



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

**LA PASIVIDAD DEL DEMANDADO EN EL PROCESO CIVIL EN LA FIGURA DE LA
REBELDÍA. ANALISIS COMPARADO Y REVISIÓN CRÍTICA.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Integrantes:

CONSTANZA LAPOSTOL FORESTIER

PABLA PERELLO CARVALLO

Profesor Guía: CRISTIÁN MATURANA MIQUEL

Santiago, Chile. Abril de 2010

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
EL SILENCIO EN EL DERECHO CIVIL Y PROCESAL.....	6
1. EL SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD EN EL DERECHO CIVIL.....	6
2. LOS EFECTOS DEL SILENCIO EN EL PROCESO CIVIL.....	11
2.1. El acto jurídico procesal.....	13
2.2. Naturaleza jurídica del proceso.....	16
2.3. La carga procesal.....	18
3. EL SILENCIO Y EL ACTO JURÍDICO PROCESAL.....	19
CAPÍTULO II	
LAS CONCEPCIONES DEL PROCESO.....	23
1. INTRODUCCIÓN AL TEMA DE INTERÉS.....	23
2. HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL PROCESO CIVIL.....	24
2.1. La concepción tradicional del proceso civil.....	25
2.2. La concepción contemporánea del proceso y el derecho procesal civil.....	27
CAPÍTULO III	
REBELDÍA.....	30
1. POR QUÉ REGULAMOS LA REBELDÍA. FUNDAMENTOS DE SU	

REGULACIÓN.....	30
1.1. Introducción al tema de interés.....	30
1.2. La discusión en doctrina: el principio de la economía procesal y el abuso del derecho.....	31
1.3. El porque desde el principio de la “autoconservación”. Nuestra postura.....	33
2. INTERROGANTES QUE DETERMINAN LA REGULACIÓN DE LA REBELDÍA.....	34
2.1. Las omisiones que darán lugar a la rebeldía.....	35
2.2. Los sujetos procesales –demandante y demandado- como potenciales rebeldes.....	37
3. EFECTOS DE LA REBELDÍA.....	38
3.1. Efectos de la rebeldía en el contexto del discurso de aplicación del juez.....	38
3.2. Efectos inmediatos del estado de rebeldía para las partes.....	39
3.2.1. Evolución histórica.....	39
i. Roma.....	39
ii. Período Germánico.....	42
iii. Época Carolingia.....	43
iv. Influencia Canónica.....	43
3.2.2. Recapitulación.....	44
3.2.3. Las dos soluciones: Sistema de la <i>ficta litis contestatio</i> y sistema de la <i>ficta confessio</i>	45
i. Sistema de la <i>Ficta Confessio</i>	45
ii. Sistema de la <i>Ficta Litis Contestatio</i>	46
3.2.4. Solución a la luz del argumento de la “autoconservación”.....	48
CAPÍTULO IV	
DERECHO NACIONAL.....	50

1. SISTEMA ACTUAL.....	50
1.1. La rebeldía en el Código de Procedimiento Civil. Hipótesis contempladas.....	50
1.1.1. La confesión en juicio.....	51
1.1.2. Juicio ejecutivo.....	54
i. Gestión preparatoria de la vía ejecutiva.....	55
ii. El requerimiento de pago.....	58
1.1.3. El juicio sumario.....	60
2. ANÁLISIS DEL TÍTULO VIII DEL CPC DENOMINADO “DE LAS REBELDÍAS”.....	61
2.1. Declaración de rebeldía del artículo 78.....	62
2.2. Derechos del rebelde.....	70
2.3. Incidente de rescisión de lo obrado del artículo 79.....	74
2.4. Incidente de rescisión de lo obrado del artículo 80.....	76
 CAPÍTULO V	
NUEVO PROCEDIMIENTO CIVIL.....	79
1. SISTEMA PROCESAL CIVIL ACTUAL: NECESIDAD DE UNA REFORMA.....	79
2. SOBRE EL PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.....	81
2.1. Breve reseña al nuevo procedimiento.....	84
3. LA REBELDÍA EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.....	88
3.1. Regulación de la rebeldía en el juicio ordinario.....	89
3.2. La rebeldía y la prueba.....	93
3.3. Regulación de la rebeldía en el Procedimiento Sumario.....	95
3.4. La rebeldía en materia recursiva.....	96
3.5. Rebeldía en el juicio ejecutivo.....	97

4. COMENTARIOS.....	100
CAPÍTULO VI	
DERECHO COMPARADO.....	102
1. INTRODUCCIÓN.....	102
2. ESPAÑA.....	103
2.1. Generalidades sobre el sistema procesal civil en España.....	103
2.2. Regulación de la rebeldía en la LEC 2000.....	105
2.2.1. Presupuestos para configurar el estado de rebeldía.....	105
2.2.2. Efectos de la rebeldía.....	107
2.2.3. Comparecencia del rebelde involuntario.....	111
i. Posibilidades defensivas del rebelde involuntario antes de dictarse sentencia.....	112
ii. Posibilidades defensivas después de dictarse sentencia.....	114
a. De los recursos de apelación y de infracción procesal.....	114
b. De la rescisión de sentencia firme.....	115
3. EL DEFAULT JUDGMENT EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA....	120
3.1. Antecedentes históricos.....	120
3.2. Tratamiento de la rebeldía en los Estados Unidos.....	123
i. El <i>Default</i>	124
ii. Default Judgment.....	125
3.3. Presupuestos legales de la sentencia en default: Efectos y revocación del default y default judgment.....	127
i. Presupuestos.....	127
ii. Efectos.....	131
iii. Revocación.....	132

CONCLUSIONES..... 135

BIBLIOGRAFIA..... 138

INTRODUCCIÓN

El silencio, en tanto forma de comportamiento humano, no es ajeno al derecho en cuanto instrumento regulador de las relaciones de los hombres entre sí como sujetos de derecho.

Una simple mirada a las distintas áreas en que se ramifica el Ordenamiento Jurídico nos basta para poder percatarnos que el legislador no ha permanecido indiferente a la figura del silencio, cuya regulación le ha preocupado en mayor o menor medida.

En materia procesal penal, el silencio ha sido objeto de un interesante desarrollo tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial. A grandes rasgos podemos señalar que el silencio constituye un medio de defensa del imputado, a través del cual se protege y a la vez se plasma el principio de prohibición de *Nemo Tenetur* o prohibición de autoincriminación.

En derecho civil, por su parte, se ha regulado de manera tal que la actitud del silente no producirá, por regla general, efecto alguno en cuanto manifestación de voluntad.

En materia procesal civil también ha existido una preocupación por parte del legislador en orden a generar respuestas frente a las conductas no colaborativas de las partes dentro del proceso, toda vez que “la relación procesal que es una relación independiente, aunque tiene en vista instrumentalizar una relación sustancial, necesita acudir a técnicas que puedan justificar el arribo a una sentencia definitiva que extinga el proceso con la actuación unilateral de una de las partes”¹. Así, la institución a la que acude el legislador en esta área es aquella que denominamos rebeldía.

La rebeldía habrá de configurarse de distintas maneras dependiendo del principio de justicia política que subyazca a su regulación. De esta manera, el valor que se le de

¹ ORELLANA TORRES, Fernando y PÉREZ RAGONE, Álvaro. Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una nueva regulación en la nueva justicia civil. *Ius et Praxis*, 13(2): 16, 2007.

al silencio en materia procesal civil será absolutamente independiente al que se le otorgue en derecho sustantivo; es decir, el silencio no tendrá *per se* un determinado valor, sino que éste se determinará de acuerdo al fundamento de la institución que dicho silencio ha de generar.

Es por ello que en primer lugar, deberemos atender a la función que cumple la rebeldía. Es decir, se habrá de identificar la finalidad que cumple, lo cual evidentemente implica que se deba identificar la función asignada a la institución más general a la cual pertenece la rebeldía, y eso supone, a su vez, identificar un principio de justicia política que justifique la existencia de esa institución más general.

En nuestro caso, la institución más general es el proceso, mientras que el principio de justicia política habremos de identificarlo más adelante. La pregunta '¿para qué existe el proceso?', es decir, cuál es su fundamento, puede responderse desde distintas concepciones de justicia política, pero no nos haremos cargo en el presente trabajo de este problema más general. Por lo que si habremos de optar es por una tesis en relación a cuál es la función del proceso, y más precisamente, del proceso civil. La opción que tomemos nos permitirá llegar a uno u otro principio de justicia política que permita justificar la institución de la rebeldía y a su vez, analizar, a la luz de dicho fundamento, si las regulaciones que actualmente se dan a ella, ya en nuestro derecho nacional, ya en derecho comparado, se corresponden con este principio de justicia, si son acorde con él, y si, en definitiva, nosotros queremos extraer formas o modelos de estos otros sistemas o si es de nuestra preferencia proponer algo diferente.

El capítulo donde habremos de desarrollar los fines del proceso deberá necesariamente ser precedido por un análisis somero del silencio. En efecto, no hablamos de rebeldía, ni nos preocupamos de la relevancia de su regulación o del fundamento de la misma si no entendemos que existen casos en nuestro derecho y dentro del desarrollo de un proceso donde la voluntad de uno de los sujetos, o de ambos, puede no manifestarse o manifestarse en términos negativos. Llegamos así a formularnos dos preguntas: **(i) si se puede aceptar la actitud no colaborativa u omisiva**

de alguna de las partes como una actitud válida en nuestro derecho; y sólo en la medida que la primera sea respondida afirmativamente, **(ii)** qué significado o consecuencias han de generarse a partir de dicho silencio.

De esta manera, el primer capítulo abarcará el tema de la voluntad y el tratamiento que nuestro derecho otorga al silencio, específicamente en cuanto requisito de existencia de los actos jurídicos, primero en materia civil, luego en materia procesal.

El desarrollo de los actos jurídicos procesales nos permitirá llegar a instituciones como las de las cargas procesales y la preclusión, ambas estrechamente vinculadas a la rebeldía en el derecho nacional.

Sin embargo, un verdadero análisis de la rebeldía no habrá de emerger de ahí. No porque no se trate de instituciones útiles para efectos de explicar el tema de la rebeldía en el contexto de un proceso, sino porque alguna de ellas, como la preclusión, no son causa sino consecuencia del estado de rebeldía, y porque otras, responden a una concepción parcial de lo que el proceso significa y de la finalidad que actualmente cumple en una sociedad.

De ahí la necesidad de un segundo capítulo donde se expongan dichas concepciones para dar paso a un tercero donde se formulará lo que a nuestro parecer constituye la interrogante básica para el análisis de cualquier institución y que se refiere a la pregunta acerca del fundamento de su regulación.

Así, y sólo a partir de la identificación del fundamento de la institución rebeldía nos encontraremos en condiciones de analizar, desde una perspectiva crítica, el tratamiento de la rebeldía en Chile, lo que significará desarrollar sus aspectos y elementos, primero a nivel de Código de Procedimiento Civil, y luego a nivel de Proyecto de Código Procesal Civil, el cual se encuentra en actual tramitación.

Complementará este análisis el capítulo V de este trabajo, en donde nos abocaremos al desarrollo de dos ordenamientos jurídicos extranjeros, el español y el norteamericano.

La elección de las dos legislaciones en cuestión no fue al azar.

España, con un sistema de justicia civil similar al chileno, presenta un nivel de sofisticación y complejidad muy superior al nuestro en lo que a la regulación de la rebeldía se refiere. Así, y a modo meramente ejemplar, se regula de manera novedosa, la distinción entre rebeldías voluntarias e involuntarias y, por otra parte, el juicio rescindente y rescisorio como mecanismos de tutela al rebelde involuntario entre otras cosas.

El sistema norteamericano, por su parte, fue objeto de análisis por dos razones. En primer lugar porque consideramos interesante utilizar el método de comparar dos legislaciones que responden a dos sistemas procesales distintos. Si bien la elección es considerada por muchos arriesgada, a nuestro parecer el riesgo cede frente a las ventajas que esta comparación otorga.

En efecto, el 'tratamiento de shock', -como se le ha llamado a la comparación de sistemas jurídicos completamente distintos²- en primer lugar impide la tentación de querer extrapolar de manera simplista soluciones de un sistema a otro (lo cual es notablemente más riesgoso cuando comparamos sistemas pertenecientes a la misma tradición o que responden a modelos parecidos); y en segundo lugar porque a mayor diferencias entre ambos sistemas, mayor es la facilidad de reconocer las falencias del sistema propio y a partir de ello adoptar una perspectiva crítica respecto del mismo.

Así, desde una perspectiva de dogmática procesal interdisciplinaria y de experiencia comparada, esperamos desarrollar de manera completa tan interesante institución, y

² Sobre la materia consultar GLENDON, Mary Ann, Comparative Law as Shock Treatment, 11 Method 137 (1993). Volúmen colectivo en "Festskrift till Jacob W.F. Sundberg", Stockholm, 1993.

proponer soluciones que puedan tener eco en la importante transición que actualmente está viviendo nuestro sistema de justicia civil.

CAPÍTULO I

EL SILENCIO EN EL DERECHO CIVIL Y PROCESAL

1. El silencio como manifestación de voluntad en derecho civil

La voluntad, en la realización de un acto que persigue la producción de efectos amparados por el derecho, constituye un requisito de existencia para dar vida al acto jurídico. Como bien sabemos, el acto jurídico es la “manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar, o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por el autor o las partes, porque el derecho sanciona dicha manifestación de voluntad”³.

En palabras de Avelino León, “la voluntad del individuo es el resorte que mueve y da vida al derecho, tanto porque el derecho es un producto social regulador de la conducta humana, cuanto porque la voluntad de cada individuo en particular ha tenido un valor preponderante, reconocido por el derecho objetivo”⁴. Así, la voluntad se presenta como el elemento constitutivo de todo acto⁵.

Para que la voluntad produzca los efectos amparados por el legislador, es necesario que concurren dos requisitos copulativos: i) La voluntad debe manifestarse, de manera que se pueda conocer; y ii) Debe ser seria, en el sentido de perseguir efectivamente un fin reconocido o tutelado por el derecho.

³ VIAL DEL RIO, Víctor. Teoría General del Acto Jurídico. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición actualizada, año 2000, p. 43

⁴ LEON HURTADO, Avelino. La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, año 1952, p. 7.

⁵ Por su parte, Arturo Alessandri define a la voluntad como “aquella facultad humana que habilita al hombre para ejecutar lo que desea”. En Apuntes de Derecho Civil, p. 89.

El primer requisito resulta evidente en la medida que se crea una relación jurídica, la cual debe, por cierto, conocerse. Como lo señala Carlos Ducci, “si se mantiene en el fuero interno de la persona, no puede constituir un factor de relación”⁶.

Por su parte, la seriedad se debe a la necesidad de que la voluntad produzca el efecto jurídico que persigue⁷.

La manifestación de la voluntad ha sido clasificada en atención a su forma de expresión, siendo expresa y tácita.

Así, la voluntad se manifiesta expresamente cuando se exterioriza a través de una declaración, contenida en palabras o bien en gestos o indicaciones. En palabras de Luis Claro Solar, “la manifestación expresa es la que se hace por medio de palabras entre personas presentes o transmitida por el teléfono, por escrituras, cartas o telegramas, y por gestos o signos. Una inclinación de cabeza, un apretón de manos, pueden ser considerados, con razón, reveladores de la intención de contratar (...)”⁸.

Por su parte, la manifestación tácita se realiza a través de un comportamiento que no va dirigido a un destinatario. En palabras de Víctor Vial, “existe, simplemente, una conducta de la cual, a través de un proceso de deducción lógica, se hace posible extraer una conclusión inequívoca, y desprender una manifestación de voluntad implícita o indirecta”⁹. A esta conducta la doctrina la clasifica como ‘conducta concluyente’. Por lo tanto, la voluntad tácita se infiere de ciertos antecedentes.

Existen numerosas disposiciones en nuestro Código Civil en que la voluntad se deduce de la conducta del individuo. A modo de ejemplo, el artículo 1654 del Código Civil dispone que “*Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al*

⁶ DUCCI CLARO, Carlos. Derecho Civil, Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta Edición. p. 244.

⁷ Este requisito resulta de la disposición del artículo 1478 del Código Civil, que dispone que es nula la obligación contraída bajo una condición que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga.

⁸ CLARO SOLAR, Luis. XI Derecho Civil, Santiago, Editorial Nascimento, año 1941, p. 98.

⁹ VIAL DEL RIO, Víctor. Teoría General del Acto Jurídico., ob. cit; p. 49.

deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela, con ánimo de extinguir la deuda". Por su parte, el inciso 2º del artículo 2124 establece que "*Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato*".

Ahora bien, sucede que en ciertas situaciones una persona puede adoptar una conducta omisiva frente a un hecho determinado. Es decir, no formula una declaración expresa, y tampoco ejecuta una conducta concluyente. Esta conducta, constituida por hechos negativos, es lo que consideramos como silencio.

Punto controvertido en doctrina es si puede o no atribuirse al silencio el significado de una manifestación de voluntad.

Históricamente, han existido ásperas discrepancias entre los partidarios de la regla romana *qui tacet non utique fatetur* (aquel que calla no se entiende que siempre otorga) y los sostenedores del precepto canónico "*qui tacet consentire videtur*" (el que calla parece que consiente).

La regla general en materia civil es la negativa, pues el silencio de por sí, no constituye manifestación de voluntad en ningún sentido. La doctrina ha entendido que por sí solo el silencio, no puede ser una forma del consentimiento. En palabras de Luis Claro Solar, "el que guarda silencio y permanece en la inacción no manifiesta voluntad alguna, no dice que no; pero tampoco dice que sí. El silencio no manifiesta más que una sola intención, la de callar y no tomar resolución alguna"¹⁰.

Para el autor Nicolás Coviello, "el silencio considerado en sí mismo no es afirmación ni negación, y por eso no puede considerarse como manifestación de voluntad. Sin embargo, no faltan en la ley casos en que se considera al silencio como manifestación de voluntad, y por lo tanto la cuestión se reduce a examinar si son excepcionales o si de ellos puede deducirse un principio general"¹¹.

¹⁰ CLARO SOLAR, Luis. XI Derecho Civil. ob. cit. p.106.

¹¹ COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. México, Editorial Uteha, año 1949, p. 397.

Respecto de la posibilidad de otorgar efectos al silencio, Carlos Ducci señala que “la manifestación tácita de la voluntad por la pasividad del actor ha sido llamada también el silencio como manifestación de voluntad. Requiere que exista un precepto legal o una resolución judicial que establezcan que el silencio del que calla constituye aceptación. Requiere igualmente que dicha persona tenga pleno conocimiento de los hechos”¹².

Sin embargo, Avelino León señala que “el silencio no es manifestación de voluntad ni expresa ni tácita, ni positiva ni negativa, pues el silencio, en sí, es siempre equivoco, no traduce voluntad alguna”¹³. De esta manera, el autor diferencia el silencio de la voluntad tácita, puesto que en la misma hay acciones, existen hechos positivos que demuestran la manifestación de voluntad.

Para el profesor Arturo Alessandri Rodríguez, jurídicamente, el silencio es la completa inacción o pasividad del sujeto en términos tales que es imposible conocer su pensamiento a favor o en contra del contrato que se le propone¹⁴. De esta manera, el silencio supone la ausencia de toda manifestación de voluntad, aún tácita. El autor plantea que dicho silencio opera en dos áreas. La primera corresponde a aquella en que la ley impone la obligación al sujeto de manifestar su voluntad, y éste no señala nada. De esta manera, el silencio producirá un determinado efecto porque así lo dispone la ley. La segunda área plantea los casos en que los efectos del silencio no están regulados por la ley. En esta circunstancia, habrá que preguntarse si es posible otorgar al silencio una manifestación de voluntad, y si puede originar consecuencias jurídicas.

Si bien la regla general es que el silencio no constituye manifestación de voluntad alguna en materia civil, existen tres supuestos bajo los cuales sí se le atribuye valor a dicha manifestación.

¹² DUCCI CLARO, Carlos. Derecho Civil, Parte General ob. Cit. p. 245.

¹³ LEON HURTADO, Avelino. La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos ob. cit., p. 59.

¹⁴ Los inicios de la doctrina del silencio frente al derecho se deben al estudio de don Arturo Alessandri Rodríguez, en su informe titulado “El valor jurídico del silencio”, publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1941.

En primer lugar, la ley regula una serie de casos, calificando los efectos del silencio y haciéndolo generar consecuencias jurídicas.

A modo de ejemplo, el Código Civil señala en materia de sucesión, en su artículo 1233 que *“El asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia, se entenderá que repudia”*.

A su vez, el artículo 2125 establece en su inciso primero que *“Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación”*.

En materia procesal, a modo de ejemplo, el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil (en adelante e indistintamente CPC) señala en su inciso segundo: *“Si las dichas personas se adhieren a la demanda, se aplicará lo dispuesto en los artículos 12 y 13; si declaran su resolución de no adherirse, caducará su derecho; y si nada dicen dentro del término legal, les afectará el resultado del proceso, sin nueva citación. En este último caso podrán comparecer en cualquier estado del juicio, pero respetando todo lo obrado con anterioridad”*.

En el proceso civil, la preclusión es el mejor ejemplo de sanción de ineficacia del acto jurídico procesal. En palabras de Juan Colombo Campbell, “se basa en el silencio procesal traducido en la inactividad del sujeto a quien le corresponde actuar de acuerdo al procedimiento aplicado a la sustanciación del proceso”¹⁵. Sobre los actos jurídicos procesales nos detendremos más adelante.

El segundo supuesto se refiere a la facultad de las partes para otorgarle al silencio el valor de manifestación de voluntad, en la medida que exista un acuerdo previo entre ellas para atribuir expresamente a su posterior silencio dicha manifestación.

¹⁵COLOMBO CAMPBELL, Juan. Los Actos Procesales, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, p. 211.

A modo de ejemplo, podemos señalar el contrato de arrendamiento o de sociedad, en el cual es frecuente que las partes, junto con estipular el plazo de duración del contrato, agreguen que si al vencimiento del plazo nada se dice, se entenderá renovado el contrato por un determinado período. Así, se considera que el silencio constituye manifestación de voluntad suficiente para generar el acto jurídico en virtud del pacto.

En tercer y último lugar, es el juez quien puede dar al silencio el valor de manifestación de voluntad.

Esta hipótesis es la que llamamos silencio circunstanciado, el cual puede ser descrito como aquel que necesariamente debe ir acompañado de antecedentes o circunstancias externas que permitan atribuir al silencio inequívocamente el valor de una manifestación de voluntad¹⁶. En este sentido, para que el juez se encuentre en condiciones de otorgar al silencio una manifestación de voluntad, será necesario que las circunstancias que envuelven el caso específico permitan formular una atribución en tal sentido.

Por lo antes expuesto, y ante el supuesto de que no existan antecedentes legales, convencionales ni judiciales que permitan determinar el significado del silencio y sus efectos, es que resulta de práctica conveniencia examinar si estas circunstancias son excepcionales, o si de ellas se puede interpretar un principio general sobre la materia.

En concordancia con lo expresado, estudiaremos cuáles son los efectos del silencio en material procesal.

2. Los efectos del silencio en el proceso civil

En principio puede afirmarse que en materia procesal el silencio no constituye manifestación de voluntad, salvo en los casos en que la ley lo señale expresamente.

¹⁶ LEON HURTADO, Avelino. La voluntad y la capacidad en los Actos jurídicos, ob. cit., p. 62.

El procedimiento, en cuya virtud el proceso se desenvuelve, contempla fases en las cuales corresponde desarrollar determinadas actividades procesales. Esto se denomina orden consecutivo legal, el cual constituye un principio formativo de nuestro procedimiento. En base a este principio, si las partes no realizan sus cargas procesales dentro de un determinado plazo, esto es, permanecen inactivas o guardan silencio, perderán el derecho a realizarlos. Es en esta medida que opera el principio de la preclusión.

Podríamos entrar en una contradicción al señalar que el silencio no produce efectos en materia procesal, para luego sostener que la base de todo procedimiento es el orden consecutivo legal, por lo que el silencio se sancionaría mediante la preclusión. Sin embargo, es necesario distinguir esta última de los casos en que la ley otorga expresamente efectos al silencio.

En palabras de Juan Colombo Campbell, “la preclusión se define generalmente como la sanción legal a los actos verificados fuera de los límites indicados por la ley de procedimiento para su realización. El límite más importante que la ley establece para el ejercicio de derechos procesales es el tiempo, y por ende la preclusión tendrá como primera causal su transcurso, que impide que los actos procesales que no hayan sido verificados dentro de plazo, se puedan generar válidamente después”¹⁷. Para Eduardo Couture, “la preclusión se define generalmente como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal”¹⁸.

Guiseppe Chiovenda señala que existen cuatro hipótesis en las cuales se produciría la preclusión: i) la facultad procesal se extinguiría por habérsela ejercido ya una vez útilmente en su debida oportunidad procesal; ii) por no habérsela ejercido dentro de un plazo fatal; iii) por haberse efectuado por la parte una actividad procesal contraria a la preclusión; y finalmente, iv) por el paso en autoridad de cosa juzgada de la sentencia definitiva (‘somma preclusionone’ en el idioma del autor).

¹⁷ COLOMBO CAMPBELL, Juan. Los Actos Procesales, ob. cit., p. 215.

¹⁸ COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, año 1958, p. 198.

Para efectos de este estudio, nos interesa analizar la preclusión en su segunda hipótesis, esto es, como consecuencia de no haberse ejercido la facultad procesal dentro de un plazo fatal. Para ello, realizaremos en primer lugar un estudio general de los actos jurídicos procesales.

2.1 El acto jurídico procesal

A efecto de aproximarnos a la materia, entenderemos por 'proceso', la "sucesión de actos coligados para el fin común de la actuación de la voluntad de la ley y procediendo ordenadamente hacia el alcance de este fin"¹⁹. En otras palabras, el proceso es un conjunto de actos procesales que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver el conflicto sometido al litigio.

Ahora bien, la ley chilena no define el acto procesal. Lo que sí determina son los requisitos y elementos comunes que tienen el proceso y los actos que lo componen.

De conformidad a lo señalado por Juan Colombo Campbell, "Acto jurídico procesal es el acto jurídico que produce efectos en el proceso o en alguno de los equivalentes jurisdiccionales legitimados para la solución de los conflictos de intereses de relevancia jurídica"²⁰. A su vez, Eduardo Couture señala que "por acto procesal se entiende el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o de un tercero ligado al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales"²¹.

Existe acuerdo unánime en la doctrina que los actos jurídicos procesales constituyen una especie dentro del género de los actos jurídicos generales o comunes.

De ahí que los requisitos de existencia y validez de ambos sean los mismos. La importancia de esta clasificación reside en la normativa que reglamenta cada grupo de

¹⁹ CHIOVENDA. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo I, España 1950, Editorial Preisbeis p. 52.

²⁰ COLOMBO CAMPBELL, Juan. ob. cit., p. 11.

²¹ COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 201.

actos y en la posible aplicación supletoria de las normas que regulan los actos jurídicos en general, a los actos jurídicos procesales.

En la actualidad, el acto procesal goza de autonomía frente al acto jurídico general, y la mayoría de los autores lo ubican en el ámbito del derecho público. De esta manera, el derecho público regirá preferentemente los principios y reglas del acto jurídico procesal, y sólo en la medida que no existan normas especiales, se regirá en forma supletoria por el derecho común.

Por su parte, y tal como se advirtiera precedentemente, el acto jurídico procesal, al igual que el acto jurídico común, tiene requisitos de existencia y validez.

Los primeros se componen de la jurisdicción, el proceso y la acción procesal cuando se aplica al procedimiento el principio dispositivo.

Los segundos se refieren a la competencia, a la capacidad de las partes para actuar en el pleito, y a las solemnidades propias de cada uno de los actos procesales en particular que compondrán el proceso.

De faltar los requisitos de existencia o validez, las sanciones que dicha omisión acarreará son las propias de ineficacia, que corresponden a la inexistencia, la nulidad procesal, la inoponibilidad y la preclusión.

La falta de cualquiera de los requisitos de existencia hará inexistente al 'aparente proceso'. En palabras de Juan Colombo, "Este puede llegar a tener incluso una consistencia material, pero al faltarse cualquiera de los presupuestos mencionados, carecerá en absoluto de eficacia jurídica como acto procesal"²². Ello se traducirá en el reconocimiento de la ineficacia del acto procesal mediante la constatación de la inexistencia.

²² COLOMBO CAMPBELL, Juan. ob. cit., p. 149.

La nulidad procesal, por su parte, posee principios distintos a la nulidad del derecho común.

En primer lugar, no se distingue entre aquellos actos que son absolutamente nulos, de aquellos que pueden ser impugnados mediante la nulidad relativa, toda vez que lo que se distingue en materia procesal son los actos per se anulables, y aquellos que siendo nulos, provocan una cadena de nulidades en el proceso, las cuales pueden invalidarlo íntegramente, o bien afectar sólo a alguno de los actos que lo integran. Así, la incompetencia es un vicio que invalida todo lo obrado en el proceso. Por el contrario, un vicio como la ultrapetita únicamente afecta la sentencia definitiva, por lo que sólo se invalidaría un acto procesal concreto. Más adelante nos referiremos a la nulidad procesal cuando analicemos los incidentes de nulidad contemplados en el título VIII, del Libro I del CPC.

Por su parte, la inoponibilidad procesal se refiere a aquella sanción que impide que el acto jurídico válido surta efectos respecto de aquel que no ha sido legítimamente emplazado o notificado. De esta manera, quien no participa en el proceso no se verá afectado por los resultados del fallo.

Por último, y como lo señalamos anteriormente, la preclusión es la sanción legal a los actos verificados fuera de los límites indicados por la ley de procedimiento para su realización. Provoca la pérdida o extinción de un derecho por el transcurso del tiempo, por haberse hecho uso de él o por realizar un acto incompatible.

Antes de detenernos en los efectos de la preclusión como sanción frente a una conducta no colaborativa de alguna de las partes, nos referiremos brevemente a la naturaleza jurídica del proceso, y las cargas que lo componen.

2.2 Naturaleza jurídica del proceso

Si bien se han elaborado numerosas teorías acerca de la naturaleza jurídica del proceso²³, creemos que una exposición completa acerca de las mismas escapa a los objetivos de este trabajo, por lo que nos remitiremos a las de mayor importancia de carácter doctrinario por sus aportes conceptuales, y que corresponden fundamentalmente a aquellas teorías que se refieren al proceso como una relación jurídica y como una situación jurídica.

La teoría de la relación jurídica, forjada por los autores Bülow, Kohler y Wach, comprende toda vinculación intersubjetiva regulada por la ley. Así, la relación jurídica procesal es el vínculo regulado por la ley que une a los sujetos del proceso, generando poderes y deberes en relación con los actos procesales. En palabras de Eduardo Couture, “El proceso es relación jurídica, se dice, en cuanto varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan en vista de la obtención de un fin”²⁴. Actor, demandado y juez se vinculan entre sí mediante los actos procesales. De esta relación nacen derechos y obligaciones recíprocas, como la obligación del juez de proveer y sentenciar, y de las partes de comparecer, ejercer sus facultades y acatar las resoluciones del tribunal²⁵.

A esta teoría se le ha criticado en el sentido de que no existen realmente verdaderos derechos y obligaciones procesales (críticas de la Teoría de la Situación Jurídica), y que aún existiendo, requieren de una unidad que los sintetice de mejor forma (críticas de la Teoría de la Institución Jurídica Procesal).

²³ Se ha entendido el proceso como un contrato, un cuasicontrato, una relación jurídica, una situación jurídica, una entidad jurídica compleja y una institución.

²⁴ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Tercera Edición (póstuma), Buenos Aires, Ediciones Depalma, año 1997, p. 132.

²⁵ En cuanto a la forma y los sujetos entre los cuales se generaría la vinculación, se han formado distintas teorías. Así, Kohler excluye al juez y postula sólo una relación bilateral entre las partes. Por otro lado, Hellwig y Wach incluyen al juez en la relación, el primero estableciendo una relación indirecta entre partes, que sólo se vinculan por intermedio del juez, y el segundo concibiendo una relación triangular, en la cual todos se relacionan directamente.

A partir de estas críticas, se ha reformulado la teoría de la relación jurídica. En palabras de Eduardo Couture, “Se habla, entonces, de relación jurídica procesal en el sentido apuntado de ordenación de la conducta de los sujetos del proceso en sus conexiones recíprocas; al cúmulo de poderes que se hallan uno respecto de los otros”²⁶. En definitiva, lo que esta teoría intenta explicar son los distintos vínculos que unen a los sujetos del proceso y los poderes o deberes que surgen para ellos en relación a los actos procesales.

Si bien no ha existido consenso dentro de los partidarios de esta doctrina acerca de la forma en que se encuentran configurados los vínculos que existen entre las partes del proceso²⁷, ello es indiferente al aporte que ha hecho al derecho procesal y que se refiere a la introducción de los conceptos de derechos y obligaciones dentro del mismo, tema que analizaremos mas adelante.

La segunda teoría, elaborada por Goldschmidt, es de la Situación Jurídica, la cual se elaboró sobre la base de la crítica a la doctrina de la relación procesal.

