



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

EL ABUSO DEL DERECHO EN MATERIA PROCESAL

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

JOSÉ MANUEL BARRAZA SANDOVAL  
PROFESOR GUÍA: SR. HORACIO INFANTE CAFFI

Santiago, Chile

Año 2021

## ÍNDICE

<b>RESUMEN .....</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO I. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PROCESAL.....</b>	<b>9</b>
1. Los principios jurídicos en la Teoría General del Derecho .....	9
2. Los principios infrmadores del Derecho procesal .....	11
3. El principio de buena fe procesal.....	12
4. El principio de probidad.....	16
5. Conclusiones .....	17
<b>CAPÍTULO II. LOS DERECHOS SUBJETIVOS PROCESALES .....</b>	<b>19</b>
1. Los derechos subjetivos en la Teoría General del Derecho .....	19
2. Los derechos subjetivos procesales .....	21
3. La acción procesal.....	21
4. El derecho a la defensa.....	24
5. El derecho al proceso .....	25
<b>CAPÍTULO III. LOS DEBERES JURÍDICOS PROCESALES .....</b>	<b>26</b>
1. Los deberes jurídicos en la Teoría General del Derecho .....	26
2. Los deberes jurídicos procesales .....	28
3. El deber de cooperación.....	29
4. El deber de aportar evidencia .....	30
5. El deber de decir la verdad.....	30
6. Deber de no contradecir los actos propios .....	32
7. El <i>Discovery</i> y el <i>disclosure</i> como deberes procesales.....	33
8. Conclusiones .....	34
<b>CAPÍTULO IV. LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO .....</b>	<b>35</b>
1. El abuso del derecho en la doctrina .....	35
2. El abuso del derecho y algunas instituciones afines .....	38
<b>CAPÍTULO V. EL ABUSO DEL DERECHO EN EL PROCESO CIVIL .....</b>	<b>39</b>
1. Estado de la cuestión .....	39
2. Elementos del acto abusivo.....	42
3. Ámbitos de aplicación de la teoría del abuso del derecho .....	45
4. El abuso del derecho intraprocesal.....	46
A. El ejercicio abusivo de la acción procesal.....	46

B. El ejercicio abusivo del derecho a la defensa .....	53
C. El abuso del proceso .....	55
D. El ejercicio abusivo de los incidentes .....	58
E. Abuso del derecho a la función cautelar.....	60
F. Abuso procesal de los jueces .....	61
5. El abuso del derecho extraprocetal .....	64
A. El avenimiento .....	66
B. El comparendo de conciliación laboral.....	68
C. La transacción .....	70
D. La mediación.....	74
<b>CAPÍTULO VI. EL ABUSO EN EL PROCESO ANTE LA JURISPRUDENCIA CHILENA....</b>	<b>77</b>
1. Jurisprudencia en procesos civiles.....	77
2. Jurisprudencia en procesos laborales.....	80
3. Jurisprudencia en procedimientos administrativos .....	82
4. Conclusiones .....	83
<b>CAPÍTULO VII. EL FRAUDE PROCESAL .....</b>	<b>87</b>
1. Consideraciones preliminares .....	87
2. El concepto jurídico penal de fraude.....	88
3. El concepto de estafa.....	89
4. Elementos típicos del delito de estafa .....	90
A. El engaño como elemento típico de la estafa .....	92
B. El perjuicio patrimonial.....	94
C. El ánimo de lucro.....	95
5. Concepto de fraude procesal .....	97
6. La cosa juzgada fraudulenta .....	99
7. Concepto de estafa procesal .....	102
8. La estafa procesal en el ordenamiento jurídico español.....	103
9. La estafa procesal en Chile.....	106
10. Conclusiones .....	112
<b>CAPÍTULO VIII. LA SIMULACIÓN PROCESAL.....</b>	<b>114</b>
1. Los elementos del acto jurídico .....	114
2. La simulación jurídica .....	115
3. La simulación procesal .....	116

<b>4. Consecuencias de la simulación .....</b>	<b>117</b>
<b>5. Simulación procesal y conceptos afines .....</b>	<b>119</b>
<b>6. La cosa juzgada aparente .....</b>	<b>120</b>
<b>CONCLUSIÓN.....</b>	<b>123</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>127</b>

## **RESUMEN**

El presente trabajo se propone dar cuenta de la aplicación de la teoría del abuso del derecho en el ámbito del Derecho procesal. Para tales efectos se buscará dar cuenta de sus fundamentos, de su desarrollo teórico general respecto de las instituciones procesales, así como de su recepción en la doctrina y la jurisprudencia chilenas. Finalmente, se revisará también instituciones afines al abuso del derecho, como lo son el fraude y la simulación procesal.

## INTRODUCCIÓN

El estudio de las ciencias jurídicas siempre impone el desafío de desarrollar un acercamiento comprensivo y analítico de las diversas instituciones que configuran el espectro del fenómeno jurídico. En tal sentido, el carácter dinámico de la realidad material que es objeto de estudio del Derecho apareja necesariamente la constante evolución de esta disciplina, especialmente cuando consideramos que su finalidad inmanente corresponde a la de abocarse a regular la conducta humana y el consecuente orden social y cultural que se conforma en cada comunidad organizada de personas.

Armonizar entonces a través del Derecho aquel ámbito de la facticidad que incide en el plano de la individualidad de la persona humana, por un lado, y aquel que es propio de las instancias de cualidad gregaria que son propias de la vida en sociedad -particularmente cuando digan relación con el interés público- es un esfuerzo que ha de conseguirse mediante el planteamiento constante de caminos de renovación para las diversas instituciones en juego.

En tal orden de cosas, el desarrollo del presente dossier tiene por objeto dar cuenta del estado de la cuestión de una institución teórica particular, correspondiente al abuso del derecho. Con todo, existe una vasta literatura sobre este tópico, tratándose de un tema de fértil tratamiento en la dogmática, especialmente en la que es propia del Derecho civil. Por lo anterior, en lo presente no nos proponemos realizar un análisis de aquella teoría que sea transversal a las diversas ramas del Derecho, sino que realizar un estudio enfocado en un sector particular del ordenamiento, que corresponderá al Derecho procesal.

Determinar el alcance y las consecuencias del abuso del derecho en el ámbito procesal supondrá, necesariamente, la adopción de posturas metodológicas y conceptuales que permitan enfocar de una manera coherente el tópico revisado. Tal proceso es de suma relevancia, toda vez que implicará analizar diversas instituciones jurídicas mediante la asunción de argumentos determinados que muchas veces tendrá por consecuencia una manera particular de concebir los efectos que el ordenamiento jurídico presenta o debería presentar.

Lo anterior tendrá una fuerte incidencia al momento de delimitar el marco teórico del presente trabajo, pues habrá de adoptarse ciertas posturas ante determinados temas y concepciones, lo que nos permitirá decantar una visión particular del tema objeto de este estudio.

Particularmente, para forjar una concepción propia sobre el abuso del derecho procesal, será menester analizar críticamente los tópicos circundantes que permitan estructurar un contexto general de análisis, y que corresponden esencialmente a cuatro: la teoría de los principios generales del derecho, la teoría de los derechos subjetivos, la teoría de los deberes jurídicos y, finalmente, la teoría general sobre el abuso del derecho.

