y decisión, al grado que es un secreto a voces, que la interposición de los mismos usualmente no obedece a un verdadero afán impugnador, sino al indisimulado interés del litigante perdedor de dilatar la finalización del pleito; con la ejecución provisional de la sentencia definitiva de primera instancia, no sólo se evitará la interposición de recursos injustificados, sino que, más allá de un cambio legislativo, representará una verdadera transformación cultural del medio jurídico”³.

³ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, PALOMO VÉLEZ, Diego Iván (Coordinadores). Proceso civil: hacia una nueva justicia civil. Editorial Jurídica de Chile, 2007. 47p.

CAPÍTULO I

EJECUCIÓN PROVISIONAL Y TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS

I. Concepto y naturaleza jurídica de la ejecución provisional.

A. Concepto.

Existen diversas definiciones de lo que debe entenderse como ejecución provisional o provisoria de la sentencia definitiva. Federico Carpi, señala que es “la anticipación de la eficacia ejecutiva de la sentencia o de otras providencias judiciales, respecto al momento y al grado de madurez que la ley considera como normal”⁴.

Manuel Ortells Ramos, por su parte, la define como “el proceso de ejecución por el que el órgano jurisdiccional realiza una serie de actividades, para acomodar la realidad exterior a lo establecido en el título ejecutivo -una resolución sobre el fondo carente de firmeza- con incidencia en la esfera jurídica y patrimonial de quien venga obligado por el título, quedando supeditada la permanencia de dicha actividad ejecutiva a lo que resulte del recurso interpuesto contra la resolución definitiva”⁵.

En síntesis, se trata de la eficacia ejecutiva de una sentencia, quedando sus efectos sujetos a la eventual revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente. Carnelutti no comparte el calificar a esta ejecución con el carácter de “provisional”; señala que el adjetivo provisional no es correcto, porque la sentencia de primer grado se ejecuta del mismo modo que la sentencia de apelación estando pendiente la impugnación, y no se comprende por qué la ejecución de la primera sea provisional y no la de la segunda. Más adelante explica Carnelutti, que el adjetivo tiene su justificación en que tal ejecución puede ser rescindida; en tal sentido, la palabra provisional debería sustituirse por la de

⁴ SILVA ÁLVAREZ, Oscar. La ejecución provisional de sentencias. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (31): 370, 2008.

⁵ ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho procesal civil. 3ª edición, Editorial Aranzadi, 2002. 954p.

condicional⁶.

Desde nuestra perspectiva, podemos definir la ejecución provisional como **una modalidad especial de ejecución, consistente en satisfacer la pretensión del ejecutante contenida en una resolución judicial carente de firmeza, cuyos efectos quedan supeditados a la confirmación de la sentencia impugnada.**

B. Naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica de la ejecución provisional, diferirá en gran parte, de acuerdo con la regulación legal de cada sistema procesal en particular. Existen legislaciones donde se le regula como un mecanismo de naturaleza netamente ejecutiva⁷, mientras que en otros, se le caracteriza como un instrumento típicamente cautelar⁸. Sin embargo, sea cual sea su tratamiento legislativo, la doctrina se inclina mayoritariamente a calificarlo con un acento ejecutivo.

Las razones de tal inclinación se deben principalmente a que el fundamento de las medidas cautelares se encuentra por un lado en la existencia del *fumus boni iuris* (humo de buen derecho), y por el otro, en el *periculum in mora* (peligro en la demora).

⁶ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1944, Vol. I. pp. 441-442.

⁷ Así la Ley de Enjuiciamiento Civil Española señala en su artículo 524.2 que “La ejecución provisional de sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria, por el tribunal competente para la primera instancia.”, poniendo énfasis en el carácter ejecutivo de la misma. Esta postura queda además claramente establecida en la propia exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que se expresa con claridad que “XVI (...) la ejecución forzosa provisional no es, por supuesto, ninguna medida cautelar y supone, de ordinario, efectos de más fuerza e intensidad que los propios de las medidas cautelares. Pero en un caso, además de una razonable oposición, existe una sentencia precedida de todas las garantías y, en el otro, solo el <<humo de buen derecho>>”.

⁸ Por su parte el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay regula la ejecución provisional en su artículo 260, en relación a la apelación no suspensiva, exigiendo caución al solicitante de la ejecución, pudiendo además sustituirse la ejecución provisional en cualquier momento por una medida cautelar prestando la correspondiente contracautela por parte del peticionario. Tal tratamiento revela la naturaleza netamente cautelar que tiene la ejecución provisional en la legislación procesal Uruguaya, la cual era aún más evidente con anterioridad a la modificación introducida al artículo 260 por la Ley N° 16.699 de fecha 25 de abril de 1995 la cual eliminó como condición de la ejecución provisional, la existencia de peligro de frustración del derecho derivado de la demora en la tramitación de la segunda instancia, haciendo una clara referencia al *periculum in mora* de la tutela cautelar.

Tales presupuestos no se dan en la ejecución provisional, ya que, en cuanto “al humo de buen derecho”, como señala la propia exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, éste se encuentra reconocido en la propia sentencia que se pretende ejecutar, de modo que no es necesario acreditar fundamento alguno de la petición de ejecución provisional, como sí ocurre en la solicitud de medidas cautelares. Y en cuanto al “peligro en la demora”, si bien la consecuencia inmediata de la ejecución provisional es dar celeridad a la justicia civil y evitar la vulneración de los derechos del litigante victorioso, su fundamento se encuentra más bien en la idea de potenciar la administración de justicia en primera instancia, otorgando tutela judicial efectiva a los derechos de las personas, permitiendo que quien obtuvo una sentencia en su favor, pueda satisfacer su pretensión de manera oportuna. Tal posición es además reconocida por el Tribunal Supremo Español en sentencia de fecha 14 de noviembre de 2002 y en auto de la sala civil de fecha 30 de noviembre de 2005⁹.

Ramos Méndez sostiene que la ejecución provisional, que él denomina “ejecución inmediata”, presenta la misma naturaleza que la ejecución de una sentencia firme y no puede atribuírsele un carácter diferente de cualquier otra actividad ejecutiva, ni menos identificarlo como un instituto cautelar. En ambos casos (ejecución provisional y definitiva) los actos de ejecución son completamente coincidentes. La única diferencia radica en el título que toma como punto de partida la ejecución según esté o no revestido de firmeza. Si acaso el que goza de carácter provisional es el título, que puede ser revocado por una decisión jurisdiccional posterior. Pero la ejecución es la misma y adopta los mismos procedimientos que la ejecución ordinaria¹⁰.

II. Del debido proceso a la tutela efectiva de los derechos.

A. Breve reseña histórica de la noción de debido proceso.

⁹ SILVOSA TALLÓN, José Manuel. La ejecución provisional en la ley de enjuiciamiento civil 1/2000 de 7 de enero. Revista Internauta de Práctica Jurídica N° 20 [en línea], ISSN 1139-5885, 2007 <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2341061> [consulta: 05 julio 2010]

¹⁰ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Derecho procesal civil. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1990. pp.1011-1012.

La idea de debido proceso nos retrotrae al constitucionalismo norteamericano, traído de la tradición británica, la cual la tenía incorporada a partir del alzamiento baronal de Juan Sin Tierra. Las Constituciones de Maryland, Pennsylvania y Massachusetts, anteriores a la Constitución Federal de los Estados Unidos, recogieron en una disposición expresa el concepto de que nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad, sin debido proceso legal (*due process of law*), haciendo suya la garantía procesal de aplicar la ley de la tierra (*law of the land*). Más tarde las Enmiendas V y XIV a la Constitución de Filadelfia, recogerán idéntica expresión. La Enmienda V señalaba: “(...) nadie será privado de su vida, libertad o propiedad, sin debido proceso legal (...)”; y la Enmienda XIV: “(...) Ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal, ni denegará dentro de su jurisdicción, a persona alguna, la igual protección de las leyes (...)”.

A partir de la Enmienda V, la fórmula “*law of the land*”, transformada ya en “*due process of law*”, comenzará su recorrido triunfal por casi todas las Constituciones del mundo y en especial en las americanas. El concepto “procedimiento legal” fue considerado desde entonces como la garantía esencial del demandado, de la cual ninguna ley podrá privarle. La garantía de orden estrictamente procesal, ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. La garantía de debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad y propiedad, sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías parlamentarias¹¹.

Hoy en día el concepto de debido proceso se ha incorporado a nuestras legislaciones, yendo más allá de consagrar simplemente el derecho al juez natural y a que el procedimiento se desarrolle conforme a las exigencias del legislador, sino que a atribuirle características relacionadas con el desarrollo del mismo, como son, entre otras, la igualdad de las partes en el proceso, la fundamentación de las resoluciones judiciales y el derecho a impugnar la sentencia ante un tribunal superior.

B. La concepción tradicional del debido proceso.

¹¹ COUTURE, Eduardo J. Estudios de derecho procesal civil. EDIAR, sociedad anónima editores, Buenos Aires, 1979, tomo I. 51p.

El debido proceso es, desde siempre, una fórmula de garantía del justiciable, haciendo referencia, a como señalaba la Carta Magna, al juicio de los pares efectuado según la ley de la tierra; en su acepción procesal, debido proceso equivale a debida defensa en juicio; configurándose de este modo, como un estatuto protector del individuo frente al poder del Estado.

La doctrina en general, se ha abstenido de definir en forma positiva que es lo que se entiende por debido proceso, haciéndolo siempre negativamente; así por ejemplo, se dice que no es un debido proceso, cuando por ejemplo, se restringe el derecho de defensa por tal o cual motivo¹². Sin embargo, tradicionalmente se definen ciertos aspectos básicos que comprende el debido proceso, los cuales, siguiendo en este punto a los pactos internacionales sobre derechos humanos¹³, podemos sintetizar como los siguientes: **(i)** derecho a un juez independiente e imparcial; **(ii)** derecho a un juez natural preconstituido por la ley; **(iii)** el derecho de acción y el de defensa; **(iv)** el derecho a contar con asistencia letrada; **(v)** el derecho a ser oído ante los tribunales; **(vi)** el derecho a la prueba y a contradecir la prueba contraria; **(vii)** el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y a un procedimiento sin dilaciones indebidas; **(viii)** el derecho a la motivación de las resoluciones jurisdiccionales; y **(ix)** el derecho a recurrir del fallo ante un tribunal superior.

En los últimos años, ha surgido con fuerza una nueva visión o dimensión del debido proceso jurisdiccional, atribuyéndole nuevas exigencias, las que de cumplirse permitirían calificarlo, además, como justo, posición que ha sido extensamente

¹² ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El debido proceso de la garantía constitucional. Editorial Zeus, 2002. pp. 292-293.

¹³ “Declaración Universal de Derechos Humanos”, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948; “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 (XXI) de fecha 16 de diciembre de 1966 y en vigencia desde el 23 de marzo de 1976; “Convención Americana de Derechos Humanos” (Pacto de San José de Costa Rica), aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

desarrollada por el profesor argentino, Augusto Morello, en su obra “El proceso justo”¹⁴. De este modo, puede percibirse más adecuadamente el enfoque de la eficiencia del proceso judicial con la eficiencia del Estado de derecho; mejor aún, con el Estado de justicia, que no podría sino proveer un proceso justo¹⁵.

C. Del debido proceso al proceso justo.

En los tiempos recientes, se advierte una cierta necesidad por parte de la ciencia procesal, de hablar simplemente de proceso, y abandonar la noción tradicional de “debido proceso”. No hay procesos debidos ni indebidos; sólo constituye proceso ese modo de decidir los conflictos con sujeción a las características mínimas ya anotadas. Su presencia denota al proceso; su ausencia en cambio, demuestra que también falta éste.

Hoy en día, como se expuso anteriormente, se le efectúan nuevas exigencias al proceso, ya no desde el punto de vista de sus atributos, sino que de cara a otorgar una tutela adecuada a los derechos de las personas. La doctrina procesal contemporánea ha señalado como aspectos esenciales que debe contemplar el proceso de nuestros días, los siguientes: **(i)** debe disponer de instrumentos de tutela adecuados a todos los derechos contemplados en el ordenamiento jurídico; **(ii)** que tales instrumentos deben ser prácticamente utilizables, sean cuales fueren los supuestos titulares de los derechos; **(iii)** deben asegurarse condiciones precisas, para la exacta reconstitución de los hechos relevantes, a fin de que el conocimiento del juzgador corresponda, tanto cuanto sea posible, a la realidad; **(iv)** que en toda la extensión de las posibilidades prácticas, el resultado del proceso a de ser tal, que se asegure a la parte victoriosa el pleno goce de la utilidad específica a que tenga derecho conforme al ordenamiento; y **(v)** que ese resultado ha de obtenerse con el mínimo desgaste de tiempo y de recursos¹⁶.

¹⁴ COLOMBO CAMPBELL, Juan. El debido proceso constitucional En: Encuentro anual de la Corte Constitucional Italiana, Roma, diciembre 2003. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004. 159p.

¹⁵ BERTOLINO, Pedro J. El derecho al proceso judicial. Editorial Temis, Bogotá, 2003. 15p.

¹⁶ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. El Proceso en Acción. Editorial Libromar Ltda., 2000. 549p.

Una de las principales exigencias del proceso civil de nuestros días, es contemplar tutela y efectividad. Recogiendo estas ideas, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000 (LEC 1/2000), una de las legislaciones procesales más modernas dentro del sistema jurídico europeo-continental, recogió como principales criterios inspiradores, los siguientes: en primer lugar, la primacía del interés del justiciable; al respecto, las palabras de la Ministra de Justicia, Margarita Mariscal De Gante y Mirón ante el Congreso de los Diputados al presentar el proyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento son reveladoras: “el proceso civil, no es un proceso del juez o del tribunal, o del secretario o del abogado o del procurador; no es su caso, el caso de servidores públicos o de profesionales; es el caso de unas personas que necesitan tutela jurisdiccional y que, en ese trance y con ese fin, merecen la máxima atención y la vienen pidiendo con creciente intensidad”. En segundo lugar, el propósito de acortar el horizonte temporal de una respuesta eficaz a las demandas de tutela jurisdiccional. El acortamiento, posible y necesario, de ese horizonte significaba, no sólo ni principalmente eliminar fuentes de dilaciones, sino cambiar el “modelo” de proceso civil. En este criterio se incardina otro más concreto, a saber, el de considerar inaceptable un sistema o “modelo” procesal civil en el que las cuestiones procesales fácilmente se convirtiesen en impedimentos de la sentencia sobre el fondo o, en el que tales cuestiones, pudiesen transitar por tres o hasta cuatro grados de revisión jurisdiccional. Por último, un tercer criterio en estricta relación con el punto anterior, es el firme convencimiento de incrementar sustancialmente la eficacia de la primera instancia, lo que implicaba confiar más en sus protagonistas y atribuirles una mayor responsabilidad¹⁷. El tiempo en el proceso, aparece entonces, como una de las principales cuestiones a la que la sociedad de nuestros días concede especial relevancia¹⁸.

III. El derecho a la tutela judicial efectiva.

A. La tutela judicial efectiva como derecho fundamental.

¹⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. La Ley Española 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Orientación para una justicia civil más eficaz. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y PALOMO VÉLEZ, Diego (Coordinadores). Proceso civil: hacia una nueva justicia civil. Editorial Jurídica de Chile, 2007. pp.14-16.

¹⁸ MORELLO, Augusto M. Constitución y Proceso: la nueva edad de las garantías constitucionales. Editorial Abedelo Perrot, 1998. 175p.

Las nociones de debido proceso, entendida en nuestros días simplemente como proceso, como ya se vió, y la de proceso justo, y en general, la mirada de la protección de los derechos de los justiciables desde la perspectiva de la eficacia de las decisiones jurisdiccionales, han llevado a las legislaciones a consagrar el derecho a la tutela judicial efectiva.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se reconoce en la generalidad de las Constituciones contemporáneas. En particular podemos citar el artículo 24 parágrafo 1 y 2 de la Constitución española: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión;” y el apartado 2 señala: “Asimismo todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra de ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.” Por su parte el artículo 19 parágrafo 4 de la Ley Fundamental de Bonn expresa: “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiera otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales”; y el artículo 26 de la Constitución italiana, que junto con el artículo 19.4 de la Ley de Bonn sirven de base al artículo 24.1 y 2 de la Constitución española, señala lo siguiente: “Todos pueden accionar en juicio para tutelar sus propios derechos y sus legítimos intereses. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento.”¹⁹

De acuerdo con lo anterior, podemos entender la tutela judicial efectiva como el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la

¹⁹ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno. En: Sistema jurídico y derechos humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos. Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, 1996. 662p.

cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos jurisdiccionales²⁰.

B. Construcción dogmática y contenido del derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho al debido proceso, entendido tradicionalmente desde una perspectiva estática, como un derecho público subjetivo cuya función era garantizar el derecho de defensa del ciudadano frente al poder del Estado. El desarrollo de esa concepción se debe principalmente a Georg Jellinek (1892) quien centró la nota distintiva del Estado moderno en el reconocimiento del individuo como persona y como sujeto de derecho, apto para reclamar con eficacia, la tutela jurídica del Estado²¹.

Sin embargo, en una visión dinámica, ligada a los principios y a los derechos fundamentales, parece más correcto hablar de un “derecho fundamental a un proceso justo”. En semejante perspectiva no se trata de un genérico derecho al proceso, asentado en derechos estáticos, sino que se intenta asegurar, a partir de los conceptos de ecuanimidad y de justicia, no sólo la suficiencia cuantitativa mínima de los “medios procesales”, sino también un “resultado” cualitativamente diferenciado. De esa manera, a partir de las premisas anteriormente establecidas es posible extraer la consecuencia de que, en el cuadro de los derechos fundamentales constitucionales, el “derecho al proceso” no se caracteriza por un objeto únicamente formal o abstracto (“proceso” *tout court*), sino que asume un contenido modal calificado (“derecho al justo proceso”), que es exactamente la cara dinámica del “debido proceso legal”. En semejante contexto, la estricta perspectiva de un “debido proceso legal”, correspondiente a una comprensión claramente liberal y que afirma como cierto el fenómeno jurídico, debe ser comprendida a partir de una visión dinámica en que todos los institutos y categorías jurídicas son leídas una vez más a la luz de la Constitución y en la cual el proceso civil es materialmente informado por los derechos fundamentales²².

²⁰ CHAMORRO BERNAL, Francisco. Tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución. Editorial Bosh, Barcelona, 1994. 11p.

²¹ ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XXII (1): 186, 2009.

²² *Ibid.*, 196p.

De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la faceta dinámica del debido proceso, entendido como proceso justo. En la temática de Robert Alexy, el derecho a la tutela judicial se enmarca en lo que él denomina “derechos a acciones positivas del estado”; los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una “protección jurídica efectiva”. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos. A la garantía de los derechos materiales, hay que referir la fórmula del Tribunal Constitucional Federal que describe de la siguiente manera la tarea del derecho procesal: “el derecho procesal sirve para la producción de decisiones conforme a la ley y, desde este punto de vista, correctas pero, además, dentro del marco de esta corrección, justas”²³.

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, va mucho más allá de los atributos propios del debido proceso ya vistos, como son, entre otros, la independencia e imparcialidad del juez, el derecho a prueba o el derecho a alzarse en contra de la sentencia condenatoria; siguiendo en este punto a la nutrida jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español²⁴. Podemos señalar como los aspectos más relevantes que comprende el derecho a la tutela judicial efectiva, los siguientes:

(i) Derecho al acceso de toda persona a los órganos jurisdiccionales: Esta faceta dice relación con el derecho a formular peticiones y a plantear la resolución de todo asunto ante un tribunal, evitando de este modo que las personas queden en indefensión²⁵.

(ii) Derecho a obtener un pronunciamiento jurisdiccional fundado sobre el fondo de la cuestión planteada: Este aspecto del derecho a la tutela judicial

²³ ALEXY, ROBERT. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. 472p.

²⁴ Los fallos se encuentran disponibles en el sitio web www.tribunalconstitucional.es

²⁵ Al respecto ver sentencia pronunciada por la segunda sala, de fecha 27 de abril de 2010, STC 028/2010.

efectiva dice relación con obtener por parte de los tribunales de justicia, un sentencia motivada que resuelva el fondo de las peticiones deducidas²⁶.

(iii) Derecho a obtener el cumplimiento de las resoluciones judiciales: Esto dice relación con el derecho a la actividad ejecutiva de los órganos jurisdiccionales, satisfaciendo la pretensión del demandante, ya sea en naturaleza o por equivalencia²⁷. El contenido de la jurisdicción no se reduce a su actividad cognoscitiva de la misma sino también a su actividad ejecutiva. Conocimiento sin declaración es academia y no justicia; ejecución sin conocimiento es despotismo y no justicia²⁸. De este modo la actividad jurisdiccional se cumple tanto mediante la actividad de conocimiento como mediante la actividad de coerción. Un concepto que tome este problema en todos sus instantes, desde el primero al último, debe reconocer que existe una unidad fundamental entre todos los momentos de la jurisdicción, tanto en los declarativos, o cognoscitivos, como en los ejecutivos²⁹.

(iv) Derecho a que el legislador ordinario establezca la posibilidad de una tutela judicial cautelar: El derecho a la tutela cautelar se satisface mediante resoluciones judiciales que eviten la desaparición o pérdida irreparable de los intereses cuya protección se pretende, decretando razonadamente medidas que tiendan a resguardar los intereses en pugna³⁰.

C. La tutela judicial efectiva en el Derecho Chileno.

En nuestro Derecho el reconocimiento de la noción de debido proceso, aparece expresada de manera formal en la Constitución Política de la República de

²⁶ Sobre esta faceta de la tutela judicial, ver sentencias pronunciadas por la primera sala, STC 029/2010 y STC 025/2010, y sentencia pronunciada por la segunda sala, STC 027/2010, todas ellas de fecha 27 de abril de 2010.

²⁷ Sobre este punto ver sentencia de fecha 7 de junio de 1982, STC 032/1982 y sentencia de fecha 13 de abril de 1983, STC 026/1983.

²⁸ COUTURE, Eduardo J. Estudios..., Ob. cit., 89p.

²⁹ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. 3ª edición (póstuma), Roque, Depalma Editor, Buenos Aires, 1958. 440p.

³⁰ Al respecto ver sentencia de fecha 6 de junio de 1984, STC 066/1984 y sentencia de fecha 28 de junio de 1993, STC 210/1993.

1980³¹. En nuestra Carta Fundamental, se contempla el núcleo del debido proceso en el artículo 19 N° 3 inciso 5° expresando que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponde al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Los atributos del proceso jurisdiccional, según nuestro constituyente, son los de racionalidad y justicia.

Para efectos de determinar el real sentido y alcance de tales conceptos, es interesante analizar someramente la discusión producida al interior de la Comisión Constituyente³², conocida también como la “Comisión Ortúzar”, respecto a la noción que tenían los comisionados de la garantía constitucional del debido proceso.

Al respecto es interesante analizar el debate surgido al interior de la sesión 101ª, llevada a cabo el día jueves 9 de enero de 1975, la cual contó además con la intervención del profesor, señor José Bernales Pereira, respecto a lo que debe entenderse por debido proceso legal. El debate se origina al interior de la Comisión con la idea por parte del señor Diez, de que la Constitución debe contemplar las reglas del “debido proceso”, consagrando “garantías procesales mínimas”, dándoles de este modo rango constitucional. Posteriormente, transcurrido el debate, el señor Silva Bascuñan, pone de manifiesto la dificultad de definir un catálogo de garantías procesales mínimas, y expone además la idea de que “(...) no se trata de hacer una enciclopedia demasiado extensa de todo lo que pudiera ser un derecho que conviniera consagrar, porque también hay que establecer ciertos mecanismos fluidos y flexibles para que el Legislador y la jurisprudencia tengan los medios para hacer valer y respetar estos derechos, y no pretender hacerlo todo en un texto constitucional absolutamente cerrado y, por lo mismo, excesivamente extenso.”; finaliza el señor Silva Bascuñan, diciendo que en esta materia, se debería remitir a un solo concepto el cual podría ser el de debido proceso. Continúa la sesión con la intervención del señor Evans, quien expone que no le atrae la idea de emplear la expresión “debido proceso” ya que implicaría un análisis exhaustivo por parte de la jurisprudencia,

³¹ Sin embargo ya incluso antes de la codificación procesal civil, el Decreto ley de 1 de marzo de 1837, comprendido dentro de las denominadas “leyes marianas”, consagraba causales de invalidez de las sentencias, que posteriormente el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil recogió como motivos de casación en la forma, amparando en esencia el contenido de un debido proceso; TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Tribunales, jurisdicción y proceso. Editorial Jurídica de Chile, 1994. 49p.

³² Las actas oficiales de la Comisión Constituyente se encuentran disponibles en sus textos íntegros en http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r

tratadistas y abogados, de la doctrina y jurisprudencia anglosajona. El señor Bernales, interviene, proponiendo la expresión “justo proceso” a la que el señor Evans agrega que bien podría decir “justo o racional”. El señor Diez expresa que ambos conceptos son distintos, la racionalidad está referida al procedimiento, y justo, a lo sustantivo. El señor Bernales expone que “(...) si se pone sólo la expresión “debido proceso” podría interpretarse que lo que es debido es lo que está en la ley, y lo que se debe hacer es lo que ha dicho la ley. Entonces resulta que es un poco restringido y puede interpretarse asimismo en forma limitada”. Por eso, considera adecuado agregar las expresiones “racionalidad” y “justicia”.