Esta teoría señala que no es posible hablar de relación jurídica, por cuanto la solución del conflicto es tan sólo una mera expectativa de las partes en orden a obtener una sentencia favorable, por lo que sitúa al proceso en un escalafón inferior, cual es de simple situación jurídica. La situación jurídica se define por un complejo de meras posibilidades de obrar, expectativas y cargas. Así, “El proceso no es relación, según este particular modo de ver, sino situación, esto es, el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial, que se espera con arreglo a las normas jurídicas”²⁸.

²⁶ COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. ob.cit., p. 134.

²⁷ Para una corriente el vínculo se expresaría como dos líneas que corren del demandado al actor y del actor al demandado, excluyendo la figura del juez de la relación procesal; mientras que la segunda considera que las líneas no corren en forma paralela entre las partes, sino que entre cada una de ellas, considerada de modo independiente, hacia el juez. Así, las partes se dirigen al juez y el juez se dirige a las partes, pero estas no se vinculan directamente entre ellas; sólo se relacionan a través del magistrado. La última de las tesis y la que nos parece correcta, considera la relación procesal en forma triangular, de manera que no se tratará únicamente de relaciones de las partes con el juez y del juez con las partes, sino que las partes también se vinculan de manera directa entre ellas.

²⁸ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil, ob. cit., p. 136.

Para esta teoría, el derecho en su esfera judicial asume una condición dinámica por lo que ya no podrá hablarse de derechos sino que de posibilidades que el derecho sea reconocido en la sentencia, de expectativas de obtener un reconocimiento, y de cargas, es decir, imperativos del propio interés para cumplir los actos procesales.

El juez no dicta sentencia en el proceso porque sea un derecho para las partes, sino porque se trata de un deber funcional de carácter político y administrativo. Las partes no están ligadas entre sí, sino que existen apenas estados de sujeción de ellas al orden jurídico en su conjunto de posibilidades, expectativa y cargas, todo lo cual no configura una relación, sino una situación, o sea, el estado de una persona frente a la sentencia judicial.

2.3 La carga procesal

Tal como sucintamente se explicó en el apartado anterior, la teoría de la Situación Jurídica da nacimiento al concepto de carga procesal.

La carga es una conminación o compulsión a ejercer el derecho que la ley otorga al litigante en su beneficio. Eduardo Couture la define como “una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él”²⁹. Así, quien tiene la carga se halla compelido implícitamente a realizar el acto previsto; es su propio interés el que lo conduce hacia él.

A diferencia de la carga, el concepto de obligación procesal implica que las mismas obligaciones deben hacerse efectivas en tiempo y forma a fin de asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos procesales, fin primordial del debido proceso. Es importante destacar que, mientras en la obligación el interés está impuesto por una voluntad ajena, en la carga el vínculo está impuesto por un interés propio.

²⁹ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil, ob. cit., p. 211.

Tanto la obligación como la carga se encuentran sujetas a una voluntad, y la diferencia radicará entonces en las consecuencias que se derivan de la omisión.

La carga funciona así dentro del proceso como un mecanismo que compele a comparecer, contestar, probar, concluir y asistir, bajo la amenaza de no ser escuchado y de seguir adelante con la prosecución del juicio.

Ahora bien, el concepto de carga procesal se vincula íntimamente con la institución de la rebeldía. Esto en virtud de que comparecer, lo mismo que contestar, son cargas y, al mismo tiempo, expectativas del demandado a una mejor defensa.

Como señalamos anteriormente, el procedimiento, en el que el proceso se desenvuelve, se articula en fases, respecto de las cuales corresponde desarrollar determinadas actividades procesales. La rebeldía, al ser tratada como una incomparecencia, acarrea como principal efecto la preclusión.

La preclusión cumple así una finalidad represiva mediante la prescripción de consecuencias negativas para el supuesto de que alguna de las partes no respete los límites temporales para la realización de un determinado jurídico procesal requerido por el juez o por el legislador.

3. El silencio y el acto jurídico procesal

De acuerdo a lo señalado por el autor Atilio Carlos González, como acto voluntario y lícito, el silencio puede ser subsumido dentro de la categoría de los 'actos jurídicos procesales', puesto que la voluntad del silente que deliberadamente decide cumplir un acto de abstención dentro de la órbita procesal en que opera, se halla encaminada hacia la producción de precisos efectos procesales predeterminados *ex lege*, cuyos alcances aquél conoce con anterioridad a la ejecución del acto de que se trata³⁰.

³⁰ GONZALEZ, Atilio C., Silencio y Rebeldía en el Proceso Civil, Segunda Edición, Editorial Astrea, año 1995, p. 29.

Esto es lo que diferencia al silencio del mero no hacer; se trata de elementos que caracterizan la omisión procesal, que se refieren a que el sujeto procesal que, estando en conocimiento de la existencia y contenido del proceso mediante la notificación, así como de las consecuencias desfavorables para sus intereses que le puede traer aparejada su conducta omisiva, resuelve abstenerse de realizar una acción.

Es decir, el silencio como acto jurídico procesal se caracteriza por: i) la voluntad del sujeto procesal en el sentido de abstenerse de responder a la carga o de expresarse, y ii) una tipificación que la ley le otorga a dicha abstención.

Ahora bien, ¿de qué manera puede reglamentar la ley dicha omisión? Frente a una omisión procesal, la legislación proveerá diferentes consecuencias:

- i) La ley prescinde de la omisión. En palabras de Atilio González, “Si se considera que la omisión carece de valor en sí –es decir, que no es necesaria la opuesta actividad positiva-, la solución legal estriba en prescindir de la actividad que no se realiza”³¹. A modo de ejemplo, el artículo 264 del CPC establece en su inciso segundo: “*En los procesos en que hubiere pluralidad de partes, la audiencia se llevará a efecto aunque no asistan todas. La conciliación operará entre aquellas que la acuerden y continuará el juicio con las que no hubieren concurrido o no hubieren aceptado la conciliación*”. En estos casos, la omisión carece de valor.
- ii) La ley procura impedir la omisión e imponer la actividad opuesta. En esta hipótesis, la omisión constituye un ‘ilícito procesal’, toda vez que la actividad es indispensable y no se puede dejar de cumplir. Para lograr que la omisión se transforme en comisión, se emplean medios compulsivos, ya que la omisión configura un hecho ilícito. Nuestro CPC contempla esta hipótesis en su artículo 380, incisos 2° y 3°: “*El testigo que legalmente citado no comparezca podrá ser compelido por medio de la fuerza a presentarse ante el tribunal que haya expedido la citación, a menos que compruebe que ha*

³¹ GONZALEZ, Atilio C., Silencio y Rebeldía en el Proceso Civil, ob. cit., p. 36.

estado en imposibilidad de concurrir. Si compareciendo se niega sin justa causa a declarar, podrá ser mantenido en arresto hasta que preste su declaración”.

- iii) La ley sustituye la omisión, imponiendo otra actividad que la supla. En este supuesto, se requiere una acusación de inactividad respecto de la parte contraria al silente, requiriendo la exclusión del ‘hacer omitido’ en el futuro. En nuestro ordenamiento jurídico esto se da en el caso de que se omita realizar un acto jurídico procesal dentro de un plazo no fatal, toda vez que el artículo 78 del CPC señala: *“Vencido un plazo judicial para la realización de un acto procesal sin que éste se haya practicado por la parte respectiva, el tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará evacuado dicho trámite en su rebeldía y proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin certificado previo del secretario”.*

- iv) La ley valora jurídicamente la omisión. En estos casos, la omisión queda integrada al proceso de distintos modos. Así, unas veces se dispone una conducta omisiva, o bien se asigna una interpretación a la omisión. Por ejemplo, el artículo 435 del CPC señala respecto de la gestión preparatoria de la vía ejecutiva, que, citado el deudor éste no comparece, o sólo da respuestas evasivas, se dará por reconocida la firma o por confesada la deuda. Por otro lado, el artículo 394 del CPC también valora la omisión como una confesión: *“Si el litigante no comparece al segundo llamado, o si, compareciendo, se niega a declarar o da respuestas evasivas, se le dará por confeso, a petición de parte, en todos aquellos hechos que estén categóricamente afirmados en el escrito en que se pidió la declaración”.*

Resulta trascendente que la legislación regule el silencio, pues constituye una forma de inactividad trascendente de innegable repercusión en el ámbito del proceso.

Para el autor Adolfo Gelsi Bidart, en lo tocante a la omisión procesal, “la naturaleza del proceso y su función primordial de permitir el ejercicio de la jurisdicción para la justa

solución de los conflictos, requiere una detallada precisión legal a efectos de incorporar el tema de la omisión en el proceso positivo. Lo hace la ley: a) imponiéndola; b) impidiéndola; c) supliéndola o integrándola en el proceso en base a su interpretación legal³².

El silencio que trasciende jurídicamente no es sancionado en todos los casos con la misma intensidad. La legislación ha optado diversas posturas frente a la actitud de rebeldía. Así, puede producir casos de admisión legal en que los efectos son idénticos a los de una confesión, como resulta en las situaciones de incomparecencia ante la citación a evacuar una gestión preparatoria de la vía ejecutiva, o con la confesión ficta.

³² GELSI BIDART, Adolfo. voz Procesal Omisión, en Enciclopedia Jurídica Omeba, edit. Driskill, t. XXIII, p. 280.

CAPÍTULO II

LAS CONCEPCIONES DEL PROCESO

1. Introducción al tema de interés

Nos hemos referido en el capítulo anterior fundamentalmente a tres temas. El primero, al silencio en general y a su ubicación dentro del ordenamiento jurídico como forma de comportamiento humano capaz de generar consecuencias dentro de un determinado contexto, esto es, en el acto jurídico civil y el acto jurídico procesal. El segundo, dentro del contexto del proceso civil, es el de carga procesal como imperativo en cuya virtud el ordenamiento procesal 'recomienda' al sujeto hacer progresar el proceso a través de la ejecución de una conducta que a él es útil, y cuya infracción (rebeldía) sólo afectará su propio interés. Y tercero, a la preclusión como consecuencia adversa para aquel que incumplió con su carga de comparecer en juicio, o de realizar una determinada actuación dentro de él.

Estas instituciones nos permiten entender cómo opera la rebeldía en la práctica, en el contexto de un proceso estructurado sobre la idea de cargas y de consecuencias por la infracción de las mismas, las cuales se materializan a través de la preclusión.

El análisis, sin embargo, no puede acabar -ni comenzar- ahí por dos motivos.

En primer lugar, estaríamos obviando una etapa fundamental dentro de cualquier estudio que pretenda dar una explicación a una determinada institución y que se refiere a la explicación acerca del fundamento de la misma.

Ello significa, tal como señalamos en la introducción a este trabajo, que uno debe identificar la función asignada a la institución más general a la cual pertenece la rebeldía, lo que significa, a su vez, identificar un principio de justicia política que justifique la existencia de esa institución más general, para luego identificar el principio

que justifique a nuestra institución. Un trabajo que pretenda obviar dicha operación impide un adecuado análisis y genera el riesgo de una inadecuada utilización de los conceptos vinculados a la rebeldía.

En segundo lugar, y estrechamente vinculado al motivo anterior, el análisis de nuestra institución no podrá emerger de los conceptos desarrollados anteriormente ya que hoy en día, algunos de ellos se enmarcan dentro de una idea de proceso que cada vez se encuentra más alejada de la finalidad que actualmente este cumple dentro de un sistema de justicia civil, lo que implica que las preguntas acerca de la finalidad del proceso y de la rebeldía en particular se respondan bajo el prisma de nuevos principios de justicia política que, desplazando estos conceptos, 'ponen sobre el tapete' nuevas instituciones y conceptos mas acordes con ellos.

De esta manera, y para efectos de lograr los fines deseados, es decir, encontrar el 'por que de la rebeldía' habremos de desarrollar un tema que en las últimas décadas ha suscitado gran interés a nivel de doctrina y que se refiere al cambio de paradigma acerca de la función del proceso civil y del derecho que lo regula.

2. Hacia una nueva concepción del proceso civil

Las concepciones tradicional y contemporánea del derecho procesal civil responden a modelos que tratan el desarrollo de los fines del proceso y del derecho que lo regula a lo largo del tiempo.

Prevenimos al lector que prácticamente ninguna legislación actual recoge uno u otro modelo de manera total, sino que la mayoría de ellos responde a sistemas mixtos, o sistemas que aún se encuentran en etapa de transición, por lo que pretender encajar una determinada legislación en uno u otro modelo resultará dificultoso.

Sin embargo, para efectos metodológicos habremos de exponer cada uno de ellos en su forma más pura, pues sólo así habremos de llegar a los fines que con la

introducción de este apartado nos hemos propuesto, la cual es dar nuestra explicación al fundamento de la institución de la rebeldía.

2.1 La concepción tradicional del proceso civil

La concepción tradicional responde a una visión eminentemente privatista o individualista del proceso. Bajo esta perspectiva, nos encontramos ante un proceso civil que está al servicio de las partes ya no sólo para que éstas lo insten y lo pongan en funcionamiento, sino para que se comporten a su entero capricho dentro del mismo. El proceso se fundamenta en la existencia de una controversia entre privados y se satisface al poner punto final al conflicto existente entre ellos.

Para esta visión, el proceso civil es el instrumento dispuesto por el Estado, por cuyo medio los particulares pueden llevar a cabo la resolución de conflictos. La razón de ser de dicho proceso obedece al cumplimiento de una función subsidiaria por parte del Estado, en la medida que se reconoce que el interés primario en que dicho proceso tiene lugar corresponde a los particulares y sólo mediatamente existe un interés público comprometido³³.

Un proceso concebido desde esta perspectiva entrega a las partes la completa tarea de administración tanto de los hechos que se incorporan a la causa, cuanto de las pruebas que para la acreditación de los mismos se deduzcan.

Los parámetros de la disputa son establecidos por los contendientes y “aunque el juez pueda tener buenas razones para considerar hechos que no están en disputa entre las partes, al hacerlo se volvería ‘inquisitivo’ por sí mismo y dejaría de limitarse a resolver la controversia”³⁴.

³³ Ello lo comprueban instituciones como el arbitraje o la institución del abandono del procedimiento, toda vez que mientras los particulares manifiesten su desinterés en el desarrollo del proceso, el interés del Estado en que éste tenga existencia también tiende a desaparecer.

³⁴ DAMASKA, Mirjan. Las caras de la justicia y del poder del Estado. Primera Edición, Barcelona, Santiago, Edición Jurídica de Chile, p. 193.

Así, delimitada la competencia del tribunal por las partes, lo que interesa al derecho procesal es que la decisión sea resuelta, incluso desatendiendo la calidad de la decisión final. Tal como expone el catedrático de derecho procesal, Michele Taruffo, “el proceso es esencialmente justo en cuanto se basa en el libre juego de las partes en el ámbito de la contienda procesal, mientras la justicia ‘procesal’ prescinde del resultado del procedimiento, o sea de la justicia ‘sustancial’ de la decisión final más bien, la justicia de la decisión depende exclusivamente de la corrección del procedimiento que la precede”³⁵.

Así las cosas, se trata de un proceso donde la autonomía individual es dueña y ama del mismo, y por lo tanto, lo que las partes hagan o dejen de hacer no puede ser puesto “en tela de juicio” en la medida que se arribe a una resolución del conflicto, “incluso si esa autonomía resulta en una distorsión sustancial de lo que el juez considera una sentencia adecuada basada en los hechos”³⁶.

Las partes se presentan dentro del proceso como estrategias, tienen intereses tácticos dentro del mismo. En efecto, son las propias partes las que no sólo deciden qué hechos incorporar o no a la causa, sino también cómo será la forma de verificación de los mismos.

En un proceso con estas características, no se está interesado en conseguir una comprobación de los hechos que las partes incorporan al juicio, es decir, se le resta importancia a la forma en que ocurrieron los hechos o la efectividad de los mismos.

En definitiva, la justicia o no de una decisión se determinará en función de las características del procedimiento en que ella es adoptada, con independencia de los criterios en virtud de los cuales se ha resuelto el conflicto.

³⁵ TARUFFO, Michelle. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa, Revista Ius et Praxis, año 12, N°2, p. 115.

³⁶ TARUFFO, Michelle. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa, ob. cit. p. 116.

Un proceso con estas características, más o menos matizadas, se corresponde con el modelo de proceso que contempla actualmente la legislación procesal civil en Chile y con los modelos que paulatinamente han caído en desuso en Europa.

2.2 La concepción contemporánea del proceso y el derecho procesal civil

Como ya expusimos anteriormente, bajo una concepción tradicional del proceso civil, el deber de colaboración de las partes y el rol del juez dentro del juicio apuntan a una idea de proceso que tiene por único objetivo la solución de conflictos entre las partes en pos exclusivamente de los intereses que éstas expongan al tribunal.

Por el contrario, los nuevos modelos que se han ido desarrollando en legislaciones extranjeras, sobre todo en Europa, apuntan hacia un derecho procesal civil que se erige como un derecho único, independiente. El proceso civil deja de concebirse como un mecanismo de solución de conflictos entre privados, puesto que se le otorga una función eminentemente pública.

Las partes cesan de ser estrategias dentro del proceso y ya no poseen cargas dentro del mismo, es decir, el comportamiento que adopten no responde a la posibilidad de pérdida de un derecho establecida en el propio interés de las mismas, sino a la infracción de deberes de colaboración que guardan, en definitiva, estrecha vinculación con la búsqueda de la verdad material.

En efecto, “el proceso se establece no sólo en interés de las partes, sino primordialmente en beneficio del propio Estado, que asumió el monopolio de la jurisdicción, y por tanto, debe velar por la solución pacífica de los conflictos surgidos en el seno social, con el fin de alcanzar sus propios objetivos, en cuanto núcleo en torno al cual gravita la sociedad. Para que pueda cumplir bien su misión, con todo, el Estado precisa de la colaboración de los sujetos envueltos en el litigio, en el intento de conocer

adecuadamente los meandros del conflicto, pudiendo, así, decidir correctamente (según los dictámenes de la ley) la litis³⁷.

Tal como ejemplificamos el modelo de proceso civil de corte tradicional con el modelo chileno, podríamos decir que el sistema procesal que se condice, creemos, casi de manera absoluta con el modelo contemporáneo de procedimiento y con aquella concepción del derecho procesal civil que se despoja del paradigma del proceso como un instrumento de resolución de conflictos entre privados, es aquel que recoge la legislación alemana, donde el aumento de los poderes del juez y el mayor deber de colaboración que se le impone a las partes se presenta como corolario a este nuevo modelo.

En efecto, si bien por aplicación del principio dispositivo, son las partes las que determinan el inicio, objeto y conclusión del proceso, el legislador alemán ha reforzado la función y consecuentemente la figura del juez dentro del proceso, en lo que dice relación a la dirección del mismo, lo que se traduce a su vez en una ampliación de los deberes y facultades para poder orientar a las partes.

Se trata de normas que encausan, por así decirlo, los poderes de las partes hacia un equilibrio con los poderes del juez y que repercute en definitiva, en la dinámica del proceso, al fortalecerse el impulso y la dirección material del mismo dando un mayor protagonismo al juez.

Ahora, si bien en relación al inicio, objeto y fin del proceso, el deber de aviso de información del juez no puede producir el cambio, toda vez que este debe realizarse dentro de un marco de despliegue que considere lo que las partes desean alcanzar con sus propias peticiones, ya que siempre existe la amenaza para el juez de incurrir en alguna causal de recusación cuando ultrapase los límites de sus deberes y poderes, es interesante la evolución que en materia probatoria ha existido en Alemania en cuanto al considerable aumento y fortalecimiento de los medios procesales entregado al juez

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme y CRUZ ARENHART, Sérgio. Curso de proceso civil, Vol. II, p. 122.

para la obtención de información, deber que a su vez se complementa con el deber de esclarecimiento que se le ha impuesto a las partes dentro del proceso.

El juez alemán, tal como dijéramos, está tradicionalmente dotado de una gama bastante amplia de poderes relativos a la prueba de los hechos. Éste puede, además de instar a las partes para que éstas le entreguen informaciones completas y verdaderas de los hechos de la causa, contar de oficio con prácticamente todos los medios de prueba. Decimos prácticamente, pues el único medio de prueba con el que no puede contar de oficio el juez alemán es el de la prueba testimonial, la cual, en todo caso, de no haber sido ofrecida por las partes, puede ser 'recomendada' por el juez a estas cuando la considere relevante, lo que puede inducir fácilmente a las partes a ofrecer el testimonio que omitieron indicar.

De esta manera nos encontramos ante un juez que desarrolla un papel muy activo tanto en la dirección como en la fase de instrucción del proceso, y ante la presencia de partes a las cuáles se le imponen deberes dentro del mismo.

Esta nueva concepción de lo que es el proceso genera consecuencias importantes, sobre todo en la forma en que habremos de entender y justificar las instituciones que lo conforman tal como veremos a continuación.

CAPÍTULO III

LA REBELDÍA

1. Por que regulamos la rebeldía. Fundamentos de su regulación

1.1 Introducción al tema de interés

Como señalamos anteriormente, desde una perspectiva tradicional del proceso, éste se configura en una relación triangular de colaboración compuesta por los sujetos procesales, caracterizado por los principios dispositivo y de contradicción³⁸. Así, siendo emplazado el sujeto pasivo de la relación procesal, este se encontrará en condiciones de asumir su defensa de la forma que mejor estime conveniente a sus intereses. A través de su conducta participativa, esto es, evacuando el trámite de la contestación, el proceso continúa su marcha, desarrollándose así las distintas etapas que componen el procedimiento.

Ahora bien, muchas veces las partes de un proceso no sólo no ejercen una conducta cooperativa, sino que por el contrario, asumen conductas obstructivas o de omisión para la normal prosecución del proceso. Las conductas entorpecedoras generan perjuicios en distintas sedes.

En primer lugar, evita la solución del derecho sustantivo que se alega. En este sentido, las normas procesales no son un fin en sí mismo, sino que están establecidas

³⁸ El primero de ellos se refiere a que las partes tienen el deber de llevar el impulso procesal, de manera de ir aportando los antecedentes necesarios con la finalidad de que se desenvuelvan las distintas etapas del proceso, y aportar la prueba que servirá de base para la pronunciación de una sentencia definitiva. El segundo se refiere al deber que tiene el juez de escuchar a las partes que intervienen en el proceso en igualdad de oportunidades a efecto de que desarrollen sus facultades procesales.

para la realización del derecho sustantivo. Por otro lado, la conducta no participativa afecta en un plano público la administración de justicia a manos del Estado³⁹.

Así, el proceso debe contar con una solución cuando nos encontremos frente a la inactividad de una de las partes. De otra manera las normas procesales carecerían de funcionalidad y eficiencia para generar una solución al conflicto suscitado entre las ellas. Así las cosas, el denominado 'proceso en rebeldía' basado en la falta de colaboración esencial de una de las partes, ha permitido que se pueda arribar igualmente a una sentencia que ponga fin al proceso. El fundamento que subyazca a dicha institución variará si, dependiendo del principio de justicia política

1.2 La discusión en doctrina: el principio de la economía procesal y el abuso del derecho

Para una parte importante de la doctrina, la rebeldía encontraría su razón de ser en el principio de economía procesal. Así, de no verificarse una conducta cooperativa dentro del proceso, se deben prever mecanismos sustitutivos para evitar el estancamiento del mismo, "lo que finalmente se traduce en la imposibilidad de obtener una debida tutela jurisdiccional"⁴⁰.

El sistema no puede permitir que los procesos se extiendan de manera indefinida en el tiempo, y en pos de una adecuada tutela de los derechos de quienes concurren al proceso, debe proveer mecanismos para que el proceso avance. De esta manera se ahorran costos tanto para las partes, cuando para el sistema en sí mismo considerado.

³⁹ Este servicio es un recurso cuya distribución e impartición genera costos sociales, políticos y económicos. Una conducta de carácter omisiva o entorpecedora acarrea una dilación innecesaria en el proceso, lo cual conlleva a un aumento en estos costos, y finalmente se traduce en la imposibilidad de obtener una debida tutela jurisdiccional.

⁴⁰ Al efecto, véase ORELLANA TORRES, Fernando, y PÉREZ RAGONE, Alvaro, Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: Tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil, ob. cit., p. 15.

Por otro lado, para ciertos autores, “el proceso debe valorar las conductas no colaborativas del demandado, pues en caso contrario se estaría favoreciendo el abuso del derecho de defensa en que se puede incurrir”⁴¹.

De esta manera, el estado de pendencia favorecería al demandado, quién continuaría gozando durante la tramitación del juicio del estado de hecho que perjudica al demandante y que pretende modificar solicitando una sentencia declarativa, de condena o constitutiva.

Si bien esto será objeto de análisis posterior, ya que ciertamente no nos identificamos con ninguna de las explicaciones que acá se otorgan, creemos que aquella que ve en las razones para regular la rebeldía el impedir un eventual abuso del derecho de defensa, constituye la menos razonable, toda vez que por la manera en que actualmente se encuentra concebido el proceso civil, la conducta del silente no puede significar en caso alguno un abuso de derecho, sino que una forma de asumir su derecho de defensa.

De esta manera nos parece mas razonable y acorde con los principios que informan el proceso civil actual la postura según la cual se señala que es necesario regular la rebeldía, no por los posibles abusos del derecho en que pueda incurrir una de las partes, particularmente el demandado, sino que simplemente porque se requiere de mecanismos que eviten que el proceso no se extienda eternamente en el tiempo.

Así, y conforme con dicha postura, el fundamento de las normas procesales funcionales no se debiese encontrar en un supuesto abuso del derecho, sino que en la finalidad de minimización de tiempo y costos para obtener un resultado aceptable a las pretensiones de las partes⁴².

⁴¹ PIÑATS ALIAGA, Walter. Sentencia definitiva parcial y parte no controvertida de la acción. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p.215.

⁴² ORELLANA TORRES, Fernando y PEREZ RAGONE- Álvaro. Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: Tópicos hacia una nueva regulación de la justicia civil. ob. cit. p. 14.

1.3 El porque desde el principio de la “autoconservación”. Nuestra postura

A nuestro parecer, si bien esta justificación es válida, obedece únicamente a consideraciones de economía procesal, cuestión que no puede ser entendida de mejor manera si vemos el proceso como un mecanismo de solución de conflictos entre privados.

Sin embargo, con el cambio de paradigma que se ha producido en relación con el proceso y los fines del mismo, creemos que la rebeldía encuentra su razón de ser en otras consideraciones que se refieren a la idea de autoconservación del proceso.

Así, la rebeldía viene a ser una muestra radical de la operatividad jurídica en términos luhmannianos, es decir, de la forma en que el sistema jurídico genera sus propias condiciones de existencia mediante la formalización de las operaciones. El procedimiento en rebeldía se inspira así en el propósito de atender a la necesidad social de que la función jurisdiccional no pueda ser impedida por la incomparecencia del demandado.

Mediante el mecanismo de la rebeldía, el derecho se anticipa a la posibilidad de que no pueda tener lugar (porque en definitiva sin partes no hay proceso) y formaliza al extremo la existencia de una de las partes, de modo tal de superar la contingencia que ello implica. Utilizando una analogía con el derecho penal, así como la pena reafirma contrafácticamente que el derecho sigue valiendo a pesar de la puesta en cuestión de su validez por el delito, la rebeldía confirma contrafácticamente que el proceso existe a pesar de no concurrir una de las partes.

Tal como señalamos con anterioridad, esto tiene pleno sentido cuando se relaciona la rebeldía con la función pública que se le da hoy al proceso y con los deberes de colaboración que respecto de las partes se han configurado, toda vez que la concurrencia y participación activa en el proceso (que no es sino el deber que subyace a la institución de la rebeldía) puede ser entendido como el deber de colaboración

básico o primario. Las partes no sólo tendrán deberes al interior del proceso en orden a que éste funcione, sino que antes, tendrán el deber de dar formación al proceso.

2. Interrogantes que determinan la regulación de la rebeldía

Como lo explican los autores Fernando Orellana y Álvaro Pérez, varias interrogantes determinan las distintas alternativas de regulación de la institución de la rebeldía.

Una primera interrogante se relaciona con el estudio o proposición de las omisiones que servirán de presupuesto para el estado de rebeldía.

Así, para un modelo, la sola ausencia a cualquier audiencia o actuación en el proceso es suficiente para decretar dicho estado. Para otro, la inactividad se debe referir a un acto procesal relevante, como es la no contestación de la demanda, luego de realizado el emplazamiento válido. Hemos de señalar que nuestra legislación contempla esta situación respecto de quien no contesta la demanda, como también respecto de quien no realiza un determinado acto jurídico procesal, cuando sea instado a ello por orden del juez, o bien de la ley.

Otra interrogante dice relación con el sujeto que puede ser declarado en rebeldía, esto es, si sólo puede ser declarado rebelde el demandado, o bien ambas partes.

En nuestra legislación, son posibles sujetos rebeldes tanto el demandante como el demandado, puesto que la ley no distingue. Sin embargo, realiza distinciones respecto de los efectos de la rebeldía de cada uno, específicamente respecto del recurso de apelación, lo cual analizaremos más adelante.

Finalmente, una tercera interrogante se relaciona con los efectos inmediatos del estado de rebeldía.

Esta última pregunta la analizaremos más adelante, cuando nos detengamos a revisar las consecuencias que del estado de inactividad han de generarse.

Por el momento, nos centraremos en las dos primeras, esto es, el tipo de ausencia que dará lugar a la rebeldía y el sujeto procesal que puede personificar esta figura.

2.1 Las omisiones que darán lugar a la rebeldía

El fenómeno de la falta de colaboración varía en distintos grados, con lo cual la inejecución de las normas procesales traerá aparejada distintas consecuencias en intensidad. De esta manera, difieren las consecuencias para el demandado que no se apersonó al juicio en ningún momento de su sustanciación, de aquél cuya falta de colaboración se demuestra en la no participación en determinados actos procesales, como sucede en la inactividad producto de no realizar una actuación dentro de un plazo legal, o un plazo judicial.

En nuestro Código de Procedimiento Civil es el artículo 78 el cual nos entrega la pauta para determinar qué clase de inactividad genera la rebeldía de alguna de las partes, al señalar que *“Vencido un plazo judicial para la realización de un acto procesal sin que éste se haya practicado por la parte respectiva, el tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará evacuado dicho trámite en su rebeldía y proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin certificado previo del secretario”*.

Así, el demandado o demandante se encontrarán rebeldes en todas aquellas situaciones en que, habiendo sido requeridos ya sea legal o judicialmente para realizar un acto procesal, se abstienen de realizarlo dentro de dicho término. En palabras de Carlos González, *“La rebeldía o contumacia es un acto procesal omisivo que se tipifica cuando la parte, debidamente citada, no compareciere al proceso durante el plazo de la citación o lo abandonare después de haber comparecido”*⁴³.

Circunscribiéndonos en un primer momento a la parte demandada, por ser esta la única que puede adoptar una conducta no colaborativa u omisiva al acto inicial de requerimiento en juicio, cual es la contestación de la demanda, habremos de distinguir en un primer momento su ausencia generada por su reticencia a comparecer, de la simple ausencia, o ausencia “de facto” si así queremos llamarla.

Así, cuando calificamos al demandado como reticente, hacemos referencia a quien, siendo legalmente notificado de una resolución judicial, no realiza la actuación procesal dentro del plazo fijado por la ley, o por el juez aún estando consciente de que se está desarrollando un proceso. De esta manera, el reticente omite de manera consciente y voluntaria su apersonamiento en juicio.

Por lo tanto, habremos de distinguir, la figura del rebelde reticente, a la situación del ausente.

El Código Civil señala en su artículo 473 los supuestos en que habrá lugar al nombramiento de curador de los bienes de una persona ausente, señalando como requisitos: a) que no se sepa de su paradero, o que a lo menos haya dejado de estar en comunicación con los suyos, y de la falta de comunicación se originen perjuicios graves al mismo ausente o a terceros; b) que no haya constituido procurador, o sólo le haya constituido para cosas o negocios especiales.

Por otro lado, el artículo 11 del CPC comprende la figura del ausente como aquél que ha abandonado el territorio nacional. Así lo ha entendido también la jurisprudencia⁴⁴. Por lo tanto, es ausente aquella persona respecto de la cual no se conoce su localización actual, o al menos aquella que no tenga una comunicación normal con los suyos.

⁴³ GONZÁLEZ, Atilio C. Silencio y rebeldía en el proceso civil. ob. cit., p. 108.

⁴⁴En un fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso se recogió doctrina en tal sentido al señalarse que “*La demandada no tiene domicilio conocido en el país. Tampoco, fuera de él, pues si bien se ha establecido que se asienta en cierta ciudad y calle, no se indica el número, omisión que impide ubicar ese domicilio. En consecuencia, es una persona ausente*” Considerandos Sexto y Séptimo, Casación en la Forma, Corte de Apelaciones de Valparaíso. Número identificador de Legal Publishing: 33162.

La diferencia entre la rebeldía y la ausencia se da en que el ausente contará con un representante en el proceso, mientras que el rebelde, en conocimiento del acto que se le solicita ejecutar, decide no realizar dicha diligencia. La rebeldía se configura así como un acto volitivo, realizado con el fin de generar determinados efectos –o no generarlos-, mientras que el que se encuentra ausente lo está simplemente por factores circunstanciales que determinan su actuar.