En primer lugar, efectuar consideraciones generales sobre el rol y alcance de los principios generales del derecho, junto con la determinación de las consecuencias derivadas de principios particulares, tendrá por finalidad delinear el ámbito de existencia de los diferentes derechos y deberes que integran el Derecho procesal. Particular relevancia presentará el fundamento que se otorgue a la existencia de estos principios, considerando especialmente las diferencias que conlleva una visión positivista del Derecho frente a una visión iusnaturalista.

Enseguida, una revisión de la teoría de los derechos subjetivos resulta indispensable toda vez que, delimitar el catálogo de derechos subjetivos de carácter procesal contemplado en nuestro sistema, nos permitirá definir el espectro de facultades jurídicas en que los sujetos titulares de aquellos derechos podrían, potencialmente, ejercer tales facultades mediante conductas que sean posibles de subsumir en una categorización propia del abuso del derecho.

Como consecuencia de lo anterior, el tratamiento conceptual de la teoría de los deberes jurídicos reviste una relevancia íntimamente ligada con el ejercicio de los derechos subjetivos, pues, según se planteará en el desarrollo de este trabajo, los institutos jurídicos que pueden dar lugar a una aplicación de la teoría del abuso del derecho en materia procesal corresponden precisamente a los derechos subjetivos y a los deberes jurídicos individuales. Así, tanto el despliegue de conductas que se aparten de la esfera de tutela o prescripción jurídica de los derechos subjetivos y deberes procesales constituirán, bajo supuestos determinados, situaciones de conducta abusiva.

En cuarto lugar, resulta necesario emprender un análisis preliminar sobre el estado de desarrollo de la teoría del abuso del derecho. Para tal objeto, se revisarán los lineamientos generales de esta teoría, algunas de las problemáticas generales a que da lugar su aplicación, y algunas posturas doctrinarias presentes en nuestro medio.

Finalmente, luego de abordar el marco teórico referido, se procederá a dar cuenta del tratamiento especial que la teoría del abuso del derecho ha presentado en el ámbito del Derecho procesal. Para ello se buscará dar cuenta de las instituciones procesales más relevantes en que

puede ser aplicada esta teoría, teniendo presente los principios inspiradores de esta disciplina jurídica, los derechos subjetivos propios del proceso, los deberes jurídicos procesales y las categorías propias del abuso del derecho aplicada a este sector del ordenamiento jurídico.

Con tal objeto, se realizará no solo un estudio doctrinario de los planteamientos realizados por diversos comentaristas, sino que, principalmente, se buscará analizar la legislación procesal vigente para determinar aquellas normas de derecho positivo que estatuyan prescripciones que reflejen un fundamento en la prohibición del abuso del derecho.

Cabe acotar que, respecto de las normas procesales que se pretende abordar, se considerará principalmente el Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de realizar determinadas referencias a otros procedimientos especiales cuando normas particulares den cuenta de puntos de relevancia para el tema en estudio, de manera que se hará también referencia, en ciertos casos, al proceso laboral y al procedimiento ante tribunales de familia, sin perjuicio de efectuar observaciones respecto de otros cuerpos legales. Finalmente, acotar que se evitará hacer referencias al proceso penal en consideración de las diferencias en los principios y bienes jurídicos tutelados por sus normas.

Para finalizar, se revisará el estado de la jurisprudencia nacional ante esta temática, con la finalidad de determinar cómo nuestros tribunales han recibido la teoría del abuso del derecho en el campo procesal.



# CAPÍTULO I

## LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PROCESAL

### 1. Los principios jurídicos en la Teoría General del Derecho

En el sistema de fuentes del Derecho distinguimos entre aquellas de carácter formal y aquellas de carácter material. Entre las primeras, la ley se ha erigido como la fuente formal por antonomasia en el sistema derecho continental, relegando, la mayoría de las veces, a un segundo plano a las demás fuentes.

Sin embargo, dentro del segundo grupo de fuentes, las fuentes materiales, cobran relevancia los llamados principios generales del Derecho. Un acercamiento descriptivo desarrollado por Atienza y Ruiz (2002) señala que *“los principios no son, como las reglas, razones perentorias, sino razones de primer orden cuya utilización para resolver casos exige una ponderación: la construcción, con esas razones de primer orden, de una razón perentoria, el paso de los principios a las reglas”* (108), señalando los mismos autores que su función radica en que *“los principios en sentido estricto incorporan valores que se consideran -que el ordenamiento jurídico considera- como últimos”* (Atienza y Ruiz, 2002, 121).

Una cuestión relevante, y muy discutida entre los tratadistas, dice relación con el fundamento de estos principios, o más propiamente con su origen. En este sentido, se ha enunciado una categorización en virtud de la cual se han distinguido, cuando menos, dos tipos de principios en consideración a su origen y que corresponden, por un lado, a aquellos que son inherentes a la ontología de la persona humana y, por otro, a aquellos denominados institucionales.

Así, Alcalde (2016) ha señalado que *“primeramente, nos encontramos con aquellos -los más relevantes y trascendentes- que directa o indirectamente emanan de la naturaleza humana (...), por lo cual su validez y obligatoriedad se nos impone una realidad que no depende de nuestra mera voluntad; y, en segundo lugar, con otros que (...) podríamos denominar ‘institucionales’ cuyo fundamento radica en la propia estructura de las diversas instituciones jurídicas”* (46).

En lo presente, no se estima correcta esta distinción, pues estando ella fundada en una posición claramente *iusnaturalista*, confunde los principios jurídicos con los valores

axiológicos, ello sin perjuicio de la vinculación subyacente entre los valores morales de la sociedad humana y las normas jurídicas que la rigen. Para sostener esto no es necesario caer en las posiciones más extremas del positivismo jurídico que niegan la existencia de los principios, ni tampoco adoptar una posición filosófica de total relativismo moral. Sin embargo, las concepciones naturalistas del derecho, como la señalada, no permiten explicar la eficacia de los principios en un ordenamiento dado, puesto que, finalmente, dicha eficacia se encuentra condicionada a su efectiva sanción a través de las normas de Derecho positivo. De esta manera, entre nosotros estimamos, más bien, que todos los principios jurídicos son institucionales, de manera que sólo en virtud de su consagración positiva, de manera explícita o no, pueden realmente considerarse como verdaderos principios jurídicos.

Enseguida, en la nomenclatura que se empleará en este trabajo nos hacemos partícipes de la distinción ente reglas y principios de la nomenclatura *dworkiana*. Tal distinción es relevante, entre otras razones, para determinar las consecuencias jurídicas que la contravención de las normas aparejará en uno u otro caso; sosteniéndose de manera general que dichas consecuencias tendrán del carácter de ilícitos jurídicos, sea que el ordenamiento contemple dicha contravención y su sanción expresamente -ilícito típico-, o que no la contenga expresamente -ilícito atípico-.

A este respecto, es importante acotar que no concordamos con los autores Atienza y Ruiz al señalar que los ilícitos atípicos sólo proceden respecto de principios y no de reglas (Atienza y Ruiz, 2002, 28). Sostener tal postura implica desconocer el rol general de los principios jurídicos, y que por demás subyacen a las normas positivas, de manera que determinan su aplicación en aquellos casos en que la norma guarda silencio.