La segunda parte del debate en torno a la noción de “debido proceso”, se da en la sesión 103ª de fecha 16 de enero de 1975. En ella se continúa con el debate en torno a delimitar algún contenido específico del racional y justo proceso. El señor Evans expresa que “(...) con ella se entrega a la jurisprudencia algo que puede abordar el constituyente, pero prefiere que así sea y que aquélla vaya calibrando, midiendo, mensurando, ponderando lo que es un justo y racional proceso con el correr de los tiempos y las generaciones, que crear una norma rígida que puede pecar por exceso de extensión o por omisión.” El señor Silva Bascuñan sin embargo, señala que la Constitución debería expresar cuales son las garantías mínimas de un racional y justo procedimiento; al respecto expresa que “(...) no basta que la Constitución diga que son requisitos de aquél los que el legislador establezca como racionales y justos, porque son conceptos de tipo doctrinario que se proyectan en este caso sobre un aspecto simplemente adjetivo, de creación puramente humana y artificial, en cierto sentido. Estima que el constituyente debe avanzar más y establecer en qué consiste, según él, el que un procedimiento sea en verdad racional y justo. Le parece que la Constitución no puede quedarse sólo en esa expresión genérica de tipo doctrinario; tiene que concretar la exigencia constitucional. Es por eso que cree que el procedimiento que se establezca debe permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de las pruebas que correspondiere. Porque, a su juicio, eso significa en realidad que un procedimiento sea racional y justo: que permita esas tres cosas.” Después de debatir sobre la indicación del señor Silva Bascuñan, la Comisión llega a la conclusión de que no parece conveniente delimitar el concepto de racional y justo procedimiento y que, en palabras del señor Diez, “(...) le agradan las palabras “racional y justo proceso”, porque la historia permitirá saber cómo pensaba el constituyente de hoy sobre lo que significan dichas expresiones y permitirá ir agregando al concepto de “racional y justo” los progresos del

procedimiento. Evidentemente que una de las ramas en las cuales se debe progresar en este país, es en el procedimiento judicial, lo que permitirá, además, a los tribunales ir enriqueciendo el concepto de racional y justo a través de la jurisprudencia.”

Podemos concluir entonces, que para la Constitución, el proceso jurisdiccional debe tener los atributos de racionalidad y justicia, cuyo contenido debe ser establecido por el legislador y enriquecido por la jurisprudencia de los tribunales con nuevas connotaciones. Esto último es interesante ya que los conceptos de racionalidad y justicia son de una amplitud tal que permiten otorgarle al proceso jurisdiccional la función de tutela judicial efectiva, poniendo énfasis en lo justo más que en lo racional del mismo, es decir, más en lo sustantivo que en lo procedimental, en palabras del comisionado Diez.

Hoy en día, debemos complementar el texto constitucional con las disposiciones de los pactos internacionales vigentes en Chile sobre la materia; al respecto es interesante analizar el contenido de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Lo fundamental de tales disposiciones es que contemplan garantías que van más allá de una concepción estática del debido proceso, consagrando derechos que aseguran una tutela efectiva de los derechos de las personas, particularmente de cara a la eficacia y rapidez de las decisiones jurisdiccionales. De este modo, la interpretación de las disposiciones constitucionales en armonía con las garantías de los textos internacionales, permite construir en nuestro sistema un derecho a la tutela judicial efectiva³³.

Sobre este punto el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derecho Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías, **dentro de un plazo razonable**, por un juez o tribunal, competente, independiente e imparcial (...)”; El artículo 25.1 del mismo pacto señala que “Toda persona tiene derecho a un **recurso sencillo y rápido** o a cualquier otro **recurso efectivo** ante los jueces o tribunales competentes (...)”. Por último el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

³³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La constitucionalización del proceso: el acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso. En: La constitucionalización del derecho chileno, Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 170p.

Políticos dispone, esta vez en materia penal, que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c) A ser juzgado **sin dilaciones indebidas**”.

Tales disposiciones consagran el derecho que tiene toda persona a que su causa sea resuelta dentro de un tiempo razonable, aun cuando constituye un concepto indeterminado que debe ser dotado de contenidos concretos, atendida la situación del caso para deducir de allí la irrazonabilidad y el carácter excesivo del retraso, causado por órganos encargados de la administración de justicia a través de los tiempos en que no se realiza actividad utilizable a los fines del juicio.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas constituye un derecho fundamental de carácter autónomo aunque instrumental del derecho a la tutela jurisdiccional de los derechos, el que asiste a todas las personas que hayan sido partes en un procedimiento jurisdiccional, creando la obligación del tribunal de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones de las partes y la concreción sin demora de la ejecución de las resoluciones o sentencias.³⁴

D. El derecho a la tutela judicial efectiva como fundamento de la ejecución provisional

La ejecución de las sentencias es una de las principales facetas del derecho a la tutela judicial efectiva; se habla en la ciencia procesal de un verdadero “derecho a la ejecución de la sentencia”. De este modo, como ya se expuso, se pone de manifiesto la importancia de la observancia práctica del derecho por parte de la actividad jurisdiccional. El razonamiento hecho por el juez en el proceso de cognición no vale como enunciación de verdad teórica, sino como proclamación práctica de un mandato que debe ser obedecido; y si tal proclamación no basta a hacer que el mandato sea prácticamente observado, quiere decir que la fase de cognición no ha bastado a agotar los fines de la justicia, para el logro de los cuales es necesario que la actividad jurisdiccional prosiga hasta imponer, incluso con la fuerza, aquella

³⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El debido proceso en la constitución y el sistema interamericano. Editorial Librotecnia, 2007. 100p.

observancia del derecho que la simple declaración no ha logrado obtener³⁵. Este proceso de ejecución sin embargo, es autónomo, por cuanto, aisladamente considerado, puede agotar el contenido del proceso y de la función jurisdiccional, dirigidos a la realización del derecho en forma totalmente independiente, aún apareciendo las más de las veces dicho proceso y dicha función vinculados a la declaración de certeza del derecho que se contiene en una sentencia que constituye su presupuesto (título ejecutivo judicial). Y la absoluta independencia del proceso ejecutivo y su autonomía resulta claramente del hecho de que, pudiéndose actuar en vía ejecutiva, no con base en un título judicial (sentencia de condena), sino contractual o convencional, dicho proceso no está necesariamente ligado al juicio de cognición, precedente y ya tramitado³⁶.

Con objeto de fortalecer el derecho a la ejecución de la sentencia, es que la ejecución provisional, es una de las principales herramientas de política legislativa, con la finalidad de otorgar un cumplimiento rápido y efectivo de las resoluciones jurisdiccionales al litigante victorioso.

Desde el panorama constitucional chileno, la eventual instauración de un régimen de ejecución provisional encontraría suficiente sustento en las siguientes disposiciones: **(i)** En primer lugar, en los atributos de racionalidad y justicia que el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política, le atribuye al proceso jurisdiccional, los cuales como ya vimos, son de una gran amplitud conceptual, permitiendo una interpretación de cara a otorgar una protección rápida y efectiva al litigante que ha obtenido una sentencia favorable; **(ii)** En segundo lugar, el régimen de ejecución provisional estaría en perfecta armonía con los pactos internacionales, los cuales, como ya se expuso, consagran el derecho a obtener un pronunciamiento jurisdiccional en un plazo razonable, sin dilaciones, a través de un recurso rápido y efectivo (Art. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3 letra c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); **(iii)** La actividad jurisdiccional en nuestro Derecho, comprende no sólo el conocimiento y juzgamiento, sino que también la

³⁵ CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho procesal civil. Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentís Melendo. Prólogo de Hugo Alsina. Ediciones Jurídicas Europa América, 1973, Vol. I. 167p.

³⁶ ROCCO, Ugo. Tratado de derecho procesal civil. Parte Especial, Proceso Ejecutivo. Editorial Temis-Bogotá y Depalma-Buenos Aires, 1976, Vol. IV. 91p.

ejecución de lo juzgado, de modo que las garantías de efectividad de la tutela judicial anteriormente mencionadas, también amparan el derecho a obtener el cumplimiento oportuno de las resoluciones a través del mecanismo de la ejecución provisional (Art. 1 del Código Orgánico de Tribunales y art. 76 inciso 1º de la Constitución Política); (iv) Una de las principales garantías del Estado de Derecho, es asegurar a las personas que las resoluciones judiciales se cumplan; en tal sentido es que el constituyente de 1980 se preocupó de dotar al Poder Judicial de la potestad de impartir órdenes directas a la fuerza pública, debiendo la autoridad requerida cumplir el mandato judicial sin más trámite³⁷. De este modo la ejecución provisional encuentra sustento en la garantía constitucional de efectividad del cumplimiento de las resoluciones judiciales, sin que lo ejecutado provisionalmente quede en un ámbito puramente teórico e ilusorio (Art. 76 incisos 3º y 4º de la Constitución Política).

Es importante notar, sin embargo, que la ejecución provisional de las resoluciones judiciales se trata más bien de un asunto de política legislativa en torno a la organización del régimen de enjuiciamiento de 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 instancia³⁸. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español, al declarar que la ejecución provisional se enmarca dentro del ámbito de la tutela judicial efectiva como un derecho de configuración legal, cuyas condiciones de ejercicio corresponde al legislador, constituyendo una cuestión de política legislativa, precisamente porque la Constitución no lo ha previsto, pero tampoco ha fijado ninguna limitación a su configuración normativa, por lo cual, el legislador puede establecerlo, sometiéndolo a determinados requisitos³⁹.

Teniendo presente lo anterior y el análisis del texto constitucional chileno y su génesis, la ejecución provisional de resoluciones judiciales no tiene

³⁷ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de derecho constitucional. El Poder Judicial y el Ministerio Público. Editorial Jurídica de Chile, 2002, Vol. VIII. 97p.

³⁸ MENESES PACHECO, Claudio. La ejecución provisional en el proceso civil chileno. Revista Chilena de Derecho, 1(36): 22, 2009.

³⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel. Ob. cit., 955p.

en nuestro sistema, impedimento alguno, y al igual que en la experiencia Española, se trata de una decisión que queda en manos del legislador. Desde esta perspectiva, corresponderá a éste último optar por una opción u otra; es decir, si fortalecer la posición acreedora permitiendo el cumplimiento de la resolución judicial impugnada o hacer prevalecer la posesión deudora y el derecho a impugnar la sentencia condenatoria.

Desde nuestra perspectiva, y tal como se expuso con anterioridad, la ejecución provisional encuentra su fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual se expresa en nuestro sistema a través de la noción de “racional y justo procedimiento”, en virtud del cual la opción del legislador debe ir enfocada a garantizar los derechos de quien obtuvo una resolución favorable en primera instancia por sobre el derecho de impugnación del litigante vencido, siempre y cuando se garantice la posibilidad de una revocación efectiva, en el evento de que el recurso sea acogido.

E. Ejecución provisional y el derecho a recurrir ante un tribunal superior

Expusimos con anterioridad que el debido proceso en armonía con los pactos internacionales consagran el derecho a recurrir de la sentencia ante un tribunal superior, entendido como un instrumento para denunciar ante un tribunal superior la violación de un derecho individual⁴⁰. Encontrándose dicha garantía incorporada a la Constitución, ésta se encontraría en evidente pugna con la idea de obtener un cumplimiento provisional de la sentencia recurrida, ya que por un lado se asegura la posibilidad de que el fallo condenatorio dictado en mi contra sea revisado por un tribunal superior, pero por el otro, se autoriza a mi contraparte a ejecutarlo pese a tal recurso deducido en su contra.

La verdad es que la pugna entre ambas garantías es más bien aparente que real. Si la Constitución, a través de los tratados internacionales, reconoce la garantía de impugnar la sentencia, debe también regularse los efectos que conlleva su interposición. De esta perspectiva, ¿es una exigencia constitucional el efecto suspensivo del recurso ante un tribunal superior? ¿Cómo compatibilizar el derecho a recurrir ante un tribunal

⁴⁰ VÉSCOVI, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988. pp.3-4.

superior con el derecho a obtener un cumplimiento eficaz del fallo a través del mecanismo de la ejecución provisional?

La respuesta a dicha interrogante, debe plantearse desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva y a obtener una solución justa del conflicto. Es evidente que el litigante victorioso desea que su pretensión se haga efectiva lo más pronto posible, sin embargo, si tal ejecución implica hacer completamente estéril la decisión revocatoria del juez superior, el derecho a recurrir carecería de todo sentido. De este modo, el punto central del debate radica en establecer la reversibilidad o no de lo ejecutado provisionalmente, de modo de permitir la eficacia de la resolución del tribunal de alzada.

En conclusión, no sería inconstitucional la eficacia de todas aquellas resoluciones recurridas, siempre que quede debidamente garantizada la efectividad de la sentencia que se dicte por el tribunal superior. Por otro lado, el efecto suspensivo del recurso será contrario a la Constitución en todos aquellos procesos en los que por el hecho de someter la decisión del asunto ante un juez superior, se haga completamente inútil la tutela que la resolución impugnada pretende otorgar. La tutela eficaz que se pretende otorgar se frustra si el mero hecho de recurrir suspende su eficacia. Por lo tanto, en todos aquellos procesos en que se establezca la posibilidad legal de recurrir, consagrando mecanismos que dejen a resguardo la eficacia de la sentencia del tribunal superior, el derecho a la ejecución provisional debería primar por sobre el derecho de impugnación de la sentencia con efecto suspensivo, teniendo por fundamento de tal posición, el contenido racional y justo de nuestro proceso que exige una respuesta jurisdiccional dentro de un plazo razonable a través de mecanismos rápidos y efectivos de tutela de los derechos. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, desde la perspectiva del concreto interés debatido en juicio, actúa como fundamento y límite de la ejecución provisional⁴¹.

⁴¹ CABALLOL ANGELATS, Lluís. La ejecución provisional en el proceso civil. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1993. pp.69 y 70.

CAPÍTULO II

MECANISMOS PROCESALES DE REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

I. Generalidades.

El tratamiento legislativo de la ejecución provisional varía de sistema en sistema según la fuerza que se le otorgue al juzgamiento en primera instancia. Los aspectos más relevantes de su regulación dicen relación con las facilidades que se le otorgan al litigante victorioso de obtener un cumplimiento oportuno del fallo, resguardando los intereses del ejecutado provisional; así, resulta interesante analizar, entre otros, la forma en que opera tal ejecución, ya sea por el sólo efecto de la ley o mediante resolución judicial; la necesidad o no de rendir caución por parte del solicitante; el régimen de oposición a la ejecución provisional, y los remedios legales ante la revocación, ya sea total o parcial, de la sentencia ejecutada provisionalmente, los cuales constituyen en esencia, la lógica de ejecución provisional.

De este modo, un sistema en que se exija caución para la solicitud de ejecución, donde aquella sea otorgada por resolución judicial, con un fuerte régimen de oposición a su otorgamiento, claramente privilegiará la posición del recurrente frente a la del vencedor; y por el contrario un régimen que no requiera caución, en que la ejecución provisional opere por el sólo efecto de la ley con una moderada posibilidad de oposición, privilegiará los derechos de quien obtuvo una sentencia favorable en primera instancia.

Los aspectos más relevantes de analizar en la figura de la ejecución provisional, desde el punto de vista de la técnica legislativa de su regulación son los siguientes: **(i)** Modo en que opera la ejecución provisional: ejecución por efecto legal o mediante decisión judicial; **(ii)** Resoluciones judiciales susceptibles de ejecución provisional; **(iii)** Naturaleza jurídica de la resolución sujeta a ejecución provisional; **(iv)** Oportunidad para solicitar la ejecución provisional; **(v)** Procedimiento aplicable; **(vi)** Necesidad del otorgamiento de caución; **(vii)** Régimen de oposición a la ejecución provisional; **(viii)** Revocación total o parcial de la sentencia ejecutada provisionalmente.

II. Criterios de política legislativa.

Como expusimos en el capítulo anterior la ejecución provisional de las sentencias no es un imperativo constitucional, sino que una decisión de política legislativa, que como vimos, busca privilegiar la eficacia de las decisiones jurisdiccionales por sobre el derecho de impugnación de la parte vencida. En otras palabras, la decisión de privilegiar el derecho a la ejecución de la sentencia por parte del litigante vencedor o el derecho de impugnación del vencido, es una decisión que en ambos sentidos encuentra amparo constitucional.

Antes de entrar a analizar el régimen de la ejecución provisional y su regulación legal, es importante señalar brevemente cuáles son las razones por las cuales es conveniente que el legislador procesal establezca la figura de la ejecución provisional en un sistema procesal civil.

Los fundamentos que han tomado las legislaciones comparadas para sustentar tal régimen de ejecución son, entre otras, las siguientes.

(i) Poner fin a la injustificada tradición de desconfianza hacia la justicia de primera instancia y darle la importancia que realmente se merece, a través de sentencias, en principio, inmediatamente ejecutables. Esto implica necesariamente fortalecer la jurisdicción de primer nivel, estructurando el proceso civil sobre la base de los principios de la oralidad, la inmediatez y la concentración, permitiendo la libertad de pruebas y su valoración conforme a las reglas de la sana crítica y dotando al juez de atribuciones que le permita ser más que un director del proceso, en palabras de Alcalá Zamora y Castillo⁴², sino, un verdadero protagonista en la resolución del conflicto de primera instancia.

⁴² ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992, tomo II. 236p.

(ii) Fortalecer la posición del acreedor, que se encuentra respaldado, a lo menos, con una sentencia judicial de condena en contra de su deudor.

(iii) La ejecución provisional de la sentencia atenúa o elimina el grave problema de que el deudor condenado agote cuanto recurso tiene a su disposición con el único fin de retrasar la vía de apremio y así eludir su responsabilidad⁴³.

Sin embargo, las razones anteriormente expuestas no deben hacernos olvidar que al configurar el régimen de la ejecución provisional no cabe prescindir de la posibilidad de que la sentencia acabe siendo anulada o revocada. La contemplación de esa posibilidad conduce a tomar en consideración criterios que favorecen la posición de la parte provisionalmente vencida, bien con medidas cautelares, pero sobre todo, mediante normas de responsabilidad del ejecutante⁴⁴.

III. Aspectos procesales de la ejecución provisional.

A. Modo en que opera la ejecución provisional: ejecución por efecto legal o mediante decisión judicial.

El primer aspecto a analizar, es si la ejecución provisional operará por disposición legal (*ope legis*), o mediante resolución judicial (*ope iudicis*) que la conceda. En el primer régimen, es la misma ley quien autoriza la procedencia de la ejecución provisional, limitándose el juez a verificar la procedencia de requisitos de carácter objetivo, tales como, la eventual existencia de un plazo para presentar la solicitud o que la sentencia sea efectivamente ejecutable provisionalmente. En el segundo en cambio, queda a discrecionalidad del juez el análisis de los supuestos de procedencia de la ejecución provisional⁴⁵; se trata más bien de sistemas en que dicha figura tiene un carácter netamente cautelar, en donde corresponde al juez la tarea de verificar los presupuestos del *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, o aquellos

⁴³ CHOZAS ALONSO, José Manuel. La ejecución provisional de sentencias de primera instancia en el proceso civil español. En: DE LA OLIVA, Andrés y PALOMO VÉLEZ, Diego (Coordinadores). Proceso civil: hacia una nueva justicia civil. Editorial Jurídica de Chile, 2007. pp. 402-403

⁴⁴ ORTELLS RAMOS, Manuel. *Ob. cit.*, pág. 956.

⁴⁵ El Código Procesal Civil Alemán (ZPO) contempla una regulación muy particular, permitiendo la posibilidad de que el propio juez de oficio, declare la ejecutabilidad provisoria de la sentencia, sin exigir caución al acreedor, en el caso de los artículos 708 del ZPO.

en que sin que se le atribuya este carácter, se requiere de la constitución de una caución como requisito de la solicitud de ejecución provisional, debiendo el tribunal pronunciarse acerca de la naturaleza y suficiencia de la misma.

El camino de la ejecución provisional *ope legis* fue seguido por la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000, la cual en su artículo 526 señala que “salvo en los casos a que se refiere el artículo anterior, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a lo previsto en los artículos siguientes”.

Creemos que la ejecución provisional pierde todo su sentido, si queda al criterio del juez su otorgamiento. Para que cumpla su real función, la intervención judicial sólo debe restringirse a la verificación de los presupuestos legales y en los casos en que el ejecutado provisional se oponga a la ejecución, de modo de resguardar los derechos de éste.

B. Resoluciones judiciales susceptibles de ejecución provisional.

La ejecución provisional tiene objeto favorecer la posición jurídica de quien obtuvo una sentencia favorable en primera instancia. Por regla general, y atendiendo a la naturaleza jurídica de la resolución judiciales, los sistema procesales civiles conceden la posibilidad de ejecución provisional a todas las sentencias condenatorias que no hayan adquirido firmeza. De este modo, las sentencias declarativas y constitutivas no son susceptibles de ejecución provisional, no sólo porque el contenido de las mismas hace innecesario el ejercicio del poder coercitivo de la actividad jurisdiccional, sino que porque hay situaciones en que por la naturaleza de la acción deducida, es imposible obtener un cumplimiento provisional de la misma, siendo absolutamente incompatible con dicho tipo de ejecución.

Se trata de sentencias constitutivas o declarativas respecto de las cuales se procede mediante lo que se denomina, una “ejecución impropia”, es decir, sin necesidad de un proceso de ejecución propiamente tal. Respecto de las primeras, son típicamente

cuestiones relativas estado civil de las personas, las cuales por su naturaleza, no admiten el carácter de provisional; así por ejemplo, no puede haber matrimonios o relaciones filiales “provisionales”; lo que si se admite en algunas legislaciones, es permitir la ejecución provisional de los efectos patrimoniales de dichas relaciones de familia, como por ejemplo, los derechos de alimentos. Por su parte, las sentencias declarativas, tampoco requieren un proceso de ejecución, y en consecuencia no admiten una ejecución provisional, como por ejemplo, aquella que declara el dominio de un bien inmueble, la que sólo requerirá de una anotación o inscripción en un registro público.

Existen otras situaciones en que por criterios de política procesal, no se admite la ejecución provisional, como ocurre en las sentencias extranjeras, las cuales para efectos de su cumplimiento, requiere del *exequatur* o reconocimiento por parte del tribunal en cuyo país se solicita la ejecución, trámite que a su vez requiere de la firmeza de la sentencia que se pretende ejecutar.

C. Naturaleza jurídica de la resolución sujeta a ejecución provisional⁴⁶

Uno de los temas tradicionalmente discutidos en la doctrina procesal comparada, es determinar la naturaleza jurídica de las resoluciones judiciales sujetas a impugnación. La trascendencia del debate no sólo atiende a inquietudes meramente intelectuales, sino que desde la perspectiva de la ejecución provisional, el tema presenta un gran interés, ya que implica analizar el fundamento de validez y eficacia de la sentencia recurrida que se pretende cumplir.

Una primera postura, sostenía que la sentencia objeto de impugnación era un acto jurídico sujeto a condición suspensiva, o para otros, a condición resolutoria⁴⁷. Si se tratara de una condición suspensiva, quedarían todos los efectos de la

⁴⁶ Para un estudio sobre las diversas posturas, ver: FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Teoría general del derecho procesal. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992. 505p.

⁴⁷ La sentencia definitiva pronunciada en ejecución de una sentencia interlocutoria impugnada, está sujeta a la condición legal de su confirmación. Si después se me pregunta cual de las dos figuras de condición concurren en la especie que examinamos: esto es, si la confirmación tiene el carácter de condición suspensiva o la reforma el carácter de condición resolutoria, contesto que me parece preferible la segunda, que responde mejor a los fines prácticos del proceso; CARNELUTTI, FRANCESCO. Ob. cit., 442p.

sentencia suspendidos, y por tanto, no tendría explicación todos los supuestos de cumplimiento que permite la ley. Por otro lado, si fuera una condición resolutoria, la sentencia tendría que cumplirse hasta tanto acaeciera el hecho condicionante productor de la revocación de la sentencia, lo cual no siempre es así, ya que no en todos los casos se permite la ejecución de la sentencia, pendiente el recurso⁴⁸.

Para Chiovenda, la sentencia sujeta a oposición en rebeldía, apelación, recurso de casación, revocación, no existe como declaración del derecho: no es más que un elemento. Ciertamente exacto de magistrado, de autoridad; pero como este magistrado no puede tener jurídicamente una voluntad autónoma, sino sólo la voluntad de formular lo que la ley quiere, esta voluntad no puede tener ningún efecto mientras que es posible, como cosa normal, que el mismo juez u otro, mediante un acto posterior, formule nuevamente, y tal vez de un modo distinto, la voluntad de la ley. Sólo cuando con el transcurso de los términos o el consentimiento haya desaparecido la posibilidad de una nueva formulación, la sentencia de simple acto de un magistrado se convierte en el acto que el orden jurídico reconoce como formulación de la propia voluntad⁴⁹. Como vemos, para el maestro italiano, la sentencia sujeta a impugnación no se trata de una verdadera sentencia, sino más bien de una situación jurídica indeterminada la cual sólo deviene en tal, cuando adquiere firmeza.

Rocco critica a Chiovenda con mucho acierto y le observa que la sentencia tiene efectos desde el momento en que se pronuncia, por lo menos frente al juez que la dicta, ya que no puede reformarla ni dictar otra, y su ejecución provisional indica que puede surtir efectos independientemente de la apelación (o casación, agregamos nosotros). Observa que, si de condición quiere hablarse, se tratará en todo caso, no de una condición resolutoria, sino de *una conditio iuris*, o sea de requisitos exigidos por el derecho objetivo, aunque esto no significa que se trata de una simple posibilidad de sentencia, como opina Chiovenda. Y agrega

Siguiendo la tesis de Carnelutti, el procesalista español Miguel Ángel Fernández ha seguido dicha postura sosteniendo que la ejecución provisional es en realidad, una ejecución condicional, sometida a la condición resolutoria de que el tribunal superior no revoque la sentencia que se ejecuta, citando además una sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 21 de diciembre de 1966 que reafirma tal postura; FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Derecho procesal civil. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1997, Vol. III. 139p.

⁴⁸ DI IORIO, Alfredo. Temas de derecho procesal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985. 80p.

⁴⁹ CHIOVENDA, José. Principios de derecho procesal civil. Traducción de la 3ª edición italiana, prólogo y notas del profesor José Casáis y Santaló. Editorial Reus S.A., Madrid, 1925, tomo II. pp. 462-463.