El silencio que conllevará una posterior declaración de rebeldía constituye un acto jurídico procesal de carácter voluntario que se sitúa dentro de lo que la doctrina denomina acto jurídico procesal omisivo.

De esta forma la rebeldía o contumacia habremos de entenderla como aquel acto procesal omisivo que se tipifica cuando la parte, debidamente citada, no compareciere al proceso durante el plazo de la citación o lo abandonare después de haber comparecido.

El acto procesal omisivo que da lugar a la rebeldía podrá pronunciarse respecto de cualquier acto que exija la comparecencia de alguna de las partes a realizar una determinada actuación dentro del proceso, toda vez que lo que importa a nuestro derecho para la configuración de esta institución no será la relevancia de la audiencia o actuación, sino la voluntad dirigida a permanecer en la inactividad.

2.2 Los sujetos procesales –demandante y demandado- como potenciales rebeldes

En lo que respecta a la posibilidad de una u otra parte para encasillarse dentro de la figura de la rebeldía, la respuesta difiere dependiendo de la legislación que se trate. Así, en países como España, el estado de rebeldía sólo podrá configurarse respecto de la parte demandada, mientras que el demandante, por muy inactivo que permanezca, no podrá constituirse en rebelde.

En Chile el Código de Procedimiento Civil no da una respuesta categórica al respecto, sino que se refiere indistintamente al demandante y demandado como potenciales “rebeldes”. En efecto, el mencionado artículo 78 del CPC habla de “parte respectiva”, con lo cual, a diferencia de otras legislaciones, admite la figura del demandante rebelde. Ello sin perjuicio de los distintos tratamientos, que puede dárseles a uno y otro conforme a su calidad procesal, sobre todo el lo relativo a las sanciones derivadas de la inactividad (abandono del procedimiento).

Así, y por regla general, el demandante, al igual que el demandado se encontrará rebelde en todas aquellas situaciones en que, habiendo sido legal o judicialmente requerido para realizar un acto procesal, no lo realiza dentro de dicho plazo.

3. Efectos de la rebeldía

3.1 Efectos de la rebeldía en el contexto del discurso de aplicación del juez

Respeto del proceso como contexto de desarrollo de los discursos de adecuación, la institución de la rebeldía implicaría entender al proceso como una institución deficitaria a la luz de la posibilidad efectiva de llevar a cabo un discurso de adecuación, toda vez que las condiciones de imparcialidad se rompen en la medida que el derecho se anticipe a las posibilidades de acción de una parte y las formalice de antemano.

De todos modos, los discursos de adecuación se caracterizan por una cierta clausura operativa que está dada por el hecho de tratarse de discursos institucionalmente estructurados (no todos los argumentos son válidos, ni en cualquier momento, ni por cualquier persona, ni de cualquier forma). Ello es de la naturaleza del discurso de adecuación (no es un problema, es parte de su constitución), de modo que la podríamos señalar que la formalización radical que supone la rebeldía en principio está en la línea de la formalización que todo discurso de aplicación conlleva.

3.2 Efectos inmediatos del estado de rebeldía para las partes

3.2.1 Evolución histórica

Históricamente, el efecto de la ausencia de una de las partes al proceso ha dado lugar a discrepancias al momento de proponer soluciones.

Así, en el derecho romano preclásico y en el derecho germánico, no cabía el proceso sin la presencia de ambas partes, de ahí las medidas para forzar al demandado al comparecer recurriéndose al empleo de la fuerza.

El principal efecto de la rebeldía, fue como regla primitiva, la condena del rebelde.

Dicha situación fue evolucionando hasta permitir la tramitación del proceso en rebeldía de una de las partes, sin que por ello la sentencia fuese necesariamente de carácter condenatoria.

A continuación haremos una breve reseña de la evolución histórica que ha dado tratamiento a los efectos de la rebeldía de una de las partes en el juicio, evolución que hoy se plasma en la sistematización de dos corrientes opuestas: la *facta litis contestatio* y la *facta confessio*.

i. Roma

Es posible distinguir la división del proceso romano en dos etapas, tanto en el período clásico como el posclásico.

La primera etapa se denominaba *in iure*, la cual se celebraba ante un juez privado, y cuya finalidad era determinar los límites de la controversia.

La segunda etapa se denominaba *in iudicio*, la cual se desarrollaba ante un *iudex*, designado por las partes de común acuerdo y a quien le incumbía resolver la controversia, aunque carecía del imperium necesario para hacer cumplir su decisión.

En el período del *ordo iudicorum privatorum*, la etapa *in iure* celebrada ante el juez privado, requería necesariamente de la presencia de ambas partes, puesto que su finalidad era la delimitación de la controversia.

La citación era realizada por el actor mediante la *in ius vocatio* (citación que realizaba el interesado de manera verbal y solemne), siendo su interés primordial lograr la comparecencia del demandado ante el magistrado. Dicha comparecencia era necesaria toda vez que las partes debían expresar su sometimiento a la resolución judicial que emitiera el *iudex* en la formalización de un convenio. Así, no era posible la realización de esta primera etapa en la ausencia de alguna de las partes. El convenio celebrado por ambas era esencia de la *litiscontestatio*, y sin dicho convenio resultaba imposible la celebración de un juicio. A efecto de lograr la comparecencia, en el proceso de *legis actiones* el demandante podía hacer uso de la *manus iniectio*, y llevar al demandado por la fuerza ante el magistrado.

La posibilidad de emplear el uso de la coacción física desapareció en el procedimiento formulario, pero la citación se reforzó mediante el uso de acciones penales y de multas en contra del demandado.

No son muy conocidas las consecuencias de la falta de comparecencia del demandado en esta primera fase de las *legis actiones*. Sin embargo, en el proceso formulario se sabe que el magistrado podía poner al actor en posesión de los bienes del demandado, mediante la *missio in bona*, o bien decretar la venta de los bienes del mismo.

La fase *in iure* se cerraba con la *litiscontestatio*, acto de entrada de las partes al proceso, fijándose ante testigos los límites y el estado de la cuestión litigiosa que quedaría sometida a la decisión del *iudex*. Se iniciaba así la fase *in iudicio*. La ausencia

del demandado en esta etapa daba lugar a que se pusiera al demandante en posesión de los bienes objeto del litigio.

Sin la *litiscontestatio*, no había manera de subsanarse el juicio, puesto que se requería de un consentimiento de ambas partes a fin de someter el conflicto a la decisión del juez. Distinta fue la incomparecencia del demandado en la fase *in iudicio*, donde el juez procedía a dictar una sentencia condenatoria en atención a que el demandado había incumplido el convenio al infringir su obligación de comparecer.

Como puede apreciarse, en el derecho romano clásico no se conoce la rebeldía – en el sentido actual del término -, ni se prevé el desarrollo del proceso con la presencia de un solo litigante.

Esta posibilidad aparece por vez primera en el proceso de la *cognitio extra ordinem*, en el cual la incomparecencia de la parte demandada no imposibilitaba la sustanciación del juicio, ni relevaba al actor de la carga de probar el fundamento de su pretensión⁴⁵. La falta de comparecencia del demandado posibilitaba la tramitación del proceso en su ausencia, luego de haber sido citado por tres veces. Para que el juez emitiera su pronunciamiento, la prueba debía ser aportada por la parte demandante, por lo que este tipo de procedimiento no implicaba que el magistrado fallara en contra del demandado, sino simplemente que la carga de la prueba había de recaer sobre la parte demandante para efectos de lograr la satisfacción de su pretensión.

Una limitación que afectaba al demandado rebelde era la posibilidad de interponer un recurso de apelación, puesto que en la medida que su rebeldía no fuese involuntaria, no tenía derecho a apelar.

A partir del siglo III D.C., en el proceso romano postclásico (*cognitio extra ordinem*), desapareció la división del proceso en las dos etapas preindicadas, con lo cual la totalidad del procedimiento se cumplía ante el magistrado. Por ello, la *litiscontestatio*

⁴⁵ Véase BACHMEIER, WINTER, Lorena, La Rebeldía en el Proceso Civil Norteamericano y Español, Universidad Complutense, 1994. P. 153 y siguientes.

dejó de ser el momento nuclear del proceso y pasó a tener carácter secundario. En esta época, la regulación de la rebeldía se hizo con un criterio muy distinto: no producía ya la pérdida automática del pleito por el rebelde; el juez estaba ahora obligado a formar su convicción con certidumbre, si bien sólo con las aportaciones unilaterales de la parte compareciente.

ii. Período Germánico

El período germánico se asentó luego de la caída del Imperio Romano. Este se caracterizó por poseer un marcado carácter publicista. Recordemos que en el derecho romano clásico el proceso tenía un carácter eminentemente privado, acarreado la sentencia su carácter de vinculante, sólo en atención a que las partes habían anteriormente acordado someterse a la decisión del juez. En el período germánico, por el contrario, se exige la cooperación de las partes en el proceso, y su ausencia será objeto de severas sanciones, puesto que la inactividad procesal es entendida como una ofensa a la autoridad.

La *Lex Salica* establecía que el proceso comenzaba por un acto de citación de parte, la *mannitio*, advirtiéndose al demandado de las consecuencias de su incomparecencia. Al igual que en el sistema romano, el proceso germano se dividía en dos fases principales. En la primera, las partes delimitaban el objeto del litigio y se constataba la fundamentación jurídica de las alegaciones y excepciones. La segunda etapa era una probatoria, en la cual se debía acreditar lo afirmado en la primera.

El mayor efecto que producía la rebeldía del demandado, tanto en la primera como en la segunda etapa, era el de su condena, lo que podía conllevar a la confiscación de todos sus bienes, y además, la pérdida de todos sus derechos personales, quedando fuera de la ley. Esto era conocido como la declaración del *bannum*.

iii. Época Carolingia

En esta época se procuró por una mitigación de las medidas excesivas que se hacían valer en contra del demandado no compareciente. A la *mannitio* se añadió la *bannitio*, que consistía en un mandato judicial para comparecer. El incumplimiento de este mandato conllevaba la *missio in bannum*, medida que consistía en la confiscación de los bienes patrimoniales del deudor, con lo cual quedó eliminada la medida de carácter personal que dejaba al demandado fuera de la ley. Por otra parte, se estableció la posibilidad de que el rebelde recuperara sus bienes, siempre y cuando compareciera dentro del término de un año. Si transcurría este tiempo sin su comparecencia, entonces perdía todos sus bienes a favor del actor, en la medida que éste probara su derecho, pasando el excedente a manos del fisco.

iv. Influencia Canónica

Durante los siglos XII y XIII se recuperaron los principios del derecho romano, gracias a la obra de los glosadores y a la influencia del derecho canónico. Esta influencia se plasmó en la figura de la *accusatio contumaciae*, principio por el cual la rebeldía sólo podía ser declarada a instancia de parte, prohibiendo la posibilidad de su declaración de oficio por el magistrado. Por otra parte, la ausencia del demandado no determinó ya su condena.

En esta época, los efectos de la rebeldía del demandado se distinguieron según el momento en que se verificaba su ausencia. Hecha la citación, y transcurrido el término para contestar la demanda, se producía el efecto de poner al actor en posesión de los bienes del demandado, para así estimular su comparecencia. Si, contestando la demanda, el demandado adoptaba una actitud de inactividad, el juicio se tramitaba con la asistencia del demandante, siempre que existieran elementos de juicio suficiente que posibilitaran dicha continuación. De lo contrario, se otorgaba al demandante la posesión de los bienes del demandado en un monto suficiente para satisfacer su derecho.

3.2.2 Recapitulación

Si bien en la actualidad los modernos sistemas procesales permiten que el proceso pueda construirse de manera unilateral, dicha posibilidad se logró luego de una evolución del tratamiento de los regímenes procesales frente a la figura de la rebeldía.

Como hemos señalado, en los regímenes primitivos, no se admitía la posibilidad de realizar el proceso sin la participación o el apersonamiento de ambas partes, luego, se excluía el desarrollo de un proceso de manera unilateral por ausencia de una de ellas.

La legislación romana consagró una variedad de soluciones de carácter compulsivo en cuya virtud el pretor podía obligar a la parte rebelde a comparecer personalmente ante el magistrado.

Esta situación ha evolucionado de manera tal que actualmente se permite la realización de un proceso de forma unilateral, siempre que se haya asegurado al demandado, mediante el emplazamiento, la oportunidad de contradecir los supuestos de hecho y de derecho formulados en la demanda, con lo cual su derecho de defensa queda atendido.

Hoy en día, se estima que la rebeldía no viola el principio de contradicción, ya que éste no supone necesariamente la presencia de las partes, sino tan sólo que se les haya brindado la oportunidad de intervenir, lo cual queda cumplido con el emplazamiento.

En cuanto a las medidas coercitivas utilizadas antiguamente por el pretor para el apersonamiento de la parte rebelde, el derecho actual no las permite, consagrándose así el principio de la libertad en el apersonamiento.

3.2.3 Las dos soluciones: Sistema de la *ficta litis contestatio* y sistema de la *ficta confessio*

Luego de siglos de discusión y diversidad de procedimientos, la regulación de los efectos de la rebeldía respecto de las partes se cristalizaron en dos grandes corrientes que corresponden a la *ficta litis contestatio* y la *ficta confessio*, ambas correspondientes a dos etapas del derecho romano (clásica y postclásica).

El sistema de la *ficta litiscontestatio* considera que la inactividad del requerido equivale a una oposición a todo cuanto ha sido obrado por la contraria.

Por su parte, la tendencia, de origen germano, de la *ficta confessio*, considera el efecto de la incomparecencia como uno de carácter positivo, correspondiendo a la confesión tácita en que se reconocen como verdaderos los hechos alegados por la contraria.

Estas tendencias acarrear consecuencias importantes en lo relativo a los mecanismos de impugnación concedidos a la parte rebelde y eventualmente agraviada por una sentencia.

i. El sistema de la *Ficta Confessio*

Este sistema se funda en la posibilidad y necesidad de emitir un pronunciamiento de acuerdo a lo alegado por la parte diligente.

Los hechos alegados por una de las partes se consideran como aceptados y reconocidos por la otra que, habiendo tenido oportunidad para controvertirlos y en su caso probar en forma contraria, no lo hizo.

La rebeldía es considerada como confesión por la que se reconocen como verdaderas las alegaciones del demandante.

La ficción se concibe en la medida que los hechos alegados por la parte diligente se mirarán como hechos reconocidos. Esto es, dichos hechos pueden no corresponderse con la realidad, y se podría arribar a la dictación de una sentencia a través del reconocimiento de los mismos⁴⁶.

Los modelos germanos han sido históricamente identificados como ejemplo de este sistema. Estos se fundan en requisitos flexibles y no tan estrictos para la configuración de la rebeldía, y regulan consecuencias negativas en perjuicio del rebelde. Verificado el presupuesto de hecho de la rebeldía, se consideran como reconocidas las alegaciones unilaterales de la contraparte compareciente.

ii. **El sistema de la *Ficta Litis Contestatio***

Este sistema parte de la ficción de la oposición total del rebelde a lo alegado por la contraparte. Ello implica que no puede eludirse la necesidad de una faz probatoria. Por un lado pueden producirse pruebas vinculadas con alguno de los hechos, y por otro lado entran en juego las reglas de la carga de la prueba.

La controversia ficta no genera mayor gravamen a la parte rebelde, gozando incluso de medios de impugnación ordinarios.

⁴⁶ Sin embargo, puede ocurrir que se dicte una sentencia gravosa para la parte que no participó en el proceso, basado en hechos reconocidos pero que no eran realmente tales. Es por ello que se compensa con las posibilidades abiertas y flexibles de medios de impugnación o de oposición que permitan revisar la sentencia dictada, y en su caso retrotraer el proceso a una instancia o etapa en que se permita la defensa por parte de quien no participó originalmente en el proceso, de manera que logre hacer valer sus derechos precluidos por no haber realizado un oportuno ejercicio de los mismos.

Una vez que se produce la rebeldía, comienza a funcionar el engranaje de la ficción habilitándose la posibilidad del dictado de una sentencia definitiva absolutoria del demandado. Por un lado se establecen exigentes requisitos para poder considerar a una de las partes como rebelde, y luego se tiene lo petitionado por controvertido fictamente, abriéndose la etapa probatoria como un requisito eventual más antes de poder decidirse en el mérito.

El efecto preclusivo de la *ficta litis contestatio* significa el cierre de la posibilidad para hacer valer por parte del demandado toda defensa de fondo o excepción procesal.

En definitiva, este sistema permite mantener la contradicción formal en el desarrollo del proceso: es decir, la incomparecencia del demandado dentro de plazo produce como principal efecto la preclusión, teniéndose por contestada la demanda como si el demandado se hubiera opuesto a la misma.

Ambos sistemas son reflejados hoy en día en el derecho comparado.

En primer lugar, el sistema alemán se caracteriza por castigar la actitud del rebelde, al establecer una presunción consistente en que el rebelde no tiene nada que oponer a la pretensión de su adversario.

Tanto en Alemania como en Francia se da lugar a las llamadas sentencias contumaciales, en cuya virtud y a petición del actor, se entiende que la ausencia del demandado citado en forma legal equivale a una admisión de los hechos. Es decir, la rebeldía del demandado trae como consecuencia que la presentación fáctica del demandante debe considerarse reconocida (art. 331 ZPO.). Si es procedente en derecho, se podrá dictar sentencia definitiva estimando la demanda, con la posibilidad de que el demandado rebelde pueda posteriormente comparecer y solicitar que se deje sin efecto la sentencia contumacial, reproduciéndose entonces el juicio.

El sistema anglosajón por su parte, establece consecuencias más adversas para el rebelde, toda vez que supone que tal situación configura un presunto allanamiento o también llamado *ficta recognitio*. La ausencia del demandado provoca una sentencia by

default, la cual puede quedar sin efecto en la medida que el demandado comparezca al proceso y justifique debidamente su ausencia involuntaria.

En último lugar, y en lo que al sistema latino se refiere, podemos señalar que la mayoría de los países hispanoamericanos contemplan el sistema de la *ficta litiscontestatio*, en cuya virtud el actor ha de probar su derecho para obtener una sentencia estimatoria, sin perjuicio de la posible restitución del demandado que justifique la involuntariedad de su ausencia. Lo que distingue a este sistema de los dos anteriores, es que el rebelde no es sancionado con su actitud, sino que el actor deberá probar los hechos en que fundamenta su pretensión.

Nuestro sistema procesal se asemeja al sistema latino. Por ello, el rebelde es protegido en cierta forma, ya que su incomparecencia no da lugar a que se dicte en forma inmediata una sentencia en rebeldía. En nuestro sistema, la rebeldía implica una contestación ficta de la demanda, en la cual se tienen por negados genéricamente los fundamentos de la pretensión contenida en ella. Es decir, a diferencia de la *ficta confessio*, nuestro sistema no importa una aceptación por parte del demandado rebelde de la pretensión hecha valer por el actor en la demanda. Como consecuencia de esta actitud pasiva, opera la sanción de la preclusión, en virtud de la cual el demandado que no ha hecho valer su derecho de contestar la demanda pierde dicha facultad, por el sólo hecho de producirse el transcurso del tiempo, dándose por evacuado entonces el trámite de la contestación.

3.2.4 Solución a la luz del argumento de la “autoconservación”

Si la rebeldía es entendida como un mecanismo de autoconservación del proceso, de manera que esta ‘confirma contrafácticamente que el proceso existe a pesar de no concurrir una de las partes’, lo cual se traduce, en primer lugar, en un deber primario de colaboración de las partes para que el proceso tenga lugar, y uno secundario, para que éste funcione y se desarrolle de manera óptima, la consecuencia que necesariamente ha de generarse con respecto de la incomparecencia inicial de la parte

demandada en juicio es que los hechos alegados por su contraparte, es decir, por el demandante se entiendan negados.

En efecto, si mediante la rebeldía lo que hace el derecho es radicalizar al extremo la operatividad jurídica mediante la formalización de las operaciones, lo lógico es que esta ficción entienda que la persona que está llamada a apersonarse en juicio en calidad de demandado no concurra al mismo allanándose a la pretensión del actor. Esto en atención a que lo usual es que no estemos vinculados jurídicamente con otros⁴⁷, y si lo estamos, es porque existe una situación de antagonismo entre demandante y demandado que ha generado la necesidad de concurrir ante un tercero imparcial para que dirima el conflicto. Así, por ejemplo, si el demandante alega por la existencia de una determinada obligación y reclama el cumplimiento de la misma, lo que ha de asumir el derecho en caso de no encontrarnos fácticamente con la figura del demandado es que dicha pretensión sea negada.

Distinto sería caso si se asume que el principio de justicia política que subyace a la regulación de la rebeldía es el principio de economía procesal, toda vez que en este caso lo que importa no es que exista proceso, sino que éste se desarrolle en el menor tiempo posible. La ficción existe en este caso para ‘acelerar’ el proceso, de manera que si partimos de este presupuesto, una buena respuesta frente a la incomparecencia de la parte demandada -y demandante en su caso- es que los hechos alegados en su contra se entiendan aceptados.

⁴⁷Principio que se encuentra recogido en el artículo 1698 del Código Civil según el cuál *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción el que alega aquella o ésta”*.

CAPÍTULO IV

DERECHO NACIONAL

1. Sistema actual

1.1 La rebeldía en el Código de Procedimiento Civil. Hipótesis contempladas

Nuestro Código de Procedimiento Civil no contempla un título especial dedicado a tratar la situación de la rebeldía dentro del proceso. Por ende, no contamos con una regulación sistemática respecto de la rebeldía, o bien de los efectos jurídicos que se derivan del 'silencio procesal'. Por el contrario, a través de los textos de nuestra legislación podemos encontrar distintos preceptos que aluden a la situación de la rebeldía, esparcidos de manera diversa en sus artículos.

Tal como dijéramos anteriormente, nuestro sistema procesal adopta la postura de la *ficta litis contestatio en los procesos declarativos*.

Sin embargo, a pesar de tener por negados los hechos en la contestación ficta de la demanda, nuestro legislador contempla casos en que el silencio procesal genera un efecto positivo, es decir, de tener por afirmados los hechos.

De manera general, dicha aceptación es tratada como efecto en materia de absolución de posiciones; en los instrumentos privados, respecto de los cuales no se alegue su falsedad o falta de integridad dentro de los seis días siguientes a su presentación; y en las gestiones preparatorias a la vía ejecutiva como el reconocimiento de firma y citación para confesión de deuda.

Como habíamos señalado en el Capítulo I, nuestro legislador ha establecido en ciertos casos los efectos del silencio en materia procesal. A continuación haremos un análisis de las situaciones que, a nuestro parecer, son más relevantes:

1.1.1 La confesión en juicio

La confesión consiste en una declaración hecha por la parte sobre hechos ejecutados por ella misma, o de los cuales tiene conocimiento, en virtud de la cual reconoce, en perjuicio propio, la veracidad de estos hechos. Ha sido definida como el acto jurídico consistente en admitir como cierto, expresa o tácitamente, dentro o fuera del juicio, un hecho cuyas consecuencias de derecho son perjudiciales para aquel que formula la declaración.

Para que la confesión judicial tenga valor, es necesario que concurren los siguientes requisitos: i) capacidad en la persona del confesante; ii) debe recaer sobre un objeto; y iii) debe ser prestada voluntariamente. Dentro de sus clasificaciones, la confesión podrá ser judicial o extrajudicial, según se preste en el juicio en que se invoca como medio probatorio, o se produzca fuera del juicio en que se invoca.

La confesión judicial provocada se produce mediante el mecanismo de la “absolución de posiciones”, contenido en el artículo 385 del CPC. Este señala en su inciso primero que *“Fuera de los casos expresamente previstos por la ley, todo litigante está obligado a declarar bajo juramento, contestada que sea la demanda, sobre hechos pertenecientes al mismo juicio, cuando lo exija el contendor o lo decrete el tribunal en conformidad al artículo 159”*.

A efecto de solicitar la comparecencia a absolver posiciones, la parte interesada deberá presentar un escrito solicitándola, acompañando un pliego cerrado que contiene las preguntas que deberán ser respondidas posteriormente por el confesante. Estas preguntas, o posiciones, se podrán redactar de forma asertiva o de forma interrogativa, debiendo siempre recaer sobre hechos contradictorios. Estos se pueden

referir a hechos personales del confesante, o bien a hechos no personales, pero sobre los cuales tenga conocimiento. Una vez que el juez ha fijado día y hora para la realización de esta audiencia, el confesante tendrá la obligación de presentarse, bajo los apercibimientos que se señalan en el artículo 394, salvo que se trate de una de las personas indicadas en el artículo 389, exentas de comparecer⁴⁸.

Así, si la parte solicitada para absolver posiciones no comparece a la primera audiencia, se le citará a una segunda, a petición de parte, bajo el apercibimiento señalado en el artículo 394. Si no concurre a esta segunda audiencia, se dará lugar a la denominada confesión tácita, la cual es aquella que autoriza la ley al juez para tener por confesado un hecho, concurriendo los requisitos legales. A este respecto, la jurisprudencia ha señalado que “Para que un litigante incurra en el apercibimiento de darle por absueltas las posiciones en su rebeldía, es menester que sea citado por segunda vez a absolverlas y con la prevención expresa de que su rebeldía será sancionada con el aludido apercibimiento. Este requisito es igualmente necesario en el caso de requerirse a un procurador para que haga comparecer a su mandante a prestar la confesión”⁴⁹.

En efecto, señala el artículo 394: *“Si el litigante no comparece al segundo llamado o si, compareciendo, se niega a declarar o da respuestas evasivas, se le dará por confeso, a petición de parte, en todos aquellos hechos que estén categóricamente afirmados en el escrito en que se pidió la declaración. Si no están categóricamente afirmados los hechos, podrán los tribunales imponer al litigante rebelde una multa que no baje de medio sueldo vital ni exceda de un sueldo vital, o arrestos hasta por treinta días sin perjuicio de exigirle la declaración. Si la otra parte lo solicita, podrá también suspenderse el pronunciamiento de la sentencia hasta que la confesión se preste”*.

⁴⁸ Estos son: “1° El Presidente de la República, los ministros de Estado, los senadores y diputados, los intendentes dentro de la región en que ejercen sus funciones; los miembros de la Corte Suprema o de alguna Corte de Apelaciones, los fiscales judiciales de estos tribunales, el Fiscal Nacional y los fiscales regionales, el arzobispo, los obispos, los vicarios generales, los provisores y los vicarios y provicarios capitulares; 2° Los que por enfermedad o por cualquier otro impedimento calificado por el tribunal se hallen en imposibilidad de comparecer a la audiencia en que hayan de prestar la declaración; y 3° Las mujeres, en caso que el tribunal estime prudente eximir las de esta asistencia”.

⁴⁹ C. Tacna, 5 de enero de 1914. Gaceta de los Tribunales, 1914, 1er semestre, N° 87, p. 185.

Este artículo conlleva distintos apercibimientos, los cuales consisten en tres posibles sanciones frente al litigante rebelde a absolver posiciones.

En una primera medida, y a petición del proponente, se le dará por confeso de todos aquellos hechos que estén categóricamente afirmados en el pliego de posiciones.

Por otra parte, en la medida que el confesante comparezca, pero formule respuestas evasivas o se niegue a declarar⁵⁰, podrán ocurrir dos situaciones, conforme a que las preguntas se hayan hecho de manera asertiva o interrogativa.

Así, si las posiciones están formuladas en forma asertiva, el confesante se tendrá por confeso si no concurre, o si concurriendo da respuestas evasivas o se niega a declarar.

Por el contrario, si las preguntas están hechas de manera interrogativa, no se dará por confeso al absolvente, toda vez que quien solicita la confesión no está haciendo una afirmación. Sin embargo, estando redactadas las posiciones en forma interrogativa, y ante la falta de concurrencia del absolvente, o bien entregando respuestas evasivas, o negándose a declarar, podrá el tribunal imponer a dicho absolvente una multa que no baje de medio sueldo vital, ni exceda de un sueldo vital, o arresto hasta por treinta días, sin perjuicio de exigirle la declaración; y, lo que es más importante, si la otra parte lo solicita, podrá suspenderse el pronunciamiento de la sentencia hasta que la confesión se preste.

Para que se tengan por absueltas las posiciones redactadas en forma asertiva, es necesario que la parte proponente así lo pida expresamente. Desde el momento que el

⁵⁰ Respecto al concepto de 'respuestas evasivas', la jurisprudencia ha señalado: "Respuesta evasiva, en los términos del artículo 394 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil, es aquella que tiende a evadir o huir de la pregunta. En consecuencia, si el absolvente, demandado en su calidad de girador de una letra de cambio por el aceptante, a fin de que se declare que debe proveerle de fondos para el pago de dicho instrumento mercantil, responde a la pregunta 'Ud. no ha proporcionado medios al demandante para el pago de esa letra', diciendo 'si él no ha hablado conmigo, cómo le iba a dar facilidades', no procede hacer efectiva la sanción que, para las respuestas evasivas, establece la disposición legal citada, ya que le

tribunal accede a dicha solicitud, se entenderá que hay confesión ficta, con lo cual se recoge la institución de la *ficta confessio*.

1.1.2 Juicio ejecutivo

El juicio ejecutivo, como procedimiento de carácter compulsivo o de apremio, se funda en la base de la existencia de una obligación indubitada: aquélla que consta en un título ejecutivo. El título ejecutivo es aquel documento que da cuenta de un derecho indubitable, al cual la ley atribuye la suficiencia necesaria para exigir el cumplimiento forzado de la obligación en él contenida. Así ha sido definido por la jurisprudencia, señalando que es “aquel que da cuenta de un derecho indubitable al cual la ley otorga la suficiencia necesaria para exigir el cumplimiento forzado de una obligación de dar, hacer o no hacer en él contenida, obligación que debe además tener las características de ser líquida y actualmente exigible y de no hallarse prescrita”⁵¹. Este mérito es conferido sólo por la ley, en atención al carácter de autenticidad que ellos revisten.

Para que se logre iniciar de inmediato la ejecución, es necesario que el título ejecutivo sea perfecto. Esto es, el título creado por la ley se basta a sí mismo para iniciar, de inmediato y sin más trámite la ejecución⁵². Sin embargo, puede ocurrir que el acreedor no cuente con un título ejecutivo perfecto para iniciar dicha ejecución, con lo que estaríamos en presencia de un título ejecutivo imperfecto, respecto del cual el legislador exige la realización en forma previa de una gestión preparatoria de la vía

confesante no ha eludido la articulación, sino que ha dado una respuesta incongruente con la pregunta”. C. Chillán, 22 de marzo de 1952. RDJ, t. 49, sec. 2º, p. 24.

⁵¹ RDJ 1997, T. XCIV, Sec. I, p. 64, C.1º.

⁵² De acuerdo al artículo 434, revisten el carácter de perfectos: a) La sentencia firme o que cause ejecutoria, ya sea definitiva o interlocutoria; la copia autorizada de escritura pública; c) el acta de avenimiento pasada ante tribunal competente y autorizada por un ministro de fe o por dos testigos de actuación; d) la letra de cambio o pagaré, respecto de su aceptante o suscriptor, que haya sido protestada personalmente, siempre que éstos en el momento del protesto no tachen de falsa su firma; y e) la letra de cambio, pagarés y cheques respecto de los obligados al pago cuya firma aparezca autorizada ante notario o por oficial del Registro Civil en las comunas donde no tenga su asiento un notario.

ejecutiva, a efecto de complementar los requisitos de un título preexistente, o para originarlo mediante ella, y así poder iniciar la ejecución⁵³.

i. Gestión preparatoria de la vía ejecutiva

La preparación de la vía ejecutiva ha sido definida como “aquella gestión judicial contenciosa tendiente a crear un título ejecutivo, ya sea en forma directa constituyendo el título mismo, o complementando determinados antecedentes, o bien supliendo las imperfecciones de un título con existencia incompleta”⁵⁴.

La gestión preparatoria puede referirse a la materialidad del título o a la obligación que contiene. Las gestiones preparatorias que dan origen, o bien complementan a un título para que adquiera fuerza ejecutiva son: i) el reconocimiento de firma puesto en instrumento privado y la confesión de deuda; ii) la confrontación de títulos y cupones; iii) la notificación de protesto de letras de cambio, pagarés o cheques; iv) la avaluación; v) la notificación del título ejecutivo a los herederos.

En el primer caso, se trata de dos gestiones distintas que se tratan conjuntamente por su tramitación similar, con la diferencia de que en el reconocimiento de firma puesto en instrumento privado, existe ya un germen de título ejecutivo. La gestión preparatoria en este caso sólo se podrá realizar respecto de los instrumentos privados que se encuentran firmados. En caso de no existir firma, la vía ejecutiva deberá prepararse a través de la gestión preparatoria de confesión de deuda.

⁵³ El objetivo de la gestión preparatoria es complementar un germen de título ejecutivo. Por ejemplo, en caso de que la letra de cambio no sea protestada personalmente, o que la firma de los obligados al pago no está autorizada ante notario, se requerirá de la realización de la gestión preparatoria de notificación judicial de protesto. Excepcionalmente, mediante la realización de una gestión preparatoria se podrá obtener el nacimiento de un título ejecutivo que era antes inexistente o aún en germen. Este es el caso de la confesión judicial destinada a originar un título.