Inmediatamente, es menester realizar una distinción sobre las categorías de reglas que se han desarrollado en la doctrina. Así, siguiendo a Atienza y Ruiz (2002), podemos distinguir entre reglas de acción y reglas de fin. Las primeras corresponden a *“pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones y que se caracterizan por los dos siguientes rasgos. El primero es que su estructura consiste en un antecedente o condición de aplicación, que contiene un conjunto cerrado de propiedades; y un consecuente o solución normativa en donde cabe distinguir, a su vez, dos elementos: una acción (...) y su calificación deóntica como obligatoria, prohibida, permitida, etc.”* (16); mientras que las segundas son aquellas que *“en el*

*consecuente establecen el deber o la permisión no de realizar una determinada acción, sino de dar lugar a un cierto estado de cosas”* (Atienza y Ruiz, 2002, 17).

En este sentido, cabe preguntarse porqué resulta importante distinguir entre reglas y principios en el tratamiento del abuso del derecho. Tal relevancia tiene lugar en ocasión de la naturaleza de los ilícitos a que dan lugar las transgresiones de unos u otros. Siguiendo en esto también a Atienza y Ruiz (2002), consideraremos que el ilícito es “*acto contrario a una norma regulativa de mandato*” (23).

A continuación, siguiendo a los mismos autores, los ilícitos pueden clasificarse en típicos y atípicos, como dijimos anteriormente, según el acto que los determine, toda vez que “*a los primeros (a los actos opuestos a las reglas) se les puede llamar ilícitos típicos, mientras que los segundos, a los que se oponen a principios, serían ilícitos atípicos*” (Atienza y Ruiz, 2002, 25). Tenemos entonces que “*si los ilícitos típicos son, pues, conductas contrarias a una regla (de mandato), los ilícitos atípicos serían las conductas contrarias a principios de mandato*” (Atienza y Ruiz, 2002, 28). Todo ello en atención a que, según se desarrollará pertinentemente, el abuso del derecho corresponde, esencialmente, a un acto ilícito, que derivará de los planteamientos anteriores.

Por ello, menester será determinar el contenido de los diferentes principios jurídicos existentes para determinar si un acto es o no contrario a ellos. Y, aunque existen principios jurídicos de aplicación general al ordenamiento, también es cierto que en cada una de las disciplinas de la ciencia jurídica estos adquieren manifestaciones determinadas o, derechamente, son nutridos por principios especiales a ella. Así, será necesario, para determinar la existencia de actos ilícitos en el Derecho procesal, analizar los principios generales que se aplican en este ámbito, así como los principios especiales que le corresponden.

## **2. Los principios informadores del Derecho procesal**

La doctrina procesal italiana hubo empleado anteriormente, al menos hasta la primera mitad del siglo XX, el concepto de “principios de derecho procesal” para referirse a los fundamentos y bases del derecho procesal. Este es el caso de la obra *Principios de Derecho Procesal* del tratadista italiano Giuseppe Chiovenda. Para efectos del presente trabajo, emplearemos el concepto en su acepción moderna, según lo analizado en las líneas anteriores.

A pesar de ser numerosos los principios informadores del derecho procesal, en lo sucesivo solo nos abocaremos a dos, el principio de buena fe y el principio de probidad procesal.

### **3. El principio de buena fe procesal**

De perogrullo resulta señalar que el principio de buena fe inspira todo el ordenamiento jurídico, extendiéndose también al sistema procesal. Que su función es la de canalizar la aplicación de las normas jurídicas en el marco de un sustrato valorativo tampoco es novedoso. Al respecto, Picó (2004) ha referido que:

*“El principio general de la buena fe es una de las vías más eficaces para introducir un contenido ético-moral en el ordenamiento jurídico, y supone otro avance más en el desarrollo de la civilización, tendente a superar una concepción excesivamente formalista y positivista de la ley, que permite a los juristas adecuar las distintas instituciones normativas a los valores sociales propios de cada momento histórico”* (150),

de manera que su vigencia permite auxiliar al ordenamiento jurídico en la búsqueda de la paz social y la regulación de la conducta de la sociedad.

En el ámbito del Derecho procesal civil, tradicionalmente no existía ninguna norma que consagrara expresamente el principio de buena fe. Lo cual no implica que se haya desconocido la importancia de los valores morales en el proceso, pues como ha señalado Cifuentes (2010):

*“Si bien el Código de Procedimiento Civil -en adelante CPC- contempla algunas normas de cuyo contenido puede colegirse que al legislador no le era del todo indiferente la disposición subjetiva de las partes al momento de efectuar actuaciones dentro del proceso, estas versan sobre conductas específicas y acotadas que se refieren a hechos positivos de una de las partes que pudieran significar un entorpecimiento de este, sin que se consagrara un principio o deber general de buena fe”* (92),

lo cual puede explicarse históricamente por la época de dictación del Código, en que el estado de la dogmática sobre los principios jurídicos en el proceso era, más bien, escasa.

Con todo, en el estado actual de nuestra legislación procesal sí existen normas que consagran de manera expresa este principio. En el proceso civil es la Ley N° 20.886, que establece la tramitación digital de los procedimientos judiciales, la encargada de establecer este principio, señalando en el artículo 2°, literal d), que *“La tramitación de las causas regidas por la presente ley se sujetará a los siguientes principios generales: d) Principio de buena fe. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso conforme al sistema informático de tramitación deberán actuar de buena fe”*.

Enseguida, el párrafo segundo de la norma citada establece también la prohibición del abuso del derecho en materia procesal, señalando que *“El juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”*, manteniendo el principio dispositivo que rige en nuestro sistema, pero abriendo también la aplicación del principio de impulso procesal de oficio, lo que es concordante con la facultad correctora del artículo 84, inciso final, del Código de Procedimiento Civil.

Es necesario acotar que, pese a que la norma transcrita se enmarca en la ley de tramitación digital, pareciendo que su aplicación es limitada materialmente a los procesos tramitados electrónicamente, ciertamente el principio de buena fe procesal y la prohibición del abuso del derecho posee una aplicación mucho más amplia, pues el artículo 1° de la ley de tramitación digital establece que la aplicación de su articulado se aplica a todas las causas que conozcan los tribunales ordinarios y especiales, exceptuando los tribunales militares en tiempo de paz, lo cual se confirma con el artículo 3°, que dispone la aplicación obligatoria de la tramitación digital en las actuaciones judiciales. Así, su aplicación se extiende incluso a las causas cuya tramitación hubiera iniciado con anterioridad a la vigencia del cuerpo legal en comento.