Rocco: “No puede el carácter de la impugnabilidad elevarse a la dignidad de carácter esencial, determinante del concepto de sentencia. Tal concepto es más bien extraño a la noción de sentencia. Y, efectivamente, para que pueda atribuirse a un acto de los órganos jurisdiccionales el carácter de sentencia, se necesitan dos características imprescindibles: el carácter formal, en virtud del cual es sentencia todo acto de los órganos jurisdiccionales realizado según los requisitos formales establecidos por las normas del derecho procesal, y el carácter sustancial, en virtud del cual es sentencia todo acto de los órganos jurisdiccionales que declaran una relación jurídico material o procesal incierta.”⁵⁰

Couture por su parte, al analizar la naturaleza de la sentencia sometida a impugnación, distingue diversos momentos; en primer lugar, mientras se encuentra pendiente el plazo para deducir el recurso, la sentencia es un acto jurídico sometido a condición suspensiva, de modo que si no se interpone el recurso, la condición no se cumple, y el acto se considera puro y simple desde su otorgamiento. En el caso de que se hubiera interpuesto el recurso, la sentencia no es por si misma un acto perfecto y constituye solo una de las dos o más etapas en las que se desarrolla la obra de la jurisdicción. La voluntad originaria de la sentencia impugnada no completa el acto, siendo necesaria la sentencia de segunda instancia, en virtud de la cual se pone de manifiesto la función jurisdiccional⁵¹. Como podemos apreciar, Couture insiste en volver a la temática tradicional de hablar de condición suspensiva, y al igual que Chiovenda, considera a la sentencia impugnada como un acto imperfecto.

Para poder llegar a una conclusión válida sobre la problemática de la naturaleza de la sentencia sometida a impugnación, es necesario abandonar las concepciones privatistas propias del derecho civil, para conceptualizar manifestaciones específicas del derecho procesal. Al respecto Micheli ha sostenido que, estas nociones, cuando sacadas del ámbito en que han surgido y con referencia a la determinación de la voluntad del sujeto en el campo de la autonomía privada, pierden precisión de contornos y utilidad constructiva. La posibilidad, ofrecida a una de las partes, de impugnar la sentencia no puede por

⁵⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Editorial Aguilar, Madrid, 1966, 669p.

⁵¹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos...*, Ob. cit., pp. 341-342.

eso ser configurada como elemento para el cumplimiento de una condición referente a la eficacia de un acto estatal, como es el del juez⁵².

Partiendo desde esa premisa, podemos establecer lo siguiente: la sentencia sujeta a impugnación es un acto jurídico procesal válido y perfecto cuando reúne todos los requisitos legales. La diferencia con la sentencia definitiva no sujeta a recursos o cuando han sido resueltos éstos o ha precluido el término para interponerlos, está sólo en sus efectos, que son limitados en aquella y plenos en esta. Pero esto no puede significar que se trate de un acto jurídico de diferente naturaleza o imperfecto, y menos aún todavía en potencia o sujeto a condición suspensiva o resolutoria⁵³. Siguiendo esta línea, la explicación de los diversos efectos que tiene una sentencia sometida a impugnación, se encuentra en que no son más que emanaciones de la propia ley procesal que no requieren de otra explicación que no sea la de la conveniencia que le ha merecido al legislador⁵⁴.

De acuerdo con ello, el problema debe analizarse desde la perspectiva de los efectos de los recursos en cuanto a la resolución impugnada y a los criterios de política procesal en cuanto a la conveniencia o no de que dicha resolución produzca sus efectos. Como ya lo expusimos en el capítulo anterior, si un sistema procesal civil cuenta con mecanismos como para garantizar la eficacia de la sentencia del juez superior que conoce del recurso, la eficacia inmediata de la sentencia impugnada es una cuestión que no debería requerir mayor debate desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva.

D. Oportunidad para solicitar la ejecución provisional

La regla general en derecho procesal es que el ejercicio de las facultades procesales, siguiendo el principio de la preclusión, tengan una oportunidad fijada por el legislador dentro de la cual puedan ejercerse.

⁵² MICHELI, Gian Antonio. Derecho procesal civil. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1970, tomo II. 277p.

⁵³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., 671p.

⁵⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso. Tercera Edición, Editorial Universidad, 2002. 82p.

La ejecución provisional no constituye una excepción, y los diversos sistemas procesales que contemplan la figura de la ejecución provisional, establecen como oportunidad, un plazo desde la notificación de la sentencia que se pretende ejecutar, o sino, el plazo que se tiene para evacuar el escrito del recurso deducido, en aquellos códigos en que se contempla dicho trámite⁵⁵.

En la legislación española anterior a la LEC del 2000, se contemplaba un plazo de seis días a contar de la notificación de la sentencia, para solicitar la ejecución provisional de la sentencia recurrida. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española ha eliminado dicho plazo de seis días, no existiendo en la actualidad un límite temporal al ejercicio de dicha facultad.

Se trata ésta de una decisión legislativa de relevancia. Por una parte, se ha criticado la extrema libertad que se le otorga a la parte provisionalmente vencedora en relación a la oportunidad procesal para impetrar la ejecución provisional. Ello, si bien objetivamente atenta contra el valor de la seguridad jurídica y genera una incertidumbre en el ejecutado, no basta para echar por tierra la opción de no sujetar la ejecución provisional a un plazo para su solicitud (siendo su límite natural el fallo del recurso y la posterior ejecutoriedad de la sentencia). Esto porque, con la misma lógica, podría criticarse el entregar un plazo de años para que la parte vencedora en una sentencia firme, inste por su ejecución⁵⁶.

E. Procedimiento aplicable

En cuanto al procedimiento aplicable, la regla general es consagrar a la ejecución provisional el mismo estatuto jurídico que a la ejecución ordinaria, de modo que no se regula un procedimiento especial para llevarla a cabo.

Lo que si se regula de un modo más o menos orgánico en las legislaciones, es el modo de otorgamiento de la ejecución provisional, el cual, por su naturaleza,

⁵⁵ Esta última opción, es la modalidad utilizada en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, contenida en su artículo 260.

⁵⁶ SILVA ÁLVAREZ, Oscar. Ob. cit., 380p.

es claramente distinto al de la ejecución definitiva, al existir un recurso pendiente deducido en contra de la sentencia que se intenta cumplir, resguardando el legislador de este modo, los derechos del ejecutado provisional.

Los aspectos que habitualmente trata el procedimiento de concesión de la ejecución provisional son fundamentalmente tres: **(i)** Exigencia de algún requisito habilitante para solicitar la ejecución provisional; se refiere particularmente a si es necesario o no rendir caución para su solicitud; **(ii)** Establecimiento de un régimen de oposición a la ejecución provisional; y **(iii)** Efectos de la revocación total o parcial de la sentencia ejecutada provisionalmente.

F. Necesidad del otorgamiento de caución

En el Derecho Procesal, la técnica legislativa de recurrir a la institución civil de las cauciones, es utilizada con el fin de ofrecer una garantía de satisfacción de los eventuales daños que pueda causar la adopción de una determinada medida.

Desde la perspectiva de la ejecución provisional, el otorgamiento de una caución puede operar de dos formas: en primer lugar, como un requisito habilitante para el ejecutante al momento de solicitarla; o como un derecho de defensa del ejecutado provisional, quien puede rendir la caución para garantizar los perjuicios de la demora en la ejecución. En el primer caso, la caución opera como una garantía para el ejecutado y en beneficio de sus derechos, ya que cuando la caución es constituida por el ejecutante, si bien la ejecución sigue adelante, el ejecutado tendrá a lo menos garantizada la restitución por equivalencia en caso de que el fallo del tribunal superior le sea favorable, y lo más relevante, es que coloca la carga económica de su constitución en manos del ejecutante provisional, bajo sanción de no proseguir adelante con la ejecución; en el segundo modelo, se constituye por el ejecutado en favor de los derechos del ejecutante que se ve perjudicado por la demora que pueda causarle la ejecución de la sentencia, mientras dure el conocimiento y fallo del recurso por parte del tribunal de alzada.

La exigencia de prestar fianza, se fundamenta en cada uno de estos sistemas, en la prohibición de causar indefensión a la parte perjudicada con la medida. La fianza es tan consustancial a la tutela efectiva de la parte que se ve afectada con la medida que la falta de medios económicos de la parte interesada en su adopción, no permite eximir de su constitución⁵⁷.

La tendencia actual en materia de ejecución provisional, es favorecer los derechos de quien obtuvo una sentencia favorable en primera o segunda instancia, en aras de garantizar una respuesta jurisdiccional efectiva al vencedor. Si es el litigante victorioso quien se encuentra respaldado por una sentencia obtenida con todas las garantías, ¿por qué debería ser él quien garantice económicamente mediante el otorgamiento de una caución la eventual revocación por parte del tribunal de alzada? Y en el segundo modelo, si bien la caución la constituye el ejecutado en favor del ejecutante, se le entrega al primero el derecho de opción a decidir si la ejecución sigue adelante o no; es decir, queda en manos del ejecutado, decidir si el litigante victorioso gozará o no de sus derechos reconocidos por la sentencia.

En razón de ello, para que la ejecución provisional tome real fuerza, el tratamiento legislativo de la caución debe ser extremadamente estricto y en supuestos en que el perjuicio de la parte ejecutada sea evidente. Un sistema de ejecución provisional que prescindiera de la exigencia de constituir una caución parece peligroso, pues deja a la parte provisionalmente ejecutada en un pie de desigualdad en relación al ejecutante, sobre todo en miras a un eventual resultado positivo en la apelación, que se traduzca en la necesidad de restituir aquello que fue entregado en virtud de la ejecución provisional. Ello es reforzado aún más, cuando se estima que la caución, más allá de constituir una garantía de la restitución en caso de reforma de la sentencia, es un instrumento que intenta equilibrar la posición de las partes⁵⁸.

En atención a lo ya expuesto, es que la ejecución provisional debe operar sin necesidad de constitución de caución por la parte vencedora al momento de solicitarla, y sólo contemplarse en el marco de un régimen de oposición por parte del ejecutado,

⁵⁷ CABALLOL ANGELATS, Lluís. Ob. cit., 213p.

⁵⁸ SILVA ÁVAREZ, Oscar. Ob. cit., 381p.

como veremos a continuación. En el Derecho español, antes de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 (LEC 2000), se exigía caución al solicitante de la ejecución provisional como requisito habilitante para su otorgamiento. Tal regulación significó que la aplicación de la ejecución provisional sea escasa y que solo tengan acceso a ellos, quienes disponían de recursos líquidos para constituir la caución en el breve plazo de seis días que exigía la ley. La nueva regulación elimina tal requisito, y conforme al artículo 526 de la LEC 2000, el favorecido por una sentencia de condena dictada en primera instancia «podrá, *sin simultánea prestación de caución*, pedir y obtener su ejecución provisional». He aquí, podríamos decir, la novedad clave, el resorte decisivo del que arranca la potenciación de la ejecución provisional. La eliminación de la exigencia de caución remueve lo que, al decir de muchos, constituía el principal escollo para la efectividad inmediata de las sentencias de primera instancia en la disciplina anterior⁵⁹.

En el panorama chileno, como veremos más adelante, la caución es siempre exigida al ejecutante al momento de instar por la ejecución provisional, ya sea por exigencia legal, como ocurre en materia de juicio ejecutivo (art. 475 respecto de la sentencia de pago y artículo 509 inciso 2° respecto de la sentencia de remate, ambos del Código de Procedimiento Civil) o a requerimiento de la parte vencida (recurrente), como ocurre en materia de casación a través de la figura de la fianza de resultas (art. 773 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil).

G. Régimen de oposición a la ejecución provisional.

Como se expuso con anterioridad, para que la ejecución provisional sea un instrumento eficaz de protección de los derechos de quien obtuvo una sentencia favorable, es necesario que aquella opere sin necesidad de caución previa por parte del solicitante. Como contrapartida, los sistemas que así lo contemplan, establecen en favor del ejecutado, un régimen de oposición, con objeto de resguardar sus derechos.

Los motivos de oposición que puede deducir el deudor, atienden principalmente a dos razones: (i) El carácter no ejecutable de la sentencia que se pretende

⁵⁹ CADARSO PADAU, Juan. Notas sobre la ejecución provisional de sentencias en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Revista de Actualidad Jurídica Uria & Menéndez (3): 29, 2002.

cumplir; y (ii) Que la ejecución provisional ocasionará un perjuicio imposible de reparar o restaurar económicamente.

El régimen de oposición del ejecutado provisional, puede ser más o menos intenso, pero en aquellos sistemas en que no se exige caución previa por parte del peticionario, el derecho de oposición es más bien limitado y con estrictas causales; por otro lado, se le concede al ejecutante el derecho de caucionar la ejecución, permitiendo que esta siga adelante, pese a la oposición del deudor. Nótese que la prestación de caución por parte del ejecutante tiene un tratamiento completamente distinto a aquel en que se exige la caución como requisito habilitante para solicitar la ejecución provisional; aquí en cambio, la caución se configura como un derecho del ejecutante en el marco del derecho de oposición del ejecutado, permitiendo que la ejecución siga adelante aún cuando existan motivos de oposición fundados, si es que dicha caución constituye garantía suficiente de compensación al deudor.

En aquellos sistemas en que la ejecución provisional tiene un tinte netamente cautelar, los derechos de oposición del deudor son muchos más fuertes, atendido a que el ejecutante deberá acreditar los supuestos propios de toda medida cautelar, como son el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, pudiendo el ejecutado objetar su concurrencia⁶⁰.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del 2000, en la cual se consagra la ejecución provisional con un carácter netamente preferente por los derechos del ejecutante, se establece un régimen de oposición bastante limitado. En primer lugar, la oposición solo puede deducirse una vez que esta ha sido despachada, estableciéndose además que en contra de la resolución que despacha la ejecución provisional, no procederá recurso alguno; en cambio, en contra de la resolución que deniega la ejecución provisional, procede el recurso de apelación, el cual se tramitará y resolverá con carácter preferente. En cuanto a los derechos de oposición del deudor, la ley es bastante estricta; sólo es admisible la oposición en caso de sentencias de condena no dinerarias, cuando resulte imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o

⁶⁰ FERRER, Sergio E. Ejecución anticipada de la sentencia como cautela material. En: Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo). Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, 360p.

compensar económicamente al ejecutado, mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, en caso de revocarse la sentencia. En el caso de la ejecución provisional de sentencias condenatorias dinerarias, no cabe el derecho de oposición del deudor, sino que sólo es admisible la oposición respecto de actuaciones ejecutivas concretas llevadas a cabo en el procedimiento de apremio.

Por lo tanto, no cabe plantear una oposición a la ejecución provisional "en su conjunto", lo que muestra claramente el cuidado con que el legislador regula esta materia con el objeto de evitar que la nueva ejecución provisional termine enmarañada por un exceso de trabas. Esta clase de condenas dinerarias son mucho más frecuentes que las que no lo son, de ahí la importancia de las limitaciones previstas para la oposición para el éxito del modelo⁶¹.

H. Revocación total o parcial de la sentencia ejecutada provisionalmente.

La mayor dificultad práctica que debe enfrentar la ejecución provisional, la cual constituye a su vez uno de los principales argumentos de quienes se oponen a ella, es solucionar las consecuencias jurídicas que se producen al revocarse total o parcialmente la sentencia provisionalmente ejecutada.

Los diversos sistemas jurídicos que contemplan la presente figura, establecen principalmente dos derechos a favor del ejecutado, cuyo recurso resultó favorablemente resuelto: **(i)** En primer lugar, la obligación restitutoria por parte del ejecutante provisional, de devolver la cantidad que le fuere dada en virtud de la sentencia, en caso de tratarse de condenas dinerarias, y en caso de condenas no dinerarias, a la restitución del bien determinado, o a la indemnización de los perjuicios, en caso de imposibilidad de restituir; **(ii)** En segundo lugar, una obligación indemnizatoria, de resarcir todos los daños y perjuicios causados con ocasión de la ejecución provisional.

⁶¹ HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL y PALOMO VÉLEZ, DIEGO. 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 sentencias. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca 12 (2): 141, 2006.

Un primer problema que se plantea en este ámbito, es si se concederá también al ejecutado el derecho de obtener la restitución e indemnizaciones que correspondan, con el carácter de provisional en caso de que la sentencia revocatoria del tribunal del alzada sea nuevamente impugnada, por ejemplo, por la vía de la casación.

En España, la situación provocó numerosas posturas interpretativas por parte de la doctrina, debido a la falta de regulación sobre la materia por parte de la legislación anterior a la reforma del año 2000. Se sostuvo, que la sentencia que revoca la ejecutada provisionalmente, no actúa automáticamente en orden a la restitución y que para que pueda desencadenar ese efecto es necesario que previamente sea eficaz; cualidad que adquirirá cuando devenga firme o cuando se conceda la posibilidad de ejecutarla provisionalmente. Aquí la restitución no es un efecto que se desencadena a partir de la propia ejecución provisional concedida, sino que deriva de la exigencia de hacer efectiva la resolución dictada por el superior. Desde esta óptica, la sentencia revocatoria sólo otorga al ejecutado el derecho a la restitución incondicionada cuando ella concluya el proceso; quedando subordinada la posibilidad de exigir la restitución, en los restantes supuestos, al cumplimiento de los requisitos de la ejecución provisional⁶².

Sin embargo, tras la entrada en vigencia de la nueva ley, los artículos 533 N° 3 y 534 N° 3 de la LEC 2000 conceden al ejecutado los mismos derechos que el ejecutante para efectos de la restitución, ante el mismo tribunal que hubiere sustanciado la ejecución provisional, y concede también al ejecutante, ahora “ejecutado provisional” para efectos de la restitución, los mismos derechos de oposición que se le concedían al ejecutado primitivo.

Una segunda interrogante es determinar, bajo qué condiciones se efectuará la restitución al ejecutado provisional. En caso de que el ejecutante provisional haya constituido una caución para garantizar la eventual restitución o indemnización al ejecutado, este último deberá hacer efectivos sus derechos sobre dicha garantía, teniendo como título la sentencia revocatoria del tribunal de alzada. Sin embargo, en aquellos sistemas en que no se exige caución al momento de solicitar la ejecución provisional, o cuando tampoco se constituyó

⁶² CABALLOL ANGELATS, Lluís. Ob. cit., 273p.

dentro del marco del régimen de oposición, la cuestión es algo más problemática. Salvo la legislación española, que es algo más minuciosa en este aspecto, los restantes Códigos analizados en este trabajo sólo hablan en términos generales de la obligación restitutoria a favor del ejecutado provisional. Las interrogantes a este respecto son variadas; ¿bajo qué reglas se efectúa la restitución por parte del ejecutante? ¿Se le considerará como poseedor de buena o mala fe? ¿El ejecutado debe iniciar un nuevo procedimiento o la restitución se substanciará ante el mismo tribunal que conoció de la ejecución provisional?

En nuestro Derecho, donde el tratamiento legislativo de la ejecución provisional es parcializado e inorgánico, el panorama es más bien obscuro. Se ha sostenido sin embargo, como veremos más adelante, que podría solicitarse la restitución en el mismo juicio a petición del ejecutado provisional, dentro del plazo de un año contado desde que las prestaciones contenidas en la sentencia se hicieran exigibles, o iniciar un nuevo juicio ejecutivo, teniendo como título la sentencia revocatoria⁶³.

⁶³ SILVA ÁVAREZ, Oscar. Ob. cit., pág. 387.

CAPÍTULO III

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

I. GENERALIDADES

En el Derecho Comparado, la figura de la ejecución provisional se encuentra contemplada de larga data⁶⁴, reconociendo al acreedor el derecho de ejecutar provisionalmente el fallo impugnado. Como señalamos al comienzo de este trabajo, la tendencia actual en el Derecho Comparado es favorecer a quien obtuvo una sentencia condenatoria en primera instancia, permitiéndole gozar de sus beneficios, mientras dure la substanciación del recurso en el tribunal de alzada.

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española del 2000 (en adelante “LEC 1/2000”), sin embargo, constituye la legislación procesal más acabada e intensa acerca de la ejecución provisional de las resoluciones judiciales, cuyo análisis resulta relevante en el marco de la reforma al proceso civil chileno. En el caso español, la LEC 1/2000 viene en romper con una regulación bastante tímida y restringida que tenía la ejecución provisional en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881, en la cual se regula una ejecución provisional con un fuerte carácter protector de los derechos del acreedor.

En este capítulo el enfoque estará centrado mayormente en estudiar la ejecución provisional en el Derecho Español, en razón de que, en primer lugar, la

⁶⁴ Si bien la ejecución provisional fue regulada propiamente tal, como una figura ejecutiva autónoma, en los Códigos Procesales europeos del siglo XIX, la figura del cumplimiento de resoluciones judiciales pese a existir recursos deducidos en su contra, data de mucho más antiguo. En el Derecho Romano rigió la máxima *nihil erit innovandum*, en virtud de la cual se impedía la ejecución de la sentencia, mientras estuviera pendiente el recurso; sin embargo, históricamente han sido diversos los medios utilizados para evitar los perjuicios que puede ocasionar la imposibilidad de ejecutar la sentencia impugnada, como la limitación al número de recursos y el establecimiento de sentencias irrecurribles como ocurrió en el Derecho Post-clásico Romano. Pero los mecanismos propios de ejecución provisional fueron instaurados recién en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, en el cual en virtud de una Constitución de Valerio en el año 386, se dispuso la ejecución de la sentencia impugnada en causas posesorias, iniciándose de este modo un cambio de orientación. Las fuentes romanas también citan a Modestino, quien se ocupó de los recursos que se interponían exclusivamente para evitar la ejecución (*appellatione moratoria*), relatando en el *Digesto* un caso de apelación fraudulenta, en que el juez *a quo* decretó la ejecución de la sentencia recurrida. Esta cita de Modestino constituye uno de los primeros ejemplos de ejecución provisional de los que se tiene conocimiento.

LEC 1/2000 constituye una reforma radical al proceso civil español, enfocado hacia la tutela efectiva de los derechos de los justiciables, y no una mera reforma parcial de la antigua Ley de Enjuiciamiento de 1881; en segundo lugar, porque en materia de ejecución provisional, la LEC 1/2000 ha sido la legislación que derechamente la ha consagrado como un derecho del vencedor de primera instancia el cual puede solicitar su aplicación inmediata sin necesidad de caución previa; y en tercer lugar, porque la nueva ley española se ha instaurado como la legislación procesal civil más moderna dentro del sistema jurídico europeo-continental, constituyéndose como un verdadero referente para el proceso de reforma que afrontan otros países, entre ellos el nuestro.

A continuación analizaremos someramente la ejecución provisional en el Código Procesal Civil Alemán, el cual contempla una interesante regulación de la figura, permitiéndole al juez declarar la ejecutabilidad provisional del fallo de primera instancia. Finalmente estudiaremos la ejecución provisional en los Códigos italianos y francés y haremos una breve revisión del panorama en los Códigos latinoamericanos.

II. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA DEL 2000.

A. Reseña histórica sobre la ejecución provisional en el Derecho Español

La ejecución provisional fue introducida en el Derecho Español, como figura de cumplimiento de una sentencia definitiva, encontrándose pendiente un recurso deducido en su contra, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855⁶⁵.

La regulación contemplada en la Ley de 1855, como también en la de 1881, era más bien restrictiva y sólo proveía la ejecución provisional de sentencias pendientes de recurso extraordinario de casación interpuesto ante el tribunal supremo, pero no de

⁶⁵ El establecimiento de recursos en el solo efecto devolutivo solo se introdujo en el derecho castellano en el siglo XVI, como remedio para corregir los perjuicios causados por la suspensión de la causa mientras duraba la substanciación del recurso; típicamente en el caso de la sentencia condenatoria de alimentos y en las causas posesorias; CABALLOL ANGELATS, Lluís. Ob. cit., 103p.

las sentencias pendientes de recurso ordinario de apelación ante las antiguas audiencias territoriales⁶⁶.

Tal regulación de la ejecución provisional se extendió en el tiempo hasta el año 1984, en el que entró en vigor la Ley N° 34/1984 de Reforma Urgente a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, de fecha 6 de agosto de ese mismo año, en la cual se introdujo una nueva redacción al antiguo artículo 385 de la ley, permitiendo la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia que hubieran sido objeto de apelación. Tal reforma, sin embargo, fue más bien defectuosa, ya que sólo permitía instar por la ejecución provisional dentro del brevísimo plazo de 6 días contados desde la notificación de la resolución que concede el recurso de apelación; sólo podía solicitarse por la parte apelada (quedando imposibilitado de solicitarla la parte que aún habiendo apelado, había obtenido pronunciamientos favorables en la sentencia recurrida); en tercer lugar, en el caso de ejecución no pecuniaria, el ejecutante tenía la carga de acreditar que el cumplimiento de la sentencia impugnada no produciría un perjuicio irreparable a la contraparte; y finalmente, que es quizás lo más relevante, la nueva regulación contemplaba que el solicitante debía constituir caución para responder por lo percibido, en caso de revocarse la sentencia provisionalmente ejecutada.

Tal tratamiento, colocaba un obstáculo insalvable a quien deseaba solicitar la ejecución de la sentencia recurrida, quedando su aplicación reducida a los casos de sentencia de condena líquida, siempre que quien instara por el cumplimiento, disfrutara de una importante liquidez o crédito para afianzarse el principal, intereses y costas de que aquello que pretendía ejecutarse⁶⁷.

B. Razones del cambio legislativo y principales características de la nueva regulación

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, opta por una decisión política de fortalecer la posición acreedora, tomando partido por la concepción que aboga por la posibilidad de ejecutar provisionalmente las sentencias definitivas de condena, a pesar de la interposición de un recurso.

⁶⁶ ARMENTA DEUS, Teresa. La ejecución provisional. Editorial La Ley, Madrid, 2000, 14p.

⁶⁷ CHOZAS ALONSO, José Manuel. Ob. cit., 403p.

Las razones del cambio, como expusimos con anterioridad, son aquellos criterios de política legislativa por los cuales el legislador procesal opta por dicho medio de ejecución, los cuales consisten, en primer lugar, en favorecer a quien se encuentra respaldado por una sentencia judicial condenatoria, permitiéndole gozar de los beneficios de dicha resolución, en principio, de forma inmediata; en segundo lugar, la ejecución forzosa provisional de la sentencia de primera instancia elimina el grave problema de que el deudor condenado agote cuantos recursos tiene a su disposición con el único fin de eludir su responsabilidad, retrasando la ejecución; y en tercer lugar, la noción de que las sentencias de primer grado sean inmediatamente efectivas, terminando con la tradicional desconfianza hacia la justicia de primera instancia.