⁵⁴ SALAZAR, Carlos H. De la preparación de la vía ejecutiva. Memoria de Licenciado, Santiago, 1955, N° 21, p. 31.

El objeto de la gestión es obtener el reconocimiento de la firma o la confesión de la deuda. Por ello, en esta gestión el deudor no puede hacer objeciones de fondo ni oponer excepciones; a ello se dará lugar en otra oportunidad⁵⁵, por lo que deberá limitarse a reconocer o desconocer la deuda o la firma.

Señala el artículo 435: *“Si, en caso de no tener el acreedor título ejecutivo, quiere preparar la ejecución por el reconocimiento de firma o por la confesión de la deuda, podrá pedir que se cite al deudor a la presencia judicial, a fin de que practique la que corresponda de estas diligencias. Y, si el citado no comparece, o sólo da respuestas evasivas, se dará por reconocida la firma o por confesada la deuda”*.

Frente a esta solicitud, el citado puede asumir diversas actitudes: i) comparecer, reconociendo la firma⁵⁶ o confesando la deuda; ii) comparecer, dando respuestas evasivas; iii) comparecer, negando la deuda o desconociendo la firma, y iv) no comparecer.

La situación que nos interesa para estos efectos corresponde a la última. De esta manera, si el deudor citado no comparece, es decir, se encuentra rebelde, incurre en el apercibimiento de que se tendrá por reconocida la firma en su rebeldía, o por confesada la deuda. Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que “el apercibimiento que contempla el artículo 457 (actual 435) del Código de Procedimiento Civil sanciona la no comparecencia de la parte llamada a reconocer firma o confesar deuda, y no se debe hacer efectivo sino mediante la rebeldía solicitada y declarada en contra de la parte citada”.

A efecto de que el deudor no incurra en dicho apercibimiento, es necesario que su no comparecencia se deba a caso fortuito o fuerza mayor, para poder así solicitar la

⁵⁵ Podría el deudor formular un incidente para abstenerse de concurrir a la citación, como señala el artículo 389 del CPC al tratar a las personas exentas de comparecer ante el tribunal. Así, si se encuentra físicamente imposibilitado para comparecer, debería trasladarse el juez al domicilio del mismo deudor. Este incidente es propio de uno dilatorio que no afecta al fondo del asunto, conforme con lo establecido por el artículo 3 del CPC.

⁵⁶ C. Santiago, 2 de diciembre de 1934. RDJ, t. 32, sec. 2°, p. 57.

rescisión de lo que se haya obrado en el juicio en rebeldía suya dentro del plazo de 3 días contados desde que hubiera cesado el impedimento, conforme a lo establecido por el artículo 79 del CPC. La fuerza mayor se debe a la imposibilidad absoluta del deudor para concurrir ante el tribunal⁵⁷.

Si el deudor no comparece, es necesario que una resolución judicial dé por reconocida la firma, o por confesa la deuda. Así lo ha establecido la jurisprudencia, al señalar que “el reconocimiento tácito de la firma de un documento privado no se produce por el solo hecho de no comparecer el presunto suscriptor a la audiencia correspondiente; es menester una resolución que así lo declare, la cual debe reunir los requisitos externos prescritos en los artículos 169 (192) y 171 (194) del Código de Procedimiento Civil y serle notificada a las partes”⁵⁸⁻⁵⁹. Para ello, el ejecutante debe presentar un escrito solicitando que se tenga preparada la vía ejecutiva. Como señala el artículo 434, N° 4, es necesario que el instrumento privado sea “mandado tener por reconocido” mediante una resolución judicial. Esta situación es diametralmente opuesta a aquélla que se da cuando el deudor citado comparece a reconocer la firma o confiesa la deuda, toda vez que se tendrá por preparada la vía ejecutiva de forma inmediata, sin que sea necesario que se pronuncie una resolución judicial⁶⁰.

⁵⁷ Por la gravedad que importa esta no comparecencia, la jurisprudencia ha atenuado los aspectos procedimentales, permitiendo que el deudor comparezca antes de la audiencia fijada; por escrito evacuando la diligencia; o bien que comparezca durante todo el día señalado, siendo la hora un mero punto referencial.

⁵⁸ C. Suprema, 7 de octubre de 1909. Gaceta de los Tribunales. 1909, t. I, N° 928, p. 369 (c.9°, p.371).

⁵⁹ La jurisprudencia también ha establecido respecto de los requisitos para que tenga fuerza ejecutiva la resolución que declara producidos el reconocimiento y la confesión en rebeldía, que “la resolución que dispone tener por reconocida una firma o por confesada una deuda en rebeldía del deudor, debe serle notificada a éste y quedar ejecutoriada para que tenga valor ejecutivo y procede, en consecuencia, despachar mandamiento de embargo en su contra”. C. Talca, 11 de octubre de 1910. G. 1919, N° 1.036, p. 668.

⁶⁰ La resolución que acoge la solicitud del ejecutante tiene la naturaleza jurídica de una sentencia interlocutoria de 2° grado, por lo que produce cosa juzgada, y por ello, la jurisprudencia ha sostenido que el deudor no puede con posterioridad oponer excepción alguna que tenga por objeto desconocer la autenticidad de la firma, o la existencia de la deuda.

ii. El requerimiento de pago

En la medida que concurren los requisitos legales en el título ejecutivo, logrando entonces el carácter de título perfecto, el tribunal despachará el mandamiento de ejecución y embargo sin audiencia ni notificación del demandado, conforme a lo señalado por el artículo 441 del CPC.

En el juicio ejecutivo, la relación jurídica procesal se perfecciona por el requerimiento de pago. Para dicho perfeccionamiento, es necesario que se le entregue al notificado la copia de la demanda ejecutiva, más la providencia que recayó sobre la demanda, con el mandamiento de ejecución y embargo.

El requerimiento de pago hecho al deudor equivale a la notificación de la demanda. A través de esta notificación-requerimiento, se persigue pedir o exigir del deudor que pague la deuda, y en el evento de que éste no lo haga en el acto de requerimiento, se procederá a la tramitación del juicio ejecutivo en su contra, mediante el embargo de los bienes en cantidad suficiente para cubrir la deuda, intereses y costas. Una vez requerido el deudor, nace para éste el derecho de defenderse, de oponer excepciones a la demanda ejecutiva. El plazo para oponer estas excepciones es bastante menor al establecido para el juicio ordinario, y además es fatal según lo dispone el artículo 463 del CPC⁶¹. Por ello, el ejecutado tiene restringida su libertad de defensa en el juicio ejecutivo, toda vez que sólo puede defenderse haciendo valer alguna de las excepciones que taxativamente enumera el artículo 464 del CPC. En caso que el

⁶¹ Conforme a lo señalado por el artículo 462 inciso 1°, el término para deducir la oposición comienza a correr desde el día del requerimiento de pago. Para establecer cuál es ese término, es necesario atender al lugar en que el deudor ha sido requerido. Así, si el deudor es requerido en el lugar del asiento del tribunal, tendrá el término de cuatro días hábiles para oponerse a la ejecución. Este término es ampliado a ocho días si el deudor es requerido dentro del territorio jurisdiccional pero fuera de la comuna asiento del tribunal. Si el deudor es requerido en el territorio jurisdiccional de otro tribunal de la República, la oposición podrá presentarse ante el tribunal que haya ordenado cumplir el exhorto del que conoce en el juicio o ante este último tribunal. En el primer caso, el plazo será el mismo que el establecido en el artículo 459, y en el segundo, el ejecutado tendrá el plazo de ocho días, más el aumento del término de emplazamiento de acuerdo a la tabla de que trata el artículo 259. Si, finalmente, el ejecutado es requerido fuera del territorio de la República, el plazo que tendrá para oponer excepciones será de ocho días, más los días correspondientes a lo señalado por la tabla de emplazamiento.

ejecutado no oponga excepciones, la tramitación del cuaderno ejecutivo o principal del juicio ejecutivo terminará en el instante mismo en que haya vencido el plazo para que el ejecutado las deduzca.

A diferencia del juicio ordinario, en el cual la no comparecencia del demandado dentro del término de emplazamiento sólo importa la preclusión de su facultad para contestar la demanda, en el juicio ejecutivo tal rebeldía implica el término del procedimiento. Así, si el demandado permanece inactivo y no opone excepciones dentro del plazo legal, fatal e individual, se omitirá el pronunciamiento de la sentencia definitiva y el mandamiento de ejecución y embargo hará las veces de ésta, considerándosele ejecutoriada para todos los efectos legales.

A diferencia de lo establecido en el artículo 310, el cual regula las denominadas excepciones anómalas en el juicio ordinario, tratándose del juicio ejecutivo, el ejecutado deberá hacer valer dentro del plazo todas sus defensas o excepciones, incluso las de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo⁶².

La cuestión controvertida en el juicio ejecutivo versa únicamente sobre las excepciones que opone el ejecutado, justificándose por ello que en caso de no hacerse ellas valer termine la tramitación del cuaderno ejecutivo, haciendo el mandamiento las veces de sentencia ejecutoriada. Así lo establece el artículo 472 del CPC: *“Si no se oponen excepciones, se omitirá la sentencia y bastará el mandamiento de ejecución para que el acreedor pueda perseguir la realización de los bienes embargados y el pago, de conformidad a las disposiciones del procedimiento de apremio”*.

⁶² Artículo 310 inciso 1º: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda, cuando ésta se funde en un antecedente escrito, podrán oponerse en cualquier estado de la causa; pero no se admitirán si no se alegan por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda”*.

1.1.3. El juicio sumario

El juicio sumario se caracteriza por ser un procedimiento breve y concentrado, y se considera como un procedimiento extraordinario, conforme lo establece el artículo 2 del CPC, teniendo aplicación general o especial según sea la pretensión que se haga valer⁶³.

Este procedimiento recibe aplicación del principio formativo del procedimiento de la concentración, lo que significa que todo el contradictorio y las gestiones de la conciliación obligatoria se concentran en el comparendo de discusión, por lo que todo lo que quede fuera de él no podrá hacerse valer después, salvo que se funde en una circunstancia posterior a la audiencia. En virtud de este principio, la audiencia o comparendo de discusión o conciliación deberá tratar tanto los incidentes como la cuestión principal⁶⁴.

El artículo 684 regula la situación de la rebeldía del demandado: *“En rebeldía del demandado, se recibirá a prueba la causa, o, si el actor lo solicita con fundamento plausible, se accederá provisionalmente a lo pedido en la demanda. En este segundo caso, podrá el demandado formular oposición dentro del término de cinco días, contados desde su notificación; y una vez formulada, se citará a nueva audiencia, procediéndose como se dispone en el artículo anterior, pero sin que se suspenda el cumplimiento provisional de lo decretado con esta calidad, ni se altere la condición jurídica de las partes”*.

En la medida que la audiencia se verifique sin la asistencia demandado, el tribunal deberá tener por evacuada la contestación de la demanda y por evacuado el llamado a

⁶³ De esta manera, el juicio sumario constituye un procedimiento extraordinario de aplicación general cada vez que concurren los requisitos en el inciso 1° del artículo 680 del CPC, es decir, cada vez que la acción deducida requiera, por su naturaleza, de una tramitación rápida para que sea eficaz.

⁶⁴ Artículo 690: *“Los incidentes deberán promoverse y tramitarse en la misma audiencia, conjuntamente con la cuestión principal, sin paralizar el curso de ésta. La sentencia definitiva se pronunciará sobre la acción deducida y sobre los incidentes, o sólo sobre éstos cuando sean previos o incompatibles con aquélla”*.

conciliación obligatoria en rebeldía del demandado. Luego, examinará el tribunal los autos para determinar si existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos a efecto de dictar la resolución que recibe la causa a prueba.

Existiendo la rebeldía y alegando fundamento plausible, el demandante podrá solicitar que se acceda provisionalmente a la demanda. Frente a la resolución que acoge acceder provisionalmente a la demanda, el demandado podrá optar por: a) apelar la resolución, recurso que se concederá en el solo efecto devolutivo; b) formular oposición fundada a la resolución, dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación de la resolución que accede provisionalmente a la demanda. La oposición no suspende el cumplimiento de la resolución dictada. En este caso de oposición, el tribunal cita a una nueva audiencia para el quinto día hábil luego de la última notificación. Este nuevo comparendo también es de discusión, y el demandado debe fundamentar el por qué no procedía acceder provisionalmente a la demanda. No puede defenderse en torno al fondo del asunto, ya que precluyó dicha facultad al no haber concurrido a la primera audiencia. Será por tanto, una audiencia restringida: discutir la procedencia o improcedencia de la resolución que accede provisionalmente a la demanda.

2. Análisis del Título VIII del CPC denominado “De las rebeldías”

El título VIII se encuentra establecido dentro del Libro I del CPC, relativo a las disposiciones comunes a todo procedimiento. La importancia de esta ubicación radica en que estas normas tienen aplicación general dentro de los procedimientos y asuntos que regula el mismo código en sus libros II, III y IV, salvo norma expresa en contrario. Recordemos que nuestra legislación no contempla un procedimiento especial de contumacia o rebeldía; sino que “el juicio sigue con sus trámites, gestiones y actuaciones normales, con la diferencia de que los trámites en que deba intervenir el rebelde o demandado ausente se deberán declarar extinguidos en cada oportunidad, proveyéndose en cada ocasión por el tribunal, de oficio o a petición de parte, lo que

corresponda para dar curso progresivo al procedimiento⁶⁵. Por lo tanto, estas normas que regulan la rebeldía, contenidas en el título VIII, deberán aplicarse en los demás procedimientos, siempre que no exista norma expresa en contrario.

2.1 Declaración de rebeldía del artículo 78

El artículo 78 del CPC dispone: *“Vencido un plazo judicial para la realización de un acto procesal sin que éste se haya practicado por la parte respectiva, el tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará evacuado dicho trámite en su rebeldía y proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin certificado previo del secretario”*.

En virtud de lo señalado por este artículo, entendemos que para que una facultad procesal se extinga por la rebeldía de la parte no compareciente, es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) que se haya establecido un plazo judicial para ejercer cierta facultad o llevar a cabo una obligación; b) que haya transcurrido el plazo judicial sin haberse ejercido la facultad por esta parte; c) que el tribunal, de oficio o a petición de parte, acuse la rebeldía teniendo por evacuado este trámite, proveyendo lo que convenga para la prosecución del juicio, y d) que se notifique la resolución que declara por tener evacuado el trámite en rebeldía.

A continuación haremos un análisis de los distintos presupuestos.

En primer lugar, la ley señala que se trata de un plazo judicial. La diferencia de la clasificación entre un plazo judicial y uno legal se encuentra en la fatalidad del plazo, y la posibilidad de prorrogar el mismo⁶⁶. Los plazos que establece el CPC (plazos legales) son fatales, salvo que se refieran a actuaciones propias del tribunal, como

⁶⁵ RODRIGUEZ PAPIC, Ignacio. Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía. Editorial Jurídica, Séptima Edición, p. 74.

⁶⁶ No olvidemos que en esta misma clasificación, se encuentran los plazos convencionales, fijados de común acuerdo por las partes o por aquel que debe concurrir a realizar un acto jurídico unilateral. Por ejemplo, son plazos convencionales aquellos establecidos en el procedimiento ante árbitros arbitradores.

señala el artículo 64 del CPC⁶⁷. Los plazos judiciales, por el contrario, revisten el carácter de no fatales. La fatalidad se refiere a que el plazo extingue una facultad, es decir, la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar un acto se extingue o precluye al vencimiento del plazo por el sólo ministerio de la ley y sin necesidad de dictarse resolución que declare extinguida esa facultad. Por el contrario, un plazo no fatal es aquel en que la posibilidad de ejercer un derecho o para ejecutar un acto no se extingue al vencimiento del plazo por el sólo ministerio de la ley, sino que es necesario para ello que se dicte una resolución por el tribunal, de oficio o a petición de parte, teniendo por evacuado el trámite en rebeldía de la parte.

Por lo tanto, el artículo 78 establece que mientras no sea declarada la rebeldía por el tribunal, una vez que haya transcurrido el plazo, la parte respectiva no ve extinguida su facultad procesal y puede practicar la actuación judicial. De ahí que los plazos fatales se encuentran indisolublemente vinculados a la institución de la rebeldía. Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que “cuando los términos concedidos para la práctica de actuaciones judiciales no tienen el carácter de fatales, con su solo vencimiento no se produce por el solo ministerio de la ley la caducidad del derecho para cuyo ejercicio se conceden, sino que se necesita, además, un pronunciamiento judicial que declare esa caducidad, en rebeldía de la persona que no cumplió el acto para el cual fue concedido el término”⁶⁸.

No confundamos esta declaración de rebeldía por el tribunal en determinados actos procesales, con el plazo para contestar la demanda. El término de emplazamiento es un plazo fijado por la ley, y por tanto, fatal. Si la parte demandada no contesta la demanda dentro del plazo legal, precluirá o se extinguirá su derecho por el solo

⁶⁷ La regla general es que revisten el carácter de fatales todos los plazos establecidos por el legislador en el CPC, cualquiera sean las expresiones que éste utilice y la extensión que ellos tengan. Excepcionalmente, no revisten el carácter de fatales, pese a estar contemplados en el CPC, aquellos establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal. Si el tribunal no Realía la actuación dentro del plazo, la facultad no se extingue, sin perjuicio de la sanción disciplinaria que puede imponérsele. La contraexcepción al término establecido para la realización de actuaciones propias del tribunal está en el artículo 159: “*Los tribunales sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver. Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas*”.

⁶⁸ C. Suprema, 2 de septiembre de 1905. Gaceta de los Tribunales, 1905, t. II, N° 832, p. 185. R., t. 3, sec. 1°, p. 110.

ministerio de la ley. En este caso, el tribunal procederá a declarar precluido el derecho del demandado de contestar la demanda.

Ahora bien, es necesario que concurra un acto fundamental a efecto de que la parte demandada pueda ser considerada como rebelde en el proceso y que se refiera al acto del emplazamiento. Este acto se encuentra constituido por la notificación válida y el transcurso de tiempo establecido por la ley o por el juez, sin que la parte concurra a dicho llamamiento.

Se ha señalado que la naturaleza jurídica del emplazamiento constituye un acto coercitivo para obligar al demandado a comparecer, para luego pasar a formar parte de un derecho constitucional del demandado, bajo el principio de tutela efectiva⁶⁹. También se ha caracterizado el emplazamiento como un acto de comunicación, el cual comporta una carga y al mismo tiempo una expectativa o posibilidad procesal.

Como señalamos anteriormente, los emplazamientos, citaciones y notificaciones son actos procesales, que deben cumplir con los requisitos establecidos por la ley a efecto de que tengan validez. La exigencia en el cumplimiento de estos requisitos está directamente vinculado con principios que deben operar en el proceso, entre los que destacan la bilateralidad de la audiencia y el principio contradictorio. El emplazamiento es un acto por el cual se comunica a las partes una resolución judicial, que abre un plazo para que puedan realizar dentro de él una determinada actividad procesal.

La jurisprudencia ha definido el emplazamiento como “un trámite que se funda en la necesidad social que existe en establecer que nadie puede ser obligado a comparecer o condenado por sentencia judicial si no ha sido citado a juicio como corresponde, para que tenga oportuno conocimiento de la situación que le afecta y cumplido este fin,

⁶⁹ En el derecho romano de la época preclásica se autorizaba al demandante a llamar testigos y recurrir al empleo de la fuerza, obligando al demandado a personarse. Si se obstina en no comparecer, el demandante que ejercita una acción real puede obtener la posesión de la cosa litigiosa o el patrimonio del deudor en las acciones personales. La regla primitiva era que la ausencia del demandado provocaba su condena. Ello se supera en tiempos de Justiniano. En el derecho germánico, la incomparecencia del demandado provocaba una nueva citación ante el rey y probando la regularidad de la citación primera (*mannitio*), el rey pronunciaba un “bando”, proscripción, poniendo fuera de la ley al contumaz y a sus bienes.

pierde toda importancia”⁷⁰. Como señala Claudio Díaz, “el artículo 14.3 letra b del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que toda persona tiene derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para su adecuada defensa, precepto que pese a ser una norma destinada a materia penal, se ha interpretado como plenamente aplicable a materia civil”⁷¹.

El principal efecto del transcurso del término de emplazamiento es que permite que se tenga por cumplido un trámite esencial para la validez del proceso. Así, de no cumplirse con el debido emplazamiento es posible reclamar por distintas vías, mediante la interposición de una excepción dilatoria, o bien a través de la nulidad especial del artículo 80 del CPC. Al constituirse como un elemento de la esencia del debido proceso, específicamente del principio de la bilateralidad de la audiencia, el legislador ha elevado este trámite a la categoría de diligencia esencial cuya omisión configura una causal de casación en la forma (art. 768 N°9, 795 N°1 CPC). Una vez que se haya notificado la demanda, se genera para el demandado la carga de la defensa, pudiendo en el término que señala la ley no comparecer, en cuyo caso estamos en presencia de la figura de la rebeldía o contumacia, o bien podrá reaccionar frente a la demanda, ya sea a través de la interposición de excepciones, o bien contestando derechamente la demanda, haciéndose cargo de los argumentos de hecho y derecho⁷².

En caso de transcurrir el período de tiempo y no existiendo una acción por parte del demandado, su actitud es entonces una actitud pasiva, en la cual generalmente se mantendrá inactivo, sin comparecer en el proceso.

⁷⁰ C.A. de Santiago, 24 de julio de 1991, RDJ., t. LXXXVIII, sec. 2°, pg. 79. También ha sido definida como “el llamado hecho a las partes para comparecer a un tribunal a formular su defensa” (RDJ, C.S., tomo 54, 2° parte, sec. 4°, p. 42).

⁷¹ DIAZ URIBE, Claudio. “Curso de Derecho Procesal Civil”, Tomo II, Editorial Lexis Nexis, 2006, p. 34.

⁷² El término de emplazamiento se caracteriza por ser un plazo legal, fatal, improrrogable, común, y discontinuo. El plazo se cuenta desde la notificación de la demanda y su extensión varía de acuerdo al procedimiento de que se trate. No existe un plazo de emplazamiento único, sino que varía en los diversos procedimientos.

El emplazamiento se encuentra compuesto de dos elementos, estos son la existencia de una notificación, y el transcurso del plazo para hacer valer los derechos. La notificación constituye una actuación judicial que persigue llevar al conocimiento de las partes del juicio una determinada resolución judicial, de manera que su propósito es lograr que la parte tenga un conocimiento certero del acto que debe realizar o del documento que debe conocer⁷³.

En primera instancia, si es la primera a efectuar, la notificación debe realizarse personalmente en la forma dispuesta en el artículo 40 del CPC o en alguna otra forma de notificación supletoria, de conformidad a lo establecido por el artículo 44 del mismo cuerpo legal, o bien mediante la notificación por avisos establecida en el artículo 54 del mismo código. La rebeldía en única o primera instancia “tiene un carácter particular, vale decir, se refiere a un acto, a un trámite o diligencia determinado”⁷⁴. En estos casos, la rebeldía es particular, puesto que se refiere a un acto procesal o a un trámite específico, lo cual significa que el juez deberá declarar la rebeldía en cada caso, siendo necesario que se le notifique al rebelde las resoluciones según las reglas que señala la ley⁷⁵.

En segunda instancia, es necesario distinguir la rebeldía del apelante de la del apelado. En el caso del apelante, este tiene, al interponer el recurso de apelación, un

⁷³ Notificada la demanda, se generan importantes efectos dentro del proceso: Nace la relación procesal, la cual se perfecciona con el transcurso del plazo para contestarla; Se produce el efecto de radicación, grado y extensión de la competencia; Se determinan las partes, esto es, los titulares de la pretensión y contra pretensión a quienes afectará la sentencia; Se da origen a una carga procesal, cual es la de contestar la demanda; Dentro del ámbito civil, una vez notificada la demanda, puede pagarse por consignación (artículo 1608 inciso final del Código Civil); Se interrumpe tanto la prescripción adquisitiva como extintiva; El demandante no puede retirar la demanda por simple voluntad, sino que deberá desistirse de la misma; Constituye en mora al deudor; Torna litigiosos los derechos.

⁷⁴ ANABALON SANDERSON, Carlos, Tratado práctico de Derecho Procesal Civil chileno, p. 109.

⁷⁵ En primera instancia, al demandante se le debe notificar la resolución recaída en la demanda siempre por estado diario, conforme lo establecido por el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil. Al demandado se le debe notificar personalmente cuando se trate de la primera gestión recaída en juicio, y por el estado diario, en caso de que no sea la primera gestión, como es el caso de las medidas prejudiciales. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal puede disponer la notificación personal de la resolución recaída en la demanda, aun cuando no estemos ante una primera gestión realizada en juicio.

plazo de cinco días para seguir el recurso desde que se reciban los autos en la secretaría del tribunal de segunda instancia. Si no comparece, el tribunal de oficio o a petición de parte, declarará desierto el recurso previa certificación que el secretario deberá efectuar de oficio, conforme lo establece el artículo 201, inciso 1° del CPC. La jurisprudencia ha estimado que “Para declarar la deserción de un recurso de apelación, basta que el secretario, a petición del apelado, certifique la no comparecencia del apelante dentro del plazo legal y debe el tribunal resolver con sólo el merito de ese certificado”⁷⁶. Esta resolución se notificará al apelante por el estado diario, ya que esa es la regla general en segunda instancia. Sin embargo, dicho artículo tiene una particularidad, cual es que establece que *“La resolución que declare la deserción por la no comparecencia del apelante producirá sus efectos respecto de éste desde que se dicte y sin necesidad de notificación”*. Esto claramente constituye una excepción a la regla contenida en el artículo 38 del mismo cuerpo legal, en cuya virtud las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de la notificación hecha conforme a la ley. Finalmente, la jurisprudencia ha establecido que *“declarada desierta una apelación, la sentencia de primer grado queda ejecutoriada en todo lo que empece a la parte cuyo recurso quedó desierto”*⁷⁷.

Por el contrario, si no comparece el apelado, se seguirá el recurso en su rebeldía por el sólo ministerio de la ley, y no será necesario notificarle las resoluciones que se dicten, las cuales producirán sus efectos respecto del apelado rebelde desde que se pronuncien. Conforme a lo establecido por el artículo 202, *“Si no comparece el apelado, se seguirá el recurso en su rebeldía por el solo ministerio de la ley y no será necesario notificarle las resoluciones que se dicten, las cuales producirán sus efectos respecto del apelado rebelde desde que se pronuncien. El rebelde podrá comparecer en cualquier estado del recurso, representado por el procurador del número”*. En segunda instancia se produce el “estado de rebeldía”, generándose una verdadera sanción para el apelado rebelde que consiste en que no se le notificará ninguna resolución que se dicte.

⁷⁶ C. Suprema, 28 de julio de 1909. RDJ., t. 7, sec. 1°, p. 151.

⁷⁷ C. Temuco, 26 de noviembre de 1968. Gaceta de los Tribunales, 1903, 2° sem., N° 2.285, p. 1106.

El emplazamiento en segunda instancia constituye también un trámite esencial para la validez del procedimiento, conforme a lo establecido por el artículo 800 N°1 del CPC, por lo que su omisión posibilita la interposición de la casación en la forma respecto de la resolución pronunciada en segunda instancia.

Por otro lado, la falta de personación del demandado dentro del término concedido por la ley constituye el segundo requisito para que se origine la rebeldía. Una vez que se realiza el acto de comunicación respectivo en forma válida y legal a alguna de las partes, ella tiene la carga procesal, y no una obligación, de contestar la demanda dentro del plazo que señala la ley para cada caso concreto, o de realizar la actuación de parte que le corresponda.

En el juicio ordinario, el plazo para comparecer a contestar la demanda es de 15 días si la persona que se desea notificar tiene como domicilio alguno ubicado dentro de la comuna que sirve de asiento al tribunal. Dicho plazo se aumenta en 3 días en la medida que la persona se encuentre domiciliada fuera de la comuna de asiento del tribunal, pero dentro de su territorio jurisdiccional. Por último, si la persona tiene como domicilio un lugar fuera del territorio jurisdiccional del tribunal, el plazo será de 18 días, más lo que establezca la tabla de emplazamiento confeccionada por la Corte Suprema.

Cuando se trata de la interposición de un recurso de apelación, las partes tendrán un plazo de cinco días para comparecer ante el tribunal superior a seguir el recurso interpuesto desde que se reciban los autos en la secretaría del tribunal de segunda instancia, conforme lo señalado por el artículo 200 del CPC⁷⁸. Este plazo se puede aumentar de la misma manera que el de emplazamiento para contestar demandas cuando el tribunal de alzada funciona en una comuna distinta a la del tribunal que remite los autos.

⁷⁸ La jurisprudencia ha señalado que “el plazo que tienen las partes para comparecer ante el tribunal de alzada se cuenta desde el ingreso de los autos a la secretaría y no desde la fecha de la primera providencia”. C. Suprema, 9 de diciembre de 1903. RDJ., t. 1, sec. 1°, p. 102.

Se encuentra en rebeldía así quien, frente a la carga impuesta por el juez o la ley, y transcurrido los plazos respectivos, no se apersona a dicho llamado, o bien no realiza una diligencia, o no deduce un derecho que dentro de dicho plazo hubiera debido practicar.

La rebeldía se puede producir en cualquier instante del juicio, no sólo en el emplazamiento para contestar la demanda. Es por ello que el artículo 78 habla de la realización de un acto procesal. En este caso, el tribunal declarará evacuado el trámite, ya sea de oficio o a petición de parte. Con anterioridad, el juez declaraba evacuado el trámite de oficio sólo en los casos establecidos en la ley⁷⁹. Luego de ello, el juez dictará la providencia necesaria para la continuación del proceso.

La preclusión de la facultad de contestar la demanda produce el efecto de que se dará por evacuado el trámite de la contestación. Como hemos señalado, ello no significa que el demandado acepta los términos de la demanda, sino que produce la contestación ficta de la misma. Por lo tanto, se entiende que “el demandado ha negado todos los supuestos de hecho y de derecho en que se fundamenta la pretensión hecha valer por el actor en su demanda, y consecuentemente recaerá en plenitud en el demandante soportar la carga de la prueba durante el proceso”⁸⁰. Esto es ratificado por una sentencia que señala que “el silencio del demandado rebelde no supone acatamiento, salvo disposición expresa que así lo ordene, correspondiendo que el actor pruebe los fundamentos de su pretensión”⁸¹. Otra sentencia dispuso que “la rebeldía del demandado no implica la aceptación por éste de los hechos expuestos en aquélla. En derecho no procede la aceptación tácita de la demanda”⁸².

⁷⁹ En la sesión del 1 de diciembre de 1900, en la Comisión Mixta de Senadores y Diputados, el diputado Enrique Richard señaló que “el juez de oficio no debe dar por evacuados los trámites del pleito en rebeldía de las partes sino a petición de ellas; no solo porque este procedimiento guarda más conformidad con las funciones propias de su cargo, sino porque puede ocurrir el caso en que por acuerdo de los abogados o de las partes se retarde la presentación de un escrito i no obstante podría el juez declarar rebelde a un litigante que procede así autorizado espresamente por su contendor”. En URRUTIA, Leopoldo, Actas de la Comisión Mista de Senadores y Diputados.

⁸⁰ PÁPIC RODRÍGUEZ, Ignacio. ob. Cit., p. 75.

⁸¹ C.A. de Santiago, 27 de noviembre de 1997, RDJ, t. XCIV, 1997, sec. 2°, p. 147.

⁸² C. Suprema, 30 de agosto de 1920. Gaceta de los Tribunales, 1920, 2° sem., N° 23, p. 97.

2.2 Derechos del rebelde

Sin entrar a emitir aún un juicio de valor respecto de la situación del rebelde y de la tutela de sus derechos, conforme a si nos parece adecuado o inadecuado el tratamiento que contempla el Código de Procedimiento Civil, creemos necesario hacer una referencia a los derechos o garantías que le competen a esta parte en el proceso civil.

Hemos dicho que la figura del rebelde puede ser adoptada tanto como demandante como demandado, pero que sin embargo nos hemos avocado a la tarea de desarrollar la pasividad en este último. La distinción entre ambas partes se hace notoria en el proceso cuando se trata de la interposición y ejecución de un recurso de apelación. Como sabemos, la apelación contempla la rebeldía del apelante en el sentido de su deserción, mientras que otorga un tratamiento diferenciado al apelado. Sabemos además que la ley distingue entre el procedimiento seguido en primera y segunda instancia.

Pues bien, situándonos en la rebeldía en primera instancia, y reiterando que nuestro proceso civil no contempla un procedimiento particular en rebeldía, el principal efecto será aquél de la continuación de la tramitación del proceso en ausencia del demandado rebelde. Como ha señalado la jurisprudencia, “el objeto de la rebeldía es únicamente dar por evacuado el trámite a cuyo respecto se pide y proveer lo conveniente a la prosecución del procedimiento, sin perjuicio de la facultad del rebelde de incorporarse con posterioridad al juicio según proceda de derecho”⁸³. Una vez efectuado el emplazamiento, y no habiendo contestado el rebelde la demanda, el proceso continuará su transcurso, con lo cual, habiendo hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, el juez recibirá la causa a prueba, luego de lo cual fallará conforme a los antecedentes recabados.