A más de lo anterior, en el proceso laboral, que está reglado en un procedimiento de aplicación especial frente al procedimiento civil regulado en el Código de Procedimiento Civil, son los artículos 425 y 430 del Código del Trabajo los que establecen el principio de buena fe procesal. En efecto, el inciso primero del artículo 430 dispone que *“Los actos procesales*

*deberán ejecutarse de buena fe, facultándose al tribunal para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias”.*

Conforme a las precisiones anteriores, cabe señalar que en el ámbito del Derecho procesal el principio más relevante a efectos de delimitar el ámbito de aplicación y el fundamento de la teoría del abuso del derecho corresponde al principio de la buena fe procesal. En general, Larroucau (2013) ha referido que *“el objetivo de la buena fe procesal es que el interés de las partes no cancele los compromisos que sirve la administración de justicia”* (260). Para tales efectos seguiremos la tipología de dicho autor, que distingue tres aproximaciones conceptuales posibles para el entendimiento del principio de buena fe procesal, una tesis fuerte, una tesis mínima y una teoría más que mínima.

En virtud de la tesis fuerte tenemos que se establecen diversos deberes para las partes del proceso, de manera que, según Larroucau (2013) estas *“deben ayudar al tribunal a conseguir (...) ‘el objetivo primordial del juicio’ (...). El puente entre la solución (justa y eficiente) del caso y los comportamientos que son admisibles en un litigio ha recibido de parte de ella el nombre de cooperación”* (267).

En segundo lugar, la tesis mínima, en términos generales, plantea que el contenido del principio de buena fe se restringe a la prohibición de las conductas dolosas por los agentes del proceso (Larroucau, 2013, 266).

Finalmente, en virtud de la insuficiencia y extremismo de las dos primeras lecturas, el autor -y nosotros- se decanta por la tesis más que mínima, de carácter intermedio. En virtud de esta, Larroucau (2013) señala que *“la buena fe procesal hace probable que los intervinientes colaboren con las finalidades que sirve la administración de justicia (...). Se trata de una concepción atenta al hecho de que en un juicio concurren intereses privados y públicos que es preciso calibrar”* (275).

De esta manera, esta posición intermedia permite conciliar dos cosas esenciales, el interés privado y el interés público. Este último es imprescindible si consideramos que en el proceso los particulares ventilan sus intereses de índole privada, cuales se conjugan con el interés público que se concretiza con el despliegue del poder jurisdiccional del Estado. Sin embargo, es innegable que los intervinientes, las más de las veces, concurrirán a defender o controvertir derechos de carácter privado, de manera que sacrificar este interés privado -como lo hace la tesis fuerte- por el interés público, no permite conciliar ambos tipos de intereses; de

esta misma manera, dejar de lado el interés público por el interés privado, o limitar de manera débil la actuación de las partes en aras a la protección del interés público, como lo hace la tesis mínima, no permite forjar un control adecuado de las facultades procesales de los particulares al momento del despliegue de la jurisdicción.

Aunque arguyendo una nomenclatura diversa, la concepción más amplia de la buena fe procesal ha sido criticada y rechazada por otros autores en el derecho comparado. Este es el caso de Cachón, quien defiende que una tesis máxima de la buena fe procesal sería abiertamente contraria al ejercicio de ciertos derechos de las partes en el proceso, como podría serlo el derecho a la defensa, por ejemplo. Alerta sobre las consecuencias que una tesis de este tipo podría conllevar, refiriendo Cachón (2004) que *“por el carácter indeterminado y potencialmente expansivo de la noción de buena fe procesal, si este concepto no es objeto de una delimitación drástica, se corre el riesgo de que se convierta en una especie de ordenamiento procesal alternativo al previsto en la Constitución y en la ley”* (15), afirmando que no puede aplicarse el principio de buena fe procesal como límite al ejercicio de derechos fundamentales.

En la doctrina chilena también Hunter (2008) ha analizado el ámbito de la buena fe, negando también la posibilidad de admitir que el principio de buena fe procesal pueda extenderse de manera que se erija en una verdadera cortapisa a los derechos constitucionales. De manera categórica, el autor ha problematizado:

*“¿Sirve la noción de buena fe procesal como límite a la garantía constitucional de la defensa jurídica? La respuesta ya se había adelantado: no. En efecto, para que un derecho fundamental pueda ser limitado es necesario que tal limitación se encuentre justificada en otros derechos fundamentales o bien en otros bienes o valores constitucionalmente protegidos. La posible introducción de límites a los derechos fundamentales sólo puede tener lugar en el marco de una habilitación constitucional previa, ya sea implícita o explícita”* (159);

negando al mismo tiempo la posibilidad de que la buena fe sea un límite intrínseco de los derechos fundamentales, admitiendo una limitación sólo en los términos que la Constitución establece. Por demás, este autor niega que las partes puedan ser obligadas a conducirse por un

principio de buena fe, de carácter positivo, sino que únicamente puede obligarse a las partes a abstenerse de realizar actuaciones de mala fe.

Compartimos este pensamiento, en sentido de negar que el principio de buena fe pueda obstaculizar el ejercicio de ciertos derechos, sin negar su valor en el Derecho procesal. Lo anterior, por cuanto resultaría paradójico que, existiendo un conjunto de derechos y poderes jurídicos procesales, estos pudieran ser obstaculizados apriorísticamente para su propia protección; especialmente si consideramos el Derecho procesal como un sistema de garantías para las partes.

Sin perjuicio de lo anterior, el principio de buena fe debe entenderse vigente en todo el ámbito del despliegue jurisdiccional. Así, deberá entenderse aplicable ante todo tribunal que ejerza jurisdicción, ya ante tribunales ordinarios, especiales o incluso arbitrales. En relación a estos últimos, Picó (2002) ha planteado el concepto de buena fe arbitral refiriendo que *“la uberrima fides en el arbitraje institucional no puede traicionarse unilateralmente por alguna de las partes del conflicto arbitral, y en ningún caso pueden alentarse actuaciones maliciosas tendentes a hacer fracasar el arbitraje”* (171), planteándose la existencia de ciertos deberes procesales propios del llamado derecho arbitral, anexos a los que existirían para las partes ante los tribunales ordinarios, lo que implicará especialmente la abstención de conductas maliciosas que tiendan al entorpecimiento del proceso arbitral, específicamente afectando los derechos o posibilidades de actuación de la contraparte sometida al arbitraje.

#### **4. El principio de probidad**

Este principio, como la mayoría de los principios jurídicos, presenta un ámbito normativo más bien indeterminado cuyo alcance es difícil definir, siendo la doctrina y la jurisprudencia los que se han encargado mayormente de su desarrollo. Es necesario acotar que algunos autores han identificado o empleado de manera indistinta los conceptos de buena fe procesal y de probidad para referirse a cierto principio informador del proceso de sustrato ético y conductual (Hunter, 2008, 153; Picó, 2002, 147). Sin negar su íntima relación, en lo presente sostendremos que son principios diversos, con un ámbito autónomo.

Así, se le ha denominado también como principio de lealtad o principio de moralidad, señalándose que este principio nutrirá de obligaciones jurídicas a las partes en el proceso,



relacionándose directamente con el principio de bilateralidad de la audiencia. Por ejemplo, Peñaranda (2010) ha referido que *“la lealtad y la probidad tiene una relación directa con la igualdad de las partes, puesto que un acto desleal, obrar de mala fe o una falta de probidad pueden desestabilizar la igualdad procesal y enervar el principio de la igualdad de las partes en el proceso”* (21), apelando a la rectitud que debe existir en todo el desarrollo del proceso para garantizar el ejercicio de derechos entre las partes.