La Exposición de Motivos de la LEC 1/2000 expone los fundamentos de la ejecución provisional en el siguiente tenor: “(XVI) La regulación de la ejecución provisional es, tal vez, una de las principales innovaciones de este texto legal. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil representa una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y excepciones, las sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional. (...) Con el sistema de esta Ley, existe, desde luego, el peligro de que el ejecutante provisional haya cobrado y después haya pasado a ser insolvente, pero, de un lado, este peligro puede ser mínimo en muchos casos respecto de quienes dispongan a su favor de sentencia provisionalmente ejecutable. Y, por otro lado, como ya se ha dicho, la Ley no remite a un proceso declarativo para la compensación económica en caso de revocación de lo provisionalmente ejecutado, sino al procedimiento de apremio, ante el mismo órgano que ha tramitado o está tramitando la ejecución forzosa provisional.

(...) Con el sistema de esta Ley, existe, desde luego, el peligro de que el ejecutante provisional haya cobrado y después haya pasado a ser insolvente, pero, de un lado, este peligro puede ser mínimo en muchos casos respecto de quienes dispongan a su favor de sentencia provisionalmente ejecutable. Y, por otro lado, como ya se ha dicho, la Ley no remite a un proceso declarativo para la compensación económica en caso de revocación de lo

provisionalmente ejecutado, sino al procedimiento de apremio, ante el mismo órgano que ha tramitado o está tramitando la ejecución forzosa provisional. Mas el factor fundamental de la opción de esta Ley, sopesados los peligros y riesgos contrapuestos, es la efectividad de las sentencias de primera instancia, que, si bien se mira, no recaen con menos garantías sustanciales y procedimentales de ajustarse a Derecho que las que constituye el procedimiento administrativo, en cuyo seno se dictan los actos y resoluciones de las Administraciones Públicas, inmediatamente ejecutables salvo la suspensión cautelar que se pida a la Jurisdicción y por ella se otorgue. La presente Ley opta por confiar en los Juzgados de Primera Instancia, base, en todos los sentidos, de la Justicia civil. Con esta Ley, habrán de dictar sentencias en principio inmediatamente efectivas por la vía de la ejecución provisional; no sentencias en principio platónicas, en principio inefectivas, en las que casi siempre gravite, neutralizando lo resuelto, una apelación y una segunda instancia como acontecimientos que se dan por sentados.”

Las principales características desde el punto de vista de la técnica legislativa utilizada, son las siguientes: **(i)** Desde una perspectiva formal, la ejecución provisional recibe un tratamiento orgánico y unitario en el Título II del Libro III de la LEC 1/2000; **(ii)** La regla general es que el litigante que hubiera obtenido una sentencia condenatoria en su favor, tiene derecho a la ejecución provisional de la misma, sin que aquello dependa de una decisión discrecional del tribunal; **(iii)** No se contempla un plazo para que el litigante victorioso inste por la ejecución provisional; **(iv)** Elimina la caución como requisito previo a la ejecución provisional, consagrando a favor del ejecutado un régimen de oposición, distinguiendo según se trate de condenas dinerarias o no; **(v)** Contempla una regulación sobre los efectos de la eventual revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada.

C. Procedimiento de ejecución provisional

(i) Resoluciones judiciales susceptibles de ejecución provisional: La regla general es que todas las sentencias condenatorias de primera instancia que no hayan adquirido firmeza, son susceptibles de ser cumplidas provisionalmente (art. 524.2 y 3). Siguiendo una interpretación teleológica, el profesor Chozas Alonso sostiene que también podrían incluirse resoluciones judiciales que no tienen la calidad de sentencias, como por ejemplo, un auto que fija la cantidad procedente de la liquidación de daños y perjuicios, o de

frutos y rentas, o de rendición de cuenta de una administración, o sobre todo, de un auto que homologase un acuerdo a transacción entre las partes⁶⁸.

En el artículo 525 de la ley, se excluyen ciertas sentencias, que en atención a su naturaleza o a la imposibilidad de restaurar la situación en caso de revocación por el tribunal superior, no son susceptibles de ejecución provisional. Tales casos que se encuentran excluidos son los siguientes:

- (a) Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad, estado civil y derechos honoríficos, salvo los procedimientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionados con lo que sea objeto principal del proceso. La razón está en la naturaleza de la sentencia, en que tratándose típicamente de situaciones de estado civil, no pueden existir aquellos con el carácter de provisional. Esto no impide que puedan ejecutarse provisionalmente los efectos patrimoniales de dichas relaciones, como por ejemplo, el derecho de alimentos en las relaciones de filiación.
- (b) Las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad. La excepción se justifica en razón del carácter personalísimo de la obligación impuesta por la sentencia, y en segundo lugar, porque en caso de revocación, se trataría de una situación difícil de restaurar, perjudicando eventualmente a terceros de buena fe. Para el profesor Caballol Angelats, la exclusión es absolutamente injustificada, ya que la circunstancia de que como consecuencia de la efectividad de este tipo de pronunciamientos se genere *ex novo* un vínculo jurídico inexistente antes de iniciar el proceso, no es razón suficiente para excluirlos de la posibilidad de desplegar efectos provisionalmente, al menos entre las partes. En este caso lo único que sucedería es que el vínculo jurídico surgido quedaría sujeto a la condición resolutoria de que tuviera lugar la revocación. La eventualidad de que sobre la base

⁶⁸ CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL. Ob. cit., pág. 406.

de la nueva situación, terceros adquirieran derechos, obligaría a prever mecanismos para garantizar la revocación, pero no a prohibir la ejecución provisional⁶⁹.

- (c) Las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial. La justificación se encuentra en que son sentencias meramente declarativas, que no requieren ejecución alguna. Además, aquello permite de que una vez declarada la pérdida de vigencia de los derechos de propiedad industrial, cualquier persona podría iniciar su explotación legítima.
- (d) Las sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los tratados internacionales⁷⁰ vigentes en España. El fundamento de la prohibición radica en que el cumplimiento de sentencias extranjeras requiere del *exequatur* u homologación por parte de los tribunales españoles, el cual a su vez supone la firmeza de la sentencia.

El 23 de diciembre de 2003 la LEC 1/2000 sufrió una modificación en esta materia, en virtud de la Disposición Adicional 12ª de la Ley Orgánica 19/2003, la cual introdujo un nuevo apartado en el art. 525 de la LEC destinado a regular los requisitos de la ejecución provisional de sentencias. Según este nuevo apartado, “no procederá la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Para apreciar el alcance de esta reforma, quizás convenga recordar que fue con ocasión de la condena por el llamado “caso *Hesperia*”⁷¹ cuando la empresa

⁶⁹ CABALLOL ANGELATS, Lluís. La ejecución provisional de resoluciones judiciales en la LEC 1/2000. *Revista Xurídica Galega*, ISSN 1132-6433, (26): 303, 2000. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=79828> [consulta: 05 julio 2010].

⁷⁰ A este respecto podemos mencionar el Convenio de Bruselas de 1968 que admite el reconocimiento y ejecución provisional de sentencias carentes de firmeza. También se encuentra el Convenio de la Haya de 1973 sobre la ejecución de sentencias relativas a alimentos y el Convenio Europeo de Luxemburgo de 1980 sobre custodia de menores.

⁷¹ El llamado “caso *Hesperia*” saltó a los medios de comunicación cuando varios jugadores del primer equipo del Fútbol Club Barcelona interpusieron una demanda contra dos medios de comunicación,

periodística afectada por este asunto decidió, para eludir el cumplimiento de la ley, arremeter contra la Ley de Enjuiciamiento Civil al considerar que esta medida atentaba gravemente contra la libertad de prensa. A estas críticas se sumó también la Asociación de la Prensa de Madrid, argumentando que esta normativa constituía en la práctica una “ley mordaza”, por lo que solicitaron del Gobierno una reforma que resolviera lo que ellos consideraban una “anomalía” (el Ministro de Justicia, incomprensiblemente, accedió a esta petición).

Es evidente que el legislador del año 2000 en ningún momento pretendió introducir medida alguna tendente a limitar o menoscabar el derecho a la libertad de expresión. Según se dijo entonces, su único propósito fue intentar garantizar el derecho de las numerosas pequeñas y medianas empresas que podrían verse obligadas a cerrar ante la falta de instrumentos eficaces para reducir la morosidad mediante el cobro de sus créditos ante los tribunales. En este sentido, es verdad que hay ciertos aspectos de esta nueva normativa que podrían haberse mejorado. Sin embargo, no lo es menos el que, dadas las características de este tipo de procesos, en los que el resultado final es tan difícil de predecir como lo puede ser en el resto de los supuestos sometidos a la jurisdicción, limitar el derecho de un determinado grupo de acreedores, formado la mayoría de las veces por sujetos de relevancia pública que demandan en defensa de su derecho al honor, intimidad personal y propia imagen, no permitiéndoles que puedan dirigirse de forma provisional contra el patrimonio de las empresas periodísticas para hacer frente al pago de las indemnizaciones a que han sido condenados, no es la mejor ni la más adecuada de las soluciones y muestra en este caso la subordinación de la legislación procesal a los intereses políticos.

Hay que tener en cuenta un dato fundamental, y es que la incidencia que puede tener esta medida en las empresas periodísticas no es menor que la que pueden tener en otros ámbitos. La libertad de expresión es un bien que debe recibir todo el amparo que sea necesario, pero si lo que pretendían es disponer de una norma que les asegurase la inmunidad frente a este novedoso sistema, desde luego tienen la reforma adecuada; tras ellas pueden venir también otras que, en pretexto de la defensa de otros bienes o intereses, podrían

Telemadrid y el portal digital Micanoa.com, por una supuesta vulneración de derechos al honor y a la intimidad.

igualmente esgrimir el mismo derecho a exigir que se les exonere de la aplicación de esta normativa. En suma, un privilegio injustificable⁷².

(ii) Tribunal competente y legitimación para accionar: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 524.2 y 535.2, el tribunal competente para conocer de la solicitud, despacho, oposición y eventual revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente es el que hubiera conocido del proceso de primera instancia, independiente de que la sentencia que se pretenda ejecutar sea dictada en primera o segunda instancia.

En cuanto a la legitimación para accionar, la LEC 1/2000 innova respecto a la antigua legislación de 1881, en la cual sólo se otorgaba legitimación a la parte apelada. Hoy, el artículo 526 establece que “quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá (...)”.

Es interesante detenerse sobre este punto ya que desde la reforma de la LEC de agosto de 1984, a la cual ya hicimos referencia con anterioridad, el debate sobre la legitimación para instar la ejecución provisional se ha centrado en determinar si la parte recurrente podía conseguir simultáneamente el despacho de la ejecución provisional de los pronunciamientos que la favorecían. La discusión ha sido polarizada por las opiniones que sostenían que únicamente estará legitimada la parte pasiva en la impugnación; y las opiniones que sostenían que la legitimación para recurrir y la legitimación para instar la ejecución provisional eran independientes, y que en consecuencia no cabía subordinar la una a la otra.

El texto del proyecto de LEC presentado al Congreso optaba por la primera de las soluciones y exigía la adhesión al recurso de la parte contraria para que el recurrente pudiera conseguir la ejecución provisional. Los artículos 528.2 y 529.1 del proyecto (los actuales arts. 526 y 527.1) concordaban plenamente, lo cual impedía otra interpretación⁷³.

⁷² DAMIÁN MORENO, Juan. La ejecución provisional de sentencias en el proceso civil español. Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje, (1): pp. 6-7, 2009.

⁷³ Tales artículos señalaban lo siguiente: Art. 528.2 “La ejecución provisional podrá solicitarse, en todo caso, por la parte apelada, y también por la apelante, respecto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida que le sean favorables, cuando la parte apelada se haya adherido al recurso impugnando dichos

Durante la tramitación parlamentaria prosperó una enmienda (a lo que ha acabado siendo el actual art. 526) en cuya virtud se suprimían las referencias que hacía este artículo al apelante, al apelado y a la adhesión al recurso. Lo cual venía a significar que la ejecución provisional como ejecución que es tenía, a partir de ese momento, sus mismos criterios de legitimación.

No obstante, a la vista de las referencias que continúa haciendo el apartado 1 del art. 527 a la parte apelante y a la adhesión al recurso, cabe preguntarse si la legitimación para instar la ejecución provisional aún continúa subordinada a que la parte adversaria haya impugnado, ya inicialmente, ya en forma adhesiva. La respuesta a esta cuestión es negativa. La redacción del apartado 1 del art. 527 es la que tenía el apartado 1 del art. 529 del proyecto presentado al Parlamento. Este precepto, como ya se ha indicado, concordaba perfectamente con el art. 528.2 (actual 526). Sin embargo durante la tramitación parlamentaria se aprobaron enmiendas al art. 528 (el actual 526) que no vinieron seguidas de la correspondiente adaptación del apartado que estamos comentando. El efecto práctico de esta precipitada forma de proceder no es otro que el dar pie a una discusión superflua, ya que la nueva redacción del art. 526 ha vaciado de contenido las referencias del art. 527 al traslado al apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso. En efecto, la notificación de la providencia que tenga por preparado el recurso, que dispone en su parte inicial el núm.1 del art. 527, debe hacerse tanto al recurrente como al recurrido. Lo cual, sumado a lo que dispone el art. 526 habilita, desde ese momento, a todas las partes legitimadas a instar la ejecución provisional.

Se ha indicado que, en buena lógica, cuando el recurrente pretende la efectividad de los pronunciamientos no impugnados por la parte contraria en realidad está aspirando a conseguir la ejecución de pronunciamientos firmes y que, en consecuencia, la vía para hacerlos efectivos sería más la ejecución definitiva que la provisional. Pero lo cierto es que no siempre que un pronunciamiento no es impugnado puede asegurarse con total rotundidad

pronunciamientos”. Art. 529 .1 “La ejecución provisional podrá pedirse en cualquier momento desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación o, en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, y siempre antes de que haya recaído sentencia en éste”.

su firmeza. Y además desde una perspectiva operativa, no tiene mucho sentido restringir la legitimación para conseguir la ejecución provisional cuando procede la ejecución definitiva⁷⁴.

(iii) No necesidad de caución: Como hemos señalado reiteradamente, la solicitud de ejecución provisional sin necesidad de constitución de caución por parte del solicitante, es la gran novedad de la LEC 1/2000. Esta viabilidad de la ejecución sin necesidad de prestar caución sin duda privilegia el crédito, pero no se trata de una opción de política legislativa caprichosa o sin fundamento: así se impide la demora en la satisfacción del acreedor que, no olvidemos, ha resultado favorecido por una sentencia definitiva pronunciada por un órgano jurisdiccional y, por otra parte, se evita que el deudor pueda colocarse en situaciones de insolvencia. En contrapartida, como es lógico, la ley establece un régimen que permite exigir, por la vía de apremio, la devolución de lo injustamente percibido por el acreedor en caso de revocación total o parcial de la sentencia provisionalmente ejecutada⁷⁵.

(iv) Demanda ejecutiva y despacho de la ejecución: La ejecución provisional, al igual que sucede con la ejecución definitiva, está sometida al principio dispositivo. La petición habrá de reunir los requisitos aplicables a cualquier demanda ejecutiva, en la que el solicitante deberá expresar el objeto en que la misma consista en relación con la tutela adjudicada, sobre todo tratándose de condenas no pecuniarias. Es importante aquello ya que, en relación con este tipo de sentencias, la ley atribuye al condenado el derecho a oponerse en función de la naturaleza de las actuaciones ejecutivas solicitadas por el acreedor.

En cuanto al momento para solicitar la ejecución provisional, la ley no fija plazo alguno ya que no está sometida a término. En tanto no se haya resuelto el recurso, puede ser instada en cualquier momento. La ejecución provisional cabe instarla desde el momento de la notificación de la resolución por la que al apelante se le tiene por preparado el recurso, o bien desde aquél en que se haya dado traslado del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, por lo que el debate acerca de si es procedente la aplicación del plazo de espera, es, en cierto modo, artificioso ya que la ejecución provisional se encuentra sometida a la condición de que haya mediado recurso.

⁷⁴ CABALLOL ANGELATS, Lluís. La ejecución provisional de resoluciones judiciales..., Ob. cit., 306p.

⁷⁵ CHOZAS ALONSO, José Manuel. Ob. cit., 410p.

Si la ejecución se hubiera instado antes de que se hubieran remitido los autos al tribunal que vaya a conocer de la apelación, corresponderá al juzgado de instancia expedir, antes de elevar los autos originales al tribunal superior, el testimonio al que alude la ley (innecesario, por otra parte). Por el contrario, cuando la ejecución haya sido solicitada una vez que el órgano *a quo* hubiera remitido los autos al órgano que vaya a conocer de la apelación, la ley exige que, previamente a la solicitud, el ejecutante obtenga testimonio de los extremos que sean necesarios para la ejecución, el cual deberá además acompañarse al escrito mediante el cual se solicita la ejecución. Y la misma prescripción remite la ley a las normas que rigen el recurso de apelación.

El procedimiento para la ejecución de la sentencia en segunda instancia es sustancialmente idéntico al que regulan los preceptos anteriores y sigue los mismos trámites. Ni siquiera varía la competencia funcional, la cual sigue estando atribuida al órgano que hubiera dictado la sentencia en primera instancia. La única especialidad consiste en que sobre el ejecutante recae la carga de solicitar los testimonios y certificaciones que correspondan, bien del tribunal que haya dictado la sentencia impugnada o, en caso de que éste haya ya remitido los autos, al órgano que vaya a conocer del recurso.

Una vez solicitada la ejecución provisional, el juez viene obligado a concederla salvo que entienda que por la naturaleza de los pronunciamientos que contiene la sentencia no es ejecutable. El juez en esta fase procesal no puede efectuar ningún tipo de valoración acerca de cuestiones que están exclusivamente reservadas al ejecutado; el margen de actuación del juez es, en este aspecto, muy reducido.

Contra el auto que deniegue la ejecución provisional se puede interponer recurso de apelación el cual, por expresa disposición legal, deberá tener carácter preferente al objeto de que el recurso contra este auto sea resuelto antes que la apelación principal. No tendría ningún sentido que ambas apelaciones fueran resueltas al mismo tiempo;

contra la resolución que conceda la ejecución provisional no se dará recurso alguno, sin perjuicio del derecho que asiste al condenado a oponerse a la misma, como veremos a continuación⁷⁶.

(v) Régimen de oposición a la ejecución:

❖ Panorama general

Una de las características que mejor define al modelo implantado por la ley en esta materia consiste en que las causas de oposición están sometidas a una disciplina muy estricta. Eso significa que el ejecutado deberá fundar su oposición en los motivos expresamente previstos en ella, teniendo en cuenta que la solicitud de oposición no suspende el proceso de ejecución, el cual sigue adelante hasta que aquella sea resuelta. La ley procura así garantizar, al menos hasta donde sea posible, la inmediata ejecutabilidad de los pronunciamientos declarados en la sentencia.

Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 528.1 de la LEC, la oposición solo es procedente una vez que se haya acordado la ejecución provisional, no antes, y sin que, por tanto, sea necesario para su acuerdo oír al deudor, ya que el mismo, naturalmente, ha obtenido una sentencia condenatoria. El establecimiento de un incidente en el régimen de oposición, además de no tener sentido alguno toda vez que no se discute la procedencia de la ejecución sino únicamente la concurrencia de razones meramente objetivas, no haría otra cosa que retrasar en el tiempo la puesta en marcha efectiva de la ejecución y favorecer al deudor que sin duda utilizaría todos los cauces que la ley le concediera para demorar el cumplimiento de las obligaciones⁷⁷.

El legislador ha sido bastante consciente de la trascendencia que este sistema entraña. No hay más que fijarse en las consideraciones contenidas en la Exposición de Motivos para percatarse de que se trata de un riesgo calculado, derivado, obviamente, de la posible insolvencia del ejecutante. Por eso, al margen de las reflexiones de orden sociológico

⁷⁶ DAMIÁN MORENO, Juan. Ob. cit., 7p.

⁷⁷ ASECIO MELLADO, José María. Derecho procesal civil, Ley 1/2000. Editorial Tirant-Lo Blanch, 2001, 2ª parte. 123p.

que haya podido tener en cuenta, lo verdaderamente decisivo de cara a la efectividad del sistema es saber con qué medios cuenta el ejecutado para lograr evitar que los daños ocasionados por la revocación tengan la menor incidencia posible en la esfera patrimonial del condenado en la instancia.

Para ello, la ley acude al criterio general de la irreversibilidad o no de la ejecución, ya sea en su integridad o ya afecte a actuaciones ejecutivas concretas, tal como sucede por ejemplo en las condenas dinerarias: eso quiere decir que, supuesta la eficacia ejecutiva de la resolución de la que inicialmente se parte, la oposición sólo prosperaría si el ejecutado consiguiese acreditar la existencia de motivos racionalmente suficientes como para pensar que la situación resultante de la ejecución llegara a ser irreversible.

❖ Causales de oposición

En cuanto a las causales de oposición, el N° 1 del art. 528 alude de manera bastante imprecisa a todos aquellos supuestos en los que la sentencia carezca de eficacia ejecutiva. Por lo tanto, el ejecutado podrá oponerse a la pretensión formulada si considera que la sentencia no contiene pronunciamiento alguno de condena en favor de quien la solicite o cuando se trate de una sentencia que carece de eficacia ejecutiva provisional. Cuando se estime la oposición fundada en esta causa, el órgano jurisdiccional deberá dictar un auto declarando no haber lugar a que prosiga dicha ejecución ordenando que se alcen los embargos, trabas y medidas de garantía que pudiesen haberse adoptado, si es que se ha procedido a adoptar alguna.

Mas si la **sentencia fuese de condena no dineraria**, el ejecutado podrá, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, fundar su oposición en la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o bien en la imposibilidad de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados por la revocación de la sentencia impugnada, siendo indiferente que esta imposibilidad o extrema dificultad sea de carácter material o simplemente jurídica.

En consecuencia, tratándose de ejecuciones no dinerarias, esto es, de aquellas cuyo contenido suponga una obligación que consista en una prestación de hacer, no hacer o entregar cosa determinada, las posibilidades de restitución son mucho menores, pues muchas veces las conductas objeto de la condena son esencialmente insustituibles, razón por la cual la ley utiliza como criterio subsidiario el de la imposibilidad de compensar. Si la obligación es ejecutable provisionalmente, habrá que tener en cuenta entonces si el ejecutante está en condiciones de resarcir al ejecutado de los daños y perjuicios que ocasione la eventual revocación de las sentencia.

No obstante, si el ejecutado fundara su oposición alegando la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar, puede no obstante el juez autorizar la ejecución provisional si el ejecutante ofrece caución para responder de los perjuicios que la misma pueda ocasionar. Esta posibilidad tiene por finalidad esencial favorecer el cumplimiento específico de las condenas no dinerarias en el supuesto de que considere que puede llegar a prosperar la causa alegada por el ejecutado. Es importante tener presente que esto no quiere decir que la ley esté trasladando al ejecutante la obligación de afianzar, sino que se trata de un medio alternativo dispuesto en favor del ejecutante a fin de favorecer el ejercicio de su derecho. A cambio, el ejecutante adquiere, mediante esta contracautela, el compromiso formal de restaurar o de indemnizar en caso de revocación y, de esta manera, asegurar el cumplimiento específico de la misma.

Los efectos de la estimación de la oposición se encuentran expresamente previstos en la ley, de modo que si se estimara la causa alegada, el juez procederá inmediatamente a suspender la ejecución despachada. Lo mismo ocurrirá cuando el ejecutante no prestase la fianza en el supuesto previsto anteriormente. No obstante, la ley garantiza el derecho del acreedor, obligando al juez, bien a mantener la vigencia de los embargos y medidas de garantía adoptadas, o bien a adoptar otras diferentes por lo que nada excluye que puedan acordarse cuantos medios sean precisos para asegurar las futuras responsabilidades en caso de que la sentencia no pueda ser ejecutada en los términos en los que ha sido dictada.

La oposición a la **sentencia de condena dineraria** está configurada de forma muy diferente y presenta tal número de dificultades que prácticamente se

convierte en ilusoria. La particularidad más importante reside en el hecho de que el ejecutado no puede oponerse a la ejecución en su conjunto, sino sólo a actuaciones ejecutivas concretas del proceso de ejecución siempre que entienda que dichas actuaciones son susceptibles de causar una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente en caso de revocación.

La imposibilidad de restaurar o de compensar ha de ir referida a actuaciones concretas del proceso de ejecución lo cual reduce notablemente las posibilidades de éxito de la oposición. En realidad, lo determinante no es si procede acordar la ejecución provisional, sino hasta dónde debe llegar la ejecución, es decir, el alcance de la misma. Las consecuencias procesales de la estimación de este motivo de oposición afectan únicamente a la concreta actividad ejecutiva sobre la que recae la oposición, de manera que no produce el efecto de suspender todo el proceso de ejecución, el cual deberá continuar su curso respecto de los actos que no hayan sido objeto de impugnación.

El legislador, seguramente consciente de esta situación, exige al ejecutado que al formular la oposición proponga alternativamente otras medidas que puedan sustituir a las que considere imposible de compensar o de restaurar mediante el resarcimiento de daños y perjuicios así como ofrecer caución suficiente para responder a la demora en la ejecución si dichas medidas no fuesen aceptadas y el pronunciamiento de condena fuese posteriormente confirmado.

El ejecutado, si su intención fuera la de oponerse a la realización de una actividad concreta propia del proceso de ejecución por considerar que, de acordarse, su práctica le causaría un daño difícilmente reparable, debe, en primer lugar, comprometerse a sustituir dichas medidas por otras que no provoquen situaciones similares a las que causaría la actuación o medida a la que pretende oponerse, y, en segundo lugar, prestar caución bastante para responder por la demora producida durante el tiempo que estará paralizada la ejecución si estas medidas no fueran finalmente aceptadas y la condena fuese posteriormente confirmada. Con ello se consigue garantizar suficientemente el derecho del acreedor pero que sin ello suponga un riesgo que pueda ser determinante de un daño imposible de restaurar o de compensar económicamente.