⁸³ C. Suprema, 12 de agosto de 1910. RDJ., t. 8, sec. 1º, p. 294.

Producido entonces este emplazamiento, y de conformidad a lo señalado en el artículo 78, la rebeldía se deberá decretar por el juez en cada caso en que se necesite de la realización de una actuación procesal. Es importante reiterar que la rebeldía no sólo se da en la falta a contestar la demanda, sino que es una situación que se puede presentar en cualquier estado del juicio, para ambas partes, produciéndose por regla general, el efecto de la preclusión, el cual imposibilita a las partes realizar la actuación judicial que debieron hacer dentro de plazo. Para ello, el juez deberá disponer mediante una resolución, que ha vencido el plazo, proveyendo lo que convenga para la prosecución del juicio.

No nos olvidemos que el artículo 78 se pone en la situación del plazo judicial, y que todos los plazos legales son fatales, como lo es el plazo para contestar la demanda.

Por lo tanto, en primera instancia, no habiéndose personificado en el pleito dentro del término de emplazamiento, precluirá el derecho del demandado de contestar la demanda. Posteriormente, y para la realización de los continuos actos judiciales que forman el proceso, el juez deberá decretar la situación de rebeldía al finalizar cada plazo judicial, con lo que se forma la denominada rebeldía particular, puesto que el demandado que falta a la contestación de la demanda, lo será para ese trámite en particular, y no se producirá una rebeldía general, que lo considere así durante la continuación del juicio.

Ahora bien, durante la continuación de este proceso, el rebelde se podrá personificar en cualquier estado del proceso, pero para esta situación la ley contempla una limitación especial: en primera instancia, deberá respetar todo cuanto se ha obrado con anterioridad. Por tanto, la ley contempla la posibilidad de que el demandado rebelde comparezca en el juicio, no se le castiga en ese sentido, pero sí se le limita a que respete lo que se haya obrado con anterioridad.

Sin embargo, y como señalaremos posteriormente al tratar los incidentes de nulidad, en caso de que el rebelde no comparezca al juicio por un motivo que no le sea imputable, cual es el caso fortuito o fuerza mayor contemplado en el artículo 79, o bien

a causa de un vicio procesal que acarrea la nulidad, contemplado en el artículo 80, la parte rebelde podrá siempre solicitar la rescisión de lo obrado. En este caso, deberá ofrecer la prueba necesaria que acredite que ha estado imposibilitado de comparecer, si se trata del primer incidente, o bien ofreciendo acreditar que han dejado de llegar a sus manos las copias pertinentes, por un hecho que no le sea imputable.

Estos incidentes forman la base de los derechos de la figura del rebelde, con lo cual nuestro sistema contempla una justa posición al presentar la posibilidad de quien no ha concurrido al juicio por un hecho que no sea imputable a él, similar al caso de la rebeldía involuntaria contemplada en la legislación española. Creemos que estas garantías aseguran la igualdad de las partes, y específicamente la bilateralidad de la audiencia, en todos los procedimientos.

En segunda instancia, la situación del rebelde varía. Hemos hecho previamente la distinción entre apelante y apelado, por lo que reiteraremos brevemente las consecuencias de la rebeldía en ambas partes.

En primer lugar, habiendo el tribunal *a quo* acogido el recurso de apelación, deberá el apelante, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la notificación de dicha resolución, depositar en la secretaría la cantidad de dinero que el secretario estime necesaria para cubrir el valor de las fotocopias. De no realizarse esto, la sanción que contempla el legislador es que se le tendrá por desistido del recurso, sin más trámite⁸⁴.

Apoyamos la opinión de quienes sostienen que la sanción en este caso debiese ser la deserción, toda vez que el desistimiento es un modo de poner término a los recursos por la falta de cumplimiento con un trámite legal. Por el contrario, el desistimiento se refiere a la renuncia.

Una vez ingresado los antecedentes en la secretaría de la Corte de Apelaciones respectiva, y habiendo éste otorgado el certificado de ingreso, las partes tendrán el

⁸⁴ Artículo 174, inciso 4º: “*Si el apelante no da cumplimiento a esta obligación, se le tendrá pro desistido del recurso, sin más trámite*”.

plazo de cinco días para comparecer ante él a efecto de seguir el recurso interpuesto. La sanción que contempla el legislador ante la falta de esta comparecencia, es la deserción del recurso. Así, señala el artículo 201 inciso 1º que *“si el apelante no comparece dentro de plazo, deberá declarar su deserción previa certificación que el secretario deberá efectuar de oficio. La parte apelada, en todo caso, podrá solicitar la declaración pertinente, verbalmente o por escrito”*. Como se aprecia, la deserción podrá ser solicitada por la parte apelada, o bien declarada de oficio por el tribunal. La declaración de la deserción del recurso produce sus efectos desde que se dicta, sin necesidad de notificación.

En segunda instancia, no es necesario que se decrete la rebeldía, a diferencia de lo que ocurre en primera instancia, respecto de las resoluciones que no se realicen dentro de un plazo judicial. La ley contempla la posibilidad de que el rebelde comparezca en segunda instancia, pero con una limitación: pierde su derecho a comparecer personalmente, debiendo hacerlo representado por el procurador del número, o por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

No olvidemos que en segunda instancia también es posible para el rebelde interponer los incidentes de nulidad contemplados en el Título VIII del Libro I del CPC. De hecho, el incidente de nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento se podrá interponer incluso después de haberse dictado la sentencia ejecutoriada en la causa.

Como señalamos anteriormente, la nulidad es una de las sanciones de ineficacia contempladas en el ordenamiento jurídico que afecta al acto jurídico procesal ineficaz. Un acto es ineficaz cuando no genera sus efectos propios, lo cual ocurre cuando no se ajusta a todos los requisitos legales. La nulidad como ineficacia del acto jurídico procesal se produce cuando se incumplen ciertos requisitos de validez⁸⁵.

⁸⁵ Las principales características de la nulidad son las siguientes: a) es autónoma en su naturaleza, en sus consecuencias y en su configuración jurídica, ya que se rige por normas especiales, siendo la jurisprudencia la que ha asentado una teoría de la nulidad principalmente a propósito de los fallos del recurso de casación en la forma y del incidente del artículo 84 del CPC; b) no es clasificable, ya que no es absoluta ni relativa; c) requiere de alguna causal, ya sea genérica (situación del artículo 84 y 768 N° 9 del

Finalmente, la nulidad procesal se puede hacer valer por diversos medios. Los medios directos son aquellos que atacan directamente el acto que se pretende invalidar. Estos son la declaración de nulidad de oficio por el tribunal (84), la casación en la forma de oficio por el tribunal (776), la casación en el fondo de oficio (785), el incidente de nulidad, las excepciones dilatorias, el recurso de casación en la forma; el recurso de casación en el fondo y el recurso de revisión. Los medios indirectos son aquellos que sin perseguir directamente la nulidad, pretenden que ella sea declarada. Son el recurso de reposición, apelación y queja.

2.3. Incidente de rescisión de lo obrado del artículo 79

El artículo 79 dispone que *“Podrá un litigante pedir la rescisión de lo que se haya obrado en el juicio en rebeldía suya, ofreciendo probar que ha estado impedido por fuerza mayor.*

Este derecho sólo podrá reclamarse dentro de tres días, contados desde que cesó el impedimento y pudo hacerse valer ante el tribunal que conoce del negocio”.

Este artículo se sitúa en la hipótesis de que alguna de las partes (tanto demandante como demandado) sufra algún impedimento calificado como fuerza mayor. El artículo 45 del Código Civil señala que *“se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.*

El artículo procesal alude a la hipótesis de la fuerza mayor, mientras que el artículo 45 del Código Civil trata conjuntamente los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor”. A

CPC) o específica (situación del artículo 768 N°1 a 8, y 79 y 80 del CPC); c) requiere ser declarada judicialmente, dado que mientras ello no ocurra, el acto producirá sus efectos; d) se aplica sólo a los actos jurídicos procesales realizados dentro del proceso; e) genera la ineficacia del acto viciado, lo cual corresponde a la nulidad propia, y en ciertos casos, la de sus actos posteriores, lo que se conoce como nulidad extensiva o derivada (situación que ocurre con la falta de emplazamiento); f) es saneable; y g) sólo procede ser declarada cuando el vicio que la genera causa perjuicio, esto es el principio de la trascendencia o protección.

este respecto, la doctrina es unánime en señalar que nuestro Código Civil utiliza indistintamente dichos términos, considerándolos equivalentes y atribuyéndoles la misma naturaleza y efectos. Cierta doctrina se esfuerza en atribuirles caracteres distintos, señalando que el caso fortuito proviene de un hecho de la naturaleza (como un terremoto), mientras que la fuerza mayor lo hace del hombre (como un acto de autoridad). Sin embargo, no existe importancia práctica en esta distinción ni criterios definidos para realizarla.

La imprevisibilidad es elemento típico en las hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor. Esto implica que, dentro de los cálculos ordinarios de un hombre, como es el estándar del buen padre de familia, no era dable que éste esperase su ocurrencia o le fue imposible conocerlo con anticipación. Se trata de acontecimientos poco frecuentes, que sobrevienen por excepción. Será entonces imprevisible, todo suceso extraordinario que supere esas precauciones debidas a una cierta diligencia y cuidado mínimos.

Un segundo elemento se compone por la irresistibilidad. Este elemento implica que el hecho debe impedir a la persona, bajo todo respecto o circunstancia, absoluta y totalmente, poder cumplir con su obligación, puesto que le ha sido imposible evitar la concurrencia y consecuencias del hecho, y siguiendo el estándar del buen padre de familia, nadie en las mismas circunstancias habría podido impedirlo.

Así, el artículo 79 del CPC se ubica en la situación que a la parte “deudora” (en sentido amplio), ya sea demandante o demandada, que se ve en la necesidad o en la obligación de realizar un acto jurídico procesal, le es imposible cumplir con dicha carga, a causa de que ha ocurrido un imprevisto imposible de resistir, podrá solicitar la rescisión de lo que se haya obrado en el juicio en rebeldía suya. Del precepto se infiere que la notificación ha sido realizada en forma correcta y en cumplimiento con los requisitos legales, por lo que no estamos ante la situación de un vicio procesal, sino que se trata de una circunstancia ajena al proceso que impide al demandado hacer uso de su derecho de defensa.

Ahora bien, el artículo dispone que el derecho a ejercer esta posibilidad de rescisión deberá reclamarse dentro de los tres días desde que cesó el impedimento, y pudo hacerse valer ante el tribunal que conoce del asunto. Para ello, deberá ofrecer probar que su falta de comparecencia o actuación ha surgido por fuerza mayor. Así lo ha sostenido la jurisprudencia al establecer que “es de cargo del que propone un incidente de nulidad de lo obrado en juicio en su rebeldía probar el caso fortuito que alega, como causa del impedimento que ha tenido para no concurrir a una diligencia del juicio”⁸⁶. Esto lo complementa el artículo 1547 inciso 3° del Código Civil, que dispone que “*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega*”. Es decir, el peso de la prueba recae sobre el litigante que alega la nulidad.

2.4. Incidente de rescisión de lo obrado del artículo 80

A diferencia del incidente anterior, este artículo se sitúa en la hipótesis de que la rebeldía se produzca como consecuencia de la existencia de un vicio procesal. Señala el artículo 80: “*Si al litigante rebelde no se le ha hecho saber en persona ninguna de las providencias libradas en el juicio, podrá pedir la rescisión de lo obrado, ofreciendo acreditar que, por un hecho que no le sea imputable, han dejado de llegar a sus manos las copias a que se refieren los artículos 40 y 44, o que ellas no son exactas en su parte substancial. Este derecho no podrá reclamarse sino dentro de cinco días, contados desde que aparezca o se acredite que el litigante tuvo conocimiento personal del juicio*”.

Este artículo se vincula estrechamente con el emplazamiento como trámite esencial para la validez del proceso. Recordemos que la falta de emplazamiento origina la reclamación por distintas vías, a saber, mediante la interposición de una excepción dilatoria, por su reclamación en el recurso de casación, y por el incidente de nulidad. Al efecto, la jurisprudencia ha señalado que “el artículo 80 es una aplicación del principio básico en materia procesal de que sin emplazamiento válido de las partes no hay

⁸⁶ C.A. de Concepción, 16 de diciembre de 1966, RDJ, t. LXIII, sec. 1°, p. 172.

juicio, y en manera alguna puede interpretarse como una disposición excepcional en virtud de la cual sólo la falta de emplazamiento en los casos de los artículos 40 y 44 importaría un vicio susceptible de producir nulidad procesal por falta de emplazamiento”⁸⁷.

El artículo 80 se refiere a dos supuestos que afectan el conocimiento de la parte de la providencia librada en el juicio, por un hecho inimputable a la misma: a) no se le ha hecho llegar las copias a que se refieren los artículos 40 y 44, o b) dichas copias no son exactas en su parte substancial. Como sabemos, el artículo 40 se refiere a la notificación personal en persona, cuyo artículo señala: *“En toda gestión judicial, la primera notificación a las partes o personas a quienes hayan de afectar sus resultados, deberá hacerseles personalmente, entregándoles copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que haya recaído cuando sea escrita”*. A su vez, el artículo 44 se refiere a la notificación personal subsidiaria, aquella que ocurre cuando, intentando el ministro de fe realizar la notificación del artículo 40, ésta no se verifica por no haberse encontrado a la persona en su habitación o en el lugar donde habitualmente ejerce su profesión, industria o empleo en dos días distintos.

Ahora bien, la jurisprudencia ha estimado que estos dos artículos han sido señalados por el legislador manera ejemplificativa, por lo que han extendido la posibilidad de ejercer dicho incidente a todos aquellos casos en que la parte litigante se ha transformado en rebelde a causa de esta situación.

El incidente de nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento tiene una particularidad muy especial. Como regla general, los incidentes se pueden interponer desde que existe juicio, hasta la dictación de la sentencia definitiva o interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su continuación, ejecutoriada en la causa principal, según lo establecido en el artículo 234, inciso final. Sin embargo, este incidente especial puede hacerse valer incluso después de haberse dictado la

⁸⁷C. Santiago, 2 de junio de 1945. RDJ., t. 42, sec. 2º, p. 27

sentencia ejecutoriada en la causa, y además en el proceso de cumplimiento incidental de la sentencia.

Finalmente, podemos señalar que la rebeldía del demandado constituye un requisito esencial para solicitar la nulidad procesal. Así, la jurisprudencia ha señalado que “para que pueda anularse todo lo obrado en virtud de las prescripciones del artículo 80 del Código de Procedimiento Civil, es menester que el litigante que solicita la nulidad por falta de emplazamiento sea rebelde. Si en la especie, en un expediente extraviado había mediado una notificación personal de la demandada, dicha parte no puede alegar la nulidad de todo lo obrado en el expediente reconstituido, más aún habiéndose dictado sentencia definitiva en él”⁸⁸.

⁸⁸ C. Suprema, 22 de agosto de 1950. RDJ., t. 47, sec. 1º, p. 355.

CAPITULO V
NUEVO PROCEDIMIENTO CIVIL

1. Sistema procesal civil actual: necesidad de una reforma

El modelo actual de procedimiento civil data del año 1903 y no fueron pocos los aspectos del mismo que llevaron a reflexionar sobre su reforma.

Procesos de lato conocimiento que podían durar años, la absoluta pasividad del juez en la instrucción del proceso y en la producción de prueba, la existencia de un sistema de recursos mal delimitado en cuanto a su objeto y procedimientos de ejecución ineficaces y totalmente judicializados, entre otras cosas, convirtieron al procedimiento civil en un mecanismo inocuo para la adecuada resolución de conflictos y en un sistema cada vez mas alejado de los modelos imperantes en las sociedades europeas, donde el proceso civil ha alcanzado un nivel de desarrollo tanto a nivel dogmático como jurisprudencial que le ha dado mayor operatividad para atender a las necesidades de la sociedad.

A propósito de la lata extensión de los procesos civiles en Chile, uno de los redactores del Anteproyecto, don Raúl Núñez Ojeda señalaba que “no es posible aceptar un juicio que vulnere la 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 justicia denegada, lo que conlleva desconocer en definitiva los derechos de las personas, al no lograr impartir frente a su violación, una justicia pronta y eficaz.”⁸⁹

⁸⁹ NUÑEZ OJEDA, Raúl. Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo. Revista actualidad jurídica N°17- Enero 2008. Universidad del Desarrollo. p.31.

Así las cosas, puntos importantes del sistema actual que fueron objeto de debate se refieren fundamentalmente a:

i) Un procedimiento escrito, atentatorio del principio de la concentración y que se presenta como un obstáculo al principio de inmediación procesal. Un sistema diseñado sobre la presentación de escritos genera problemas principalmente en lo que se refiere a la actividad de prueba, toda vez que impide un contacto directo y frontal del juez con las partes y los medios de prueba por ellas presentados. En un sistema escriturado el juez debe resignarse “escarbando” entre los generalmente numerosos escritos acumulados en el “sagrado” expediente, donde –añadidas– figuran las actas en las cuales se recogen las pruebas rendidas ante otros sujetos delegados. Con este esquema de trabajo el juez chileno acostumbra a fallar sólo leyendo el expediente que se pone a su disposición. Este sistema transforma al juez actual en un juez “lector”.

ii) Un segundo tema, por supuesto, es el de la lentitud con que se desarrolla actualmente parte importante de los procesos, lo que ha convertido al sistema de justicia civil en un sistema ineficiente e ineficaz para dar una respuesta a las solicitudes de tutela de un persona que se afirma titular de un derecho subjetivo o interés jurídico privado.

iii) En tercer lugar, la posición que asume el juez dentro del proceso, lo que lo transforma en un mero árbitro de la discusión suscitada entre las partes. En efecto, si bien, son las partes las que, en virtud del principio dispositivo, deciden o no dar inicio al juicio y son estas, a su vez, quiénes determinan su objeto, la figura del juez por su parte, no puede reducirse a la de un mero espectador, ya que éste debe necesariamente influir para que estas planteen peticiones *claras y conducentes* dentro del proceso. Al encontrarnos frente a un juez que cuenta con poderes limitados de instrucción, ya sea en la dirección del proceso, ya en materia probatoria, se produce un desajuste en el procedimiento que éste debe realizar para efectos de determinar tanto los presupuestos fácticos que componen la litis, cuanto de la comprobación de los mismos para efectos de arribar a una sentencia

racional y justa. Si bien existen reticencias al respecto, toda vez que siempre se ha mirado con malos ojos el otorgamiento de mayores poderes al juez, ya que en un primer momento ello se relaciona con la idea de parcialidad e incluso de un juez “autoritario o inquisitivo”, lo cierto es que la organización de un proceso contemporáneo no puede, o mas bien no debe, extender el poder de disposición que las partes tienen sobre la relación jurídica material privada, sobre la relación jurídica procesal, pues ello no sólo carece de fundamento dogmático en la naturaleza del derecho material que debe aplicarse, sino que es inconsecuente con la concepción dogmática del proceso como relación jurídica de derecho público⁹⁰.

La verdad es que podríamos seguir con la enumeración de aspectos sobre los cuales se suscitó discusión (juicio ejecutivo, medidas cautelares, sistema recursivo, etc), pero creemos que los temas enumerados, en primer lugar, son temas íntimamente ligados entre sí y además constituyen los temas medulares de un proceso civil. Además, sólo queremos hacer una breve reseña al movimiento de reforma y a los aspectos que motivaron su nacimiento, pero en ningún caso abordarlo en su totalidad pues ello escapa a los fines de este trabajo y en lo que a la rebeldía se refiere, tema, en todo caso que también fue objeto de discusión en el foro, tal como veremos mas adelante.

2. Sobre el proyecto del Código Procesal Civil

El Proyecto del Código Procesal Civil ha sido el resultado de un trabajo que comenzó el año 2004, con la suscripción de un convenio marco entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Ministerio de Justicia, en cuya virtud se estableció una comisión conformada por profesores de derecho procesal y abogados asesores del Ministerio de Justicia para la elaboración de unas Bases para un nuevo sistema procesal civil en Chile. Del trabajo de la Comisión resultó un texto denominado “Propuestas de bases para redactar un nuevo Código Procesal Civil para la República

⁹⁰ BÜLOW, O. La teoría de las excepciones y de los presupuestos procesales. Trad. Rosa Lichtschein, Buenos Aires, 1964, pp. 287-302.

de Chile”, el cual, junto con otro texto elaborado por el Departamento de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y después de una larga discusión en el foro, dio lugar a las bases para un nuevo sistema de justicia civil. Estas, por su parte, una vez aprobadas, fueron entregadas para el desarrollo de un borrador del articulado del Nuevo Código Procesal Civil.

Fruto de dicho trabajo, a fines del año 2006 ya se contaba con el texto de un Anteproyecto, el cual sirvió de base para la discusión que, en el mes de Marzo de 2007 dio inicio al Foro Procesal Civil y que culminó a principios del año 2009, con el Proyecto definitivo de un Código Procesal Civil.

Los principios sobre los cuáles se estructuró el nuevo sistema de justicia civil para Chile, fueron fundamentalmente los siguientes:⁹¹

i) Principio dispositivo, en virtud de cuál dependerá de las partes la iniciación del proceso, así como la determinación de su objeto. Sin embargo, este principio no habrá de entenderse de manera ilimitada, sino que ha de reconocer sus fronteras en el derecho material, el impulso que tiene el juez en la dirección del proceso y deber del mismo en el esclarecimiento de los hechos al instar a las partes planteen peticiones claras.

ii) Principio de aportación de parte, en cuya virtud son estas las que tienen no sólo la carga de la prueba sino también el deber instar por la producción de la misma. Este principio, al igual que el anterior, reconoce⁹² ciertos límites, entre los cuáles reviste especial importancia el deber de esclarecimiento de los hechos que tiene el

⁹¹ Sobre esta materia consideramos interesante la propuesta que, mientras se discutía en Anteproyecto, formuló el profesor Raúl Núñez Ojeda (NUÑEZ OJEDA, Raúl. Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al fin del mundo. Revista actualidad jurídica N° 17 - Enero 2008. Universidad del Desarrollo. p. 29-47) y que, en parte, se vio plasmada en el Proyecto que se tramita en la actualidad. Su trabajo nos ha servido de guía para analizarlo a la luz de los principios que informan el derecho procesal y para permitirnos hacer los reparos, que con respeto y humildad formulamos.

⁹² Sobre la materia (es decir, poder de esclarecimiento del juez) y la concepción de verdad como correspondencia como finalidad del proceso y corolario a dichos poderes ver Núñez Ojeda, Raúl. “El sistema de recursos procesales en un sistema democrático deliberativo”.

tribunal y las posibilidades que se conceden al mismo de realizar exámenes de oficio acerca de los presupuestos de existencia y validez del proceso.

iii) Principio de la oralidad, es decir, de un procedimiento basado en el sistema de audiencias, que permita una intermediación efectiva del juez de la causa, especialmente en lo que se refiere a la práctica de la prueba, y que traiga aparejado junto con los principio de continuidad e intermediación, una reducción en la duración de los procesos.

iv) Juez activo, esto es, la figura de un juez que esté en contacto directo con el juicio, las partes y la práctica de diligencias probatorias. Pasar de la figura de un juez “lector”⁹³ a un juez que sea director del juicio. Tal como se señalara en el mensaje mediante el cual se daba inicio a la tramitación del Proyecto de ley para aprobar el nuevo Código Procesal Civil, mensaje 398-357, el rol que juega el juez en este procedimiento es, sin lugar a duda, un rol activo, ya que no es concebible un procedimiento oral eficiente, en la resolución de un conflicto privado, sin la acción potente del juzgador que asuma directamente el rol de dirección del proceso y represente al órgano público frente a la acción de las partes.

v) En último lugar, un principio que no puede faltar dice relación con el derecho a ser oído y que apunta al derecho que tiene toda persona a manifestarse antes que se dicte una resolución judicial que pueda afectar sus intereses.

Llama la atención de entre todos los aspectos enumerados toda vez que constituye una novedad y por que no decirlo, un punto de inflexión con el actual Código de Procedimiento Civil, aquella que se refiere al reconocimiento de una función mas activa del juez dentro del proceso, y al otorgamiento de mayores poderes al mismo⁹⁴. El juez

⁹³ Sobre la materia consultar. PALOMO VELEZ, Diego. “Proceso oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”. Revista de Derecho (Valdivia), vol. XVIII - Nº 1 - Julio 2005, Pp. 171-197.

⁹⁴ Sobre esta materia hemos de ser cautelosos toda vez que el “alcance” de dichos poderes a sido objeto de discusión en doctrina y no existe una posición unánime sobre el tema.

pasa de ser un mero espectador, un mero árbitro de la discusión entre los litigantes, a un juez director.

Es en el artículo 18 del Proyecto, esto es, aquel que se refiere a las “Facultades del Juez”, del donde se ha cristalizado esta nueva tendencia. Entre las facultades que dan cuenta de esto podemos enumerar la de rechazar *in limine* la demanda cuando fuere *manifiestamente infundada, cuando manifiestamente carezca de los requisitos formales exigidos por la ley para la existencia, validez o eficacia del proceso o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido* (Nº1); la de ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes en la oportunidad establecida en la ley (Nº4) y de disponer, *en cualquier momento durante la audiencia de juicio, la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito* (Nº5).

El artículo 296 del Proyecto también da cuenta de ello al facultar al tribunal para que inspeccione personas, lugares o cosas, *“con la finalidad de esclarecer hechos que interesen a la decisión del proceso, luego de rendidas las demás pruebas en la audiencia de juicio, diligencia que, en todo caso podrá ser decretada por el tribunal, sólo hasta antes de haber terminado la Audiencia de juicio.”*

2.1 Breve reseña al nuevo procedimiento

En este apartado no queremos más que hacer una breve reseña a los procedimientos que regula el nuevo Código Procesal Civil, y al nuevo sistema de recursos que se pretende implementar. No nos interesa dar una explicación pormenorizada de cada uno de ellos; más bien lo que pretendemos es que el lector cuente con los datos más importantes de cada uno de los procedimientos para que sea capaz de contextualizar las normas que sobre la rebeldía se encuentran dentro del texto del Proyecto.

Así las cosas, en lo que a los procedimientos declarativos se refiere, el Libro Segundo del nuevo Código, reconoce la existencia de dos procedimientos, a saber, el procedimiento ordinario y el sumario.

El procedimiento ordinario se presenta como un procedimiento simple, que se inicia con un período de discusión escrito (demanda, contestación de la misma y demanda reconventional si la hubiere), seguido por la celebración de una audiencia preeliminar, que tiene por objeto principal llamar a las partes a conciliación, fijar el objeto del litigio, recibir la causa a prueba y determinar finalmente las pruebas con las que habrán de probarse dichos hechos, excluyendo aquellas que *fueren manifiestamente impertinentes o inidóneas, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, aquellas que resulten sobreabundantes, y las que hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales*. Dicha audiencia terminará con la fijación de un día para la celebración de la audiencia de juicio, la que tendrá por objeto la rendición de toda la prueba que se hubiere determinado en la audiencia preeliminar y que terminará, por regla general, con la dictación de sentencia.

La prueba se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica, salvo que se contemple expresamente una regla de apreciación diversa, y la carga de la prueba corresponderá a la parte a quien beneficie la aplicación de la norma jurídica cuyos fundamentos de hecho han de probarse, salvo disposición legal expresa. Asimismo el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a *la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio*, lo cual habrá de comunicarse a la parte correspondiente con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba que disponga en su poder.

En lo que al juicio sumario se refiere, este se concentrará, previa demanda escrita y contestación también escrita de la misma, en una sola audiencia, donde una vez llevados a cabo los mismos trámites contemplados para la audiencia preeliminar y de juicio en el procedimiento ordinario, se resolverá el conflicto.

Se trata de una regulación similar a la que existe actualmente respecto de este juicio, pero con la implementación de ciertas normas que lo hacen más eficiente y rápido.

En materia de recursos, se presenta un sistema que simplifica de manera notable el régimen actual, dotándolo de características que hacen operativos los principios de concentración, intermediación y oralidad de las actuaciones.

En el Libro III se regulan los recursos de reposición, apelación, hecho y el recurso extraordinario. En lo que al recurso de reposición se refiere, éste será procedente en contra de decretos y sentencias interlocutorias y se tramitará de manera oral respecto de las resoluciones de dirección procesal y que se hayan dictado durante una audiencia. Si se trata de una resolución dictada fuera de una audiencia, el recurso deberá interponerse por escrito y deberá ser fundado.

La apelación, por su parte, procederá respecto de un número bastante mas limitado de resoluciones en comparación al sistema actual⁹⁵ y tendrá un efecto mucho más amplio, toda vez que su tramitación podrá significar ya no sólo la modificación o revocación de una determinada sentencia, sino que también la declaración de nulidad de la misma o del procedimiento donde esta se dictó.

Agrega el Proyecto –además del agravio, el cual lo encontramos recogido en el artículo 334⁹⁶- nuevas causales que hacen procedente la interposición del recurso y

⁹⁵ Recordemos que actualmente en materia civil son apelables todas las sentencias definitivas e interlocutorias y aunque no sea la regla general, también un número importante de autos y decretos. El texto del proyecto acota el número de sentencias interlocutorias susceptibles de ser impugnadas mediante este recurso y agrega, además de la sentencia definitiva, dos tipos de resoluciones mas, y que se refieren a aquellas que ordenen el pago de costas por un monto superior a 100 UTM y las que se pronuncien sobre el otorgamiento, rechazo, modificación y alzamiento de medidas cautelares, todas dictadas en primera instancia; además de aquellas dictadas en segunda instancia que declararen de oficio la falta de jurisdicción o de competencia absoluta para conocer de un asunto.

⁹⁶ Señala el artículo 334 que el recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo, que enmiende o revoque conforme a derecho la resolución del inferior, total o parcialmente, con base precisa en los fundamentos de las pretensiones formuladas ante el tribunal inferior, recogiendo en esta última frase el agravio, causal genérica que fundamenta el recurso y que se produce al no haber obtenido una parte, con la dictación de una resolución, todo lo que pretendía del proceso.

que se refieren a la infracción de normas o garantías procesales cometidas en primera instancia.

No obstante lo descrito, es sin duda la incorporación del recurso extraordinario, una de las novedades más importantes en lo que en materia recursiva se refiere. Este recurso tiene por objeto unificar la jurisprudencia en caso de haberse dictado una sentencia notoriamente injusta para el recurrente. Además de ello, tendrá por objeto revocar la sentencia impugnada cuando se hubieren vulnerado de manera sustancial garantías fundamentales. *La función de la Corte Suprema, entonces, será preservar la coherencia y unidad de los criterios de decisión en los tribunales del país en virtud de este recurso extraordinario, pudiendo ejercer su función de unificación cuando la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme; la jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí, no existiere jurisprudencia sobre la materia, o nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial*⁹⁷.

En último lugar, el Libro IV del nuevo Código Procesal Civil regula los llamados juicios especiales, dando un vuelco importante en relación a la regulación de la fase de ejecución, toda vez que se aboga por la implementación de un procedimiento de naturaleza estrictamente ejecutiva, eliminando cualquier “tentación” de convertirlo, en la práctica en un juicio declarativo, al reducir de manera notable las excepciones que pueden oponerse al título fundante de la ejecución.

De esta manera, el Proyecto opta por “desjudicializar” el procedimiento de ejecución, convirtiéndolo en una fase de carácter administrativa, llevada a cabo por un “oficial de ejecución” y que adoptará la forma de juicio sólo en aquellos casos en que se formule una oposición fundada a la ejecución o interviniere algún tercero interponiendo la correspondiente tercería.

⁹⁷ Mensaje.

Cuando el ejecutante cuente con un título ejecutivo que cumpla con los requisitos establecido en la ley, solicitará al oficial de ejecución que despache la ejecución mediante una resolución de carácter administrativa, la cual tendrá lugar sólo una vez que el oficial hubiere verificado la concurrencia de los requisitos establecidos en la ley. Se notificará y requerirá de pago al ejecutado, y frente a la inexistencia de pago por parte del mismo, se procederá a llevar a cabo las medidas de apremio en su contra, entre las cuales se encuentra el embargo.

La oposición del mismo se materializará mediante la correspondiente demanda de oposición a la ejecución, y que acabará con la continuación de la ejecución ante el oficial correspondiente en un caso, o la “invalidación” de la misma, reintegrando al ejecutado a la situación anterior al despacho a la ejecución *conforme a lo dispuesto para los casos de revocación de una sentencia provisionalmente ejecutada, y condenándose al ejecutante a pagar las costas de la oposición.*

3. La rebeldía en el Proyecto del Código Procesal Civil

En el contexto del “Foro de la Reforma de la Justicia Civil de Chile”, este tema también fue objeto de discusión. Se propugnó la incorporación del sistema de la *ficta confessio*, al que ya hemos hecho referencia en reiteradas veces.