Dejando al margen esta confusión conceptual, variadas definiciones y descripciones se han realizado en la doctrina. Entre ellas encontramos la de Lozano (2002) que lo ha definido como aquel *“conjunto de reglas, standards o criterios de conducta, de carácter ético, social y deontológico, a que deben adaptar su comportamiento los sujetos procesales (partes, profesionales causídicos, juez, secretario, personal auxiliar y secretarial, peritos, testigos, etc.) en el curso del proceso y todo acto procesalmente relevante”* (326), evidenciándose de manera clara la inspiración extraprocesal de este principio, que busca resguardar bienes jurídicos de orden público en armonía con la cualidad teleológica del proceso.

Pues bien, de manera general este principio apunta a que el proceso es una institución de buena fe y que obliga a las partes a guardar lealtad, honorabilidad y honestidad en sus actuaciones. Implicará, por lo mismo, la interdicción de las actuaciones dolosas, así como la sanción de conductas que no aparezcan justificadas en el ejercicio de las facultades procesales que otorga la ley.

## **5. Conclusiones**

Los principios jurídicos juegan un rol fundamental en el desarrollo del Derecho procesal, como ocurre en todas las disciplinas del estudio de las ciencias jurídicas. Y como en cada una de ellas, la delimitación del ámbito conceptual y normativo de estos principios resulta dificultoso, desplegándose en un constante análisis cuyo resultado es más bien limitado. Lo que sí resulta necesario es definir con la mayor precisión posible cuáles son las consecuencias jurídicas que podemos derivar de estos principios rectores, particularmente en cuanto a los efectos que su inobservancia aparejarán en el proceso.

Para tales efectos creemos que, dado el estado de la cuestión en nuestra legislación, no resulta aconsejable abanderarse por una tesis fuerte o maximalista de estos principios,

especialmente en cuanto a la buena fe procesal, por las perturbaciones que su exceso interpretativo puede provocar en el ejercicio de los derechos subjetivos procesales. De esta manera, para salvaguardar los principios de legalidad o de juridicidad, y de supremacía constitucional, sostendremos que la buena fe procesal deberá interpretarse sobre una tesis intermedia, la que llamamos más que mínima, y que será la transgresión de este estándar el que dará lugar a la configuración del abuso en el proceso.

## **CAPÍTULO II.**

### **LOS DERECHOS SUBJETIVOS PROCESALES**

#### **1. Los derechos subjetivos en la Teoría General del Derecho**

En el ámbito de la Teoría General del Derecho han sido diversos los autores que se han ocupado del desarrollo teórico correspondiente al binomio conceptual que distingue entre Derecho objetivo y derecho subjetivo. Como acaece respecto de toda estructura teórica, la definición y consecuente delimitación de una terminología adecuada permite abordar de manera más idónea el objeto de estudio en cuestión. Es así como la distinción referida ha posibilitado la construcción precisa de cada uno de los tópicos a que respectivamente dan lugar.

Antes de entrar a referirnos propiamente a ambos conceptos, es necesario determinar el fundamento jurídico común de éstos y que encuentra su sustrato en el concepto de relación jurídica, definida por Squella (2000) como *“el vínculo entre dos sujetos de derecho surgido de la realización de un supuesto normativo, y que coloca a uno de tales sujetos en posición de sujeto activo frente a otro en posición de sujeto pasivo en la realización de una prestación determinada”* (100).

Aplicando el concepto de relación jurídica a un ámbito estrictamente procesal, tenemos que el vínculo jurídico se traducirá a una vinculación procesal de carácter contencioso, en que los sujetos de derecho se corresponderán con individuos que esgrimen pretensiones contrapuestas en el desarrollo de una controversia, de manera que el sujeto activo será aquel que ejerza la acción procesal, mientras que el sujeto pasivo se verá encarnado por quien ejerza o pueda ejercer la defensa procesal. En cuanto a la prestación, tenemos que esta se verificará de manera más bien eventual, toda vez que ésta será determinada mediante la sentencia que resuelva la controversia en el acto de juicio, de manera que, para que efectivamente nazca ante el Derecho esta prestación, será necesario que el actor obtenga una manifestación favorable a su pretensión por parte del poder jurisdiccional.

Con todo, en lo presente se estima que los vínculos procesales plurilaterales, propios de los actos contenciosos, representan únicamente una de las dos formas posibles que pueden adoptar los actos jurídicos procesales. Así, la segunda manifestación refiere a los actos procesales no contenciosos, en los que solamente existirá un sujeto de derecho que actúa ante el

órgano jurisdiccional como ente administrativo. Esta distinción es relevante por cuanto no solo en los actos contenciosos podrá existir ejercicio abusivo de derechos, pues normativa y ontológicamente consideradas estas instituciones, se tiene que los actos de la mal llamada “*jurisdicción voluntaria*” también otorgan facultades o poderes normativos a quienes las desarrollan y aquellas son también susceptibles de ejercicio abusivo, debiendo entenderse aplicables a estas actuaciones las reflexiones que se realizarán.

En tal sentido, debe considerarse que el concepto de relación jurídica está estructurado por determinados componentes. En su enunciación seguimos al profesor Squella, de manera que estos componentes corresponden a un supuesto normativo, un hecho jurídico efectivamente acaecido, un deber jurídico del sujeto pasivo, una facultad jurídica del sujeto activo y la realización de la prestación (Squella, 2000, 101). En lo siguiente, nos ocuparemos solo del deber jurídico, en un apartado posterior de este trabajo, y de la facultad jurídica, en las líneas que siguen.

Las facultades jurídicas a que se hace referencia corresponden a los llamados derechos subjetivos, conceptualización que implica diferenciar entre Derecho objetivo y derecho subjetivo. Por un lado, el concepto de Derecho objetivo ha sido referido por Pacheco (2016) como “*el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los hombres con el objeto de establecer un ordenamiento justo de convivencia humana*” (121). De esta manera, para efectos de este estudio, el Derecho objetivo estará determinado por el conjunto de normas jurídicas procesales.

Enseguida, Squella (2000) ha referido que “*se puede definir derecho subjetivo como la facultad que una norma jurídica reconoce o atribuye a un sujeto de derecho para exigir de otro un determinado comportamiento que se denomina prestación*” (102).

Con todo, cabe referir que, en el marco de la Teoría General del Derecho, no todas las posturas dogmáticas se encuentran contestes en la existencia o fundamento de los derechos subjetivos. Así, paradigmática resulta la posición de Hans Kelsen (1979) quien sostenía que “*si existe o no un derecho subjetivo, no puede contestarlo más que el derecho objetivo. Por eso significa, en el fondo, una reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, una eliminación de aquél y un triunfo de éste (...) se hace valer, pues, como derecho subjetivo, ya un ‘estar autorizado’ jurídicamente, ya un ‘poder jurídico’*” (73). En este sentido, compartimos la posición del autor citado, en tanto creemos que, para que existan derechos subjetivos será

menester que éstos respondan a normas positivas, de manera que, en lo sucesivo, se defenderá una normativización de los derechos. Así, Kelsen (1979) señala que “*el llamado derecho subjetivo, en cuanto facultad, no es más que una modalidad, una forma peculiar del Derecho objetivo; es norma*” (76).