En el supuesto de que el ejecutado no expresara en su escrito la medida o medidas alternativas que se propone ofrecer, ni prestase caución suficiente para responder de la demora que esta situación pudiera provocar, el juez ni siquiera le ha de admitir a trámite la oposición, y al tenor del inciso último del artículo 528.3, no procederá en ningún caso la oposición, sin que dicha resolución sea objeto de recurso alguno. Si, por el contrario, el ejecutado formulara su oposición en el plazo previsto con arreglo a los requisitos anteriormente mencionados, el tribunal deberá darle curso y ordenar el traslado al ejecutante para que efectúe las alegaciones que considere oportunas. A la vista de ello, podrá mostrar su conformidad con las medidas propuestas, si considera que son igualmente idóneas para asegurar la eficacia de la ejecución o, por el contrario, su disconformidad por entender que son insuficientes.

Al momento de resolver la oposición, el juez deberá determinar si las medidas propuestas por el ejecutado son posibles de llevar a efecto y gozan de una eficiencia similar a las solicitadas por el ejecutante, el juez ordenará la suspensión de estas últimas sustituyéndolas por las alternativas. Si rechaza las medidas propuestas, podrá estimar la oposición a la actuación concreta si concurre el requisito general de la absoluta imposibilidad de restauración o reparación y la caución ofrecida se estima suficiente para responder de los daños y perjuicios derivados de la inejecución inmediata del acto concreto. Admitida la oposición a una concreta actuación ejecutiva seguirá la ejecución adelante en lo demás⁷⁸.

Hay que resaltar por otra parte que la caución⁷⁹ a la que se alude es de naturaleza resarcitoria y, por lo tanto, tiene por objeto compensar los daños ocasionados con motivo de la oposición para el caso de que el juez finalmente decida no aceptar las medidas propuestas por el ejecutado, lo que significaría, rectamente interpretado que, en este caso, la oposición es susceptible de provocar la suspensión de la medida que se pretende reemplazar en tanto ésta se resuelve ya que, de otro modo, no tendría sentido que aquél viniera obligado a

⁷⁸ ASENCIO MELLADO, José María. Op. cit., 127p.

⁷⁹ Surge la duda sobre si el ejecutado provisionalmente viene obligado a constituir una caución de las mismas características que la que debe ofrecer el ejecutante, (art. 529.3) ya que para este caso no se determina su contenido. La respuesta a esta cuestión en principio debe ser negativa. El importe de la caución en este supuesto sólo alcanzará a los daños que pueda ocasionar el retraso de la efectividad del pronunciamiento; CABALLOL ANGELATS, Lluís. La ejecución provisional de resoluciones judiciales..., Ob. cit., 316p.

prestarla ya que esta caución en modo alguno constituye una alternativa a las medidas propuestas.

❖ **Suspensión de la ejecución provisional de carácter dineraria**

Lo dicho anteriormente no excluye que el ejecutado no pueda obtener la paralización total del proceso de ejecución en el caso de condenas dinerarias. El artículo 531 le concede la posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución si pone a disposición las cantidades a las que hubiere sido condenado, más los intereses correspondientes y las costas que se hubieren producido hasta ese momento. Una vez liquidados aquéllos y tasadas éstas se decidirá sobre la continuación o el archivo de la ejecución. Por lo tanto, para que esto ocurra es preciso que se den dos condiciones. En primer lugar que la cantidad de la condena sea líquida, ya que en caso contrario no podrá el ejecutado proceder a la consignación de la misma y, en segundo lugar, consignado el principal, el juzgado deberá proceder previamente a la liquidación de los intereses y costas, y cuando estas cantidades hayan sido satisfechas, decidir sobre el archivo o no de la ejecución. En todo caso, es claro que no estamos ante un archivo definitivo; terminado el proceso, deberá procederse a la liquidación final del resto de las cantidades que aún no hayan sido devengadas⁸⁰.

(vi) Revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada:

Como se ha visto, el fundamento de la ejecución provisional se sustenta sobre la base de un principio orientado a garantizar que el ejecutado no quede desprotegido por la actividad ejecutiva dirigida en su contra. El riesgo de la ejecución provisional radica en que la sentencia ejecutada provisionalmente sea revocada por el tribunal que ha conocido del recurso. Naturalmente cuando la sentencia es confirmada en el recurso no surgen cuestiones problemáticas, debiendo únicamente distinguirse entre, si la sentencia del recurso, que confirma la ejecutada provisionalmente, no es firme, porque contra la misma se ha interpuesto otro recurso sucesivo, caso en el cual, la ejecución provisional continuara, si aun no hubiere terminado, salvo desistimiento expreso del ejecutante. Si la sentencia confirmatoria dictada en el recurso es firme, porque contra ella no cabe recurso alguno o porque no ha sido recurrida, la ejecución seguirá

⁸⁰ DAMIÁN MORENO, Juan. Ob. cit., 9p.

adelante, pero ahora como definitiva, siempre que no hubiera concluido o que se desista el ejecutante⁸¹.

En el caso que la sentencia que resuelva el recurso sea revocatoria, la ley se ocupa en primer lugar de los efectos de la revocación de las **sentencias dinerarias**, distinguiendo a su vez dos hipótesis, según la revocación sea total o parcial. Así, si la revocación fuera total, la ley ordena que se proceda a exigir al ejecutante la restitución de todo lo indebidamente percibido, más los intereses devengados desde la fecha de la ejecución así como las costas que éste hubiera satisfecho. Mayores problemas plantean los supuestos de revocación parcial pues en este caso se procederá a compensar las cantidades objeto de la condena; de este modo, al ejecutante tan sólo se le habrá de devolver la diferencia entre las cantidades percibidas y la que resulte de la condena con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia el tipo de interés legal del dinero.

Si la sentencia revocatoria fuese aún susceptible de recurso, la percepción de las cantidades a las que se ha hecho referencia, podrá ser exigida por la vía de apremio, la cual se sustanciará ante el mismo órgano ante el que se hubiera sustanciado la ejecución provisional, liquidándose los daños y perjuicios. No obstante, dado que todavía estamos ante una ejecución de naturaleza provisional, ya que la sentencia todavía no ha adquirido firmeza, el ejecutado (antes ejecutante) podrá oponerse a esta ejecución conforme a las causas establecidas en la ley.

Los efectos de la revocación en las **sentencias no dinerarias** se rigen por los mismos principios que si se tratase de una condena dineraria, si bien su objeto varía en función de su contenido. Así, si la resolución que se hubiera revocado hubiese condenado a la entrega de un bien determinado, se procederá a restituir el mismo al ejecutado, en el concepto en que lo hubiera tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien. Si por cualquier razón la restitución resultara imposible, el ejecutado tendrá derecho a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios causados. Si la resolución que se hubiera revocado contuviese una obligación de hacer y éste hubiese sido realizado, el ejecutado podrá

⁸¹ MONTERO AROCA, JUAN. Derecho jurisdiccional. Proceso Civil. Editorial Tirant-Lo Blanche, 10ª Edición, Valencia, 2001, tomo II. 550p.

pedir que se deshaga lo hecho y que se indemnizen los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán, aun cuando la ley guarde silencio sobre este aspecto, también con arreglo al procedimiento previsto a tal efecto.

En el caso de que la sentencia fuese susceptible de un ulterior recurso, la restitución de la cosa, la destrucción de lo mal hecho o la exacción de daños y perjuicios, se llevará a efecto mediante los mismos trámites y ante el mismo órgano que haya sustanciado la provisional. Al igual que en el supuesto anterior, el obligado a restituir, deshacer o indemnizar podrá oponerse a la ejecución haciendo uso de las causas previstas en la ley para este supuesto.

Como indicamos al principio, la ejecución provisional no altera el régimen procesal de la ejecución despachada, la cual ha de llevarse a efecto siguiendo las mismas reglas establecidas para la definitiva. A este respecto, en caso de que la sentencia haya sido confirmada, la ley distingue varios supuestos ya que si la sentencia dictada en segunda instancia no fuera susceptible de recurso o no se recurriera, la ejecución, salvo desistimiento, seguirá adelante como definitiva. Por lo tanto, una vez firme, la ejecución convierte la ejecución provisional en definitiva.

En cambio, si la sentencia fuese aun susceptible de ser impugnada mediante otro tipo de recurso, la ejecución seguirá manteniendo el mismo carácter y continuará su curso si aun no hubiera terminado, salvo desistimiento expreso del ejecutante; y si como consecuencia del recurso interpuesto, la sentencia dictada en segunda instancia contuviera algún pronunciamiento a favor del ejecutado, éste estaría en condiciones de solicitar la ejecución provisional de aquélla con lo que en este caso coexistirían, si no media la compensación para el caso de revocación parcial, dos ejecuciones provisionales, cuya existencia quedaría condicionada a lo que resultara del recurso finalmente interpuesto⁸².

D. Balance sobre la aplicación de la ejecución provisional en el proceso civil español.

⁸² DAMIÁN MORENO, Juan. Ob. cit., 14p.

El funcionamiento de la institución de la ejecución provisional, en lo que va la vigencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Española, es, en las estadísticas, aparentemente satisfactorio. Expusimos con anterioridad, que dentro de los fines de la ejecución provisional, se encontraba, en primer lugar, potenciar la actividad jurisdiccional de los tribunales de primera instancia, y además, reducir la interposición de recursos injustificados en contra de dichas sentencias.

Respecto a este último punto, los profesor Hinojosa y Palomo⁸³, señalan que, en los primeros tres años de vigencia de la LEC 1/2000, según estadísticas obtenidas por parte del Consejo General del Poder Judicial Español, el porcentaje de confirmaciones de las sentencia de primera instancia, al año 2004, se elevaba a un 63,9%, evidenciando la acertada decisión del legislador español. Por su parte, Francisco Ramos Romeu⁸⁴, sobre la base de las estadísticas proporcionadas por el Instituto Nacional de Estadísticas y por el Consejo General del Poder Judicial Español, efectúa un estudio algo más acabado sobre los recursos interpuestos en contra de las sentencias de primera instancia, analizando dos aspectos: en primer lugar, un estudio acerca de la variación de la tasa de apelación en el período 1995-2000 (antes de la nueva LEC) y el período 2001-2004 (durante la vigencia de la nueva LEC); la estadística muestra que, en el primer periodo, la tasa promedio de apelaciones era de un 58.8%, mientras que en el período 2001-2004, la tasa disminuyó a un 45.5%, lo cual, según el autor, evidencia que la LEC 2000 ha influencia la disminución en la interposición de recursos de apelación en contra de las sentencias de primera instancia.

El segundo punto que analiza, es la tasa de confirmación de las apelaciones interpuestas. En el primer período (1995-2000), la tasa promedio de confirmaciones era de un 60.0%, mientras que en el segundo periodo, aumentó levemente a un 61.8%, lo cual según el autor, pone de manifiesto un aumento en el carácter injustificado de los recursos de apelación deducidos, al variar positivamente la tasa de confirmación.

⁸³ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael y PALOMO VÉLEZ, Diego. Ob. cit., 158p.

⁸⁴ RAMOS ROMEU, FRANCISCO. ¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados? *Revista para el Análisis del Derecho* (385): 20, 2006. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2123767> [consulta: 05 julio 2010]

Respecto a este último dato informado por el profesor Ramos, me parece que la interpretación positiva que dan los profesores Hinojosa y Palomo es la correcta, en el siguiente sentido; el aumento de la tasa de confirmación, evidencia dos puntos: en primer lugar, que más sentencias son confirmadas, y en segundo lugar, que en razón de lo anterior, mayores recursos son desechados. Me parece que lo relevante es lo primero, en el sentido de que si las sentencias de primera instancia son confirmadas en su mayoría, es porque la labor jurisdiccional de los tribunales de primera instancia es satisfactoria y en armonía con lo resuelto por los tribunales superiores. Evidentemente que el aumento de la tasa promedio de confirmación, evidencia que las decisiones de primera instancia son acertadas, y por ende, los recursos injustificados en su mayoría.

Sin embargo, como señala el mismo profesor Ramos Romeu, las estadísticas judiciales españolas son insatisfactorias, ya que se elaboran sobre la base de datos incompletos y poco fiables, en razón de lo cual es difícil arribar a conclusiones categóricas⁸⁵.

III. CÓDIGO PROCESAL CIVIL ALEMÁN

A. Reseña histórica sobre la ejecución provisional en la Ordenanza Procesal Civil Alemana de 1877

Siguiendo la tradición del derecho romano, en el derecho común y en el prusiano, se admitía la ejecución provisional de sentencias no firmes, cuando la demora de la misma fuese peligrosa⁸⁶. La Ordenanza Procesal Civil Alemana de 1877⁸⁷

⁸⁵ Para el profesor Damián Moreno, la ejecución provisional es un mecanismo procesal que no ha dado los resultados apetecidos en el nuevo proceso civil español, y sobre la base de un informe elaborado por la Fundación Wolters Kluwer, el cual evidencia que 33 de cada 100 sentencias dictadas en primera instancia son revocadas, ha llevado a que el favorecido por dichas resoluciones, sea extremadamente cauto a la hora de hacer valer sus derechos; DAMIÁN MORENO, Juan. Ob. cit., 15p.

⁸⁶ GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil. Traducción de la 2ª edición alemana por Leonardo Prieto Castro. Editorial Labor, S.A., 1936, 542p.

⁸⁷ Este cuerpo legal fue fruto del movimiento de reforma unificador del derecho procesal alemán, que tuvo sus inicios en el siglo XIX con objeto de poner fin a multiplicidad de ordenanzas procesales dictadas por el Estados durante el curso de dicho siglo (Baviera en 1850; Prusia en 1864 y Hannover en 1870). Dos proyectos de reforma para la codificación de las normas procesales civiles: el primero, *Bundesstaten-Entwurf*, en 1866, y el segundo, *Norddeutschen-Entwurf*, en 1870, ambos inspirados en el *Code de*

(*Civilprozessordnung*, o conocida por su abreviatura CPO) continúa con la misma filosofía, declarando que son ejecutables las sentencias finales dictadas por tribunales alemanes, con autoridad de cosa juzgada o ejecutables provisionalmente, que pronuncien en forma incondicional la condena a una prestación, tolerancia u omisión.

Por lo tanto, es ejecutable provisionalmente la sentencia que aún no está formalmente firme, la cual se obtiene mediante una resolución especial dictada de oficio o a solicitud de parte, en determinados casos⁸⁸. El antiguo artículo 650 del CPO, confería un importante derecho al acreedor, estableciendo lo siguiente: “las sentencias deben declararse ejecutables provisionalmente, a solicitud, si se muestra en forma fehaciente que la suspensión de la ejecución causaría al acreedor un perjuicio difícilmente reparable o difícilmente comprobable, o cuando el acreedor ofrece garantía antes de la ejecución.” De este modo, en cada caso depende exclusivamente del acreedor, si este consigue la ejecución inmediata. Pues, aún cuando no pueda mostrar el perjuicio inminente, la prestación de garantía basta, para que se le conceda la ejecutabilidad provisional. El artículo 654 del CPO, concede al condenado el derecho de oponerse a la ejecución en caso de que acredite que el perjuicio del acreedor no reviste el carácter de irreparable, o en caso contrario (art. 652 N° 2), cuando es el propio deudor quien ofrezca rendir caución, pero aquello sólo cuando el acreedor por su parte no ofrezca garantía.

De este modo, el demandante se halla en una situación mejor que el demandado. Se compensa con esto la apelabilidad ilimitada de todas las sentencias de primera instancia y la posible tendencia de las partes a trasladar lo principal del proceso a la instancia superior. Sin embargo, el CPO establece que, cuando se interponga apelación o revisión contra una sentencia ejecutable provisionalmente, el tribunal del recurso, o el tribunal del proceso en caso de sentencia en rebeldía, están autorizados a disponer a solicitud de parte, que la ejecución forzosa se suspenda contra prestación de garantía por parte del demandado y se anulen las medidas de ejecución decretadas. La suspensión de la ejecución provisional sin garantía sólo puede disponerse, cuando se muestra un perjuicio inminente e irreparable.

Procédure Civile Francés de 1806; LEIBLÉ, Stefan. Proceso civil alemán. Editorial Konrad Adenauer Stiftung, 1999. 63p.

⁸⁸ El actual Código Procesal Civil Alemán sigue con la misma temática de distinguir entre resoluciones judiciales que se declaran provisionalmente ejecutables de oficio, y otras, a solicitud de parte.

Para finalizar, es interesante agregar que la ejecutabilidad provisional debe declararse en la sentencia. La solicitud respectiva, como también las afirmaciones y ofertas de garantía que tienden a evitarla, deben producirse antes del cierre del debate oral. La resolución sobre ejecutabilidad es parte integrante de la sentencia⁸⁹.

B. Panorama actual de la ejecución provisional en el Código Procesal Civil Alemán

El actual Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung*, conocido por su abreviatura ZPO⁹⁰) continúa con un tratamiento similar, pero de forma más acabada, al que tenía la ejecución provisional en el Ordenanza Procesal Civil Alemana de 1879.

Respecto a las resoluciones provisionalmente ejecutables, el artículo 704 N° 1 del ZPO, establece que la ejecución tiene lugar sobre la base de sentencias definitivas firmes, o que hayan sido declaradas provisoriamente ejecutables. Agrega el N° 2 del mismo artículo que, las sentencias en cuestiones de menores y las de matrimonio, no pueden ser declaradas provisoriamente ejecutables. La declaración de ejecutabilidad de una sentencia puede declararse de oficio, en los supuestos del artículo 708 del ZPO, el cual se refiere a los casos de sentencias que se pronuncian sobre la base de allanamientos o desistimientos, cuando la sentencia se dicta en rebeldía del demandado en el supuesto del artículo 331a del ZPO o en el caso de las sentencias que declaran inadmisibles la oposición por las razones del artículo 341, entre otros.

⁸⁹ WACH, Adolf. Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana. Traducción de Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1958. 326p.

⁹⁰ *Zivilprozessordnung* (ZPO) corresponde a la denominación actual del Código Procesal Civil Alemán, tras una serie de reformas de que fue objeto el CPO, desde 1881, en que se impulsaron los primeros intentos por la Secretaría de Justicia del Imperio Alemán. Las grandes reformas que ha tenido el proceso civil alemán desde entonces, han sido en 1976 por la Ley para la Simplificación y Celeridad de los Procesos Judiciales (*Vereinfachungsnovelle*), en el año 1990 por la Ley de Reforma para la Simplificación de la Administración de Justicia (*Rechtspflegevereinfachungsgesetz*), en el año 1993 por la Ley de Descompresión de la Administración de Justicia (*Rechtspflegeentlastungsgesetz*) y finalmente por una importante reforma que tuvo el proceso civil alemán en el año 2002; PÉREZ RAGONE, Álvaro y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Incluye artículos de Hans Prutting y Sandra De Falco. Editorial Konrad Adenauer Stiftung, 2006. 36p.

También se permite que la declaración de ejecutabilidad provisional sea pronunciada a solicitud de parte, en los términos del artículo 709 del ZPO, el cual exige que sea contra otorgamiento de caución por parte del solicitante. El artículo 710⁹¹ sin embargo, permite que le exima de la prestación de caución, en caso de que la suspensión de la ejecución le cause al acreedor un daño difícil de reparar o evitar, o en caso de que sea inequitativo para el acreedor la constitución de la misma, en especial cuando la obtención de la prestación por medio de la ejecución provisional le es urgente para su nivel de vida o actividad laboral. El artículo 720a contempla otras hipótesis en que el acreedor puede eximirse de prestar caución.

Los artículos 711 y 712 del ZPO consagran los derechos de protección del deudor frente a la ejecución provisional. El primero de ellos, establece que el deudor puede oponerse a la ejecución provisional decretada de oficio por el juez en los casos del artículo 708 N° 2 y 4 al 11, otorgando una caución en los mismo términos que el acreedor en los supuestos del artículo 709. El artículo 712 por su parte, contempla dos hipótesis en que el deudor puede evitar la ejecución provisional, el primero de ellos, contra otorgamiento de caución por parte de éste, cuando la ejecución le cause un perjuicio irreparable, y en segundo lugar, cuando la ejecución se oponga a un interés prioritario del acreedor.

Al igual que en el CPO, la declaración de ejecutabilidad provisional es parte de la sentencia, de modo que esta se produce sobre la base del debate oral, siendo ella una parte de la resolución del litigio. El artículo 716 del ZPO establece que en caso de que la sentencia no se haya pronunciado sobre la ejecución provisional, se aplicarán las normas sobre complementación de sentencias del artículo 321.

La ejecución provisional, por regla general se lleva a cabo del mismo modo que la ejecución definitiva, salvo ciertas actuaciones que requieran de sentencia firme.

En cuanto a la revocación o modificación de la sentencia provisionalmente ejecutada, de conformidad con el artículo 717 del ZPO, da dos derechos al

⁹¹ Contempla la misma idea que el artículo 650 del antiguo CPO, analizado anteriormente.

deudor; el primero de ellos, el derecho a ser indemnizado de los perjuicios causados con la ejecución provisional de la sentencia no firme. Este deber de indemnización es de derecho privado, y por ello, de acuerdo con las reglas del Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, conocido por su abreviatura BGB), el resarcimiento debe comprender toda la compensación del daño que se le ha causado al deudor. El deber de resarcimiento del acreedor es una obligación de garantía para responder de la legalidad de la ejecución y que se le impone por la consideración de que, si bien ha de concedérsele la posibilidad de obtener la ejecución, no se le exige que tenga derecho a la misma, por lo que ésta se lleva a efecto a su cuenta y riesgo. El deber de resarcimiento existe para el acreedor aunque la ejecución no le produzca nada⁹².

El segundo derecho es el deber de restituir aquello que se le ha pagado o entregado al acreedor sobre la base de la sentencia revocada; esta obligación restitutoria, de acuerdo con el ZPO, corresponde a una acción por enriquecimiento sin causa, siendo aplicables en consecuencias, las reglas del BGB sobre dicha materia⁹³.

IV. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL FRANCÉS

El nuevo Código de Procedimiento Civil Francés (*Nouveau Code de Procédure Civile* o NCPC) regula la ejecución provisional en el capítulo IV del Título XV del Libro I denominado “*Disposiciones comunes a todas las jurisdicciones*”, desde los artículos 514 a 526., como una institución aplicable a todas aquellas resoluciones que son recurribles con efecto suspensivo.

En cuanto a la oportunidad procesal para decretarla, el Código francés establece que al momento de la dictación de la sentencia, se establece si ésta será provisionalmente ejecutable o no. El juez lo ordenará porque así lo dispone la ley (*ope lege*) o por considerar oportuna dicha medida (*ope iudicis*), y en este último caso, ya sea de oficio o a instancia de parte. También puede solicitarse ante el tribunal superior que está conociendo del recurso, sin que se establezca un límite temporal a dicha petición. En cuanto a los criterios que

⁹² GOLDSCHMIDT, James. Ob. cit., 547p.

⁹³ ROSEMBERG, Leo. Tratado de derecho procesal civil. Traducción de Angela Romero Vega. Ediciones Jurídicas Europa América, 1955, tomo III. 26p.

se le confieren al juez para conceder la ejecución provisional, el artículo 515 del NCPC establece que se atenderá a la naturaleza del asunto y siempre que los riesgos y consecuencias que entrañe su concesión no sean excesivos.

En el proceso civil francés no es obligatorio exigir la constitución de caución cuando se ordena la ejecución provisional, sin embargo, el artículo 517 del NCPC establece que la concesión de la misma puede condicionarse a la prestación de una caución cuya naturaleza, extensión y modo de constitución se determinará en la sentencia que la exija.

El deudor tiene derecho a suspender el curso de la ejecución provisional, prestando fianza suficiente para garantizar el pago de lo principal, los intereses y las costas de la causa, en caso de que la sentencia sea confirmada. No queda claro si la suspensión de la ejecución se produce por la sola petición del deudor constituyendo la caución o si queda a discreción del juez. El segundo derecho del deudor es impugnar la resolución judicial que conceda la ejecución provisional, ya sea porque se encuentra prohibida por la ley, o cuando produzca daños manifiestamente excesivos; al acreedor le cabe el mismo derecho, en caso de que la ejecución provisional le sea denegada⁹⁴.

V. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ITALIANO

En el Código de Procedimiento Civil Italiano (*Codice di Procedura Civile* o CPC), con anterioridad a la ley de 26 de noviembre de 1990, se establecía el efecto suspensivo por mandato legal de la sentencia apelada. En efecto, el antiguo artículo 282 del CPC, establecía la posibilidad de que el juez, a solicitud de parte, pueda declarar provisionalmente ejecutiva la sentencia entre las partes; el juez, sin embargo, sólo podía emitir dicha declaración, si la demanda se fundaba en documento público, documento privado reconocido, sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada o bien si hay peligro en el retardo. Tal peculiar regulación, combinaba una ejecución provisional *ope legis* en los primeros tres casos del artículo 282, en los cuales el juez debe verificar la concurrencia de tales hipótesis, y en el último, un caso de ejecución provisional *ope iudicis*, entendiendo el “peligro en el retardo”

⁹⁴ CABALLOL ANGELATS, Lluís. La ejecución provisional..., Ob. cit., 117p.

como aquel referido al buen resultado de la ejecución retardada, ya porque el retardo puede aumentar sus dificultades, ya porque, en cambio, pueda disminuir o frustrar su utilidad. Tanto en el primer caso como en el segundo, la seguridad de la prueba del hecho constitutivo del derecho declarado cierto o el peligro del menor rendimiento de la ejecución retardada, constituyen una razón favorable a la ejecución inmediata de la sentencia apelada⁹⁵. Al declararse la ejecutabilidad provisional de una sentencia, queda a criterio judicial si ésta se llevará a cabo previa constitución de una caución.