Así se dijo que “es indispensable regular el silencio o rebeldía procesal, en cuanto a si implican una admisión o por el contrario una negación de los presupuestos fácticos de la pretensión. Así como en los procesos modernos se sanciona la incomparecencia del actor a la audiencia preliminar o preparatoria de un juicio oral, con la pérdida de su derecho material, se sanciona de contrario al demandado con su presunción de aceptación provisional de los hechos afirmados por el actor, disuasivos ambos suficientemente poderosos del sistema jurisdiccional. Lo anterior requiere una posición normativa hasta la fecha entregada a confusas opiniones doctrinarias y

*jurisprudenciales*⁹⁸. En el documento elaborado por la Universidad de Chile, por su parte, se establece como solución que en la contestación de la demanda debe el demandado pronunciarse sobre la veracidad de cada uno de los hechos alegados en ella y sobre la autenticidad de los documentos y cuya autoría le fuere atribuida. El silencio del demandado así como las respuestas evasivas, se tendrán como admisión de los hechos y de la autenticidad de los documentos.

El sistema por el que se optó finalmente, tanto a nivel de Anteproyecto como de Proyecto, fue por el de la *ficta litiscontestatio*, dentro del esquema general de la preclusión y el de reconocimiento ficto para otros actos diferentes a los de la primera comparecencia⁹⁹.

3.1 Regulación de la rebeldía en el juicio ordinario

Si bien a lo largo de las disposiciones contenidas en el Proyecto existen una pluralidad de normas que se refieren de manera directa o indirecta a la rebeldía, es en el Título I del Libro II, a propósito de las actitudes que el demandado puede adoptar frente a la demanda, donde se refleja el sistema adoptado por el Proyecto al señalarse que “*Cuando el demandado debidamente emplazado no comparezca dentro del plazo correspondiente, se seguirá el proceso en su rebeldía, la cual importará una negación de los hechos en la demanda*”, repitiendo la misma regla que tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial existe en la actualidad.

Sin embargo, el Proyecto no se ha limitado simplemente a reiterar, sino que ha ido mas allá, introduciendo una novedad que limita las posibilidades de actuación del demandado que ha decidido permanecer en la inactividad toda vez que si bien dicha rebeldía importará negar los hechos contenidos en el escrito de demanda, el demandado no podrá rendir prueba en juicio al no haberla ofrecido en la contestación,

⁹⁸ FORO, Actas, 2006 (inérito).

⁹⁹ ORELLANA TORRES, Fernando y PEREZ RAGONE- Álvaro. “Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: Tópicos hacia una nueva regulación de la justicia civil”, ob. cit. p. 43.

siempre y cuando, claro, no se trate de *pruebas supervenientes o referidas a hechos nuevos en cuyo caso podrán ser propuestas posteriormente.*

Así las cosas, y por el sólo ministerio de la ley, el proceso se seguirá en rebeldía de la parte demandada, lo que se traduce en que el proceso seguirá adelante sin necesidad de notificarle a este de las resoluciones que durante la substanciación del mismo se dicten, *con la sola excepción de la sentencia definitiva que deberá ser notificada por cédula.*

El demandado rebelde no pierde, claro, su derecho a comparecer en cualquier estado del juicio, respetando todas aquellas actuaciones realizadas con antelación a su comparecencia, por aplicación del principio de la preclusión.

En lo que dice relación al demandado que comparece en juicio contestando la demanda, el artículo 249 también presenta una novedad respecto de la regulación actual, toda vez que el pre legislador obliga a que en la misma se contravengan los hechos afirmados en la demanda y los documentos acompañados por el actor, bajo la sanción de tener por admitidos los hechos y como auténticos, íntegros y válidos los documentos en ella acompañados, recogiendo con ello el sistema de la *ficta contestatio*.

Así, señala el artículo 249 que *“En la contestación de la demanda deberá el demandado pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad, integridad y validez de los documentos que a ella se hubieren acompañado y cuya autoría le fuere atribuida. Su silencio, así como sus respuestas ambiguas o evasivas se tendrán como admisión de esos hechos y de la autenticidad, integridad y validez de los documentos.”*

La verdad es que resulta interesante la opción del legislador, el cual da un tratamiento distinto e incluso más desfavorable a aquel demandado que compareciendo en juicio, no contravino de manera expresa los hechos fundantes de la demanda, de aquel demandado que simplemente no compareció.

En efecto, al tenerse por admitidos los hechos fundantes de la demanda, estos se entenderán como no controvertidos, y podrían incluso no ser objeto de prueba por parte del tribunal; mientras que en el caso que no se conteste la demanda, estos hechos se entenderán negados por la contraria y por lo tanto, habrán de ser obligatoriamente objeto de prueba.

A este respecto señalaba el autor Carrasco Poblete que esto resulta dudoso, ya que *prima facie*, puede sostenerse que quien comparece habiendo sido emplazado, aunque no controvierta los hechos, manifiesta una cierta cooperación en el juicio, en cambio el que no quiere comparecer, en nada coopera¹⁰⁰.

De esta manera, y siguiendo la crítica del autor, podríamos señalar que si bien con la norma del inciso segundo del artículo 242, se “compensan” en cierto sentido las sanciones que se le imponen al demandado rebelde con las de aquel que no se pronunció sobre la veracidad de los hechos de la demanda y los documentos de la misma, bastaría con encontrarnos frente a un demandante poco diligente para que dicho equilibrio se rompa de manera insalvable.

Pongámonos en el caso de dos sujetos distintos, deudores de obligaciones de igual naturaleza frente a un mismo acreedor. A ambos se les demanda de manera similar en dos juicios distintos. El primero de los deudores, por simple desidia, decide permanecer en la inactividad y no contestar la demanda. El tribunal entenderá con ello que niega los hechos fundantes de la misma y recibirá la causa a prueba, siendo, por supuesto, un hecho indudable a probar, la existencia de la obligación que da origen al crédito cuyo pago se persigue en autos. Si bien el demandado se encuentra imposibilitado del derecho a rendir prueba (salvo las excepciones legales), bastará una mínima negligencia por parte del demandante, para que no se rinda la prueba y la demanda sea desestimada. El segundo de los demandados, contrata un abogado y contesta la demanda pero sin pronunciarse acerca de la veracidad los hechos fundantes de la

¹⁰⁰ CARRASCO POBLETE, Jaime. La rebeldía en el Anteproyecto del Código Procesal Civil. Cuadernos de extensión jurídica (U. de los Andes), N° 16, 2009. p. 169.

misma, ni de la autenticidad, integridad y validez de los documentos. El tribunal tendrá por admitidos los hechos, y por tanto, no tendrá necesidad de recibir la causa a prueba, o al menos, de recibirla respecto de todos los hechos, siendo mas probable que de lugar a la demanda, en relación con el caso anterior.

La crítica es plausible y digna de consideración. Sin embargo, bajo nuestra perspectiva, la solución que ha propuesto el pre-legislador para el caso de incomparecencia inicial del demandado versus “comparecencia pasiva” como la vamos a llamar (esto es, cuando el demandado comparece y no contraviene los hechos afirmados en la demanda y los documentos acompañados por el actor), es absolutamente acertada y dista de ser injusta.

En efecto, ya que si asumimos que el fundamento de la rebeldía es la autoconservación del proceso, la falta de contestación de la demanda ha de significar una negación de los hechos en que ella se funda, pero si el demandado comparece y nada contraviene ello ha de significar necesariamente una aceptación de los mismos. ¿Por qué? Por que si el demandado no comparece, “el proceso” ha de buscar una forma de autoconservarse, autogenerarse y para ello genera una ficción a partir del estado natural de las cosas: esto es, que el demandado no está naturalmente obligado (jurídicamente) frente a otros, y si lo está pretenderá defender sus intereses de la forma mas básica, esto es, negando todo lo señalado por el actor.

Ahora, si el demandado comparece y nada contraviene, han de entenderse aceptados los hechos afirmados en la demanda ya que habiéndose dando vida al proceso, se configuran otros deberes de colaboración de las partes dentro del mismo, lo cual implica que éstas hagan valer sus pretensiones o defensas de manera explícita y concreta. Así, si el demandado contesta la demanda habrá de necesariamente asumir una postura, es decir, allanarse o defenderse, instando por generar respuestas o soluciones al conflicto suscitado.

Ahora bien, en la etapa de la audiencia preliminar, el legislador también sanciona las actitudes pasivas, ahora tanto del demandado como del demandante al señalar en

su artículo 253 que la inasistencia del actor a la audiencia preliminar, se tendrá como desistimiento de su pretensión; al igual que el demandado respecto de su reconvencción.

Si bien creemos que acá el legislador debió referirse a deserción mas que a desistimiento, toda vez que esta norma regula los presupuestos fácticos de esta última sanción y no de la primera, creemos que la sanción, en cuanto a las consecuencias que produce es adecuada y resulta conforme tanto con los principios de celeridad, oralidad y economía procesal imperantes bajo esta nueva regulación, como con el argumento de la autoconservación.

Si bien podría argumentarse que la sanción es demasiado severa para aquella parte que quiere hacer valer un determinado derecho en juicio, en relación con aquella en contra quien se hace valer -demandante y demandado- cuando éste último permanece en la inactividad, esta opinión debe ser desechada si consideramos que quien está interesado en la resolución del conflicto y que por tanto puso en marcha el aparato jurisdiccional con los costos que eso genera debe, al menos ser consecuente con sus actos, y asumir por tanto, una actitud absolutamente diligente para la consecución de sus fines.

Recordemos que hoy en día abogamos por la materialización de deberes de las partes dentro del proceso, siendo el mas primario de ellos el de comparecencia en juicio, por lo que no resulta para nada incoherente que se sancione de esta manera a aquel que puso en marcha el aparato jurisdiccional y que luego dejó de colaborar.

3.2. La rebeldía y la prueba

En lo que dice relación a la rendición de la prueba confesional, el Proyecto concede, en su artículo 295, la facultad al juez para que en caso que la parte citada no compareciere a la audiencia de juicio, ya sea personal, ya debidamente representada, o que en caso de comparecer se negase a colaborar, no declarando o dando

respuestas evasivas, establezca *conforme a las reglas de la sana crítica, como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración, acercándose al sistema de la confesión ficta.*

De la misma manera lo hace el artículo 273 al señalar que en caso que alguna de las partes deseara valerse de algún instrumento privado emanado de la contraparte, podrá pedir el reconocimiento del mismo a su autor o sus sucesores y si el autor, no lo objetare dentro del plazo respectivo, dicho documento se tendrá por reconocido por el sólo ministerio de la ley. En el caso de los sucesores, estos *podrán manifestar que no les consta que la autoría del documento sea de su causante, pero si no lo objetaren dentro de plazo, se tendrá el documento por reconocido.*

De esta manera, cualquiera de las partes que se niegue a comparecer a la audiencia de juicio, o mientras declare, adopte un comportamiento no colaborativo, se verá sujeta a una eventual sanción que puede repercutir de mayor o menor medida en el establecimiento de los hechos en que se fundan o con los que se refuta la demanda. La eventualidad viene dada, pues nos encontramos ante un sistema de valoración de la prueba regido por la sana crítica, por lo que claramente nos encontramos ante una facultad y no un deber del juez. Es decir, no estamos ante un sistema de *ficta confessio* “propiamente tal”.

Esta regulación es similar a la que se han dado en materia laboral y de familia¹⁰¹, y difieren únicamente a los alcances que a dicho reconocimiento ficto se le da¹⁰².

¹⁰¹ En efecto, por ejemplo la ley 19.968 en materia de familia establece en su artículo 52 que *“si la parte, debidamente citada, no comparece a la audiencia de juicio, o compareciendo se negase a declarar o diese respuestas evasivas, el juez podrá considerar como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración...”*.

¹⁰² Así, el legislador laboral tendrá por fictamente confeso a aquella de las partes que no compareció a la Audiencia de juicio respecto de *las alegaciones de la parte contraria en la demanda o contestación según corresponda*”; mientras que el legislador de familia lo podrá hacer respecto de *los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración...*”.

3.3 Regulación de la rebeldía en el Procedimiento Sumario

Por la naturaleza del procedimiento sumario, el legislador ha tratado de manera expresa las distintas hipótesis de inactividad para efectos de hacer operativos los principios de celeridad, preclusión y concentración que imperan en dicho procedimiento. La regulación actual que presenta este procedimiento distingue de manera clara la rebeldía de la parte demandante y la de la parte demandada.

Tal como señalábamos con anterioridad, el juicio sumario comenzará con la presentación escrita de la demanda. Habiéndose declarado esta admisible, el tribunal citará a las partes a una audiencia sumaria, con la salvedad que en la citación a la audiencia se hará constar que esta *no se suspenderá por inasistencia de las partes y se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba ofrecidos en sus escritos de discusión.*

Se regula a continuación de manera expresa la rebeldía del demandante al señalarse que de no asistir éste a la audiencia y de no alegarse por el demandado un interés legítimo en la continuación del proceso para que se dicte sentencia sobre el fondo, se le tendrá en el acto por desistido de la demanda imponiéndose las costas causadas.

Así las cosas, sabemos que la audiencia en juicio sumario habrá de llevarse a cabo en cualquier caso, aunque sea sólo en presencia de una de las partes, salvo que nos encontremos ante la rebeldía de la parte demandante, y el demandado no alegare un legítimo interés en la prosecución del juicio, ya que en tal caso se le tendrá al demandante por desistido de la demanda imponiéndosele además las costas del juicio.

De esta manera, y a diferencia de la regulación contenida en nuestro Código de Procedimiento Civil, el texto del Proyecto se preocupa de regular la situación de rebeldía de la parte demandante y deja en manos de la aplicación supletoria de las normas del juicio ordinario el caso de la rebeldía del demandado.

En relación con la regulación de este procedimiento, llama la atención aquel aspecto del mismo que dice relación con el “legítimo interés” de la parte demandada como presupuesto para continuar con la tramitación del proceso cuando nos encontramos frente a la rebeldía del demandante.

Creemos que se trata de un acierto por parte del pre legislador atender a la voluntad de quien ha sido, en cierta forma, “compelido” a comparecer en un juicio, para que decida dejar de encontrarse en una situación que no ha elegido si la parte demandante no colabora con la sustanciación de un proceso que ella misma ha puesto en marcha. Sin embargo, creemos que esta sanción no debió regularse en sede de juicio sumario, sino que debió contemplarse dentro de las normas del juicio ordinario, y por tanto hacerse extensiva a éste, de igual forma que la condena en costas para el demandante que no comparece a la audiencia a la que ha sido debidamente citado.

3.4 La rebeldía en materia recursiva

El Título I del Libro III del Proyecto relativo a las disposiciones generales aplicables a los recursos, contempla en su artículo 325 las reglas generales de vista de los recursos y su abandono y señala que la falta de comparecencia de uno o más recurrentes a la audiencia (de vista de la causa) dará lugar a que se declare el abandono del recurso respecto de los ausentes. En caso de ser la parte recurrida quién no comparezca, dicha circunstancia “*permitirá proceder en su ausencia*”.

Los efectos de la incomparecencia de alguna de las partes son iguales a los establecidos en el Código Procesal Penal y similares a los que se contemplan en nuestro Código de Procedimiento Civil; no obstante, por la forma en que se regulan en el Proyecto los recursos, serán otros los presupuestos para colocar a las partes en estado de rebeldía.

En efecto, tal como lo vimos en el capítulo anterior, al constituir la comparecencia ante el tribunal de alzada el segundo elemento del emplazamiento en segunda

instancia, es en ese momento donde la actitud pasiva del recurrente (de apelación o casación) dará lugar a la rebeldía (ya que existirá el elemento “transcurso del tiempo” que permitirá configurar la figura), generando como consecuencia la declaración de deserción del respectivo recurso (art. 201 del CPC). El recurrido por su parte, deberá comparecer dentro del mismo plazo y en caso de no hacerlo, se procederá en su rebeldía por el sólo ministerio de la ley no siendo necesario notificarle de las resoluciones que se dicten, las cuales producirán efectos a su respecto, desde que se pronuncien. El apelado rebelde, podrá en todo caso, comparecer en cualquier estado del recurso, representado por un procurador del número.

En el Proyecto no se contempla la obligación de “hacerse parte” dentro del plazo de cinco días o aquel que corresponda, por lo que el segundo elemento del emplazamiento se producirá en otro momento, esto es, en el día y hora fijado para la realización de la vista de la causa. De esta manera, si el recurrente no comparece en este momento, se declarará abandonado su recurso; y si es la parte recurrida quien no se presenta, será posible proceder en su ausencia. El Proyecto utiliza la frase *“permitirá proceder en su ausencia”*, con lo que genera espacio a la duda acerca de si siempre habrá de llevarse a cabo la vista de la causa en ausencia del recurrido o si el tribunal *ad quem* cuenta con facultades para suspenderla de manera de instar a éste a comparecer fijando nueva fecha para su realización. A nuestro parecer es mas adecuada la redacción que actualmente contempla el Código de Procedimiento Civil en torno a esta situación ya que éste señala de manera categórica en su artículo 202 que *“si no comparece el apelado, se seguirá el recurso de su rebeldía por el solo ministerio de la ley”*, dejando en claro que el recurso se seguirá tramitando aún en rebeldía de la parte recurrida.

3.5 Rebeldía en el juicio ejecutivo

En lo que a la rebeldía en esta materia se refiere, el texto del Proyecto se ha apartado de la regulación general contemplada en su artículo 242 y ha establecido

reglas especiales que se corresponden con la particular configuración que tiene este nuevo procedimiento de apremio.

De acuerdo con lo prescrito con el artículo 367, la acción ejecutiva en el nuevo sistema procesal civil comenzará con una solicitud o demanda del ejecutante ante el oficial de ejecución, la cual, cumpliendo con los requisitos establecidos en la norma y aquellos contenidos en el artículo 368, dará lugar al despacho de la ejecución, resolución de carácter administrativa respecto de la cual el ejecutado podrá oponerse dentro del plazo de diez días, *“interponiendo la correspondiente demanda ante el juez de ejecución competente”*.

A diferencia del texto del Anteproyecto que señalaba en el inciso final de su artículo 408, que en caso que el ejecutado no formulare oposición, habría de certificarse ese hecho en el proceso y continuar adelante con la ejecución, *“dándose por concluida con eficacia de cosa juzgada la tramitación del cuaderno ejecutivo”*, en el Proyecto el pre legislador ha omitido referirse a la situación del ejecutado que se mantiene en la inactividad y nada realiza dentro del plazo que la ley le confiere para la ejercer su defensa ante el juez de ejecución.

En efecto, señala el artículo 374 que el ejecutado tiene un plazo de 10 días para oponerse al despacho de la ejecución, pero no señala, tal como lo hacía el Anteproyecto y lo hace el artículo 472¹⁰³ del Código de Procedimiento Civil, cuáles son las consecuencias que se generarían después de transcurrido dicho plazo cuando el ejecutado no formule oposición.

Estas consecuencias habremos de encontrarlas varias disposiciones mas adelante, esto es, en el párrafo 7 del capítulo 2 del Libro IV, denominado Disposiciones Generales para la Realización de los Bienes Embargados. En efecto, acá se establecen dos hipótesis en las que habrá de continuarse con el procedimiento de

¹⁰³ Señala el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil que *“Si no se oponen excepciones, se omitirá la sentencia y bastará el mandamiento de ejecución para que el acreedor pueda perseguir la realización de los bienes embargados y el pago, de conformidad a las disposiciones del procedimiento de apremio”*.

apremio, y que corresponden al caso que el ejecutado no haya opuesto excepciones o cuando se dictare sentencia rechazando las excepciones opuestas. Así, frente a la actitud pasiva del ejecutado, se procederá a la entrega directa al ejecutante, en su valor nominal, de los bienes embargados o a la realización de los mismos cuando la ejecución no recaiga sobre dinero o la especie o cuerpo cierta debida.

Por su parte el artículo 377 del Proyecto regula una hipótesis de rebeldía del ejecutante al establecer que si el tribunal considerare que la demanda ejecutiva adolece de defectos formales y ordenare mandarlos a corregir dentro del plazo de diez días y el ejecutante no los subsanare, *se declarará abandonada la ejecución despachada, con la imposición de las costas al ejecutante.*

Continúa el artículo 378 señalando que, habiéndose resuelto la demanda de oposición a la ejecución por motivos formales o no habiéndose alegado en la demanda tales motivos, el tribunal resolverá de plano, salvo que con los documentos acompañados en la demanda no sea posible actuar de tal manera, en cuyo caso citará a una audiencia dentro de los veinte días siguientes.

La sanción en este caso a la rebeldía del ejecutado (demandante de oposición a la ejecución) se sanciona de manera expresa, toda vez que si éste no comparece a la audiencia señalada, *el tribunal lo tendrá por desistido de su demanda y adoptará las resoluciones previstas en el artículo 379*, mientras que la sanción al ejecutante será que el tribunal resolverá sin oírle sobre la demanda de oposición a la ejecución. En caso que ambas partes no comparezcan, *se desarrollará la audiencia con arreglo a lo previsto para la audiencia preliminar y la audiencia de juicio en el juicio ordinario*, dictándose a continuación la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en el artículo 379; esto es, declarando que la ejecución siga adelante por la cantidad que se hubiere despachado cuando la demanda de oposición se rechazare totalmente o declarando que la ejecución no es procedente *cuando se acogiere alguno de los motivos de oposición o se considerare enteramente fundada la petición de exceso de avalúo por sobre la suma que hubiere consignado el ejecutado.*

En materia de tercerías el pre-legislador también se preocupó de regular el tema de la rebeldía, estableciendo que si los demandados de una tercería de dominio no contestaren la demanda, se entenderá que admiten los hechos contenido en ella (art.442). La misma regla se aplica respecto de la tercería de posesión (art. 445) y la tercería de prelación (art. 457).

4. Comentarios

En primer lugar debemos señalar que la forma en que se encuentra regulada la rebeldía en el Proyecto de Código Procesal Civil denota sin duda un esfuerzo y preocupación por el pre legislador en la materia, lo que se ha traducido en un tratamiento bastante satisfactorio en lo que a esta institución se refiere.

La regulación del silencio o rebeldía procesal bajo el sistema de la *ficta litiscontestatio* y el tratamiento que se le otorga al compareciente “pasivo” o al rebelde “*in respondendo*” como se denomina a nivel doctrinal, responden a un ideal de justicia político consecuente y firme con las nuevas tendencias acerca de la naturaleza del proceso, tendencias que sin duda, nuestro sistema actual se ha esmerado en incorporar.

Sin embargo, creemos que existen ciertos puntos del proyecto relacionados con la rebeldía que vale la pena comentar, pues nos parece que no es del todo satisfactoria la forma en que fueron tratadas por el pre legislador. Nos detendremos en dos, que a nuestro entender constituyen los más importantes en términos de las consecuencias que una desacertada regulación de los mismos puede generar.

Uno de ellos es la norma contenida en el inciso segundo del artículo 242, y que se refiere a la imposibilidad del demandado rebelde de rendir prueba con posterioridad en juicio.

A este respecto compartimos la opinión de Jaime Carrasco Poblete en orden a que esta forma de limitar los derechos del rebelde resulta contradictoria con el sistema que el Proyecto adopta y que se refiere al de la *ficta litiscontestatio*, toda vez que si a partir de este se entienden negados los hechos afirmados por el demandante en su demanda, resulta ineficaz a la consagración del mismo que el demandado no pueda en forma posterior rendir prueba que destruyan aquellas aportadas por la contraria.

Dicha regulación no sólo hace inconsistente el sistema de la *ficta litiscontestatio*, sino que pugna con el principio de igualdad de armas que debe imperar en un debido proceso. Consideramos, sin embargo, a diferencia del autor, que si bien esta regulación contribuye con la celeridad del juicio, no contribuye por su parte al arribo de una sentencia racional y justa. Además que no se condice con nuestra idea de lo que es la rebeldía bajo el argumento de la autoconservación y según el cual no habría inconveniente para que el rebelde (que se convirtió el tal) se apersonara posteriormente en juicio, respetando, claro, todo lo anteriormente obrado en él.

El segundo, y a nuestro parecer mas importante que el anterior es la omisión del pre legislador en lo relativo a los derechos que tutelan al rebelde. En efecto, en texto del Proyecto se eliminó casi totalmente y sin dejar rastro de algo parecido, las normas contenidas en los artículos 79 y 80 del CPC que se refieren a la posibilidad del rebelde de solicitar la rescisión de lo obrado en caso de fuerza mayor o inimputabilidad en la recepción de las copias a las que se refieren los artículo 40 y 44 (notificación personal no en persona y notificación por cédula). La verdad es que no entendemos la decisión adoptada, sobre todo si consideramos que dichos artículos constituían uno de los aspectos mejor tratados respecto de esta institución en el Código de Procedimiento Civil.

CAPITULO VI
DERECHO COMPARADO

1. Introducción

El derecho comparado es un método de análisis jurídico que consiste en el estudio de los principios de la ciencia legal por medio de la comparación de varios sistemas o instituciones jurídicas¹⁰⁴. El método comparatístico es una tendencia que ha sido cada vez mas utilizada a partir de la segunda mitad del siglo XX, por la notable utilidad que presenta como forma de análisis del derecho.

Tal como mencionamos ya en la introducción de este trabajo, resulta de especial interés y de gran importancia, los aportes que la experiencia comparada puede proporcionar al analizar el tema de la rebeldía en nuestro sistema, toda vez que a través de este instrumento es posible ilustrar dicha figura, analizar los problemas que presenta su regulación y valorar soluciones compatibles con la misma.

Como se ha señalado en doctrina, la principal finalidad del método comparatístico es ampliar perspectivas, sugerir soluciones y mostrar aquellas que son imposibles, de manera de ser concientes con sus limitaciones, “para huir del simplismo de considerar que las soluciones de un ordenamiento jurídico extranjero son, sin más, transplantables al nuestro”¹⁰⁵.

Para efecto de llevar a cabo este método hemos escogido dos legislaciones de gran interés. La primera de ellas es la legislación española, a cuyo análisis hemos querido abocarnos, en primer lugar, por la complejidad de la discusión se ha suscitado en torno al tema de la incomparecencia en juicio, la cuál se ha visto reflejada en un primer momento en la LEC de 1881 y hoy muestra en todo su esplendor en la LEC 2000.

¹⁰⁴ Black's Law Dictionary (St. Paul Minn.1986), p. 255.

El segundo de los elegidos fue el ordenamiento procesal norteamericano, el cual, a pesar de las diferencias que guarda con el derecho español y con el derecho chileno, muestra, mas con uno que con otro, similitudes en cuanto a la preocupación por la debida protección del principio constitucional de la protección a una tutela judicial efectiva. Asimismo, y ya a nivel de método de comparación, la “terapia de shock” presenta como una de sus virtudes “la de ayudar a ver lo que ha terminado por resultarnos invisible a base de conocerlo demasiado bien, y la de impulsar a adoptar una perspectiva crítica hacia cosas que siempre se han dado por supuestas”¹⁰⁶.

2. España

La primera de las legislaciones que analizaremos en la legislación española, la cual, de origen continental¹⁰⁷, guarda similitudes importantes con nuestro sistema.

2.1 Generalidades sobre el sistema procesal civil en España

En España la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, e indistintamente LEC) se reformó el año 2000. Al igual que en Chile, la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil que databa del año 1881, a pesar de las numerosas reformas de las que fue objeto¹⁰⁸, recogía una estructura procesal que atentaba contra los principios de oralidad,

¹⁰⁵ BACHMEIER WINTER, Lorena. La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español. ob.cit. p. 3.

¹⁰⁶ BACHMEIER WINTER, Lorena. La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español. ob.cit. p. 4.

¹⁰⁷ El sistema alemán, a pesar de ser uno de los principales exponentes del sistema continental europeo, no lo utilizaremos como referente, toda vez que en lo que se refiere a la regulación de la rebeldía se acerca más al sistema angloamericano, el cuál será tratado a continuación.

En breve podemos señalar que el modelo alemán se estructura sobre el sistema de las sentencias contumaciales, en las que a solicitud de la parte demandante se entenderá que la incomparecencia del demandado en juicio significará una admisión de los hechos, y de ser procedente en derecho se dictará una sentencia estimatoria de la demanda. Ello claro, con la posibilidad que el demandado pueda comparecer después y solicite se deje sin efectos la sentencia dictada en juicio contumacial y se reproduzca el juicio.

¹⁰⁸ Entre ellas podemos señalar la ley del 6 de Agosto de 1984 que convirtió al juicio de menor cuantía en el juicio “tipo”, desplazando de esta categoría la juicio de mayor cuantía; la del 30 de Abril de 1992 que, entre otras novedades suprime el error en la apreciación de la prueba como causal del recurso de casación, y aquella del 27 de Noviembre de 1997 que reformó la LEC en materia de ejecución.

inmediación y concentración y que se traducía, en una directa vulneración al principio de tutela judicial efectiva contenida en el artículo 24.1 de la Constitución española¹⁰⁹.

Se trataba de un cuerpo legal que carecía de principios claros y que se basaba en el mero reestablecimiento de leyes tradicionales, lo que convertía al proceso en un lugar donde el máximo poder de las partes y la casi absoluta abstención del juez marcaban la pauta. Esto, sumado a la existencia de procedimientos escritos, de una excesiva duración en el tiempo¹¹⁰, con la constante eventualidad de cambio en la persona del juzgador y la falta de certeza en la valoración de la prueba que ello significaba, llevó al legislador español a elaborar un nuevo modelo que diera mayor eficacia al sistema de justicia civil.

Según la Exposición de Motivos de la L.E.C. 2000, lo que se buscaba con ella no era una reforma de la L.E.C. de 1881, sino instaurar una justicia civil nueva, caracterizada por su efectividad y que satisficiera la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la constitución española.

En este documento se señalaba que “la efectividad de la tutela judicial civil debe suponer un acercamiento de la Justicia al justiciable, lo que consiste, entre otras cosas en la práctica y valoración de la prueba, con oralidad, publicidad e intermediación.”

¹⁰⁹ El artículo, ubicado dentro del capítulo sobre derechos y libertades de los ciudadanos señala que *“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”*.

¹¹⁰ Es interesante lo que, a propósito de la necesidad de reforma y en particular, la lentitud de los procesos en España señalaba el catedrático de derecho procesal don Francisco Ramos Méndez, “El proceso civil no está al lado del que no cobra, sino que del que no paga. Las cargas de actor y las reglas del juego para luchar por su derecho se convierten en verdaderos calvarios que dejan pálido al mito de Sísifo. En la dialéctica procesal el actor siempre se encuentra de nuevo empezando a remontar el camino. Debe justificar hasta la saciedad incluso lo evidente y notorio y nunca puede bajar la guardia. En cambio, la inercia y la burocracia favorecen de sobremanera al demandado, que, a veces sale victorioso sólo con dejarse ir. Lo que son cargas se dulcifican en miles de excusas, lo que son apremios y compulsiones siempre pasan por un ¡cuán largo me lo fías! Antes de ser verdaderamente efectivos. A la postre, muchas resoluciones llegan con tanto retraso, que el incrédulo ciudadano, que todavía sobrevive, tan sólo le sirven para colgarlas de póster esperpéntico en una de las paredes de su oficina o domicilio, a guisa de trofeo del safari procesal”. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Derecho Procesal Civil. José M.^a Bosch, editor, S.A., Barcelona, 1990, Tomo I, p. 16.

Tres ideas fundamentales en toda reforma procesal se vieron plasmadas en esta obra legislativa y que corresponden fundamentalmente a las ideas de celeridad, simplificación y economía.

Además, el juez español adopta un rol mayor en la dirección del proceso, y aunque a su ámbito de iniciativa se vio reducido en relación a la LEC de 1881¹¹¹, sí desarrolla un papel activo en cuanto a la adquisición de pruebas. En lo que a los poderes de instrucción se refiere, el artículo 426.6 de la LEC señala que *el Tribunal podrá también requerir a las partes para que realicen las aclaraciones y precisiones necesarias respecto de los hechos y argumentos contenidos en sus escritos de demanda y contestación*, mientras que el artículo 429 de la LEC establece que el juez tiene el poder de señalar a las partes, cuando crea que las pruebas por éstas aportadas no resultan suficientes para la comprobación de los hechos, que agregue las pruebas que él estime convenientes. Este mayor fortalecimiento de la figura del juez dentro del proceso se traduce a su vez en una acentuación de los deberes de colaboración de las partes que acuden al proceso; ya no sólo en lo a que su apersonamiento en el mismo se refiere, sino también en los relativo a los diversos actos procesales que lo configuran.

2.2 Regulación de la rebeldía en la LEC 2000

2.2.1 Presupuestos para configurar el estado de rebeldía

La ley de enjuiciamiento española tiene un título completo dentro de su Libro II que trata los procesos declarativos, y es aquí donde se hace cargo de la no comparecencia del demandado en juicio. En efecto, es en el título V, del Libro II, denominado *“De la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde”*, donde en 12 artículos (496 a 508) se regula de manera exhaustiva esta

institución, abarcando desde la definición de la misma, sus efectos, consecuencias y régimen de recursos, entre otros.

No obstante ello, muchas otras normas que afectan a esta materia están dispersas a lo largo de la ley “ya sea en sede de notificaciones, ya sea dentro de la regulación de cada uno de los procedimientos judiciales”¹¹².