En este orden de cosas, los derechos subjetivos han sido objeto de diversas clasificaciones que atienden también a criterios diferentes. El criterio taxonómico que cobra relevancia para efectos del abuso del derecho es el que distingue entre derechos subjetivos públicos y privados, respecto de lo cual Pacheco (2016) afirma que “*para distinguir entre ambos hay que considerar la norma de Derecho objetivo en que se fundamentan: si ésta es de Derecho Público o de Derecho Privado (...) los primeros pueden pertenecer al Estado y demás comunidades de orden político y también a los particulares; y los derechos privados a su vez pertenecen fundamentalmente a los particulares, pero también pueden pertenecer al Estado*” (138).

Con todo, en el presente análisis solo nos abocaremos a aquellos derechos cuya titularidad reposa en los particulares. Corresponde así definir, sin pretensión de exhaustividad, un listado de los principales derechos subjetivos procesales.

## **2. Los derechos subjetivos procesales**

En este apartado se hará referencia a tres derechos subjetivos procesales, que en nuestra opinión son los más relevantes, a saber: el derecho a ejercer la acción procesal, el derecho a la excepción y la defensa, y el derecho al proceso. Definir conceptualmente estos derechos será relevante a la hora de determinar cuándo su ejercicio será abusivo, de manera que estas facultades son los mecanismos jurídicos de los que puede derivarse el abuso del derecho en materia procesal, por lo cual será también relevante determinar su ámbito de extensión.

## **3. La acción procesal**

Según la definición elaborada por Couture (2014) tenemos que “*la acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión*” (47), a lo que se agrega la

referencia en virtud de la cual *“entendemos, pues, por acción no ya el derecho material del actor ni su pretensión a que ese derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino su poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales”* (50), de modo que esta concepción de la acción es de corte moderna y se aleja de las teorías que identificaban la acción con el derecho material.

Participa también de esta concepción el tratadista italiano Giuseppe Chiovenda (1922), quien precisamente concibe la acción como un derecho, en tanto señala que

*“la acción es un bien y un derecho autónomo, generalmente nace del hecho de que quien debía conformarse con una norma garantizadora de un bien de la vida, ha transgredido la norma. Por eso buscamos su actuación independiente de su voluntad. También en estos casos la acción arranca del derecho subjetivo (real o personal) derivado de aquella norma”* (61),

reconociendo entonces en la acción un ámbito de poder jurídico que el ordenamiento reconoce a los particulares.

Concebido de esta manera tenemos que el derecho a la acción se presenta como una manifestación del derecho de petición, y que se traduce en la facultad del ciudadano para reclamar la intervención del poder jurisdiccional, en su calidad de poder público, en el desarrollo de controversias de relevancia jurídica. En el mismo sentido apuntado, Couture (2014) plantea la interrogante: *“¿no cabe admitir que ese requerimiento (el realizado por el individuo ante la autoridad), o más correctamente, ese poder de requerir, forma parte del poder jurídico de que se halla asistido todo individuo, de acudir ante la autoridad a solicitar lo que considera justo?”* (61).

En un plano histórico, Eduardo Couture (2014) refiere que *“el Derecho de petición fue, en su formulación originaria, un derecho privado (private bill). Luego adquirió, en notorios textos de derecho constitucional, un carácter público de garantía (right of petition)”* (62). Es así como evidenciamos que nuestra Carta Fundamental reza en su artículo 19 N° 14 que esta asegura a todas las personas el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

Con todo, esta concepción no es compartida por todos los tratadistas en la actualidad. En este sentido, Cea (2012) ha opinado que “según algunos procesalistas de la antigua escuela, en el numeral 14 del artículo 19 estaría asegurado el derecho a la acción procesal. Pero la mayoría sostiene hoy, con razón, que tal derecho se halla en el N°3 incisos 1° y 5° del mismo artículo 19” (433). En lo presente no se comparte totalmente esta opinión. Si bien es cierto que las garantías del artículo 19 N° 3 corresponden -juntamente con el artículo 76-, indiscutiblemente a nuestro parecer, una manifestación clara de derechos subjetivos públicos de carácter procesal, ello no obsta a que el derecho de petición se erija como el núcleo fundamental que permite colegir el derecho a la acción como derecho constitucional, y que las garantías de igualdad ante la justicia y del debido proceso legal son, más bien, una manifestación de derechos que se originan, ontológica y normativamente, de manera posterior al ejercicio de la acción, de manera que, en estricto rigor, no son estos los que configuran directamente el derecho a la acción procesal.

Al igual que los demás derechos subjetivos procesales -y los derechos públicos en general- este derecho es de carácter absoluto, de manera que puede ser ejercido arbitrariamente por su titular, sin perjuicio de los límites a su ejercicio, los que se buscará contornear con oportunidad del tratamiento del abuso del derecho. Que este derecho es uno de carácter absoluto, creemos que se colige del principio de inexcusabilidad que rige a la administración de justicia, y que se establece fundamentalmente en el artículo 76 inciso primero la Constitución Política de la República, que dispone que los tribunales de justicia establecidos por ley, una vez reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión. Este mismo principio se establece a nivel legal en el artículo 10, inciso 2°, del Código Orgánico de Tribunales.

En este sentido, estimamos que el principio de inexcusabilidad se traduce en que el derecho de acción procesal tiene carácter absoluto, por cuanto las normas referidas no estatuyen condiciones que fijen un límite a su ejercicio que se relacione, por ejemplo, con que el contenido de la demanda se condiga con la realidad material u otros supuestos particulares. Todo lo cual no obsta a la obligación de dar cumplimiento al deber de cooperación procesal o al principio *alterum non laedere*.

#### 4. El derecho a la defensa

Siguiendo en esto también al jurista uruguayo Couture (2014), tenemos que conceptualmente *“en su más amplio significado, la excepción es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él”* (73).

Así, podemos observar que este derecho subjetivo procesal representa la contrapartida del derecho a la acción, de manera que, a nuestro entender, resulta también en una manifestación del derecho constitucional de petición, pero que, a diferencia de aquel, este es una expresión indirecta de la garantía constitucional, toda vez que mediante ella se reclama la intervención del poder jurisdiccional de manera reactiva. Así, siguiendo a Couture (2014), tenemos que *“debemos admitir que disponen de la excepción todos aquellos que han sido demandados en el juicio y que a él son llamados para defenderse”* (78).

Creemos que una nota esencial de este derecho es su carácter absoluto. Si en el ámbito procesal se ha distinguido ontológica y terminológicamente entre la verdad material y la verdad formal, tenemos que el ejercicio de la excepción, como oposición al ejercicio de la acción procesal, no se limita o restringe porque el contenido de la defensa no sea verídico. De este modo, Couture (2014), ha concluido que *“el demandado, con razón o sin ella, reclama del juez que se le absuelva de la demanda; nadie puede privarle de ese derecho”* (78).