El antiguo artículo 283 del Código de Procedimiento Civil Italiano establecía que en caso de que la sentencia de primera instancia deniegue la ejecución provisional u omita pronunciarse sobre aquella, la parte interesada pueda volver a instar por ella ante el tribunal superior, junto con la impugnación principal o a través de una incidental.

Tras la reforma introducida por la Ley 353/1990 *legge di provvedimenti urgenti per il processo civile* (Ley de reforma urgente del proceso civil italiano) del año 1990⁹⁶, se introduce un nuevo texto al artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala que “*la sentencia de primer grado es provisionalmente ejecutiva entre las partes*”. Como se puede apreciar, el cambio es radical; la ejecución provisional de la sentencia pasa a ser ahora una característica intrínseca y propia de la sentencia de primera instancia, y no una cualidad añadida por resolución judicial o por disposición legal⁹⁷. En razón de ello, es que la ejecución provisional abarcará por regla general, todos los pronunciamientos de la resolución, independiente de su contenido. Por otro lado, tampoco se exige la constitución de caución, ni para su otorgamiento ni para su suspensión.

El nuevo artículo 283 del CPC, establece que, a petición de parte, junto con la apelación principal o incidental, el juez de apelación podrá suspender en todo o parte la ejecución provisional de la sentencia impugnada, cuando concurran graves motivos. La doctrina se cuestionaba cuál era el real sentido y alcance de la expresión “graves motivos”

⁹⁵ CARNELUTTI, FRANCISCO. Instituciones del proceso civil. Traducción de la 5ª edición por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América, 1973, vol. II. 138p.

⁹⁶ La ley entró en vigencia el 1 de enero de 1993.

⁹⁷ SATTA, Salvatore. Diritto processuale civile. 13ª Ed., Casa Editorial Dott, Antonio Milani, 2000. pp380-381.

que el legislador italiano le daba a dicha disposición; es decir, si está referida a un perjuicio irreparable, como la imposibilidad de restituir lo ejecutado, como por ejemplo, en caso de notoria insolvencia del acreedor⁹⁸. Probablemente en razón de lo anterior, es que dicho artículo ha sido objeto de una nueva redacción por la Ley 263/2005, modificando el tenor del artículo 283, permitiendo ahora que la suspensión de la ejecución provisional decretada por el juez de apelación, se haga incluso en relación a la posibilidad de insolvencia de una de las partes, con o sin caución, determinando de alguna mejor forma al ámbito de aplicación de la misma.

VI. CÓDIGOS PROCESALES LATINOAMERICANOS

En los códigos procesales latinoamericanos, la figura de la ejecución provisional propiamente tal es desconocida. Se admite sin embargo, la existencia de recursos no suspensivos, pero no se regula un tratamiento especial para el cumplimiento de dichas sentencias. Así, pendiente el recurso de apelación, la ejecución no procede, salvo los casos en que por disposición de la ley el recurso se concediere al solo efecto devolutivo, porque entonces puede ejecutarse provisionalmente⁹⁹. De este modo, la ejecución provisional en Latinoamérica, está tratada mayoritariamente como un efecto de los recursos y no como una figura ejecutiva autónoma.

El **Código General del Proceso de Uruguay**¹⁰⁰, como vimos al inicio de este trabajo, trata la ejecución provisional con un tinte netamente cautelar, y la trata a raíz del recurso de apelación. Dispone el artículo 260 que cuando se recurriere de una sentencia definitiva condenatoria, el vencedor podrá solicitar la ejecución provisional de la misma, previa constitución de una garantía suficiente para responder de los gastos judiciales y de los daños y perjuicios que el cumplimiento pueda ocasionar. El condenado tiene derecho a solicitar la suspensión de la ejecución provisional, cuando esta le ocasione un perjuicio grave de difícil reparación; para obtener aquello deberá prestar garantía suficiente para responder del objeto de la ejecución, sus intereses y costas. Se establece además el derecho de apelar de la resolución

⁹⁸ CABALLO ANGELATS, Lluís. La ejecución provisional..., Ob. cit., 127p.

⁹⁹ ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Ejecución Forzada y Medidas Precautorias. 2ª edición, Ediar, Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1962, vol. V, 113p.

¹⁰⁰ Es el único código latinoamericano, de los revisados en este trabajo, que regula parcialmente los efectos de la ejecución provisional.

que concede la ejecución provisional o de la que la deniega, la cual se concede en el solo efecto devolutivo. Finalmente se contempla la posibilidad de sustituir la ejecución provisional por medidas cautelares, a petición del interesado, previa rendición de contracautela.

En el **Código de Proceso Civil de Brasil**, por su parte, en el artículo 521 sobre el recurso de apelación, dispone expresamente que el apelado puede promover la ejecución provisional de la sentencia impugnada, cuando el recurso sea otorgado en el solo efecto devolutivo.

Con una técnica legislativa similar a la chilena, el **Código Procesal Civil de Perú** no contempla en su artículo 713, sobre la ejecución de las resoluciones judiciales, la posibilidad del cumplimiento de sentencias impugnadas. Es el artículo 371, otra vez, acerca del recurso de apelación, el que contempla la posibilidad de apelaciones sin efecto suspensivo, permitiendo por esta vía, que, en concordancia con el N° 3 del ya mencionado artículo 713 que hace referencia a que “*Son títulos de ejecución (...) 3° los que la ley señale*”, se pueda solicitar el cumplimiento de tales resoluciones.

Del mismo modo, el **Código de Procedimiento Civil de Venezuela** en su artículo 295, contempla la existencia del recurso de apelación en el solo efecto devolutivo, permitiendo que el tribunal de primera instancia lleve a cabo el cumplimiento de la sentencia apelada; como ya es tradicional, el artículo 524, relativo a la ejecución de las sentencias, no regula la posibilidad del cumplimiento de tales resoluciones.

En la República Argentina, los distintos Códigos de procedimiento siguen la misma filosofía de los demás Códigos latinoamericanos ya analizados. Los artículos 365 y 558 del **Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba**, contemplan la posibilidad de apelaciones no suspensivas, sin que se regule un procedimiento particular para la ejecución provisional de resoluciones. La misma idea es recogida por el **Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires**, el cual en su artículo 243 regula los efectos del recurso de apelación, posibilitando que la sentencia sea impugnada en el solo efecto devolutivo, como ocurre, por ejemplo en el artículo 553 a raíz del juicio ejecutivo.

Como ya es costumbre, el artículo 497 que se refiere a la ejecución de las sentencias judiciales, no hace alusión a aquellas que han sido impugnadas sin efecto suspensivo.

Finalmente, el **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina** sigue la misma tendencia de consagrar medios de impugnación sin efecto suspensivo, tanto en materia de apelación como en el recurso extraordinario. El artículo 499 de dicho Código, en materia de ejecución de sentencias, sólo hace alusión a la posibilidad de ejecutar resoluciones de un tribunal judicial o arbitral que se encuentren ejecutoriadas. Excepcionalmente el mismo artículo permite la ejecución parcial de una sentencia que ha sido impugnada a través de un recurso ordinario o extraordinario, siempre, por aportes correspondientes a la parte que hubiera quedado firme. El título ejecutivo consistirá en este caso, señala el Código, en testimonio que deberá expresar que ha recaído sentencia firme respecto del rubro que se pretende ejecutar por haber sido consentido. Esta norma, como se advierte, contempla la posibilidad de que, habiendo recaído sentencia que condena al cumplimiento de una obligación de carácter divisible, y mediando recurso del demandado tendiente a la modificación parcial del pronunciamiento, éste se ejecute de inmediato con relación a la parte de la condena que adquirió carácter firme a raíz del alcance limitado de la impugnación¹⁰¹.

¹⁰¹ PALACIO, LINO Enrique. Manual de Derecho Procesal civil. 17ª edición, Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003. 681p.

CAPÍTULO IV

PANORAMA ACTUAL DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL PROCESO CIVIL CHILENO

I. RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN CHILE

La figura de la ejecución provisional de las resoluciones judiciales es conocida en el Derecho Procesal Civil chileno, bajo la denominación de las llamadas “resoluciones que causan ejecutoria”.

El texto primitivo del Código de Procedimiento Civil¹⁰², contemplaba la existencia de recursos no suspensivos, en la apelación y en la casación, sin embargo, en materia de cumplimiento de resoluciones judiciales, el código solo lo permitía, respecto de aquellas que estuviesen firmes. De este modo, se producía la problemática de que, si bien existían recursos que se interponían en el solo efecto devolutivo, permitiendo el cumplimiento de la sentencia impugnada, en materia de ejecución de resoluciones, el Código no la contemplaba, cuestionándose si efectivamente cabía instar dicho cumplimiento.

Con objeto de superar tales dudas interpretativas, en el año 1944 se dictó la Ley N° 7.760, la cual modificó el artículo 231 del Código de Procedimiento Civil, en materia de ejecución de resoluciones judiciales, agregando que “(...) Se procederá a ella una vez que las resoluciones queden ejecutoriadas o **causen ejecutoria en conformidad a la ley.**”¹⁰³ Cuando el cumplimiento se llevaba a cabo por la vía del juicio ejecutivo, la doctrina y también la jurisprudencia¹⁰⁴, incorporaron las sentencias que causan ejecutoria dentro del N° 7 del artículo 434, el que alude a “cualquier otro título a que las leyes den fuerza ejecutiva.”

Años más tarde, se introdujo una segunda reforma legal sobre la

¹⁰² LAZO, Santiago. Los códigos chilenos anotados. Código de Procedimiento Civil. Orígenes, concordancias y jurisprudencia. Poblete Cruzat Hnos., Editores, 1918.

¹⁰³ CASARINO VITERBO, Mario. Del cumplimiento de las sentencias judiciales civiles. En su: Medio siglo al servicio del derecho procesal, Editorial Edeval, Valparaíso, 1993, 21p.

¹⁰⁴ Corte Suprema, 11 de abril de 1966. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXIII, secc. 1ª, 136p.

materia, mediante la dictación de la Ley N° 18.705¹⁰⁵, en el año 1988, la cual en materia de ejecución provisional de resoluciones judiciales, introdujo dos reformas importantes: **(i)** en primer lugar, amplió considerablemente los casos de apelaciones no suspensivas (o apelaciones en el solo efecto devolutivo como señala nuestro Código), disponiendo en el artículo 194 N° 2 del Código de Procedimiento Civil que “Sin perjuicio de las excepciones expresamente establecidas en la ley, se concederá apelación solo en el efecto devolutivo: (...) 2° De los autos decretos y sentencias interlocutorias.” Esta reforma vino en alterar el régimen general del Código de Procedimiento Civil, el cual en sus artículos 193 y 195 establecen que la apelación se otorga por regla general en ambos efectos, lo cual solo rige hoy en día, para la sentencia definitiva dictada en el juicio ordinario, la cual evidentemente es la de mayor trascendencia para el litigante victorioso; **(ii)** Introdujo la figura de la orden de no innovar en el artículo 192 del Código de Procedimiento Civil en materia de apelación, que consiste en el derecho del apelante de solicitar la suspensión de los efectos de la resolución impugnada sin efecto suspensivo, o paralizar su cumplimiento, ante el tribunal superior que conoce del recurso.

No existe en nuestro Código una regulación general acerca de la ejecución provisional de las resoluciones judiciales, sino que sólo un tratamiento casuístico e inorgánico, contemplando la posibilidad de cumplir resoluciones impugnadas sin efecto suspensivo en diversos procedimientos que pasaremos a revisar a continuación.

II. CASUÍSTICA SOBRE EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

A. Apelación de autos, decretos y sentencias interlocutorias (art. 194 N° 2 del Código de Procedimiento Civil)

Como expusimos con anterioridad, tras la reforma de 1988, todos los autos, decretos y sentencias interlocutorias dictados en primera instancia son provisionalmente ejecutables, debiendo concederse la apelación en el solo efecto devolutivo.

¹⁰⁵ Sobre los fundamentos de esta reforma ver: OTERO LATHROP, Miguel. Derecho Procesal Civil. Modificaciones a la legislación 1988-2000. Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Evidentemente que tratándose de los autos y decretos, por la naturaleza misma de las resoluciones, éstas no contendrán pronunciamientos de condena que requiera un procedimiento de ejecución, por lo que sólo se tratará en el caso de las sentencias interlocutorias, particularmente aquellas que fallen incidentes, estableciendo derechos permanentes a favor de una de las partes.

De este modo, notificándose a las partes la dictación de una sentencia interlocutoria que contenga un pronunciamiento de condena, podrá instarse por la ejecución provisional de la misma. Es importante destacar que en este caso, la ejecución del fallo no está sujeta a ningún tipo de caución otorgada por el solicitante, de modo que el único derecho del recurrente es solicitar la suspensión del cumplimiento del fallo, a través de una orden de no innovar por parte de la Corte de Apelaciones respectiva. Es importante notar que esta facultad que tienen las Cortes de Apelaciones para suspender o restringir los efectos de una resolución judicial apelada sin efecto suspensivo, no está sujeta a ningún parámetro legal respecto de su otorgamiento, quedando de este modo, a la prudencia y criterios de las Cortes.

En conclusión, la única resolución que queda fuera de la ejecución provisional en materia de apelación, es la sentencia definitiva de primera instancia en el juicio ordinario, ya que como veremos más adelante, en el juicio ejecutivo, sumario y en otros especiales, el legislador establece reglas diversas para su cumplimiento.

B. Impugnación por la vía del recurso de casación

El recurso de casación en Chile, tanto en la forma como en el fondo, no tiene efecto suspensivo. El artículo 773 inciso 1º del Código de Procedimiento Civil establece que “El recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia (...)”. Esta regla sin embargo, tiene una excepción, que consiste en aquellos en que el cumplimiento de la sentencia impugnada, haga imposible llevar a cabo aquella que se dicte si se acoge el recurso; el Código coloca como ejemplo, el caso de la sentencia que declara la nulidad de un matrimonio o permite el de un menor.

Por lo tanto, la sentencia impugnada por la vía de la casación, es siempre ejecutable provisionalmente¹⁰⁶, salvo aquellas situaciones en que por la naturaleza del asunto resuelto, sea imposible restituir al estado anterior, como ocurre típicamente en las cuestiones relativas al estado civil, en las cuales no caben “matrimonios provisionales”. Es importante notar que el ejemplo que coloca el Código, no es propiamente una excepción a la ejecución provisional, ya que en los casos del estado civil, se trata de sentencias constitutivas, las cuales no requieren de un proceso de ejecución¹⁰⁷.

La ley, sin embargo, le concede al ejecutado en materia de casación, el derecho de solicitar que el cumplimiento de la sentencia impugnada, sea llevado a cabo previa constitución de una fianza para garantizar las resultas del recurso (“fianza de resultas” como la denomina el Código).

El artículo 773 incisos 2º y siguientes, dispone que: “La parte vencida podrá exigir que no se lleve a efecto la sentencia mientras la parte vencedora no rinda fianza de resultas a satisfacción del tribunal que haya dictado la sentencia recurrida, salvo que el recurso se interponga por el demandado contra la sentencia definitiva pronunciada en el juicio ejecutivo, en los juicios posesorios, en los de desahucio y en los de alimentos.

El recurrente deberá ejercer este derecho conjuntamente con interponer el recurso de casación y en solicitud separada que se agregará al cuaderno de fotocopias o de compulsas que deberá remitirse al tribunal que deba conocer del cumplimiento del fallo.

El tribunal se pronunciará de plano y en única instancia a su respecto y fijará el monto de la caución antes de remitir el cuaderno respectivo a dicho tribunal.

El tribunal a quo conocerá también en única instancia en todo lo relativo al otorgamiento y subsistencia de la caución.”

¹⁰⁶ Corte de Apelaciones de Talca, 12 de enero de 1944. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLI, secc. 2ª, 24p.

¹⁰⁷ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Recurso de casación y queja. Nuevo régimen. Editorial Conosur, 1996, 67p.

Como lo señala el Código este es un derecho del recurrente, de modo que si él no lo hace valer, la sentencia se cumplirá sin el otorgamiento de la caución. Como se puede apreciar, el otorgamiento de la caución en el recurso de casación no es un requisito legal para instar por el cumplimiento del fallo, sino que es un derecho del recurrente; una vez otorgada la caución, la ejecución se llevará adelante sin más trámite¹⁰⁸.

Por último, establece también el Código que el derecho a solicitar que el cumplimiento de la sentencia se lleve a cabo previa constitución de fianza, no podrá ser ejercido por el demandado, contra la sentencia definitiva dictada en los juicios ejecutivos, posesorios, desahucios y alimentos. La justificación de privar a estos demandados del derecho a exigir fianza de resultas, es en razón de que se trata de litigantes a quienes el código le concede la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por vía de un juicio ordinario posterior, en razón de haberse dictado tales fallos en procedimientos de carácter típicamente breves y sumarios¹⁰⁹.

C. Cumplimiento de la sentencia definitiva en el juicio ejecutivo

El juicio ejecutivo chileno se caracteriza por presentar una etapa de conocimiento, en la cual se admite que el deudor haga valer ciertas excepciones a la ejecución, debiendo con posterioridad el tribunal dictar sentencia resolviendo si acoge o rechaza dicha oposición. La sentencia dictada en el juicio ejecutivo es en principio inmediatamente ejecutable, mostrando el legislador una clara preferencia hacia los derechos del ejecutante.

(i) Caso en que la sentencia acoge la oposición del deudor:

En esta situación, el ejecutante podrá impugnar la sentencia, ya sea por la vía de la apelación o a través del recurso de casación en la forma. Si lo hace a través de la apelación, siguiendo la regla general en materia de apelación de sentencias definitivas (art. 193 y 195 del CPC) ésta se otorgará en ambos efectos. Por lo tanto, si la sentencia, al acoger las excepciones del deudor,

¹⁰⁸ Corte de Apelaciones de Valdivia, 24 de noviembre de 1932. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXIV, secc.2ª, 65p.

¹⁰⁹ MENESES PACHECO, Claudio. Ob. cit., 36p.

ordena alzar el embargo, éste se mantendrá vigente, sin que pueda cumplirse dicha resolución¹¹⁰. En caso que el ejecutante recurra por la vía de la casación en la forma, según lo ya visto, podrá exigir al deudor que le afiance las resultas del recurso, para que pueda proceder a su ejecución.

(ii) Caso en que la sentencia rechaza la oposición del deudor:

En esta situación, cuando la sentencia ordena seguir adelante con la ejecución, distinguiremos dos situaciones; si la sentencia ordena la entrega de la cosa que se debe (sentencia de pago) o si ordena la realización de bienes (sentencia de remate). En el caso de la sentencia de pago, si el deudor decide impugnar por la vía de la apelación, el artículo 194 N° 1 del Código de Procedimiento Civil establece que se concede en el solo efecto devolutivo las apelaciones de las resoluciones dictadas en contra del demandado en los juicios ejecutivos, de modo que, en principio, el cumplimiento de la sentencia se lleva a cabo aún cuando ésta haya sido apelada. Sin embargo, el artículo 475 del CPC, en materia de juicio ejecutivo, señala que “Si se interpone apelación de la sentencia de pago, no podrá procederse a la ejecución de esta sentencia, pendiente el recurso, sino en caso que el ejecutante caucione las resultas del mismo”. De este modo, encontramos aquí el primer caso de ejecución provisional previa constitución de caución por exigencia legal; en consecuencia, sólo una vez constituida dicha garantía, el ejecutante podrá seguir adelante con la ejecución del fallo¹¹¹.

En caso de que la sentencia sea de remate, de acuerdo con el ya citado artículo 194 N° 1 del CPC, ésta procede a cumplirse sin más trámite, bastando con la sola notificación de la misma, de conformidad con el artículo 481 del Código de Procedimiento Civil¹¹². Sin embargo, una vez realizado los bienes, y en caso de que se haya apelado de la misma, no podrá procederse al pago al ejecutante sino una vez que caucione las resultas del mismo (art. 509 inciso 2°), siguiendo la misma lógica que en el caso de la sentencia de pago.

Si el ejecutado recurre por la vía de la casación en la forma, ya sea contra la sentencia de pago o de remate, según lo que ya expusimos con anterioridad, no se

¹¹⁰ CASARINO VITERBO, Mario. Manual de derecho procesal (derecho procesal civil), 6ª edición. Colección Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, 2008, tomo V, 87p.

¹¹¹ Corte Suprema, 26 de junio de 1930. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVIII, secc. 1ª, 99p.

¹¹² ESPINOZA FUENTES, Raúl. Manual de procedimiento civil. Juicio ejecutivo. 8ª edición. Colección Manuales Jurídicos N° 17. Editorial Jurídica de Chile, 1984, 142p.

suspende la ejecución de la sentencia impugnada bajo ningún supuesto, ya que el Código priva al ejecutado del derecho de solicitar la fianza de resultas (art. 773 inciso 2°).

D. Cumplimiento de la sentencia definitiva en el juicio sumario

En materia de apelación de la sentencia definitiva dictada en el juicio sumario, el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil establece que ésta se otorgará en ambos efectos, siguiendo la regla general de los artículos 193 y 195 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, cuando la sentencia es dictada contra el demandado, existe una contradicción con el artículo 194 N° 1 del CPC, el cual señala que la sentencia dictada contra el demandado en el juicio sumario es apelable en el solo efecto devolutivo. La doctrina y jurisprudencia son contestes en señalar que, en virtud del principio de especialidad, primaría el artículo 691, debiéndose conceder la apelación en ambos efectos.

La parte final del ya mencionado artículo 691 contiene la única disposición en nuestro Código de Procedimiento Civil que contempla el riesgo de los efectos suspensivos de la apelación, permitiendo que el juez conceda de este modo la apelación en el solo efecto devolutivo, posibilitando en consecuencia, la ejecución provisional del fallo. Señala el Código que “La sentencia definitiva y la resolución que dé lugar al procedimiento sumario en el caso del inciso 2° del artículo 681, serán apelables en ambos efectos, **salvo que, concedida la apelación en esta forma, hayan de eludirse sus resultados.**”

Esta norma es de particular importancia, ya que establece una ejecución provisional de resoluciones judiciales *ope iudicis*, permitiéndole al juez, conceder la apelación en el solo efecto devolutivo, cuando de otorgarse en ambos efectos, podría implicar que el condenado eluda los resultados del juicio¹¹³. Es importante destacar que en este caso, la ejecución provisional del fallo no está sujeta a rendición de caución por parte del solicitante, de modo que el ejecutado solo podrá obtener la suspensión del cumplimiento por medio de una orden de no innovar.

¹¹³ MENESES PACHECO, Claudio. Ob. cit., 30p.

E. Cumplimiento de la sentencia en los interdictos posesorios

En materia de interdictos posesorios, el artículo 550 del Código de Procedimiento Civil, establece que *“Las apelaciones en los juicios posesorios se concederán sólo en el efecto devolutivo, salvo que la ley expresamente las mande otorgar en ambos efectos o que el fallo apelado no dé lugar al interdicto; y en todo caso su tramitación se ajustará a las reglas establecidas para los incidentes”*.

Dicho artículo permite el cumplimiento provisional de la sentencia definitiva dictada en los juicios posesorios, pero nótese que aquello solo es posible cuando la sentencia acoge la demanda, ya que en caso contrario, cuando no se de lugar al interdicto, como señala el Código, la apelación será concedida en ambos efectos, privilegiando, por ende, al demandante por sobre al demandado¹¹⁴.

F. Cumplimiento de las resoluciones en los juicios con ocasión del contrato de arrendamiento

Respecto a los juicios sobre arrendamiento, el artículo 606 del Código de Procedimiento Civil, establece en materia de juicios sobre desahucio, lanzamiento y retención, que la concesión de la apelación se efectuará en el solo efecto devolutivo, respecto de las sentencias en que se ratifique el desahucio o se disponga el lanzamiento del arrendatario, se dé lugar al derecho de retención a favor del arrendatario o se resuelva la restitución de la cosa arrendada, tramitándose la apelación conforme a las reglas de los incidentes.

Por su parte, el artículo 614 del Código de Procedimiento Civil, en materia de juicios por terminación inmediata del contrato de arrendamiento, otorga el recurso de apelación en el solo efecto devolutivo, respecto de la sentencia que diere lugar a la terminación del contrato.

Finalmente en materia de arrendamiento de inmuebles urbanos, el artículo 8 N° 9 de dicha Ley N° 18.101, establece que todas las apelaciones que se deduzcan

¹¹⁴ SILVA ÁLVAREZ, Oscar. Ob. cit., 382p.

en este juicio sumario especial, serán concedidas en el solo efecto devolutivo. La regla original contenida en la ley en comento era la contraria, toda vez que se remitía, en éste y otros aspectos, a la regulación del juicio sumario establecida en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. La modificación, al igual que la mayoría de las incorporadas por la Ley N° 19.866, de 11 de enero de 2003, obedeció al deseo de facilitar el acceso a la ejecución para el arrendador, quien, bajo el régimen anterior, debía soportar todo el tiempo del recurso de apelación interpuesto por su arrendatario, recurso que, sobre todo en una materia como la comentada, tenía una innegable conveniencia práctica, pues permitía hacerse de un considerable tiempo extra con el inmueble arrendado.

G. Cumplimiento de las resoluciones en el procedimiento de expropiación por causa de utilidad pública

El artículo 921 del Código de Procedimiento Civil, forma parte de la regulación procesal de la expropiación por causa de utilidad pública, y sienta el principio general que toda apelación será concedida en el solo efecto devolutivo. Criterio similar es el establecido por el artículo 40 del Decreto Ley N° 2186 de 1978 que aprueba la Ley Orgánica del Procedimiento de Expropiaciones, salvo los casos de la sentencia que fije el monto definitivo de la indemnización para el expropiado, y de aquélla pronunciada en el marco de la intervención, en el procedimiento de expropiación, de un tercero, que invoque derechos reales sobre el bien expropiado, constituidos con anterioridad al acto expropiatorio, o que sea acreedor con una resolución judicial a su favor, anterior a la fecha del acto expropiatorio, que embarace o limite el derecho real de dominio sobre el bien, o las facultades inherentes al dominio, las cuales se concederán todas en ambos efectos¹¹⁵.