El elemento fundamental que contempla la LEC para que se configure la situación de rebeldía es la no comparecencia del demandado en el proceso. La rebeldía constituye entonces, en palabras de Díez-Picazo, una situación inicial y total; lo que quiere decir que hay rebeldía desde que el demandado no comparece desde un principio y a lo largo del procedimiento.

Asimismo podemos señalar que se trata de una situación que sólo puede predicarse respecto de la parte demandada. En efecto, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 496 numeral 1 de la LEC¹¹³ la rebeldía es “*una situación jurídica dentro del proceso que sólo puede recaer en el sujeto pasivo, demandado único o litisconsorte*”¹¹⁴. Sin perjuicio de ello, al tercero llamado por el demandante o demandado (intervención provocada del artículo 14) le han de ser aplicables también las normas que autorizan la restitución de las actividades involuntariamente precluidas y, en general, los remedios que se estudian en el epígrafe correspondiente al tratamiento de la rebeldía¹¹⁵.

Ahora bien, lo que interesa a la legislación procesal española es que el demandado no comparezca a la primera citación o emplazamiento, toda vez que si comparece con

¹¹¹ El artículo 340 de la LEC 1881 contemplaba las diligencias para mejor proveer, que entregaba la facultad al juez de llevar a cabo determinadas iniciativas de instrucción cuando creyera necesario integrar las pruebas ofrecidas por las partes.

¹¹² BACHMEIER WINTER, Lorena. La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español. ob.cit. p. 159.

¹¹³ Además de dicha norma, que consagra en forma explícita el supuesto, existen además otros preceptos en la ley que lo confirman, tales como los artículos 507, 508 de la LEC.

¹¹⁴ ORELLANA TORRES, Fernando y PEREZ RAGONE, Alvaro. Radiografía de la rebeldía en el procedimiento Civil. Tópicos hacia una nueva regulación en la nueva justicia civil. ob. cit. p. 26.

¹¹⁵ VERGER GRAU, Joan. La rebeldía en la nueva ley de enjuiciamiento civil. Revista xurídica gallega. ISSN 1132-6433, N° 30, 2001, p. 294.

posterioridad, dejará de ser rebelde. Así, no habrá declaración de rebeldía cuando haya inasistencias o actuaciones concretas del proceso de parte de quién ya se ha apersonado y ha sido admitido como parte, aunque se produzcan después de una citación o emplazamiento¹¹⁶.

Los presupuestos que contempla la LEC para que se produzca la rebeldía serán entonces, i) la citación o emplazamiento válido, y ii) la no comparecencia del demandado dentro del plazo legal.

Si bien, en todo caso, la hipótesis descrita constituye la hipótesis principal de rebeldía, podemos encontrar en el juicio ordinario dos situaciones adicionales en las cuales procederá la declaración de rebelde del demandado: i) cuando aún habiendo comparecido en juicio, éste adolece de algún defecto de capacidad o representación y no lo subsana o corrige dentro del plazo que el tribunal establece para ello (art. 418.2 y 3); y ii) cuando en la vista del juicio verbal se susciten cuestiones acerca de la personalidad y representación del demandado, en cuyo caso el tribunal, *resolviendo lo que proceda*, podrá declararlo en rebeldía.

La declaración de rebeldía por la incomparecencia en tiempo y forma del demandado producirá la preclusión del trámite de contestación de la demanda y el resto de los trámites hasta que comparezca en juicio.

2.2.2 Efectos de la rebeldía

Sobre la materia, especial importancia reviste la norma contenida en el artículo 496 numeral 2 de la LEC, ya que ésta da el marco y define el tratamiento que se derivará de la situación de rebeldía al señalar que “(...)La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario.”

¹¹⁶ILLESCAS RUS, A.. Comentarios de la nueva ley de enjuiciamiento Civil.. p.2336.

Así, la situación de rebeldía producirá inmediatamente determinados efectos procesales y podrá también acarrear indirectamente efectos materiales sobre la pretensión deducida.

El primer efecto que tendrá la situación de pasividad, ya sea voluntaria o no del demandado, será la declaración de rebeldía, la que puede dar lugar en determinados casos (sobre todo cuando nos encontramos ante una hipótesis de rebeldía voluntaria) a la adopción de medidas cautelares para efectos de asegurar la pretensión contenida en la demanda, siempre y cuando, se cumplan los supuestos contenidos en el artículo 728 de la LEC¹¹⁷.

El demandado que no comparece dentro del plazo que la ley establece para ello, será declarado rebelde por el tribunal. Sin embargo, será estrictamente necesario un segundo elemento para dicha declaración y es que ésta sea válidamente notificada al rebelde. Según lo prescrito en el artículo 497, dicha notificación se llevará a cabo *por correo, si su domicilio fuere conocido y, si no lo fuere, mediante edictos*. Después de ésta, no se llevará a cabo ninguna más dentro del proceso, salvo aquella que ponga fin al mismo, la cual será notificada en forma personal o en la forma prevista en el artículo 161 de la LEC¹¹⁸.

Sin perjuicio de ello, la LEC prevé un mecanismo en su artículo 498 destinado a facilitar la presencia del rebelde antes de la finalización del proceso y es aquel que establece la posibilidad de comunicarle de la pendencia del mismo al demandado rebelde que haya sido citado mediante edictos, *en cuanto se tenga noticia del lugar en donde pueda llevarse a cabo la comunicación*; mecanismo que se ha entendido comprensivo también del rebelde que fue citado o emplazado de manera distinta al edicto. Dicha comunicación no está sujeta a límite temporal, por lo que ésta puede tener lugar incluso en la etapa de apelación; caso en el cual, de concurrir los presupuestos procesales que contempla la norma, puede dar lugar a la restitución

¹¹⁷Esta norma regula los requisitos que hacen procedente la concesión de medidas cautelares en el procedimiento español, que, al igual que nuestro derecho están constituidos por el “*periculum in mora*”, “*fumus boni iuris*” y el ofrecimiento de una caución.

procesal que contempla el artículo 134 de la LEC y que explicaremos más adelante. Incluso, después que la sentencia ha alcanzado el carácter de firme, este mecanismo puede servir para interponer el recurso de audiencia del rebelde.

Este derecho que se consagra al rebelde, tiene sin embargo como contrapartida que, en caso que después de efectuada la comunicación, éste decida voluntariamente permanecer en este estado, no tendrá ya el derecho a la restitución de los plazos (134) o a la audiencia del rebelde que contemplan los artículos 501 y 502.

Esta posibilidad que se le concede al demandado rebelde involuntario para incorporarse de manera tardía realizando determinadas actividades procesales necesarias para su defensa, no significa que el proceso retroceda, toda vez que tendrá que respetar la sustanciación del juicio, pudiendo sólo interrumpir un plazo o demorar un término para practicar e intercalar algún acto procesal que corresponde a un momento anterior. Por ejemplo, el caso que señala el artículo 460.3 de la LEC para realizar determinadas actividades de prueba (proposición y rendición de la misma) aún cuando ya se encuentre vencido el término probatorio.

Ahora bien, en cuanto a los efectos sustantivos o materiales de la declaración de rebeldía, ya vimos que la misma no significa un allanamiento a reconocimiento de los hechos¹¹⁹, lo que traerá aparejado como consecuencia que la carga probatoria habrá de recaer sobre la parte demandante.

Sin embargo, lo cierto es que dicha rebeldía de todas formas irá acompañada de una lógica actividad probatoria, y una menor rigurosidad en la valoración de la prueba aportada por el rebelde¹²⁰, toda vez que no resulta lógico, y por qué no decirlo, justo, que la rebeldía voluntaria se transforme en una cómoda defensa del mismo. Esto en atención a que nos encontraríamos ante el absurdo que el rebelde voluntario tendría

¹¹⁸ Comunicación de entrega de copia de la resolución o de cédula.

¹¹⁹ Establece el artículo 496 “*La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento o como admisión de hechos de la demanda, salvo en los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario*”

¹²⁰ ORELLANA TORRES, Fernando y PÉREZ RAGONE, Álvaro. Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: Tópicos hacia una nueva regulación en la nueva justicia civil. ob. cit. p. 27.

una posición más favorable de aquel demandado que se opuso -con justa causa- de manera expresa a las pretensiones del demandante.

A pesar de constituir el sistema de la *ficta litis contestatio* la regla general en el procedimiento civil español, la ley establece casos concretos en que no se producirán dichos efectos. En efecto, señala en artículo 496.2 que “*La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento o como admisión de hechos de la demanda, salvo en los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario*”. Así las cosas, hay casos en que la misma ley entenderá que el silencio del demandado habrá de entenderse como una admisión de los hechos, pudiendo citar a modo meramente ejemplar el artículo 440.3 sobre juicios de desahucio de finca urbana por falta de pago de rentas y el artículo 441.1 relativo al juicio verbal por interdicto para adquirir la posesión. En este último caso, cuando se instare a los interesados a comparecer y reclamar, nadie lo hiciere, se producirá la confirmación del demandante en la posesión.

Es necesario hacer presente que en algunos de los supuestos en que nos encontraríamos ante estas excepciones, dichos efectos no se producirían por la rebeldía, sino que por la falta de actividad o defensa del demandado comparecido, lo cual responde a la denominación doctrinal de “*rebeldía in respondendo*”¹²¹, cuya manifestación mas importante se produce cuando el demandado guarda silencio ante los hechos en que se funda la demanda¹²². Otros supuestos de rebeldía *in respondendo* son los de los artículos 304 y 307 de la LEC donde se señala que en la prueba de interrogatorio de parte, la incomparecencia al acto de prueba o la negativa a contestar pueden considerarse como admisión de los hechos objeto de la prueba con el alcance señalado en los artículos 304 y 307 (admisión tácita de los hechos y admisión de los hechos personales respectivamente).

¹²¹ O en nuestros términos “comparecencia pasiva”.

¹²² Señala el artículo 405.2 “*En la contestación de la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales*”.

2.2.3 Comparecencia del rebelde involuntario

La preocupación que ha existido en España por la compaginación del derecho fundamental de defensa que tiene el demandado con el correlativo del demandante, ha llevado a consagrar y acoger en su sistema procesal la institución de la restitución procesal, en virtud de la cual se le concede la posibilidad al rebelde involuntario para que se incorpore de manera tardía al proceso de manera de utilizar las herramientas procesales que el derecho le confiere, y que en caso de no existir esta institución se encontrarían fuera de su alcance, toda vez que el fin para el que fueron creadas ya no existe por haber operado la preclusión.

Se trata así de concederle la posibilidad de obtener una restitución de las oportunidades precluidas, al menos de las más importantes, para efectos de lograr una defensa efectiva frente a la pretensión del demandado.

La institución de la restitución procesal fue reconocida en un primer momento como una consecuencia de la nulidad de las actuaciones que se hubieren realizado en ausencia del rebelde por haberse llevado a cabo la notificación en disconformidad a la ley. Sin embargo, dicho reconocimiento significaba dejar fuera, y por tanto, con escasas posibilidades reales de defensa a aquel rebelde que aun habiendo sido emplazado de conformidad a la ley, le resultaba ineficaz dicha notificación por desconocimiento u otra causa que le fuera inimputable. De esta manera, y siguiendo la experiencia del derecho comparado, la LEC 2000 incorporó un precepto (artículo 134) mediante el cual, se concedió la posibilidad al demandado rebelde involuntario para recuperar las actuaciones precluidas en caso de no haber podido comparecer por causa que le fuere inimputable.

i. **Posibilidades defensivas del rebelde involuntario antes de dictarse sentencia**

Cuando el demandado ha tomado conocimiento del proceso después de transcurrido el plazo que la ley le otorga para comparecer, éste puede instar por la nulidad de las actuaciones si la citación o el emplazamiento no se han realizado en la forma que establece la ley, particularmente, cuando no se ha realizado en la forma establecida en los artículo 149 a 168 de la LEC.

De no haberse producido defecto alguno en la realización de dichas diligencias, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 499 de la LEC, que señala que *cualquiera sea el estado del proceso en que el demandado rebelde comparezca, se entenderá con él la sustanciación sin que ésta pueda retroceder en ningún caso*, el artículo 134¹²³, introducido el año 2000, entrega al demandado que ha desconocido de manera inimputable la existencia del proceso, la posibilidad de restituir aquellos plazos y actividades procesales perdidas por causa de fuerza mayor.

Así, “este precepto viene a llenar los supuestos en que, sin haberse producido estrictamente una nulidad de actuaciones (para lo cual sigue vigente el incidente del 240.2 PLOI), la inactividad de la parte (uno de cuyos supuestos es la ausencia inimputable del demandado) tiene por origen una causa de fuerza mayor o hecho no imputable al litigante, demandante o demandado”¹²⁴.

¹²³ Establece el artículo 134 “1. Los plazos establecidos en la ley son improrrogables. 2. Podrán, no obstante, interrumpirse los plazos y demorarse los términos en caso de fuerza mayor que impida cumplirlos, reanudándose su cómputo en el momento en que hubiera cesado la causa determinante de la interrupción o demora. La concurrencia de fuerza mayor habrá de ser apreciada por el tribunal, de oficio o a instancia de la parte que la sufrió, con audiencia de las demás”.

¹²⁴ VERGER GRAU, Joan. La rebeldía en la nueva ley de enjuiciamiento civil. ob. cit. p. 305.

El legislador en este caso ha utilizado el concepto de fuerza mayor como comprensivo de la inimputabilidad. Es decir, en esta norma se engloban todas aquellas causas que hayan originado la rebeldía y que no le sean imputable al demandado¹²⁵.

De esta manera, encontrándonos frente a una hipótesis de fuerza mayor o inimputabilidad que pueda ser acreditada por el rebelde, éste podrá comparecer en el proceso, abriéndose un nuevo plazo o interrumpiéndose alguno que esté transcurriendo. De esta manera podrá ejercer alguna actividad procesal que no pudo realizar por una falta inimputable a su persona, sin que ello signifique un retroceso en el proceso que conlleve a la nulidad de lo obrado en él.

Según lo dispone el inciso final del artículo 134, el tribunal *habrá de apreciar la concurrencia de fuerza mayor, de oficio o instancia de la parte que la sufrió*, por lo tanto no bastará la mera alegación del rebelde, sino que éste habrá de aportar pruebas que justifiquen dicha alegación.

Así, la solicitud que a este respecto realice el demandado tendrá el carácter de incidente y se tramitará oyendo a las demás partes y practicándose las pruebas que se deduzcan para efectos de acreditar la inimputabilidad de la ausencia.

En conclusión, el demandado que tome conocimiento de la existencia del proceso y que quiera apersonarse en el mismo después de transcurrido el plazo para ello podrá hacerlo instando por la nulidad de las actuaciones o, en caso de no existir defecto objetivo alguno, mediante la interrupción de los plazos o demora de los términos (artículo 134) si el desconocimiento se produjo por un hecho inimputable a su persona.

¹²⁵ Ejemplo del sentido extensivo con que se utiliza el concepto de fuerza mayor en el artículo 134 es el artículo 460.3, que, a propósito de la restitución de prueba en segunda instancia, le otorga la posibilidad de rendirla al declarado en rebeldía por cualquier causa que no le sea imputable.

ii. Posibilidades defensivas después de dictarse sentencia

a. De los recursos de apelación y de infracción procesal

Una vez que se ha notificado la sentencia, la ley de enjuiciamiento civil española contempla en su artículo 500¹²⁶, la posibilidad para que el demandado rebelde utilice los recursos que la ley contempla para impugnarla.

Si bien la norma no establece de manera expresa el principio de la dispensa del plazo o demora del término contemplado en el artículo 134 para interponer el recurso de apelación cuando el plazo para interponerlo haya vencido, no existe razón que impida la aplicación del mismo, toda vez que la ley lo contempla de manera expresa para el recurso de audiencia del rebelde contemplado en el artículo 502.2. Esta facultad también debe entenderse concedida respecto de un eventual recurso de sustitución procesal o de casación.

Debemos entender que la petición de dispensa de la preclusión para apelar es una facultad que se le concede al rebelde y no un derecho, ya que el demandado rebelde podría, según lo establecido en el artículo 501, acudir directamente a la rescisión de la sentencia firme y así poder recuperar la primera instancia y el proceso en su totalidad¹²⁷.

¹²⁶ Señala el artículo: *El demandado rebelde a quién haya sido notificada personalmente la sentencia, sólo podrá utilizar contra ella el recurso de apelación, y el extraordinario por infracción procesal o el de casación cuando procedan, si los interpone dentro del plazo legal. Los mismos recursos podrá utilizar el demandado rebelde a quién no haya sido notificada personalmente la sentencia, pero en este caso el plazo para interponerlos se contará desde el día siguiente al de la publicación del edicto de notificación de la sentencia en los Boletines Oficiales del Estad, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia.,*

¹²⁷ El artículo 501 permite a los demandados que han permanecido constantemente en rebeldía que soliciten la rescisión de la sentencia en caso de *a) fuerza mayor ininterrumpida que impida al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma, b) de desconocimiento de la demanda y del pleito cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, a tenor del artículo.161, pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable, c) de desconocimiento de la demanda y del pleito cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines Oficiales se hubieren publicado aquellos.*

En definitiva, la legislación procesal civil española concede la posibilidad al rebelde que ha conocido de la existencia del proceso, por la notificación que se le haga de la sentencia de primera o segunda instancia franquear todos los recursos que contra esta procedan dentro del plazo legal.

En todo caso es necesario realizar una distinción: si el demandado rebelde hubiere conocido la existencia del proceso hasta la notificación de la sentencia de primera instancia, como se contempla la expresa posibilidad de demorar los términos por fuerza mayor, será posible que durante la tramitación de la apelación se restituyan determinadas actividades procesales prelucidas durante la instancia, especialmente en lo que dice relación a la contestación de la demanda y las actividades de prueba.

Distinto es el caso que el demandado rebelde conozca la existencia del proceso por primera vez después de haberse dictado la sentencia de apelación, pues en tal caso deberá acudir al recurso de infracción procesal fundado en la nulidad de las actuaciones y en caso de no haber existido nulidad en sentido estricto, deberá fundarlo en la vulneración a los derechos fundamentales, particularmente, de los derechos de audiencia y de defensa. De ser acogido el recurso, se producirá la anulación de lo practicado en las instancias y reposición de las actuaciones al estado y momento en que se hubiere incurrido en la vulneración.

b. De la rescisión de sentencia firme

Otra posibilidad que contempla la ley al rebelde, es el derecho a ejercitar la acción de rescisión de sentencia firme, la cual tiene por objeto, que se reabra el proceso en presencia del mismo. A través de este mecanismo, se busca la rescisión de la sentencia que ha sido dictada en rebeldía, pero en vez de restituirse toda la primera instancia, se incorpora a ésta un juicio rescisorio en el cual se conserva además de la demanda que dio inicio a la litis, aquellas actuaciones posteriores, excluyendo, claro, la sentencia.

El recurso de audiencia del rebelde tiene un carácter subsidiario en relación con otros medios de impugnación, lo que quiere decir que si el demandado declarado rebelde puede interponer otros recursos, no procede este medio de impugnación de sentencias firmes.

Esta acción tiene características comunes con el recurso de revisión, toda vez que al igual que este último también se dirige contra sentencias firmes con efecto de cosa juzgada para efectos de obtener un pronunciamiento posterior sobre el mismo asunto. Además, al igual que la revisión, la acción de audiencia del rebelde da lugar a un nuevo juicio.

Así, el proceso para la efectividad de la audiencia del rebelde se articula en dos fases. La primera es el juicio rescindente, el cual tiene por objeto la rescisión de la sentencia firme, según se desprende de los artículos 501 y siguientes. El demandado rebelde ha de impugnar la sentencia firme ante el tribunal que la ha dictado para efectos que se lleve a cabo un nuevo juicio con las garantías procesales de la contradicción y defensa. Así el juez habrá de resolver sobre la pertinencia de la rescisión. La segunda consistirá en el juicio rescisorio, el cual por su parte, tendrá por objeto que se dicte una nueva sentencia sobre el fondo, ahora en presencia del demandado rebelde.

Los presupuestos que contempla la ley para la procedencia del juicio residente son:

i) En primer término será necesario que la rebeldía del demandado tenga el carácter de constante. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el encabezado del artículo 501, *los demandados que hayan permanecido constantemente en rebeldía podrán pretender del tribunal que la hubiere dictado, la rescisión de la sentencia en los casos siguientes (...),* por lo que si el demandado hubiere comparecido anteriormente para efectos de impugnar la sentencia que hubiere sido dictada en rebeldía o para cualquier otra actividad procesal, no será admisible el juicio rescindente, pues en tal caso su defensa se encontrará circunscrita a los recursos que la ley le otorga. También se encontrará excluido de ejercer este derecho el rebelde que aún sin haber comparecido,

hubiere tenido conocimiento de la existencia del proceso, antes o después de dictada la sentencia.

ii) En segundo lugar será indispensable que la rebeldía del demandado tenga el carácter de involuntaria, lo que corresponderá a aquella rebeldía que se enmarque dentro de alguno de los supuestos contemplados en el artículo 501 de la LEC, a saber:

a) *Fuerza mayor ininterrumpida que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma.* En esta situación, lo que interesa al legislador español es que el demandado se haya visto impedido de comparecer, aún cuando haya tenido conocimiento del pleito.

b) *De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, al tenor del artículo 161, pero esta no haya llegado a poder del demandado por causa que no le sea imputable.*

c) *De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado aquellos.*

Los números 2 y 3 del artículo 501 se refieren a la hipótesis de desconocimiento de la demanda cuando la citación o emplazamiento se haya practicado por cédula. Por su parte, la fuerza mayor *strictu sensu* también puede ser en determinados casos, presupuestos suficiente para dar lugar a la rescisión de la sentencia. Así, habiéndose llevado a cabo el emplazamiento en forma legal, la fuerza mayor antecedente a la sobrevenida que hubiese impedido al demandado comparecer; sirve de presupuesto suficiente para solicitar la rescisión de la sentencia.

iii) En tercer lugar, la acción de rescisión de la sentencia por vía de la audiencia del rebelde deberá ejercitarse dentro de los plazos establecidos en el artículo 502 de la

LEC. Estos plazos constituyen plazos de caducidad, y por tanto no admiten interrupción. Para efectos de computarlos, adquiere especial relevancia el modo de notificación de la sentencia, que puede haber sido personalmente, impersonalmente o mediante edictos. Así, el plazo para ejercer la acción de rescisión será de 20 días en caso que la sentencia se haya notificado personalmente y de cuatro meses si la notificación se ha realizado mediante edictos; plazo que en todo caso podrá ser prorrogado en el caso que “*subsistiere la fuerza mayor que hubiere impedido al rebelde la comparecencia*”, pero sin que pueda ejercitarse la acción rescisoria después de transcurridos dieciséis meses desde la notificación de la sentencia.

iv) En cuarto y último lugar, será necesario para ejercer la acción que lo permita la clase de juicios, lo que quiere decir, según se desprende a *contrario sensu* del artículo 503, que para que proceda la rescisión de sentencia es necesario que estas produzcan el efecto de cosa juzgada.

En lo que a la tramitación del juicio rescindente se refiere, este se inicia mediante la interposición de una demanda y se tramita por el procedimiento del juicio ordinario ante el tribunal que hubiere dictado la sentencia firme. El contenido básico del juicio será probar las causas que justifican la rescisión (505.1); esto es, la fuerza mayor o la inimputabilidad de la rebeldía, por lo que la carga de la prueba, por regla general, recaerá sobre el solicitante de la rescisión, esto es, el demandado en rebeldía.

La sentencia que se dicte en este juicio no es susceptible de recurso alguno, cuestión que ha suscitado polémicas en doctrina, por la naturaleza de los derechos cuyo reestablecimiento se pretende, esto es, el derecho fundamental a defensa en juicio.

Los efectos que se producen con la demanda de rescisión son los siguientes:

i) se mandarán a remitir al tribunal que hubiese conocido del asunto en primera instancia certificación de la sentencia que estime la pretensión rescisoria del rebelde con el fin que se proceda al juicio rescisorio (art. 507.1)

ii) la demanda de rescisión, por regla general, no suspenderá la ejecución de la sentencia dictada en rebeldía (art. 504), salvo lo dispuesto en el artículo 566 en virtud del cual, *“el tribunal competente para la ejecución podrá ordenar, a instancia de parte y si las circunstancias del caso lo aconsejaren, que se suspendan las actuaciones de ejecución de la sentencia. Así, para acordar la suspensión, el tribunal deberá exigir a la que la pida caución por el valor de lo litigado y los daños y los perjuicios que pudieran irrogarse por la inejecución de la sentencia”*. También se requiere que el tribunal oiga al Ministerio Fiscal antes de decidir sobre la suspensión de la ejecución de la sentencia. Claro está, en todo caso, que una vez que se dicte sentencia estimatoria de la rescisión solicitada, el tribunal se encuentra obligado a decretar la suspensión de la sentencia rescindida si el demandado lo pide. En caso contrario, según lo establecido en el artículo 566.2 se procederá al alzamiento de la suspensión y la reanudación de la ejecución de la sentencia dictada en rebeldía.

Una vez que se ha dictado sentencia estimatoria de la pretensión de rescisión de la sentencia firme dictada en rebeldía se procederá de conformidad con el procedimiento rescisorio, en virtud de cual el juicio rescindido se restituirá casi en su totalidad. La demanda original permanecerá invariable y se iniciará con un escrito que hace las veces de contestación de la demanda original. Es decir, se le entregan por diez días los autos al demandado para que pueda exponer lo que a su derecho convenga, (507.2) esto es, tanto las excepciones previas a la contestación de la demanda, como *todas las defensas que estime oportunas, teniendo en cuenta el contenido de todo lo actuado en autos; de todas las alegaciones (del demandante y de las demás partes) y de todas las pruebas antes practicadas*¹²⁸.

Ahora bien, si el demandado permaneciere inactivo se entiende, en virtud de lo establecido en el artículo 508, que renuncia a ser oído, y se dictara nueva sentencia en los mismos términos que la rescindida, no existiendo contra ella recurso alguno.

De lo que expusiere el demandado en su escrito se conferirá traslado por diez días a la contraria, entregándole las copias de los escritos y los documentos. A partir de este momento en adelante se sigue con los trámites propios del juicio declarativo hasta la dictación de la sentencia. Así las cosas, podrá el demandado proponer las pruebas que estime convenientes, de acuerdo a las reglas correspondientes, esto es, las del juicio ordinario o verbal, y se arribará a la dictación de una sentencia que habrá de tener en cuenta todas las actuaciones, esto es, incluso las practicadas en el juicio anterior, cuando el demandado se encontraba en rebeldía. Sin embargo hay que tener en cuenta que el hecho que se conserven todas las pruebas no significa que éstas han de mantener el valor probatorio que se les habría dado en un juicio contradictorio, toda vez que habiéndose acreditado la inimputabilidad de la ausencia en el primer juicio, “el tribunal habrá de ponderar debidamente esta falta de contradicción a la hora de valorar el resultado de aquellas pruebas, especialmente si el demandante no las reproduce en el juicio rescisorio”¹²⁹.

3. El default judgment en los Estados Unidos de América

3.1 Antecedentes históricos

Los antecedentes del desarrollo jurídico norteamericano encuentran su cuna en el *common law* anglosajón.

Desde la conquista de los normandos en Inglaterra –antecedentes que se remontan al siglo XI–, ya se advertía una organización judicial imperante en la isla, basada fundamentalmente en la aplicación de la costumbre local por los tribunales para la resolución de los conflictos.

¹²⁸ VERGER GRAU, Joan. La rebeldía en la nueva ley de enjuiciamiento civil. ob.cit. p.319

¹²⁹ VERGER GRAU, Joan. La rebeldía en la nueva ley de enjuiciamiento civil. ob.cit. p.321.

Sin perjuicio de lo anterior, la influencia conquistadora importó un nuevo sistema judicial paralelo –los Tribunales Reales–, y con ello dos nuevas instituciones; el duelo judicial y el sistema inquisitivo. Este último –caracterizado por la facultad de interrogar al jurado acerca de hechos controvertidos–, permanecería con los años como un elemento de vital relevancia en el desarrollo del *common law*.

Esta nueva justicia impartida por la Corona pronto ganó aceptación, y comenzó entonces a incorporar y aplicar un derecho común a todo el reino de Inglaterra: el *common law*.

Mediante un *writ* –una orden escrita–, la parte que se consideraba agraviada solicitaba la intervención de la autoridad. Con la masificación de estos escritos y la tipificación de los mismos, se logró dotar a este sistema de un alto grado de seguridad jurídica, pero además trajo aparejada una extrema rigidez. Ello por cuanto un supuesto de hecho no tipificado en un *writ* quedaría desprovisto de tutela jurídica. Dicha situación permitiría el surgimiento de la *Court of Chancery*, o Tribunal de la Cancillería, órgano que juzgaría de acuerdo a los principios naturales de justicia, comúnmente conocido como “equidad” o *equity*, dando así respuestas a las deficiencias del *common law*. Tal justicia –que contenía un alto grado de incertidumbre al no estar atada a antecedentes jurídicos anteriores, normas legales ni autoridad alguna–, funcionaría durante siglos como un cuerpo jurídico diferenciado al ya existente, y administrado por una jurisdicción independiente.

Es esta dualidad jurisdiccional *common law-equity* la que fue adoptada por el sistema jurídico norteamericano, lo que se tradujo en la aplicación de los mismos principios jurídicos del *common law* imperantes en Inglaterra pero, claro está, con algunos elementos distintivos. En lo que respecta a la *equity*, ésta continuaría su vigencia en norteamérica, pero apegándose en su aplicabilidad cada vez más al *common law*.

En cuanto a los primeros antecedentes de la figura del rebelde en Norteamérica, tanto en el sistema del *common law* como en el de *equity*, se entendía como esencial

la presencia del demandado para la celebración del proceso, y no se concebía la posibilidad de dictar sentencia sin dicha presencia. Ello se fundamentaba en el principio de cooperación de las partes. Por lo mismo, se justificaban y legitimaban los mecanismos de coerción para forzar la comparecencia del demandado rebelde.

Sin embargo, ya desde el siglo XVII, se comenzaron a advertir los primeros indicios de legitimidad en la inactividad procesal del demandado, al incorporarse diversas leyes que posibilitaban la continuación del proceso ante tal situación. Específicamente, se manifestaba la posibilidad de dictar sentencia contra el demandado que, estando debidamente citado, se negase a comparecer. Para ello no se requería del uso de la fuerza o coacción de ninguna índole para hacerlo comparecer. Esta evolución de la figura del rebelde y sus consecuencias y legitimidad que el *common law* norteamericano previó con acierto, fue algo más lenta en el proceso de *equity*, donde se consideraba que la contestación de la demanda era todavía esencial para el desarrollo y posterior éxito del proceso, justificándose entonces la utilización de medios coercitivos para asegurar la presencia del rebelde. Sin perjuicio de ello, y para 1814, ya se alzaban voces que admitían la posibilidad de prescindir del demandado cuando los argumentos y el contenido de la demanda fueren suficientes como para fundar la pretensión del actor, primicia que daba al proceso de *equity*, misma solución y tratamiento que el propuesto por el *common law*.

Pese a las evidentes similitudes de ambos sistemas jurídicos para resolver ciertas situaciones –como el tratamiento de la rebeldía y sus efectos–, urgía en la época una reforma que unificara no sólo los criterios de estos sistemas importados, sino que además simplificara los excesivos formalismos neoyorquinos heredados del *common law* inglés, situación que atentaban contra la eficaz tutela jurídica. Ello se recogió en el Código Civil de Nueva York de 1848 (también conocido como el Código de Field), que crearía un proceso civil uniforme, y que pronto se extendería en su aplicación a gran parte del territorio norteamericano.

Desde la publicación del mencionado Código, se sucedieron movimientos codificadores en el resto de los estados del país –hasta entonces impropios del

sistema angloamericano–, y una serie de adaptaciones y enmiendas parciales al cuerpo legal.

Con los años, vendrían nuevas publicaciones que intentarían dar solución al creciente inconveniente de la falta de uniformidad entre las diversas legislaciones estatales. Surgirían entonces las Normas Federales de *Equity*, en 1912, que incorporarían normas relativas a la rebeldía que permanecerían casi inalterables hasta estos días, pese a la revolución estructural del proceso civil norteamericano que más tarde propondría con acierto las *Federal Rules of Civil Procedure* (F.R.C.P.), de 1938. Dicho cuerpo legal, vigente hasta nuestros días, mantendría la solución a la cuestión de la rebeldía en el sentido de tener por admitidos los hechos alegados en la demanda, si el demandado no contestaba en el plazo previsto.

3.2 Tratamiento de la rebeldía en los Estados Unidos

El sistema jurídico civil imperante en Norteamérica funda sus bases en el principio de la oralidad, fuente incuestionable de su desarrollo jurídico procesal. Una de las manifestaciones más características que de este principio se derivan es la de la contradicción en el proceso.

Este principio contradictorio implica que la *litis* ha de trabarse necesariamente frente a la presencia de dos partes que, frente a una autoridad judicial, planteen argumentos que rigurosamente han de ser antagónicos entre sí.