Sin embargo, y según se abordará más adelante, en el proceso las partes no solo tienen derechos, sino que también deberes jurídicos procesales. Por ello, la amplitud de ejercicio de la defensa y de las excepciones no es irrestricta, de manera que se verá limitada por la observancia del deber de cooperación procesal por parte de los sujetos de la relación jurídica. De esta manera, si bien el ejercicio de la excepción no resultará *per se* abusivo por no ser íntegramente fidedigno, sí podrá tener esta cualidad cuando el ejercicio de este derecho no se vea acompañado del cumplimiento del deber enunciado. Esta conclusión resulta también aplicable al derecho de acción procesal.



## 5. El derecho al proceso

Este derecho subjetivo procesal resulta de la conjunción de los derechos antes expuestos, y siguiendo a Couture (2014) tenemos que *“tanto el actor, mediante la acción, como el demandado, mediante la excepción, tienen un derecho al proceso”* (79). Así, el proceso se manifiesta como una sinergia producto de la unión indisoluble entre el ejercicio de la acción procesal y de la excepción, que son los mecanismos jurídicos que permiten que el proceso nazca al Derecho.

En el plano conceptual, el mismo autor ha referido que *“podemos definir, pues, el proceso judicial, en una primera acepción, como la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión”* (Couture, 2014, 99). Así, pese a existir otras acepciones, será esta la que emplearemos y que, por demás, es la de más amplia aplicación.

Por demás, es necesario insistir en la calidad de derecho subjetivo de carácter público del derecho al proceso. En efecto, el proceso como derecho subjetivo es uno de los estándares informadores del derecho fundamental del debido proceso, de manera que viene a hacer efectivo el acceso a la justicia, integrándole. Así se ha entendido en la dogmática tradicional, representada por Couture (2014): *“Las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones, que una declaración programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora”* (123), de manera que cabe concluir lo siguiente, *“la Constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana”* (122). En el ordenamiento constitucional chileno, lo anterior puede afirmarse en virtud del artículo 19 N° 3 y 14, así como del artículo 76, teniéndose que el derecho al proceso es contenido por el debido proceso como derecho fundamental.

### CAPÍTULO III.

## LOS DEBERES JURÍDICOS PROCESALES

### 1. Los deberes jurídicos en la Teoría General del Derecho

Para efectos de definir el ámbito de aplicación del abuso del derecho, cobra relevancia el concepto de deber jurídico, el que ha sido definido por los profesores Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2001) como *“la necesidad en que por mandato del ordenamiento jurídico, se encuentran los hombres de observar determinada conducta (hacer o no hacer algo)”* (9). En este mismo orden de cosas, el profesor Abeliuk (2009) distingue el deber general de actuar conforme a derecho (en virtud del cual se debe guiar el comportamiento observando las normas que integran el ordenamiento jurídico), diferenciándolo del deber jurídico en particular, refiriendo que *“fuera de este deber general, el legislador establece también deberes específicos (...) que por el contenido moral y afectivo que suponen, no son susceptibles ni de ejecución forzada ni de indemnización de perjuicios en caso de infracción”* (37), de lo cual podemos desprender que existen deberes no solo patrimoniales, sino que también algunos dotados de contenido extrapatrimonial o moral.

De tal manera, tenemos que cada vez que el ordenamiento jurídico establezca imperativamente el deber de actuación ante el destinatario de la norma, estaremos frente a la existencia de un deber jurídico de carácter específico, que quedará determinado por su contenido particular y que supondrá para el sujeto pasivo la necesidad de desplegar una conducta o prestación con consecuencias jurídicas.

Sin embargo, los deberes jurídicos no solo nacen para el sujeto pasivo de un vínculo jurídico, sino que también para el sujeto activo. Esto, por cuanto la existencia de facultades jurídicas -entiéndase, derechos subjetivos- necesariamente conlleva la existencia correlativa de deberes jurídicos. Este planteamiento resulta de una mera aplicación de la teoría kelseniana de los deberes reflejos de derechos, en virtud de la cual Kelsen (1979) señala que *“el ‘derecho’ a disponer libremente sobre las cosas propias, lo mismo que el ‘derecho’ a la conducta no prohibida, no es otra cosa que el reflejo subalterno de las normas que estatuyen deberes jurídicos”* (74).

En efecto, para Kelsen (1979) los deberes jurídicos ocupan un lugar preeminente en la estructura del ordenamiento jurídico, llegando a sostener que *“la función esencial del Derecho (no solo su función primaria) es el deber jurídico (...). El derecho no es sino la consecuencia del deber de otro; y ni siquiera la consecuencia necesaria (...) es impensable un orden jurídico y aun una simple norma de Derecho sin deberes jurídicos, pues la obligación jurídica no significa otra cosa que la sumisión del Derecho; y en esta sumisión o vinculación jurídica radica la esencia del Derecho”* (79), de lo cual se sigue que, existiendo un derecho, existirá además el deber correlativo.

Por lo anterior, cada vez que el sistema jurídico estatuya un derecho jurídico procesal se tiene que, necesariamente, existirá conjuntamente un deber jurídico procesal para el interviniente. Esto es relevante toda vez que no solo en los procesos -actos contenciosos- existirán deberes procesales, sino que también en los actos no contenciosos, pues si bien en ellos no existirá un sujeto activo y un sujeto pasivo propiamente hablando, de cierto sí existirán determinadas facultades jurídicas que deberán limitarse y contrapesarse mediante el cumplimiento de determinados deberes.

Así, el incumplimiento de los deberes procesales podrá también dar lugar a situaciones de ejercicio abusivo de derechos, toda vez que ambos institutos son las dos caras de una misma moneda. Así, ejercido un derecho sin respeto a los deberes correlativos que supone, podrá configurarse una situación en que el derecho se esté ejerciendo fuera del ámbito que la ley establece para ello.

Ahora, en el Derecho procesal pueden distinguirse, al menos, dos tipos de deberes jurídicos. Diferenciamos entre deberes procesales propiamente tales y cargas procesales, nomenclatura tributaria de la teoría procesal de la situación jurídica sobre la naturaleza del proceso, que fuera desarrollada por el jurista alemán James Goldschmidt. Para este autor en el desarrollo del proceso las partes tenían ocasiones o posibilidades procesales para instar a la satisfacción de sus pretensiones, particularmente obtener una sentencia favorable (Hoyos, 1987, 156).

La carga procesal, a diferencia del deber propiamente tal, no impone una obligación de actuar a las partes, sino que genera en ellas una posibilidad de actuación ante cuya omisión se generan consecuencias adversas para las posibilidades de las partes en el proceso. Por ello, en lo presente creemos que el ámbito del abuso en el proceso difícilmente puede alcanzar las

hipótesis de cargas procesales por no existir una obligación coercible de actuar para las partes, ya que los derechos correlativos de éstas solo afectan a la parte que puede renunciar la actuación y son de carácter facultativo y no imperativo.

Por lo anterior, para delimitar la procedencia del abuso en el proceso por infracción de deberes jurídicos de carácter procesal, únicamente daremos cuenta de aquellos deberes procesales propiamente tales, sin perjuicio de analizar en casos específicos las consecuencias de no cumplir con una determinada carga procesal.