III. SÍNTESIS SOBRE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL DERECHO CHILENO

Como pudimos apreciar, el tratamiento legislativo de la ejecución provisional en nuestro Código de Procedimiento Civil, es parcializado, sin regular de forma orgánica ni sistemática todos los aspectos jurídicos que conllevan el cumplimiento de sentencias impugnadas.

¹¹⁵ SILVA ÁLVAREZ, Oscar. Ob. cit., 383p.

A continuación trataremos de resolver alguna de las interrogantes y vacíos legales existentes en nuestro derecho procesal civil, acerca de esta figura.

A. Naturaleza jurídica de la ejecución provisional

No existe prácticamente en Chile, doctrina y jurisprudencia que se refiera al tema de la ejecución provisional de las resoluciones judiciales, y sólo se hace tangencialmente al tratar la figura de las resoluciones que causan ejecutoria, pero nada se dice respecto de su cumplimiento¹¹⁶.

Sin embargo, un interesante fallo de la Excelentísima Corte Suprema de 1974¹¹⁷, se refiere de manera particular al cumplimiento de un fallo que causa ejecutoria, calificándolo en su considerando 4º, de “provisorio” y “condicional”. El fallo de la Corte señala precisamente “4º Que la sentencia de primera instancia en el presente juicio posesorio es de aquellas que “causan ejecutoria”, de manera que su cumplimiento, pendiente el recurso de apelación deducido en su contra, fue simplemente provisorio y tuvo un carácter condicional; y siendo así, revocado como fue dicho fallo, deberían naturalmente retrotraerse las cosas al estado anterior a su pronunciamiento.”

Lo relevante del fallo de la Excelentísima Corte Suprema, es que sigue la tesis tradicional, de que el cumplimiento del fallo impugnado es de naturaleza condicional, sin distinguir si se trataría de una resolutoria o suspensiva, sin embargo, se trataría más bien de una resolutoria como se expuso al comienzo de este trabajo.

El profesor Romero Seguel, señala que las resoluciones que causan ejecutoria dan origen a la figura de la ejecución provisional de la sentencia. La principal característica de la ejecución provisional es que sus efectos quedan condicionados a lo que resulte del recurso, es decir, si la resolución confirma la resolución recurrida éstos

¹¹⁶ STOEHEREL MAES, Carlos Alberto. Disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes. 6ª edición revisada y actualizada por el profesor Davor Harasic Yaksic. Editorial Jurídica de Chile, 2007, 115p.

¹¹⁷ Corte Suprema, 10 de julio de 1974. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXI, secc. 1ª, 108p.

permanecerán, y si la revoca, deberá restituirse todo lo percibido y revocarse cualquier efecto que se haya producido¹¹⁸.

Podemos concluir, que, como expusimos anteriormente, las sentencias que causan ejecutoria son tan títulos ejecutivos, como las resoluciones judiciales firmes o ejecutoriadas¹¹⁹. Lo anterior pone de manifiesto que en nuestro Derecho la ejecución provisional es de naturaleza netamente ejecutiva, sin que pueda atribuírsele un carácter cautelar o de otro tipo. En segundo lugar, el cumplimiento de sentencias que causa ejecutoria, es naturalmente provisional, quedando expuesto a los resultados del recurso deducido; y en tercer lugar, es de carácter condicional, es decir, los efectos de la ejecución se encuentran sujetos a la condición resolutoria de revocarse el fallo ejecutado.

B. Procedimiento aplicable

En cuando al procedimiento aplicable en materia de ejecución provisional, siguiendo las reglas generales sobre la ejecución de sentencias, según los artículos 231 y 232 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 113 y 114 del Código Orgánico de Tribunales, si se trata de ejecutar una sentencia a través del juicio ejecutivo contemplado en los Títulos I y II del Libro III del Código de Procedimiento Civil, 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). En cambio, si se da tramitación de conformidad con el denominado procedimiento "incidental" de ejecución regulado en los artículos 233 a 241 del Código de Procedimiento Civil, 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

¹¹⁸ ROMERO SEGUEL, Alejandro. La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp28-29.

¹¹⁹ CASARINO VITERBO, Mario. "Del cumplimiento de las...", Ob. cit., 31p; Sosteniendo que no se trataría de verdaderos títulos ejecutivos, sino que de casos excepcionales en que por motivos especiales el legislador permite su cumplimiento, ver: ROMERO SEGUEL, Alejandro. La sentencia que causa ejecutoria como título ejecutivo. Revista Chilena de Derecho, (26) 1: 187, 1999.

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 artículos 233 a 241 del Código de Procedimiento Civil que debe impetrarse ante el tribunal que dictó la resolución en primera o única instancia.

En nuestra doctrina se ha señalado que 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 situación¹²⁰.

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 al denominado procedimiento incidental de ejecución, y entregar el conocimiento de la misma al propio órgano que pronunció la resolución en primera o única instancia¹²¹.

C. Efectos de la revocación o anulación de la sentencia provisionalmente ejecutada

En un tema tan delicado como son los efectos jurídicos de la revocación en el cumplimiento de una sentencia que causa ejecutoria, el Código de Procedimiento Civil nos presenta un panorama más bien inhóspito, junto a una doctrina y jurisprudencia que no se han pronunciado con profundidad acerca de este trascendental punto.

Los escasos fallos que hacen alusión a dicha materia, solo se han limitado a señalar que deberán restituirse las cosas inmediatamente y sin mayores dilaciones, al

¹²⁰ MATURANA MIQUEL, Cristián. Las ejecuciones especiales. En su: Juicio Ejecutivo. Panorama Actual. Editorial Conosur, Santiago, 1995, pág. 132.

¹²¹ MENESES PACHECO, Claudio. *Ob. cit.*, pág. 33 y 34.

estado que tenían antes de ejecutarse lo resuelto por la sentencia recurrida, sin indicar bajo que condiciones y en base a que reglas¹²².

Para resolver la problemática, considerando además el vacío legal que presenta el Código de Procedimiento Civil, es importante atender a la naturaleza jurídica de la ejecución que se está anulando o revocando por el tribunal superior que conoce del recurso. Sobre este punto, existen dos posibles soluciones: la primera, que consiste en sostener que siendo el cumplimiento de una sentencia que causa ejecutoria, un acto jurídico sujeto a condición resolutoria, deberían aplicarse las reglas contenidas en el Título IV del Libro IV del Código Civil sobre Obligaciones Condicionales, particularmente los artículos 1486 a 1488 respecto de las partes y 1490 y 1491 respecto de terceros, que tratan sobre los efectos de la condición resolutoria cumplida; la segunda solución consistiría en estimar que la revocación de la ejecución del fallo, ordenada por el tribunal superior, implicaría la nulidad de pleno derecho de todo lo ejecutado por el tribunal de primera instancia¹²³. En consecuencia, deberíamos aplicar las normas del Código Civil sobre la nulidad contenidas en el Título XX Libro IV, particularmente en los artículos 1687 respecto de las partes, y 1689 respecto de los terceros.

Para resolver esta problemática, el profesor Meneses Pacheco¹²⁴, cita los artículos 206 y 339 inciso final del Código de Procedimiento Civil, el primero en materia de recurso de hecho y el segundo acerca de la apelación de la resolución que recibe la causa a prueba, que hablan sobre la “pérdida de eficacia o de valor” de los actos procesales que han sido revocados por el tribunal superior, citando alguna jurisprudencia, que sobre la base del artículo 206 ya aludido, ha resuelto declarar la nulidad de las actuaciones judiciales posteriores a la resolución del tribunal de primera instancia que negó la concesión de una apelación en ambos efectos.

El punto abordado por el profesor Meneses es relevante ya que permite argumentar que la sanción procesal a la revocación o anulación de la ejecución de una sentencia que causa ejecutoria es la nulidad procesal y no los efectos de la condición resolutoria

¹²² Corte Suprema, 29 de abril de 1929. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVII, secc. 1ª, pág. 286

¹²³ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. El proceso en..., Ob. cit., 269p.

¹²⁴ MENESES PACHECO, Claudio. Ob. cit., 37p.

cumplida. Es evidente, sin embargo, que ante el silencio de las normas sobre nulidad procesal del Código de Procedimiento Civil¹²⁵, deberemos aplicar las contenidas en los artículos 1687 y 1689 del Código Civil.

Es importante señalar, que estas normas sobre obligaciones restitutorias y pago de mejoras, sólo operarán en el ámbito procesal cuando no exista una caución constituida por el ejecutante que garantice el resultado del recurso. De este modo, en el juicio ejecutivo en los casos de los artículos 475 del Código de Procedimiento Civil y 509 inciso 2º, respecto de la sentencia de pago y sentencia de remate, respectivamente, o en el caso del artículo 773 inciso 2º y siguientes del mismo cuerpo legal, cuando se haya otorgado fianza de resultas en la casación, el ejecutado, ahora acreedor en virtud de la revocación, podrá hacer efectivos sus derechos en dicha garantía. Ahora, si dicha caución no fuese en definitiva suficiente para el reintegro de la situación anterior a la ejecución provisional de la sentencia apelada, pienso que el ejecutado provisional no tendría alguna vía complementaria para exigir la reparación de estos daños adicionales, toda vez que la fuente de la obligación del ejecutante, de resarcir dichos perjuicios, es una norma que impone al juez una estimación anticipada de éstos, y es sólo con respecto a dicha evaluación que el interesado en la ejecución tomará la decisión de instar o no en ella, previendo una pérdida eventual, hasta un límite determinado. Más allá de ello, no existe fuente alguna que obligue a la reparación de los daños que excedan dicho margen.

En cuanto al procedimiento aplicable para obtener la restitución, siguiendo al profesor Silva Álvarez¹²⁶, sería dentro de un año desde que las prestaciones ordenadas por la sentencia se hicieran exigibles, utilizando para tal efecto el procedimiento de ejecución incidental contemplado en los artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Para los efectos de las restituciones, compensaciones y abonos, por remisión del artículo 1687 del Código Civil, se aplicarían las normas sobre prestaciones mutuas contenidas en los artículos 904 y siguientes del Código Civil en materia de reivindicación. En tal caso, deberá

¹²⁵ La única norma que podría resultar aplicable sería la contenida en el artículo 83 inciso 3º del Código de Procedimiento Civil, relativa al incidente de nulidad procesal que señala que “La declaración de nulidad de un acto no importa la nulidad de todo lo obrado. El Tribunal al declarar la nulidad, deberá establecer precisamente, cuales actos quedan nulos en razón de su conexión con el acto anulado.” Con todo, tal disposición no indica como operan los efectos restitutorios de la nulidad, ni muchos menos como operarían respecto de terceros.

¹²⁶ SILVA ÁLVAREZ, Oscar. Ob. cit., 384p.

siempre tenerse al ejecutante provisional como poseedor de buena fe, en el entendido que, al instar por la ejecución provisional, la parte demandante no hace más que ejercer, legítimamente, una facultad jurídica.

Una segunda alternativa, siempre en el contexto de las normas generales, sería instar por la restitución de la situación existente con anterioridad a la ejecución provisional, precisamente mediante la incoación de un nuevo juicio ejecutivo, teniendo como título a la sentencia revocatoria.

CAPÍTULO V
LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL PROYECTO DE LEY QUE APRUEBA UN
NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

I. LA REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1902

A. Antecedentes históricos del proceso civil chileno

El actual Código de Procedimiento Civil vigente en Chile, si bien representa un código del siglo XX, sus fundamentos se encuentran en el proceso medieval español del siglo XIII¹²⁷. La Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855¹²⁸ constituyó la principal fuente del legislador procesal civil chileno¹²⁹, la que, caracterizada por la parquedad extrema de sus innovaciones y la fidelidad con que se empeñó en restablecer las reglas de las antiguas leyes, a grado que, en sus términos, se la podría presentar como una versión articulada y actualizada de la Partida III, con reemplazo del arcaico castellano del siglo XIII por el moderno del siglo XX¹³⁰.

De este modo, tras encomendar inicialmente la redacción del proyecto de Código de Procedimiento Civil a don Andrés Bello, se confió a don Antonio Varas la tarea, la cual en definitiva rehusó. Fue sólo en la década siguiente, cuando don Florentino González, sin encargo oficial, procede a redactar un proyecto, cuya revisión se confía a don Francisco Vargas Fontecilla, a quien sucedería posteriormente don Joaquín Blest Gana.

¹²⁷ Sobre el proceso civil español de Las Partidas que recogió la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855 ver: MONTERO AROCA, Juan. La herencia procesal española. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994.

¹²⁸ El profesor Fairén Guillén, atribuye a la propia Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a la cual califica como una reforma de su madre (la Ley de Enjuiciamiento de 1855), como uno de los factores en la crisis de la Administración de Justicia Española antes de la reforma del 2000, agregando además que la actitud del Poder Legislativo ha sido de indiferencia, mediante reformas escasas e inadecuadas; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Problemas actuales de derecho procesal. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

¹²⁹ El Código de Procedimiento Civil Chileno se alejó completamente de los códigos procesales más modernos de la época, como la Ordenanza Procesal Civil Alemana de 1877 y la Ordenanza Procesal Civil Austriaca de 1895, siguiendo, en esencia, Las Partidas de Alfonso X “El Sabio”.

¹³⁰ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Tribunales, jurisdicción..., Ob. cit., 44p.

Dos comisiones se ocuparon de la revisión del proyecto, a la cual sucedió, ya en sede parlamentaria, una comisión mixta de senadores y diputados la cual sesionó de noviembre de 1900 a enero de 1902, transformando finalmente dicho proyecto en ley de la República, entrando en vigencia el primero de marzo de 1903.

El procedimiento civil que regiría en Chile se caracterizó por el predominio de la escrituración (a través del principio *quod non est in Actis non est in mundo*) y frecuentemente calificado como “desesperadamente escrito”; falta total de intermediación entre las partes y el juez; falta de publicidad; escritos que provocan escritos, haciendo los términos indefinidos; falta de control del juzgador sobre los actos del proceso y sobre las partes quienes son dueños del mismo; impugnabilidad inmediata de toda resolución; valoración legal de la prueba; ninguna iniciativa probatoria del juez durante el proceso, salvo una vez que este estuviere concluido, a través de las medidas para mejor resolver; inadmisibilidad del hecho notorio en el ámbito probatorio y un acentuado sistema de legalidad de formas¹³¹.

En lo atañente al régimen impugnativo, el modelo de enjuiciamiento en su totalidad, al menos en cuanto a los procedimientos declarativos, el corazón del juzgamiento se encuentra en la segunda instancia. Tomando en cuenta tanto las atribuciones del tribunal de alzada, como la ejecución provisional de la sentencia definitiva. Las facultades de las Cortes de Apelaciones son amplias en cuanto a revisar todas las cuestiones de hecho y de derecho que, ventiladas en primera instancia, sean sometidas a su conocimiento por medio del respectivo recurso de apelación; tanto así que nuestra ley permite que en la segunda instancia se rindan algunas pruebas, a petición de parte e incluso de oficio (art. 207 del Código de Procedimiento Civil). Por su parte, la ejecución provisional de la sentencia definitiva sólo es concebible cuando se trata del fallo de segundo grado, ya que a diferencia de lo que ocurre con la impugnación de la decisión de primera instancia por medio de un recurso de apelación, tiene por regla general un efecto suspensivo (art. 193 y 195 del Código de Procedimiento Civil) impidiendo la ejecución anticipada, a diferencia de la impugnación del fallo de segunda, el cual no inhibe la ejecución, ya que por regla general el recurso de casación es no suspensivo (art. 773 del Código de Procedimiento Civil).

¹³¹ *Ibíd.*, pp46-47.

De acuerdo con lo expuesto, el sistema judicial chileno actualmente vigente deposita su confianza en la decisión de segunda instancia, orientando de este modo, toda la estructura procesal hacia ese momento del juzgamiento¹³².

Por otro lado, nuestro proceso civil tampoco se ajusta actualmente a las necesidades prácticas ni dogmáticas de la sociedad chilena que busca acercarse a las sociedades más desarrolladas de la Europa continental.

Tan sólo basta medir la eficacia del proceso civil chileno para apreciar la magnitud del problema. Todos los usuarios del sistema de justicia civil en Chile saben que nuestra justicia es lenta. Con todo, el que algunas causas de mayor complejidad puedan alcanzar una duración superior a los diez años y que la gran mayoría de las que se tramitan en un juicio ordinario no terminen, si se interpone el recurso extraordinario de casación, antes de los cinco años en la Región Metropolitana, donde se concentra la mayoría de los asuntos, nos presenta una situación insostenible en una sociedad moderna. Esta situación choca frontalmente con el anhelo y el deber de contar con una justicia civil pronta y eficaz, y con el respeto de la noción de debido proceso, consagrada en nuestra Carta Magna en el artículo 19 N° 3. No es posible aceptar un juicio que vulnere una garantía básica como es la noción de un proceso sin dilaciones indebidas (plazo razonable), sin perjuicio de entender que hoy es cada vez más común en la dogmática procesal entender que la idea de justicia tardía es equivalente a la de justicia denegada, lo que conlleva a desconocer en definitiva los derechos de las personas, al no lograr impartir frente a su violación, una justicia pronta y eficaz¹³³.

B. Trabajos prelegislativos

Dentro de este marco el Ministerio de Justicia de Chile estableció como una de sus prioridades el inicio de los estudios destinados a proveer al país de una legislación procesal civil moderna. Para lograr este objetivo se firmó el 1 de octubre del año

¹³² MENESES PACHECO, Claudio. La reforma procesal civil en Chile. Observaciones críticas sobre la organización judicial del primer nivel jurisdiccional. *En*: La reforma procesal civil en Chile. Análisis crítico del anteproyecto de Código Procesal Civil. Universidad de Los Andes, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 16, 2009, 18p.

¹³³ NÚÑEZ OJEDA, Raúl. Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios). *Revista de Estudios de la Justicia* N° 6, 2005, pp176-177.

2004 un Convenio marco entre el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El convenio estableció que una Comisión integrada por Profesores del Departamento de Derecho Procesal y abogados asesores del Ministerio de Justicia elaboraran las “Bases para un nuevo sistema procesal civil en Chile”. Luego, las citadas bases se discutirían en un foro ampliado para su aprobación definitiva.

La Comisión designada en conjunto por el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile estuvo integrada por los Profesores de Derecho Procesal de esa casa de estudio, Cristián Maturana Miquel (Presidente), Juan Agustín Figueroa Yávar; Raúl Tavolari Oliveros, Raúl Núñez Ojeda Juan Carlos Marín González, Davor Harasic Yaksic y por los abogados asesores del Ministerio de Justicia señores Rodrigo Zúñiga Carrasco y Rodrigo Romo Labisch; actuando como Secretarios de la Comisión los señores Matías Insunza Tagle y Cristóbal Jimeno Chadwick.

Del trabajo de la Comisión resultó un texto denominado: “Propuesta de bases para redactar un nuevo Código procesal civil para la República de Chile”. Éste se presentó el día 10 de mayo del 2005 al Ministerio de Justicia para su discusión en el llamado “foro para reforma procesal civil” que formó el Ministerio el día 12 de mayo del mismo año. Al mismo tiempo el Departamento de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, preparó también un documento de bases para la reforma de la Justicia Civil que presentó en una fecha cercana al Ministerio de Justicia. Así las cosas, el Ministerio formó un foro para la reforma procesal civil que discutiera ambos textos y llegara a unas bases comunes. El Foro en cuestión está compuesto por Cristián Maturana Miquel (Universidad de Chile); Raúl Núñez Ojeda (Universidad de Chile), Juan Agustín Figueroa Yávar (Universidad de Chile), Raúl Tavolari Oliveros (Universidad de Chile), Orlando Poblete Iturrate, (Universidad de Los Andes), Alejandro Romero Seguel (Universidad de Los Andes), Jorge Vial Álamos (Pontificia Universidad Católica de Chile), José Pedro Silva Prado (Pontificia Universidad Católica de Chile), Juan Pablo Domínguez Balmaceda (Pontificia Universidad Católica de Chile), Claudio Díaz Uribe (Universidad Diego Portales), Eduardo Jara Castro (Universidad Diego Portales), Nancy De la Fuente Hernández (Universidad Diego Portales), Miguel Otero Lathrop (Instituto Chileno Derecho Procesal y profesor Universidad de Chile), las señoras juezas civiles, doña Dora Mondaca Rosales y Claudia Lazen Mansur, en representación del Instituto de Estudios

Judiciales y los abogados asesores del Ministerio de Justicia, Rodrigo Zúñiga Carrasco y Rodrigo Romo Labisch. Actuó como coordinador del foro, don Orlando Poblete Iturrate, como secretario ejecutivo, don Rodrigo Zúñiga Carrasco y como secretarios de actas, los abogados de la Universidad de Chile, Matías Insunza Tagle y Cristóbal Jimeno Chadwick¹³⁴.

El foro ha sesionado desde finales de mayo del 2005, a razón de una reunión por semana, con el fin de discutir y aprobar unas bases para un nuevo sistema de justicia civil. El foro de la reforma procesal civil encomendó posteriormente a algunos profesores, 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 de “Anteproyecto Código Procesal Civil”, el cual fue objeto de análisis y discusión por parte del foro procesal civil, con objeto de redactar el proyecto definitivo de Código Procesal Civil, para posteriormente ser entregado al gobierno.

C. Boletín N° 6567-07: Proyecto de ley que aprueba un nuevo Código Procesal Civil (Mensaje de S.E. la Presidenta de la República N° 398-357 de 18 de mayo de 2009)

Desde el mes de marzo del 2007 a fines del mes de abril del 2009 el foro procesal civil, compuesto por sus integrantes originales más nuevos miembros que se incorporaron al debate, trabajó en el análisis y desarrollo del proyecto definitivo que aprueba un nuevo Código procesal Civil para la República de Chile, el cual fue presentado al Ministerio de Justicia, y se tradujo finalmente en el Mensaje N° 398-357 de fecha 18 de mayo de 2009 de S.E. la Presidenta de la República dirigido a la Honorable Cámara de Diputados, con objeto de dar inicio a su tramitación legislativa bajo el Boletín N° 6567-07.

El proyecto de Código Procesal Civil consta de 508 artículos y cuatro libros, organizados del siguiente modo: Libro I (“Disposiciones generales”); Libro II (“Procesos Declarativos”); Libro III (“Los Recursos Procesales”) y el Libro IV (“Procedimiento Especiales”).

¹³⁴ *Ibíd.*, pp177-178.

II. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL PROYECTO DE LEY QUE APRUEBA UN NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

A. Tratamiento de la ejecución provisional

Dentro del Título XIV del Libro I “Disposiciones Generales”, titulado “De las resoluciones judiciales y su eficacia”, se regula en su Capítulo V sobre “La ejecución de las resoluciones”¹³⁵, la figura de la ejecución provisional de las resoluciones judiciales. La regulación se encuentra contemplada en el artículo 211 del proyecto, el cual se ocupa acerca del estado de las resoluciones, respecto de las cuales se puede solicitar su cumplimiento, y en el artículo 219, se regulan los efectos de la revocación, modificación o anulación del fallo ejecutado.

Art. 211. Estado de las resoluciones respecto de las cuales se puede solicitar su ejecución. Se procederá a la ejecución de las resoluciones una vez que se encuentren ejecutoriadas. Las sentencias definitivas que causen ejecutoria serán ejecutables provisionalmente desde su notificación al demandado.

No obstante, no procederá el cumplimiento de dichas sentencias cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso, como sería si se tratara de una sentencia que declare la nulidad de un matrimonio o permita el de un menor de edad o se trate de resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros o árbitros.

¹³⁵ Es importante destacar que en materia de ejecución de resoluciones, el proyecto de ley opta por la opción de desjudicializar la ejecución, la cual se llevará a cabo en sede administrativa, a cargo de un oficial de ejecución. Al respecto el mensaje del proyecto señala que: “(...) siguiendo la tendencia mundial moderna en materia de ejecución, por una imperiosa necesidad de coherencia de nuestro sistema, por descargar a los tribunales civiles de una labor que en gran parte no les es propia, y por evitar un desgaste jurisdiccional y económico inútil, hemos optado por desjudicializar la ejecución. Permitiendo su judicialización sólo ante la existencia fundada de oposición a la ejecución por parte del ejecutado o de tercerías en los casos que correspondan.

Así, la ejecución será simplemente un trámite administrativo, llevado ante un funcionario denominado oficial de ejecución, cuya naturaleza, facultades, prohibiciones y régimen disciplinario serán regulados en una ley especial que se dictará prontamente, y que acompañará a este nuevo y moderno procedimiento (...).”

La excepción relativa a la ejecución provisional de las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros se justifica, en orden a que para el cumplimiento de dichos fallos, se requiere previamente del exequátur de la Corte Suprema el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 222 N° 4 del Proyecto de un nuevo Código Procesal Civil, requiere que dicha sentencia se encuentre ejecutoriada; todo ello, sin perjuicio de lo que establezcan los tratados internacionales.

En cuanto a la ejecución provisional de las sentencias arbitrales, el panorama no es muy claro. Siguiendo la tendencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000, el Proyecto de un nuevo Código Procesal Civil consagra expresamente al laudo arbitral como título ejecutivo en su artículo 363 N° 2 y el Código Orgánico de Tribunales, en sus artículos 5 y 222 reconocen expresamente la naturaleza jurisdiccional del arbitraje en nuestro Derecho. En atención a ello, no se divisan las razones por las cuales se excluye la eficacia ejecutiva provisional del laudo arbitral.

Art. 219. Supresión de la ejecución provisional, derecho a la devolución y la indemnización por daños y perjuicios. La ejecución queda anulada con la pronunciación de una sentencia que revoque, modifique o anule el fallo que se haya ejecutado provisionalmente.

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.

El demandado podrá 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.

También, relacionado con la ejecución provisional, se encuentran los artículos pertinentes en materia de recursos en el Libro III del proyecto; el artículo 321 que consagra el principio general acerca de los efectos de la interposición de recursos; el artículo 333 respecto a los efectos del recurso de reposición; los artículos 340 a 342 respecto a los efectos del recurso de apelación y el artículo 357 respecto de los efectos del recurso extraordinario.