Esta contradicción no es sólo formal. El proceso civil norteamericano se ha caracterizado por llevar la concepción de ‘contradicción’ al plano material. Ello explica que este principio no se satisfaga con la existencia de una audiencia bilateral, sino que exige además la efectiva concurrencia de las partes litigantes. Es así –y sólo así– que es posible satisfacer el fin del proceso, cual es la realización de la justicia y el descubrimiento de la verdad materializado en la sentencia, previo enfrentamiento de las partes en el litigio.

Pero ello no implica desconocer el supuesto de la inactividad de una de las partes. De hecho, el F.R.C.P. de 1938 regula de forma sistemática los supuestos de hecho y efectos de la incomparecencia o inactividad tanto del actor como del demandado. Dichas situaciones se encuentran reguladas en el mencionado cuerpo legal con el tratamiento de las figuras del *default* y el *default judgment*.

i. **El Default**

El *default* es el término utilizado para referirse a la incomparecencia injustificada del demandado en el proceso civil, estando debidamente citado. La citación de quien debe comparecer ante la justicia supone el cumplimiento de ciertos criterios que garanticen la efectividad de la notificación, y que doten de certeza el primer contacto entre las partes del juicio. Por tanto, es lógico afirmar que la notificación efectuada de manera correcta es el presupuesto que legitimará los sucesivos actos procesales, incluido, por supuesto, la anotación para constatar que el demandado está procesalmente inactivo (*default*) y la posterior solicitud de proceder a la sentencia en *default*.

Pero no hay razón para limitar la falta de actividad procesal sólo al demandado. Por lo mismo, perfectamente se puede entender que se hallará en *default* también el actor, cuando estando en la obligación procesal de realizar alguna actividad –como la contestación a la demanda reconventional–, guarda silencio y no actúa. En tales casos, precluirá el derecho de ambos para realizar gestión útil para intervenir en el proceso una vez que se haya anotado la falta de actuación -presupuesto procesal exigido para la declaración de *default*-.

También se entenderá que estará en *default* quien incurra en falta de actividad procesal ante cualquier acto del proceso que así lo requiera, y no sólo en su principio. Esta es la razón por la que se entiende que el *default* norteamericano engloba un concepto algo más amplio que la mera rebeldía del demandado (entendiéndose por tal su incomparecencia o silencio en actos propios del inicio de la *litis*). Se le exige al demandado no sólo comparecer y contestar la demanda, sino que mostrar una actitud

cooperativa durante todo el proceso y su fase investigativa. Así, tanto dentro del proceso –entendido como juicio oral propiamente tal–, como así también en la fase previa investigativa (o *pretrial conference*), el actor podrá solicitar que se dicte sentencia en *default*, resolviéndose el proceso sobre la base de la ficta admisión de los hechos, cuando quien esté procesalmente compelido a actuar, no lo haga.

ii. Default Judgment

Como hemos mencionado, el proceso civil norteamericano pretende la obtención de la verdad mediante un proceso que es contradictorio. Es contradictorio por cuanto se requiere de la presencia de ambos litigantes para que, mediante la argumentación y probanza de los hechos alegados, logren acreditar la pretensión que justifica su acción, y obtener así la tutela jurídica.

La falta de actividad procesal de alguna de las partes implica no poder valorar con exactitud la certeza de los hechos alegados, y con ello la imposibilidad de satisfacer la finalidad del proceso. Esto justificaría entonces que, en ausencia de efectivo enfrentamiento de las partes, se pueda poner fin al proceso sin que se haya celebrado el juicio oral propiamente tal, ni que se haya practicado prueba, con una sentencia que se dicta sobre la ficción de la admisión de los hechos contenidos en la demanda. Es éste el *default judgment* regulado en el artículo 55 de los F.R.C.P¹³⁰, que impone la

¹³⁰ Rule 55: “*Default; Default Judgment (a) Entering a Default. When a party against whom a judgment for affirmative relief is sought has failed to plead or otherwise defend, and that failure is shown by affidavit or otherwise, the clerk must enter the party's default. (b) Entering a Default Judgment. (1) By the Clerk. If the plaintiff's claim is for a sum certain or a sum that can be made certain by computation, the clerk — on the plaintiff's request, with an affidavit showing the amount due — must enter judgment for that amount and costs against a defendant who has been defaulted for not appearing and who is neither a minor nor an incompetent person. (2) By the Court. In all other cases, the party must apply to the court for a default judgment. A default judgment may be entered against a minor or incompetent person only if represented by a general guardian, conservator, or other like fiduciary who has appeared. If the party against whom a default judgment is sought has appeared personally or by a representative, that party or its representative must be served with written notice of the application at least 7 days before the hearing. The court may conduct hearings or make referrals — preserving any federal statutory right to a jury trial — when, to enter or effectuate judgment, it needs to: (A) conduct an accounting; (B) determine the amount of damages; (C) establish the truth of any allegation by evidence; or (D) investigate any other matter. (c) Setting Aside a*

conclusión inmediata del proceso –sin atender la controversia en cuando al fondo–, cuando habiendo sido el demandado citado conforme a derecho, asume una actitud del todo pasiva, sin siquiera manifestar su intención de defenderse, o bien, cuando manifestando su intención de oponerse, deja pasar el plazo legalmente previsto para ello, sancionándose su extemporaneidad con la preclusión del derecho y otorgándole al actor la posibilidad de solicitar al juez la admisión de los hechos de la demanda por parte del rebelde, a menos que el infractor justifique acertadamente su retraso. El rebelde entonces podrá ser condenado en *default*. Este tratamiento y sus efectos comprenden no sólo la inactividad en el juicio oral, sino también en la *pretrial conference*, instancia de preparación previa al juicio.

Con todo, la ley prevé otro supuesto ante el cual opera la figura del *default judgment*, pero ya no como efecto ante la inactividad del rebelde, sino como sanción prevista en el artículo 37 de los F.R.C.P., ante la falta de cooperación en la preparación del juicio oral (o *pretrial conference*), donde rige predominantemente el principio expuesto de cooperación¹³¹. Esta instancia previa implica sucesivas actuaciones que son consideradas como medios de “descubrimiento” (*discovery*) para la promoción de la verdad. Es mayormente una fase investigativa. El principio de cooperación en el proceso impone –precisamente– la mutua cooperación que ha de existir entre las partes en lo que respecta a los actos previos al juicio oral. El actor tiene la facultad de exigir la colaboración del demandado. El incumplimiento o abuso de cualquiera de las partes a estas normas –entiéndase como entorpecimiento a la labor investigativa, o utilización de la fase de *discovery* para elevar los costos del proceso y desincentivar así al actor–, puede ser sancionado con un *default judgment*. Si es el actor quien incurre en dicho actuar, podrá serle desestimada la demanda.

Default or a Default Judgment. The court may set aside an entry of default for good cause, and it may set aside a default judgment under Rule 60(b). (d) Judgment Against the United States. A default judgment may be entered against the United States, its officers, or its agencies only if the claimant establishes a claim or right to relief by evidence that satisfies the court.

Como se habrá advertido, el *default judgment* puede proceder ante distintas situaciones de hecho, como un efecto ante la inactividad procesal de una de las partes, o como sanción por incumplir con el deber de colaboración en la fase previa del juicio. Pese a ello, la sentencia dictada produce los mismos efectos, y se tendrán por admitidos los hechos alegados por el actor en la demanda.

3.3. Presupuestos legales de la sentencia en default: Efectos y revocación del default y default judgment

i. Presupuestos

La inactividad del demandado, entendiéndose por tal la falta de cooperación del mismo en la instancia previa al juicio o la falta de comparecencia o gestión útil en el proceso propiamente tal, es fundamento suficiente para solicitar al juez la dictación de una sentencia en *default*. Sin perjuicio de ello, el proceso civil norteamericano contempla, –en el artículo 55(a) de las F.R.C.P. –, la exigencia de una gestión previa a dicha solicitud, cual es la constatación de esta incomparecencia en el proceso, mediante una ‘anotación’. Esta constancia escrita de que el demandado no ha cumplido su deber procesal de comparecer en el plazo previsto por el legislador, es el antecedente necesario para poder dictar un *default judgment*.

Pero conviene precisar que esta anotación, como toda actuación procesal, está sujeta a un presupuesto intrínseco que dota de validez no sólo a esta gestión en particular, sino a todo el proceso como tal. Implícito además en el principio del debido proceso, la correcta notificación al demandado otorgará al tribunal la jurisdicción para conocer la contienda y obrar válidamente conforme a ella. Esta primera comunicación que liga al demandado con la *litis*, y le otorga al órgano la facultad de conocer y juzgar lo sometido a su jurisdicción, es además una garantía que permite materializar el derecho a la defensa de la parte demandada. Tal es la trascendencia de este acto, que cualquier vicio en la forma de su realización lleva aparejado significativos efectos

procesales, y en lo que a este trabajo concierne, acarrea la nulidad del *default judgment*. Consecuentemente, la anotación en los autos de la inactividad del demandado sólo servirá de presupuesto para la posterior dictación de una sentencia en *default* cuando la parte demandada haya sido debidamente citada.

Al respecto, las F.R.C.P. en su artículo 4, complementado con la legislación estatal, establece los requisitos que la notificación debe reunir para ser considerada efectiva. Menciona el cuerpo legal que es el actor quien debe hacerse responsable de hacer llegar oportunamente la notificación al demandado, mediante cualquier persona capaz que no sea el demandante mismo. Asimismo, se establece quién es legítimamente capaz de recibir esta notificación. Idealmente será el demandado quien la reciba (si tiene capacidad procesal), pero nada obsta a que le sea entregada a otra persona del domicilio, mientras sea capaz y de edad suficiente. Finalmente, y en lo que a su forma importa, se ha entendido por la jurisprudencia¹³² que la notificación requiere de un estándar mínimo que asegure su validez, y dichos criterios de forma estarán determinados por la efectividad de la gestión. Por tanto, es la efectividad de la notificación el criterio que validará el acto, y con ello, dotará de jurisdicción al órgano de justicia para conocer y juzgar lo sometido a su esfera. Con ello, todas las actuaciones procesales que surjan durante el desarrollo del juicio, entendiéndose también la fase previa al mismo, tendrán validez y acarrearán consecuencias procesales relevantes.

Ya determinado el presupuesto esencial de validez de todo el proceso judicial, es menester determinar en qué casos procede la anotación que constatará la rebeldía del demandado en los autos del proceso (el *default*), y cuáles son sus efectos más relevantes.

En lo que respecta a la procedencia de esta anotación, el artículo 55 (a) de las F.R.C.P. es claro al mencionar los supuestos en los que el demandado se encuentra en *default*, en los siguientes términos; “Cuando una parte frente a la que se ejercita una

¹³² “Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.”, 1950.

acción judicial no contesta, ni presenta otros medios de defensa conforme a lo previsto en estas normas, y se ha dejado constancia de este hecho mediante declaración jurada o por otros medios, el ayudante del juez anotará su *default*¹³³.

Se advierten de esta norma dos actitudes que puede asumir el demandado frente a la demanda que le ha sido notificada: puede contestarla, o bien presentar algún otro medio de defensa. Mediante la contestación, quedará trabada la *litis*, y consiste básicamente en presentar una oposición a los hechos alegados por el actor o allanarse a los mismos. El plazo que tiene el demandado para la realización de este acto procesal es de 20 días desde la notificación de la demanda, tal como lo establece el artículo 12 de las F.R.C.P. Sin perjuicio de ello, este plazo puede ser prorrogado por el juez a petición de la parte. Si el demandado deja transcurrir el plazo legal, o el prorrogado por el juez transcurre, sin que se conteste la demanda, el demandado se encontrará en *default*, y procederá la anotación de dicha circunstancia en los autos del proceso.

Cabe advertir que el mero transcurso del tiempo determinará que el demandado esté en *default*, y no la anotación de esta circunstancia. Ello porque la anotación no tiene un carácter constitutivo, sino meramente declarativo de la inactividad del demandado. Ella sólo se limita a constatar una situación de hecho, y registrarla formalmente en los autos del proceso. Por lo mismo, se podría entender que la anotación es un acto formal de escasa trascendencia en el desarrollo mismo del proceso, pese a ser el precedente esencial para la posterior dictación de la *default judgment*. La forma de materializar esta anotación en el proceso es “mediante declaración jurada o por otros medios” (artículo 55 (a) de las F.R.C.P.). Sin perjuicio de ello, lo usual es que se haga mediante una declaración jurada, en virtud de la cual se manifiesta que, habiendo transcurrido el plazo que la ley establece para la contestación de la demanda, el demandado no lo ha hecho.

¹³³ Rule 55 (a): “When a party against whom a judgment for affirmative relief is sought has failed to plead or otherwise defend as provided by these rules and that fact is made to appear by affidavit or otherwise, the clerk shall enter his default”.

Pese a que la ley no precisa si esta anotación procede a instancia de parte o de oficio por el tribunal, se ha entendido que es al demandante a quien se le exige la iniciativa en esta gestión, encargándole la ley, de todos modos, al ayudante del juez la tarea de constatar el *default* y registrarlo en el proceso, sin la necesidad de la intervención del juez. Sin embargo, la relevancia que esta anotación puede significar en el curso del juicio, al ser el precedente de una *default judgment*, que se le reconozca al juez la facultad de determinar, en atención a los antecedentes que maneje, si efectivamente existen los argumentos que permitan declarar en *default* al demandado, pudiendo, desde luego, no sólo revocar la anotación de *default*, sino también evaluar si efectivamente el demandado se encuentra en *default*.

Pero la contestación de la demanda no es la única actitud que puede asumir el demandado. Como se desprende de la norma pertinente, el demandado puede presentar “otros medios de prueba conforme a lo previsto en estas normas (...)” (artículo 55 (a) F.R.C.P.). Se ha entendido con ello que el demandado, durante el plazo que tiene para contestar la demanda, o junto a la contestación de la misma, puede interponer cualquier excepción que intente desacreditar procesalmente la pretensión del actor en su forma, y no en el fondo, denunciando precisamente defectos formales en la materialización de la citación, o impugnando la jurisdicción del tribunal. Con ello, el demandado evitará, al menos transitoriamente, la anotación del *default* mientras se resuelvan las excepciones.

Precisado el antecedente necesario para solicitar la dictación de sentencia en *default*, es menester exponer que un *default judgment* sólo procederá mediando una solicitud de la parte demandante. La iniciativa radica exclusivamente en él, y el tribunal, de oficio, no dictará una sentencia en *default*. Esta solicitud, puede ser interpuesta en cualquier momento (incluso inmediatamente después de la anotación de *default*), pues la ley no menciona plazo alguno. Queda, por tanto, a entera disposición del demandante la elección del momento oportuno para solicitar se sustancie la cuestión en ausencia del demandado.

ii. Efectos

Ya se ha mencionado que la anotación de *default* es un acto meramente formal, mediante el cual se constata la situación de inactividad del demandado en el proceso. No supone un acto constitutivo, sino meramente declarativo, y ello implica que con el solo transcurso del tiempo, el demandado que permanezca inactivo estará en *default*, y precluirá su derecho para defenderse. Esta preclusión opera por el solo ministerio de la ley, y no es necesaria la anotación para que caduquen los derechos del demandado. Por el solo hecho de permanecer inactivo, estando obligado a actuar, el demandado se hallará objetivamente en *default*. Esto se traduce en que ante la situación de que transcurra el plazo previsto por la ley para la realización de determinada gestión procesal, el demandado deberá necesariamente justificar su incumplimiento en orden de poder ejercer su derecho a defensa y así revocar su *default*. De lo contrario, se tendrán por admitidos los hechos contenidos en la demanda –siempre que éstos sirvan de fundamento para la acción que afirma en demandante–, y determinarán su completa exclusión del proceso judicial, sin siquiera serle notificadas las resoluciones venideras ni la solicitud de sentencia en *default*.

Esta última situación, sin embargo, puede verse relativizada dependiendo de si el demandado inactivo ha comparecido al proceso. De hecho, y pese a que la comparecencia del demandado no es suficiente para evitar la anotación del *default*, pues requiere además de argumentos suficientes que la justifiquen, se considera que el demandado que posteriormente comparece en el proceso denota una disposición que puede considerarse al momento las notificaciones, y mantenerlo así informado del curso del juicio. Si además el demandado manifiesta su intención de defenderse ya vencido el plazo para hacerlo, podrá el juez dar curso a sus alegaciones mediando argumento suficiente que justifique su imposibilidad de realizar dicha gestión oportunamente.

En lo que respecta a los efectos del *default judgment*, conviene puntualizar que produce los mismos efectos que una sentencia definitiva dictada tras un litigio con plenitud de alegaciones y probanza. Es decir, producirá cosa juzgada (*res iudicata*) con

respecto a los hechos alegados por la parte demandante, y que se tienen por admitidos por la contraria. Ello implica, por supuesto, la imposibilidad de iniciar un juicio que contenga idéntico objeto y las mismas partes que aquel fallado en *default*.

iii. Revocación

Existen razones para sugerir que la tendencia jurídica norteamericana en esta materia otorga evidentes facilidades para quien opta por intentar la revocación de una anotación de *default*. La interpretación de los preceptos que admiten la posibilidad de revocar la anotación es llamativamente amplia y permisiva por parte del tribunal. Además, es posible advertir una jurisprudencia abiertamente crítica a terminar los juicios con un *default judgment*, precisamente, porque la resolución del conflicto será más justa ponderando la probanza y alegaciones de ambas partes.

El tratamiento de la revocación de la anotación de *default* y de la *default judgment* se encuentra regulado en el artículo 55 (c) F.R.C.P. en los siguientes términos: “*El Tribunal podrá revocar el default por una justa causa y, en el supuesto de que ya se haya dictado sentencia, ésta podrá revocarse de forma análoga de acuerdo con lo previsto en el artículo 60 (b)*”.¹³⁴

Cabe mencionar que los motivos para anular una anotación de *default*, y aquellos para anular una sentencia dictada en *default* son prácticamente los mismos. En ambos casos los requisitos para la procedencia de la solicitud de anulación se limitan a que el demandado justifique su falta de actuación alegando “justa causa”.

La interpretación que se le da al término “justa causa” no resiste un mayor análisis. Se ha entendido por tal, cualquier argumento que permita al tribunal descartar la mala fe en el demandado contumaz. Pero la falta de exigencias formales de la norma es tal, que le otorga al juez la facultad de admitir la solicitud de revocación de una anotación

¹³⁴ Rule 55 (c): “*For good cause shown the court may set aside an entry of default and, if a judgment by default has been entered, may likewise set it aside in accordance with Rule 60 (b)*”.

incluso cuando el demandado, sin formular petición expresa, realiza cualquier gestión que dé a entender su intención de actuar en el proceso. Asimismo, la ley no regula un plazo determinado para que demandado intente revocar la anotación de *default*, mientras ésta sea antes de dictada la sentencia.

La “justa causa” es exigida tanto para la anulación de una anotación de *default*, como para la revocación de una sentencia dictada en *default*. La similitud en el tratamiento de ambos casos permite establecer que cualquiera de los motivos señalados por el artículo 60 (b) para anular un *default judgment* lo es también para anular una anotación. La única diferencia se advierte al momento de ponderar la rigurosidad en el estudio de las causas y los requisitos legales para admitir la revocación en uno u otro caso. Mientras el artículo 55 (c) F.R.C.P. contempla una evidente flexibilidad para ponderar la procedencia de una revocación de *default*¹³⁵, su par del 60 (b) F.R.C.P. es más exigente para dejar sin efecto una sentencia definitiva.

Ante la hipótesis que sea rechazada la solicitud de revocación de una anotación de *default*, la ley norteamericana dispone del recurso de apelación para enmendar el agravio. Sin embargo, este recurso sólo procederá en conjunto con la apelación del *default judgment*, y no de forma directa a la anotación. Ello se explica porque la anotación de *default* no reviste los caracteres propios de una sentencia recurrible de apelación.

En la misma línea argumentativa, el recurso de apelación para dejar sin efecto un *default judgment* procede, por cuanto dicha sentencia reviste el carácter de definitiva, decidiendo la cuestión sometida a su jurisdicción. Sin perjuicio de ello, la apelación no es el medio más conveniente para intentar la revocación de la sentencia, si lo que se intenta es fundar el recurso en un error fáctico de la causa, toda vez que la sentencia en *default* se dicta sobre la ficción de la admisión de los hechos por parte del demandado, no habiendo lugar a la argumentación ni la probanza de los hechos

¹³⁵ La jurisprudencia se ha manifestado del todo compasiva con el demandado al permitirle, sin mayores impedimentos, la contestación de la demanda ya vencido el plazo legal para realizar dicha gestión, siempre que justifique razonablemente, y con justa causa, su inactividad.

controvertidos. Por lo mismo, la apelación sólo será un medio idóneo para intentar la revocación del *default judgment* cuando se alegue la ilegalidad de la resolución por haberse infringido las reglas establecidas en el artículo 55 F.R.C.P., esto es, los requisitos formales para la dictación de la sentencia.

Si en cambio lo que se intenta es la revocación de la sentencia dictada en *default* por alguna justa causa que no diga relación a un error formal en la dictación de la misma, entonces procederán las reglas de rescisión contempladas en el artículo 55 (c), en relación al artículo 60 (b) F.R.C.P.

Dicho precepto menciona seis hipótesis posibles para alegar la rescisión de cualquier sentencia definitiva, a saber: i) error, inadvertencia, sorpresa o negligencia excusable; ii) descubrimiento de nuevos hechos probatorios que, a pesar de una diligente actuación, no hubieran podido alegarse anteriormente; iii) maquinación fraudulenta; iv) nulidad de la sentencia; v) anulación de una sentencia anterior sobre la cual se fundamenta la sentencia recurrida; vi) cualquier otra causa que justifique dejar sin efecto la sentencia.

De los seis casos mencionados, sólo el primero y el sexto cobran relevancia en el estudio del *default judgment*, pues serán ellos los utilizados comúnmente para alegar la rescisión de una sentencia dictada en *default*. Podrá advertirse que dichos motivos de revocación carecen de descripción suficiente, caracterizándose por la amplitud de su interpretación. Así lo ha entendido la jurisprudencia, y el juez gozará de las más amplias facultades discrecionales para determinar, caso a caso, la procedencia o no del motivo alegado. Similar solución propone esta legislación en cuanto al plazo para pedir la revocación. La ley habla de “tiempo razonable”, quedando éste sujeto al criterio del juez, mientras no supere un año (plazo no exigible para quien invoque el motivo sexto).

CONCLUSIONES

El propósito del presente trabajo fue realizar no un desarrollo de la figura del silencio en cuanto acto jurídico procesal, esto es, como acto de abstención destinado deliberadamente a producir determinados efectos procesales, sino más bien un análisis de la justificación o el motivo de regulación que se otorga a la actitud no colaborativa, o bien silencio procesal, y el efecto que éste genera en nuestro derecho. Es decir, quisimos contestar la pregunta de porqué el derecho procesal admite tales conductas omisivas, y porqué le otorga determinados efectos.

El derecho procesal regula las actitudes no colaborativas de las partes en el proceso, no porque quiera, o deba darle un determinado valor al silencio de las partes dentro del mismo, sino porque necesita acudir a técnicas, que le permitan subsistir en cuanto institución destinada a resolver conflictos de relevancia jurídica. Esto, en virtud que el derecho procesal constituye un sistema que se conforma por la sucesión de procesos y operaciones propias, y por tanto debe hacer frente, ya sea creando o destruyendo elementos, que le permitan regular la situación producida por las actitudes no colaborativas de las partes en juicio. Esto, y tal como lo explicamos, genera una radicalización de las operaciones. En nuestro caso, dicha radicalización se produce a través de la ficción, generando contrafácticamente la figura de una parte que fácticamente no existe. Esto explica y a la vez se vincula con los deberes de colaboración que tienen las partes y la actual función que cumple el proceso¹³⁶.

En virtud de dicha ficción los hechos afirmados de contrario habrán de entenderse negados por el rebelde; siempre y cuando no nos encontremos ante una hipótesis de rebeldía *in respondendo* (es decir, aquella que se produce por la falta de actividad o

¹³⁶ Entendemos sin embargo, y después de haber revisado el sistema norteamericano, que dicha ficción no podrá predicarse respecto de un proceso basado en un sistema de audiencias, es decir, donde tiene preeminencia el principio de la oralidad y el de contradicción material entre las partes, toda vez que en tal caso no es posible formalizar en dichos términos las operaciones. Sería como jugar tenis con un ser imaginario. Así el proceso no se autoconservará generando ficciones, sino que simplemente prescindiendo de una de las partes y poniendo fin al conflicto sin la celebración de un juicio oral propiamente tal, y omitiendo la práctica de prueba, con el sólo mérito de los hechos contenidos en la demanda y con las pruebas que lo justifican.

defensa del demandado comparecido), pues en tal caso dicha “rebeldía” no se justificará por el principio de la autoconservación, toda vez que el proceso ya se habrá generado y lo que interesará ahora es que este avance (así se podría invocar el principio de economía procesal) o que se adopte una actitud diligente dentro del mismo, para efectos de lograr el arribo a una sentencia definitiva con todos los elementos de juicio necesarios para que el juez pueda realizar un adecuado silogismo jurídico. Radicalizando el principio de la autoconservación como fundamento de la rebeldía y conforme lo realiza el ordenamiento procesal español, podríamos circunscribir dicha institución sólo a aquellas hipótesis relativas al demandado que haya comparecido al acto inicial del apersonamiento, cual es el acto de emplazamiento.

No obstante ello, y si bien en términos teóricos el argumento es correcto, creemos que el modelo chileno, sobre todo el que se propone en el Proyecto, responde a una adecuada regulación de la rebeldía en lo que se refiere a los efectos que de ella han de derivarse, ya que a pesar de denominar indistintamente rebelde a aquel que no comparece al acto de emplazamiento como aquel que comparece pero permanece inactivo durante la prosecución del juicio, dicha denominación es meramente nominal, toda vez que las consecuencias que se generen de sus inactividades serán distintas en uno y otro caso.

Sin embargo, un juicio de valor acerca de la adecuada regulación de la rebeldía no puede realizarse considerando sólo este aspecto. Es decir, que la regulación de sus efectos sea acorde con los presupuestos que la fundamentan no puede significar dejar de atender un aspecto básico y acorde con los principios que informan nuestro ordenamiento constitucional, recogidos por el ordenamiento procesal, cual es la debida tutela efectiva, o igual protección de los derechos ante la ley. Así, en primer término, independientemente que el proceso haya de autogenerarse siempre, ello no significa que deba funcionar formalizando las operaciones hasta que termine, ya que siempre habrá de dársele la oportunidad al rebelde que quiere comparecer con posterioridad para que concurra en él, respetando, en el caso de la rebeldía voluntaria, todo lo obrado en su ausencia; y a su vez permitiendo la restitución de las oportunidades

precluidas a aquel rebelde que no haya comparecido debido a causas que le son inimputables.

En este sentido, el sistema español constituye sin duda un sistema “modelo”, toda vez que, además de regular de manera correcta los efectos de la rebeldía, concede una amplia gama de derechos al rebelde que le permiten una adecuada defensa en juicio. De ello dan cuenta numerosas instituciones tales como el de la notificación al rebelde de la pendencia del proceso cuando habiendo sido notificado mediante edictos, se tenga noticias del lugar donde pueda llevarse a cabo la comunicación y la institución de la restitución procesal, institución independiente de las posibilidades de defensa derivadas de la nulidad de las actuaciones por una notificación imperfecta, y mediante la cual le será posible llevar a cabo actividades procesales que se encontraban precluidas.

La regulación de la rebeldía debe buscar así el equilibrio entre los efectos que se derivan de la incomparecencia con los derechos que han de tutelar al rebelde involuntario, pues el proceso, en cuanto sistema procesal consecuente con la finalidad que actualmente cumple, si bien debe instar por la colaboración de las partes dentro del mismo, también debe hacerlo con la cautela necesaria para proteger los derechos fundamentales de los litigantes. Dicho equilibrio aún no lo encontramos en el texto del Proyecto, toda vez que éste no contempla regulación alguna relativa a la tutela del rebelde, pero esperamos sea considerado por el pre legislador, de manera de asimilarnos en la mayor medida posible a sistema “modelo” español.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. El valor jurídico del silencio. Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1941.
2. ALVARADO PLANAS, Javier y OLIVA MANSO, Gonzalo. Los Fueros de Castilla. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2004.
3. ANABALON SANDERSON, Carlos. Tratado práctico de Derecho Procesal Civil chileno, Volumen II. Librotec, Santiago, 1966.
4. BACHMEIER WINTER, Lorena. La Rebeldía en el Proceso Civil Norteamericano y Español. Universidad Complutense, 1994.
5. BANACLOCHE PALAO, J. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (con De la Oliva Santos, A; Díez-Picazo Giménez, I; Vega Torres, J). Editorial Civitas. Madrid, 2001.
6. BÜLOW, O. La teoría de las excepciones y de los presupuestos procesales. Traducción de Rosa Lichtschein, Buenos Aires, 1964.
7. CADIET, L, Civil Justice Reform: Access, Cost and Delay in Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure, Oxford, 1999.
8. CAROCCA PÉREZ, Alex. Garantía Constitucional de la defensa procesal. JM Bosch Editor, Barcelona, 1998, p.179.
9. CARRASCO POBLETE, Jaime. La rebeldía en el Anteproyecto del Código Procesal Civil. Cuadernos de extensión jurídica (U. de los Andes), Nº 16, 2009.
10. CHIOVENDA, José. Instituciones de derecho procesal civil, tomo I, Editorial Preisbeis, España, 1950.
11. CLARO SOLAR, Luis. XI Derecho Civil, Editorial Nascimento, Santiago, 1941.
12. COLOMBO CAMPBELL, Juan. Los Actos Procesales, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
13. COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Editorial Uteha, México, 1949.
14. COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Tercera Edición (póstuma). Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.

15. DAMASKA, Mirjan R. Las caras de la justicia y del poder del Estado: Análisis comparado del proceso legal. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000.
16. DÍAZ URIBE, Claudio. Curso de derecho procesal civil. Tomo I. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2000.
17. DIEZ-PICAZO Giménez, I (con De La Oliva, A) en Derecho Procesal Civil. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2004.
18. DE LA OLIVA, A y FERNÁNDEZ, M.A. Derecho Procesal Civil. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Tomo II, Madrid, 1992.
19. DUCCI CLARO, Carlos. Derecho Civil, Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta edición. Santiago, 2002.
20. FASCHING, FL. Die Bedeutung des Gleichheitssatzes für das zivilgerichtliche Verfahren, en Grand- und Freiheitsrechte in der gerichtlichen Praxis-Richterwoche, Viena, 1992.
21. GELSI BIDART, Adolfo, voz Procesal Omisión. Enciclopedia Jurídica Omeba, edit. Driskill, t. XXIII.
22. GÓMEZ Orbaneja, E. Derecho Procesal Civil. Volumen I. Madrid, 1979.
23. GONZÁLEZ, Atilio Carlos. 1933. Silencio y rebeldía en el proceso civil. Astrea, Buenos Aires, 1979.
24. GUASP, Jaime. Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil. Buenos Aires, 1950.
25. HAZARD, G. Court Delay: Toward New Premises. Civil Justice Quarterly, vol. 5, 1986.
26. ILLESCAS Rus, A, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (coord.. Fernández-Ballesteros, M, Rifa Soler, Valls Gombau), tomo II, Iurgium Editores. Barcelona, 2000.
27. LEON HURTADO, Avelino. La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1952.
28. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos Parte General. Tomo I. Cuarta Edición revisada y ampliada.
29. NUÑEZ OJEDA, Raúl. Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo. Revista actualidad jurídica N°17. Universidad del Desarrollo. Enero 2008.

30. ORELLANA, Fernando. Manual de Derecho Procesal. Tomo II. Editorial Librotecnia, Santiago, 2006.
31. ORELLANA TORRES, Fernando y PÉREZ RAGONE, Álvaro. Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: Tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil. *Ius et Praxis* 13(2), 2007.
32. PALOMO VELEZ, Diego. Proceso oral: ¿Qué modelo de juez requiere?. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVIII - Nº 1 - Julio 2005.
33. RODRIGUEZ PAPIC, Ignacio. Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía. Editorial Jurídica, Séptima Edición. Santiago, 2006.
34. PIÑATS ALIAGA, Walter. *Sentencia* definitiva parcial y parte no controvertida de la acción. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
35. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código de Procedimiento Civil. Tomo I. Tercera Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile.
36. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código de Procedimiento Civil. Tomo II. Tercera Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile.
37. SAMANES Ara, C. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (coord. Cordón Moreno, F; Armenta Deu, T; Muerza Esparza, J; Tapia Fernández, I), Volumen I, Editorial Aranzadi. Elcano, 2001.
38. SAMANES Ara, C. La tutela del rebelde en el proceso civil. JM Bosch Editor S.A., Barcelona, 1993.
39. SERRANO Hoyo, G. La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso. Editorial Comares, Granada, 1997.
40. TARUFFO, Michelle. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Ius et Praxis*, año 12, Nº2.
41. VERGARA GRAU, Joan. La rebeldía en la nueva ley de enjuiciamiento civil.
42. VIAL DEL RIO, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico. Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición actualizada, Santiago, 2000.
43. WACH, Adolf. Conferencia sobre la ordenanza procesal civil alemana. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Eds. Jurídicas Europa-América.