Art. 321. Efecto de la interposición de recursos. La interposición de un recurso no suspenderá la ejecución de la resolución judicial, salvo cuando la ley disponga expresamente lo contrario.

En la resolución que se pronuncie sobre la suspensión deberá el tribunal declarar si ella produce la paralización de la totalidad del proceso, o sólo la del cuaderno principal o del incidente en el cual se hubiere dictado la resolución que se impugna.

Art. 333. Efectos de la reposición. La reposición no tendrá efecto suspensivo, salvo cuando contra la misma resolución procediere también la apelación en este efecto.

El tribunal podrá suspender o no los trámites del juicio o la ejecución de la sentencia impugnada por una reposición de una resolución pronunciada fuera de una audiencia, si la acogiere a tramitación y según la naturaleza de la impugnación efectuada.

Art. 340. Efectos del recurso de apelación. La apelación se concederá en el solo efecto devolutivo, a menos que la ley señalare expresamente que comprende los efectos devolutivo y suspensivo, cuyo alcances se señalan en los artículos siguientes. Cuando se otorga simplemente la apelación, sin limitar sus efectos, se entenderá que comprende solamente el efecto devolutivo.

Art. 341. Concesión de apelación en el solo efecto devolutivo.

Cuando la apelación proceda en el solo efecto devolutivo, seguirá el tribunal inferior conociendo de la causa hasta su terminación, incluso la ejecución de la sentencia definitiva.

Si se revocare el fallo que se hubiere cumplido, 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 la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de los derechos de terceros.

El tribunal de alzada, a petición del apelante y mediante resolución fundada, podrá dictar orden de no innovar.

La orden de no innovar 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.

Las peticiones de orden de no innovar serán distribuidas por el Presidente de la Corte, mediante sorteo, entre las salas en que esté dividida y se resolverán en cuenta. Decretada una orden de no innovar, quedará radicado el conocimiento de la apelación respectiva en la sala que la concedió y el recurso gozará de preferencia para figurar en tabla y en su vista y fallo.

Art. 342. Concesión de apelación en ambos efectos. Cuando la apelación comprenda los efectos suspensivo y devolutivo a la vez, se suspenderá la competencia del tribunal inferior para seguir conociendo de la causa.

Podrá, sin embargo, entender en todos los asuntos en que por disposición expresa de la ley conserve competencia, especialmente para pronunciarse sobre otorgamiento, alzamiento, mantención o modificación de medidas cautelares; para conocer de las gestiones a que dé origen la interposición del recurso hasta que se eleven los antecedentes al

superior, y en las que se hagan para declarar la terminación del proceso o del recurso antes de la remisión de los antecedentes al tribunal de alzada.

Art. 357. Efectos del recurso. La interposición del recurso no suspende los efectos de la sentencia recurrida, salvo cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso. En este caso el tribunal se pronunciará a petición de parte y fundadamente, acerca de la suspensión del cumplimiento del fallo, de sus efectos, o de ambos.

La Corte Suprema podrá decretar orden de no innovar, de plano o previo traslado al recurrido que hubiere comparecido ante ella.

Finalmente, en el Título I del Libro IV, en materia de procedimiento de ejecución el artículo 363 N° 1 del proyecto, hace referencia a la sentencia que causa ejecutoria como título ejecutivo, siempre que no se haya decretado respecto de ella, orden de no innovar.

“Art. 363. Presupuestos de la acción ejecutiva. Títulos ejecutivos. La acción ejecutiva tendrá por fundamento un título ejecutivo que dé cuenta de una obligación líquida o determinada, actualmente exigible y no prescrita.

Sólo tendrán aparejada la ejecución los títulos siguientes:

1. La sentencia definitiva e interlocutoria, condenatoria, firme o ejecutoriada y aquella que cause ejecutoria, siempre que no se haya decretado respecto de ella orden de no innovar.”

B. Análisis y comentarios al proyecto de ley

Las principales características que presenta la regulación de la ejecución provisional en el proyecto de ley que aprueba un nuevo Código Procesal Civil, son las siguientes:

(i) Consagra en su artículo 211, el **derecho a solicitar la ejecución provisional sin necesidad de caución**. Este es un cambio importante que tuvo el proyecto definitivo respecto del anteproyecto, el cual establecía en su artículo 222 inciso 3°, la

necesidad de constituir una caución efectiva para proceder al cumplimiento de la sentencia que causa ejecutoria, de manera de asegurar la restitución de lo cumplido en caso de revocarse o modificarse el fallo. Este cambio es trascendental, ya que como expusimos en el capítulo III, la caución como requisito previo a la solicitud de ejecución provisional, constituye un obstáculo importante a la efectividad de la figura.

(ii) Se preocupa de regular los **efectos de la revocación, modificación o anulación de la sentencia provisionalmente ejecutada**. El artículo 219 del proyecto establece que la parte ejecutada tendrá derecho a que se le restituya al estado anterior a la ejecución de la sentencia, y en segundo lugar, a que se le indemnice el daño ocasionado con ocasión del cumplimiento del fallo. El ejecutado puede hacer valer su derecho a indemnización conforme a las reglas de los incidentes, dentro del plazo de un año contado desde la fecha de la dictación de la sentencia revocatoria, modificatoria o anulatoria.

(iii) Se consagra como **régimen general en materia de impugnación de resoluciones judiciales, el efecto no suspensivo del recurso**. El artículo 321 del proyecto de ley establece como principio general, la eficacia inmediata de la resolución impugnada por cualquier vía, salvo los casos en que la ley disponga la concesión del recurso en ambos efectos¹³⁶. Esta transformación es realmente importante, ya que consagra la eficacia

¹³⁶ Sería interesante si el proyecto de ley hubiera abandonado la terminología de “suspensivo” y “devolutivo” para explicar los efectos de los recursos y hubiera hablado derechamente de eficacia inmediata de la resolución impugnada o de ejecución provisional de la misma. Como explica Alcalá Zamora y Castillo, el sentido histórico de estas denominaciones es distinto del que actualmente se les suele asignar. El efecto devolutivo, íntimamente ligado a una concepción de monarquía absoluta, con un príncipe soberano como cumbre o fuente de poder, a quien en virtud de la vía impugnativa se le devolvía la jurisdicción de él emanada, significa hoy tan sólo el tránsito del proceso decidido por el juez inferior, al conocimiento del juzgador de grado superior, y como en la actualidad, tan titular de la jurisdicción es, dentro de su respectiva competencia, la Corte o Tribunal Supremo como el último juez de paz o municipal, el efecto devolutivo se refiere estricta y exclusivamente al deslinde entre tribunal *a quo* y tribunal *ad quem*. En este sentido, la casi totalidad de los recursos surten efecto devolutivo, y a éste se contraponen, no el suspensivo, que responde a consideración muy distinta, sino el que podríamos llamar *no devolutivo*, o Si se quiere, *conservativo o retentivo* (por conservar o retener el juez de la resolución recurrida, jurisdicción para pronunciar sobre el recurso), es decir, el que se produce cuando juzgador *a quo* y *ad quem* son uno mismo, o sea siempre que el medio impugnativo pertenezca a la categoría de los *horizontales* y no de los *verticales*. En cambio, el efecto suspensivo, que puede acompañar o no al devolutivo, nada tiene que ver con la retención o devolución del poder jurisdiccional por parte del juez *a quo*, sino con la ejecutoriedad (provisional) o no de la resolución impugnada mientras se substancia el recurso interpuesto; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Cuestiones de terminología procesal.

inmediata de la resolución recurrida, estableciendo una política protectora respecto de quien obtuvo una sentencia favorable.

(iv) En cuanto a los derechos del ejecutado, y este es quizás uno de los puntos débiles del proyecto de reforma en cuanto a la ejecución provisional, **la oposición del ejecutado provisional se traslada al tribunal de alzada o a la Corte Suprema, mediante la obtención de una orden de no innovar¹³⁷**, manteniendo en esencia, el mismo régimen anterior. El problema de mantener la figura de la orden de innovar, es que la eventual suspensión de la ejecución provisional queda en manos de un tribunal distinto de aquel que lleva adelante dicho cumplimiento, posibilitando de este modo una resolución equívoca respecto de la suspensión, ante la falta de conocimiento o apreciación errada de la ejecución. Por otro lado, se continúa sin señalar los criterios que deben adoptar las Cortes, para suspender o restringir los efectos de una resolución ejecutada provisionalmente. Por otro lado, no se advierte la razón por la cual no se indica si la orden de no innovar se resolverá de plano o previo traslado a la contraparte en el caso de la apelación, como sí se hace respecto del recurso extraordinario.

Si bien, en términos generales, la ejecución provisional se encuentra regulada de forma efectiva, existen dos vacíos legales importantes respecto de los cuales el proyecto de ley no se pronuncia: **(i)** No señala el proyecto de ley, en el artículo 219, bajo qué reglas y en qué consiste la restitución al estado anterior a la ejecución, en caso de revocación, modificación o anulación de la sentencia provisionalmente ejecutada. Este es uno de los puntos delicados de la ejecución provisional, el cual requiere de una técnica legislativa depurada, señalando con precisión, así como lo hace respecto de la obligación indemnizatoria, en qué consistirá la obligación restitutoria del ejecutante, y la forma en que el ejecutado hará valer sus derechos; **(ii)** En segundo lugar, existe un silencio absoluto del legislador en cuanto al régimen de cauciones en la ejecución provisional, eliminando de paso la fianza de resultas en el recurso ante la Corte Suprema e instaurando en su reemplazo la figura de la orden de no innovar como mecanismo de protección del ejecutado. Esta medida entraba de algún modo la

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1972, pp90-91.

¹³⁷ Cabe preguntarse si la orden de no innovar está consagra verdaderamente como un derecho de protección del ejecutado provisional o como una forma de control de la legalidad de la ejecución de la sentencia por parte del tribunal superior.

posibilidad de que la ejecución provisional siga delante en aquellos casos en que la restitución al ejecutado, al estado anterior a la ejecución de la sentencia, sea difícil, pero igualmente se otorgue una caución que lo compense económicamente, dejándolo en una posición similar a aquella en que se encontraba antes de la ejecución; típicamente en el caso del cumplimiento de condenas no dinerarias.

CONCLUSIONES

1. La búsqueda del derecho de defensa y la independencia e imparcialidad del juzgador, son objetivos que el proceso civil ha alcanzado con satisfacción, tanto a nivel nacional como supranacional. El enfoque moderno del siglo XXI, es afrontar la solución de los conflictos, brindando tutela judicial efectiva, a través mecanismos rápidos y oportunos, los que, sin vulnerar las garantías tradicionales del debido proceso, aseguren una respuesta rápida y efectiva por parte de quienes se les ha encomendado la misión de impartir justicia.

2. La ejecución provisional de las resoluciones judiciales es uno de los principales instrumentos de eficacia jurisdiccional, permitiendo una protección efectiva de los derechos de quien se encuentra respaldado por una sentencia condenatoria. Por otro lado, implica potenciar realmente la solución de los conflictos en la primera instancia, mediante decisiones, en principio, inmediatamente efectivas, evitando de este modo, que el deudor utilice el sistema recursivo con la única finalidad de eludir su responsabilidad.

3. Para que tal instrumento cumpla su verdadera función, es importante que la ejecución provisional sea concebida en términos amplios y sin mecanismos de entorpecimiento, permitiendo la ejecución inmediata de toda sentencia que contenga un pronunciamiento de condena sin necesidad de caución previa, con un régimen moderado de oposición por parte del deudor, resguardando los derechos de este último a través de un sistema de cauciones una vez despachada la ejecución, y el derecho a obtener la restitución íntegra y la indemnización de todos los daños y perjuicios ocasionados con dicho cumplimiento.

4. En el Derecho Comparado la figura de la ejecución provisional es de vasta aplicación, consagrándose como un aspecto prácticamente obligado a considerar en todas los procesos de reforma que se han llevado a cabo en países como Alemania, Italia, Francia y España, siendo en este último, donde se regula con una técnica legislativa depurada, consagrándola con una gran amplitud, siendo una de las grandes innovaciones en la reforma procesal civil del año 2000.

5. En América Latina la ejecución provisional, como una figura propiamente ejecutiva es desconocida, y sólo se trata a raíz de los efectos de los recursos, sin regular sus consecuencias jurídicas. En Chile, el panorama de la figura es similar, y si bien el régimen de recursos es mayoritariamente no suspensivo, existe un tratamiento inorgánico y casuístico sobre la ejecución provisional, sin regular sus efectos y alcances, y sin que la sentencia definitiva de primera instancia en el juicio ordinario, sea objeto de cumplimiento provisional.

6. En el marco del proyecto de ley de reforma al proceso civil chileno, se ha contemplado la figura de la ejecución provisional de resoluciones judiciales sin necesidad de caución, eliminando como consecuencia, el efecto suspensivo como regla general en el sistema de impugnaciones. Sin embargo, el proyecto no ha sido satisfactorio en cuanto a regular los derechos del ejecutado y ha mantenido la figura de la orden de no innovar, como forma de suspensión de la ejecución provisional, imprecisiones, las cuales, esperemos sean superadas en el curso de la tramitación legislativa.

7. La ejecución provisional, como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, tiene como fundamento otorgar mayor preponderancia a las decisiones del tribunal de primera instancia, permitiendo hacer efectivos los derechos del litigante victorioso. Sin embargo, y teniendo presente principalmente la experiencia española, aquello supone que el primer grado jurisdiccional esté dotado de las suficientes garantías que permitan un conocimiento real y efectivo de los hechos, de modo que las decisiones ahí dictadas, sean lo más acertadas y fundadas posibles, de modo de reducir al mínimo la eventualidad de una posible revocación por parte del tribunal superior.

Aquello sólo es posible si en la primera instancia se garantiza la aplicación efectiva de los principios de la oralidad, la concentración y la inmediación, de modo de permitir un acercamiento lo más fiel posible, por parte del juez a los hechos de la causa y las pruebas. Sobre este punto, el proyecto de ley de reforma al proceso civil chileno, si bien ha consagrado de manera expresa la aplicación de los principios de oralidad, inmediación y concentración (art. 7 a 9 del Proyecto), en lo relativo a la designación, integración, competencia

y funcionamiento de los tribunales de primera instancia ha quedado su regulación para la ley orgánica constitucional respectiva (art. 15 del Proyecto), respecto de la cual no existe proyecto de ley alguno que trate sobre la materia. Lo anterior es un punto extremadamente importante, ya que la vigencia de los principios de oralidad, concentración e inmediación solo serán prácticamente aplicables si es que el Poder Judicial cuenta con la dotación orgánica y funcional de jueces y tribunales que permitan, mediante el sistema de audiencias, un conocimiento oportuno y una resolución eficaz de los conflictos sometidos a su conocimiento¹³⁸.

Teniendo presente lo anterior, se hace indispensable que el proyecto de reforma al proceso civil vaya acompañado de un proyecto de ley orgánica constitucional que aborde la composición y funcionamiento de la nueva justicia civil de primera instancia, de modo que los principios ya mencionados tengan aplicación efectiva, y de este modo, permitir que la ejecución provisional no pase de ser una mera declaración de buenas intenciones a favor del litigante victorioso. Asimismo, y teniendo presente lo expuesto en el mismo proyecto de ley sobre reforma al proceso civil, tampoco existe actualmente un proyecto de ley que aborde una reforma a la justicia arbitral, y que sea éste un mecanismo alternativo eficaz a la resolución de conflictos, de modo de desconcentrar la carga de trabajo de los tribunales ordinarios¹³⁹.

¹³⁸ Conocida es la experiencia que tuvieron los Tribunales de Familia al ser implementados en nuestro país en el año 2004, en que el breve plazo en que debía realizarse la audiencia preparatoria, conforme al artículo 59 de la Ley N° 19.968, y la poca efectividad de la mediación, como forma alternativa de solución de conflictos, terminaron siendo absolutamente inaplicables por las deficiencias orgánicas del proyecto de ley originario, y como consecuencia de ello, un retardo considerable en la justicia de familia. Lo anterior obligó a sucesivas reformas que tuvieron por objeto, aumentar la dotación de jueces, de modo de acelerar el conocimiento de los asuntos, y por otro lado, la implementación de un sistema de mediación obligatoria en determinadas materias.

¹³⁹ El 12 de noviembre de 1992 se ingresó al Congreso Nacional, el proyecto de ley sobre “Jueces Árbitros y Procedimiento Arbitral” (Boletín N° 857-07), que contemplaba reformas sustanciales a la justicia arbitral como forma alternativa de solución de conflictos. Tras casi 10 años de tramitación infructuosa, fue archivado el 3 de septiembre de 2002.

BIBLIOGRAFÍA

I. DOCTRINA

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Cuestiones de terminología procesal. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1972.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de teoría general e historia del proceso, tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, vol. V, Ejecución Forzada y Medidas Precautorias. 2ª edición, Ediar, Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1962.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El debido proceso de la garantía constitucional. Editorial Zeus, 2002.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, (XXII) 1, Julio 2009.

ARMENTA DEUS, Teresa. La ejecución provisional. Editorial La Ley, Madrid, 2000.

ASENCIO MELLADO, José María. Derecho procesal civil, 2ª parte Ley 1/2000. Editorial Tirant-Lo Blanch, 2001.

BERTOLINO, Pedro J. El derecho al proceso judicial. Editorial Temis, Bogotá, 2003.

CABALLOL ANGELATS, Lluís. La ejecución provisional en el proceso civil. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1993.

CABALLOL ANGELATS, Lluís. La ejecución provisional de resoluciones judiciales en la LEC 1/2000. Revista Xurídica Galega, ISSN 1132-6433, N° 26, 2000. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=79828> [consulta: 05 julio 2010].

CADARSO PADAU, Juan. Notas sobre la ejecución provisional de sentencias en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Revista de Actualidad Jurídica Uria & Menéndez (3), 2002.

CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho procesal civil. traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentís Melendo. Prólogo de Hugo Alsina. Ediciones Jurídicas Europa América, 1973, vol. I.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Argentina, Buenos Aires, 1944, vol. I.

CARNELUTTI, Francisco. Instituciones del proceso civil. Traducción de la 5ª edición por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América, 1973, vol. II

CASARINO VITERBO, Mario. Del cumplimiento de las sentencias judiciales civiles. En su: Medio siglo al servicio del derecho procesal. Editorial Edeval, Valparaíso, 1993.

CASARINO VITERBO, Mario. Manual de derecho procesal (derecho procesal civil), 6ª edición. Colección Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, 2008, tomo V.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Tercera edición (póstuma), Roque, Depalma Editor, Buenos Aires, 1958.

COUTURE, Eduardo J. Estudios de derecho procesal civil. EDIAR, sociedad anónima editores, Buenos Aires, 1979, tomo I.

COLOMBO CAMPBELL, Juan. El debido proceso constitucional. En: encuentro anual de la Corte Constitucional Italiana, Roma, diciembre 2003. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004.

CHAMORRO BERNAL, Francisco. Tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución. Editorial Bosh, Barcelona, 1994.

CHIOVENDA, José. Principios de derecho procesal civil. Traducción de la 3ª edición italiana, prólogo y notas del profesor José Casáis y Santaló. Editorial Reus S.A., Madrid, 1925.

CHOZAS ALONSO, José Manuel. La ejecución provisional de sentencias de primera instancia en el proceso civil español. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y PALOMO VÉLEZ, Diego (Coordinadores). Proceso civil: hacia una nueva justicia civil. Editorial Jurídica de Chile, 2007.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. La Ley Española 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Orientación para una justicia civil más eficaz. En: DE LA OLVIDA SANTOS, Andrés y PALOMO VÉLEZ, Diego (Coordinadores). Proceso Civil: hacia una nueva justicia civil. Editorial Jurídica de Chile, 2007.

DAMIÁN MONTERO, Juan. La ejecución provisional de sentencias en el proceso civil español. Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje, (1), 2009.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Nociones generales de derecho procesal civil. Editorial Aguilar, Madrid, 1966.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso. Tercera Edición, Editorial Universidad, 2002.

DI IORIO, Alfredo. Temas de derecho procesal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

ESPINOZA FUENTES, Raúl. Manual de procedimiento civil. Juicio ejecutivo. 8ª edición. Colección Manuales Jurídicos N° 17. Editorial Jurídica de Chile, 1984.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Teoría general del derecho procesal. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992a.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Problemas actuales de derecho procesal. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992b.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Derecho procesal civil, vol. III. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1997.

FERRER, Sergio E. Ejecución anticipada de la sentencia como cautela material. En: Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo)". Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil. Traducción de la 2ª edición alemana por Leonardo Prieto Castro. Editorial Labor, S.A., 1936.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael y PALOMO VÉLEZ, Diego. 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 sentencias. Revista Ius et Praxis, (12) 2, Universidad de Talca, 2006.

LAZO, Santiago. Los códigos chilenos anotados. Código de Procedimiento Civil. Orígenes, concordancias y jurisprudencia. Poblete Cruzat Hnos., Editores, 1918.

LEIBLÉ, Stefan. Proceso civil alemán. Editorial Konrad Adenauer Stiftung, 1999.

MATURANA MIQUEL, Cristián. Las ejecuciones especiales. En: Juicio Ejecutivo. Panorama Actual". Editorial Conosur, Santiago, 1995.

MENESES PACHECO, Claudio. La ejecución provisional en el proceso civil chileno. Revista Chilena de Derecho, (36) 1, Abril 2009.

MENESES PACHECO, Claudio. La reforma procesal civil en Chile. Observaciones críticas sobre la organización judicial del primer nivel jurisdiccional. En: La reforma procesal civil en Chile. Análisis crítico del anteproyecto de Código Procesal Civil. Universidad de Los Andes, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 16, 2009.

MICHELI, Gian Antonio. Derecho procesal civil. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1970, tomo II.

MONTERO AROCA, Juan. Derecho jurisdiccional, Proceso Civil. Editorial Tirant-Lo Blanche, 10ª Edición, Valencia, 2001, tomo II.

MONTERO AROCA, Juan. La herencia procesal española. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994.

MORELLO, Augusto M. Constitución y proceso: la nueva edad de las garantías constitucionales. Editorial Abedelo Perrot, 1998.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La constitucionalización del proceso: el acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso. En: La constitucionalización del derecho chileno. Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El debido proceso en la constitución y el sistema interamericano. Editorial Librotecnia, 2007.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl. Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios). Revista de Estudios de la Justicia, N° 6, 2005.

ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho procesal civil. Tercera Edición, Editorial Aranzadi, 2002.

OTERO LATHROP, Miguel. Derecho procesal civil. Modificaciones a la legislación 1988-2000. Editorial Jurídica de Chile, 2000.

PALACIO, Lino Enrique. Manual de derecho procesal civil. 17ª edición, Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno. En: Sistema jurídico y derechos humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos. Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, 1996.

PÉREZ RAGONE, Álvaro. 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 P., José Pedro, GARCÍA G., José Francisco, LETURIA I., Francisco J. Justicia civil y comercial: una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil. Pontificia Universidad Católica de Chile y Fundación Libertad y Desarrollo, 2006.

PÉREZ RAGONE, Álvaro y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Incluye artículos de Hans Prutting y Sandra De Falco. Editorial Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Derecho procesal civil. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1990.

RAMOS ROMEU, Francisco. ¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados? Revista para el Análisis del Derecho N° 385, Barcelona, 2006. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2123767> [consulta: 05 julio 2010]

ROCCO, Ugo. Tratado de derecho procesal civil. Parte Especial, Proceso Ejecutivo. Editorial Temis-Bogotá y Depalma-Buenos Aires, 1976, vol. IV.

ROMERO SEGUÉL, Alejandro. La sentencia que causa ejecutoria como título ejecutivo. Revista Chilena de Derecho, (26) 1, 1999.

ROMERO SEGUÉL, Alejandro. La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Jurídica de Chile, 2002.

ROSEMBERG, Leo. Tratado de derecho procesal civil. Traducción de Angela Romero Vega. Ediciones Jurídicas Europa América, 1955, tomo III.

SATTA, Salvatore. Diritto processuale civile. 13ª Ed., Casa Editorial Dott, Antonio Milani, 2000.

SILVA ÁLVAREZ, Oscar. La ejecución provisional de sentencias. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 31, Diciembre 2008.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de derecho constitucional. El Poder Judicial y el Ministerio Público. Editorial Jurídica de Chile, 2002, vol. VIII.

SILVOSA TALLÓN, José Manuel. La ejecución provisional en la ley de enjuiciamiento civil 1/2000 de 7 de enero. Revista Internauta de Práctica Jurídica, ISSN 1139-5885, N° 20, 2007. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2341061> [consulta: 05 julio 2010]

STOEHEREL MAES, Carlos Alberto. Disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes. 6ª edición revisada y actualizada por el profesor Davor Harasic Yaksic. Editorial Jurídica de Chile, 2007.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Tribunales, jurisdicción y proceso. Editorial Jurídica de Chile, 1994.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Recurso de casación y queja. Nuevo régimen. Editorial Conosur, 1996.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. El Proceso en Acción. Editorial Libromar Ltda., 2000.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno. En: DE LA OLVIDA SANTOS, Andrés y PALOMO VÉLEZ, Diego (Coordinadores). Proceso civil: hacia una nueva justicia civil. Editorial Jurídica de Chile, 2007.

VÉSCOVI, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.

WACH, Adolf. Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana. Traducción de Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1958.

II. JURISPRUDENCIA

Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales

III. LEGISLACIÓN

Código de Procedimiento Civil de Chile

Código de Procedimiento Civil de Perú

Código de Procedimiento Civil de Venezuela

Código de Procedimiento Civil Italiano

Código de Procedimiento Civil Francés

Código de Proceso Civil de Brasil

Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay

Código Procesal Civil Alemán

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina

Constitución Política de la República de Chile

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

Ley de Enjuiciamiento Civil Española

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

IV. PROYECTOS DE LEY

Boletín N° 6567-07: Proyecto de ley que aprueba un nuevo Código Procesal Civil (Mensaje de S.E. la Presidenta de la República N° 398-357 de 18 de mayo de 2009)