Es necesario, a mayor abundamiento, delinear la discusión doctrinaria que ha existido sobre estos conceptos y las implicancias del principio de buena fe sobre ellos. Considerando que las cargas procesales son de carácter más bien facultativo, no cabría la aplicación de un deber positivo de buena fe, por la existencia de un ámbito de autonomía mayor para las partes; que, en cambio, los deberes sí dan lugar a conductas que buscan la protección del interés común por razones de orden público, de manera que afectarían las garantías constitucionales de carácter procesal entre las partes cuando son enunciadas como deberes positivos (Hunter, 2008, 157; Larroucau, 2010, 72).

## **2. Los deberes jurídicos procesales**

De conformidad a los planteamientos expuestos respecto del principio de buena fe procesal y de sus implicancias en la actuación de las partes, en la doctrina se ha discutido si este principio origina o no determinados deberes jurídicos procesales para las partes.

Una primera postura, sostenida por el profesor Hunter, diferencia entre deberes positivos de actuación y deberes negativos de actuación. Para este autor solo sería sostenible la existencia de deberes procesales de carácter negativo, esto es, aquellos que delimitan un ámbito de abstención para los sujetos del proceso, como podría serlo la prohibición de realizar actuaciones dolosas en el proceso. En cuanto a los deberes positivos, Hunter (2008) concluye que “*no podrían tener cabida en un proceso que se considere respetuoso de los derechos e intereses legítimos del ciudadano como también de las garantías de que viene revestida la actividad jurisdiccional*” (152), bajo la suposición de que estos deberes positivos afectarían las posibilidades de actuación de la parte sobre las que recaen. Ello es coherente con la postura del

autor, para quien no existe un deber positivo de actuar de buena fe, sino uno negativo de abstenerse de realizar actuaciones de mala fe.

Esta postura es compartida por Larroucau (2010), quien sostiene que

*“siendo la buena fe procesal un concepto tan extenso y difuso, y existiendo además la facultad del juez de exigirle a las partes un comportamiento irrestricto conforme a ella durante todo el desarrollo del proceso, se configura un sistema procesal civil cada vez menos garantista y más limitativo de los derechos de las partes, y en consecuencia completamente alejado de su razón de ser”* (70),

de manera que para los dos autores referidos el establecimiento de deberes positivos para las partes atenta contra el principio contradictorio y el ejercicio de sus derechos constitucionales, limitación que solo podría tener lugar de existir norma constitucional que estableciera un deber de buena fe en el proceso, u otro derecho constitucional que pudiera dar lugar a una colisión de derechos. Critican así la opinión de Picó I Junoy, para quien la buena fe procesal, sin estar expresamente establecida en la Constitución, podría encontrarse establecida de manera implícita y servir de límite intrínseco a los derechos fundamentales (Picó I Junoy, 2004, 181).

En general, la mayor parte de los autores coinciden en que estos deberes no pueden extenderse de manera indiscriminada, en tanto lleguen a obstaculizar el ejercicio de derechos fundamentales. Con todo, al margen de esta discusión, es posible fijar conceptualmente algunos deberes ante cuya aceptación la doctrina se encuentra más o menos unánime. Estos deberes procesales cuya existencia se ha referido corresponden al deber de cooperación o colaboración, el deber de aportar evidencia o de acceso a las pruebas, el deber de decir la verdad y el deber de no ir en contra de las propias actuaciones o deber de coherencia.

### **3. El deber de cooperación**

En cuanto al deber general de cooperación o colaboración procesal, Aguirrezabal (2015) ha referido que *“se alzan como deberes dignos de reconocimiento, el de obrar de buena fe y el de la colaboración de las partes en el proceso, que tienen como finalidad última alcanzar un resultado justo y útil a través de la jurisdicción”* (310). De esta manera, el deber de cooperación

procesal apunta a regular el comportamiento de las partes en el desenvolvimiento del proceso dentro del marco del deber de lealtad.

Creemos, en tal sentido, que este deber apuntará a reglar fundamentalmente el modo en que deben ejercerse los poderes jurídicos que el ordenamiento atribuye a los sujetos de derecho del vínculo o acto jurídico procesal, erigiéndose como un verdadero límite al actuar de los titulares de los derechos subjetivos. De este deber general de cooperación nacen los demás deberes específicos que habíamos enunciado, y que son manifestaciones de aquel.

#### **4. El deber de aportar evidencia**

En cuanto al deber particular de aportar evidencia o de acceso a las pruebas, éste se manifiesta en nuestro ordenamiento procesal civil en diversas disposiciones. Un ejemplo corresponde al artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, que en sus números 3º y 4º establece medidas prejudiciales probatorias, y que tienen por objeto permitir que aquella de las partes que esté en mejor posición de conocimiento respecto de las pruebas, las comunique a su contraparte, lo cual permite materializar el principio de bilateralidad de la audiencia. Asimismo, el artículo 724 del mismo código, en el contexto del juicio de mínima cuantía, establece la posibilidad del juez de analizar la prueba en conciencia y según la conducta que hayan desplegado las partes en el desarrollo del juicio.

#### **5. El deber de decir la verdad**

En segundo lugar, respecto al deber de decir la verdad, se ha planteado una idea fuerte de este deber, en virtud del cual las partes deben realizar declaraciones fidedignas respecto de la realidad material para el desarrollo de un proceso honesto. Sin embargo, como señala Jorge Larroucau, esta postura no es sostenible toda vez que la posibilidad de conocer la realidad efectiva, por un lado, y la variedad de interpretaciones legítimas sobre la dimensión fáctica, por otro, dificultan o hacen inviable sostener este extremo. Con todo, como señala Larroucau (2013) *“el que no debemos decir la verdad en un sentido fuerte (y que, por contrapartida, no exista un ‘derecho a la verdad’) no implica el extremo opuesto, de amparar el derecho a mentir”* (271).

De esta manera, el deber procesal de decir la verdad se delimitará en un sentido negativo: la prohibición a las partes de crear engaños o inducir a error a su contraparte.

En este sentido, resulta acertada la óptica de Taruffo (2010), en tanto deja en evidencia la imposibilidad de llegarse a una verdad absoluta que pueda nutrir la decisión final que falle el proceso. Es por ello que, según este autor, el deber de decir la verdad quedará más específicamente definido como un deber procesal de decir la verdad relativa, bajo el entendido de que *“la referencia a la verdad relativa viene, en cambio, correctamente lograda en sentido objetivo, es decir, para indicar que la proposición factual de la que se trata es verdadera en relación a la cantidad y a la calidad de las informaciones que la confirman”* (246), de modo que no se trataría este deber sino de alcanzar una verdad formal, en tanto las declaraciones de las partes se ajusten a las defensas por estas esgrimidas en el proceso.

De conformidad a lo señalado anteriormente sobre los deberes y su ámbito de efectividad, tendríamos que este deber de decir la verdad podemos también conceptualizarlo en un ámbito más bien negativo, de manera que implicará no producir antecedentes falsos en el proceso.

Ahora bien, en el proceso penal este deber podría adquirir un cariz diverso, por cuanto el bien jurídico que se encuentra en disputa es distinto, y también lo es la relación entre el defensor y el imputado. Desde la teoría general del Derecho se puede dar por sentado que al juez corresponde la imparcialidad, no al defensor (o al abogado, en general). Así, la función del defensor se cumple mediante el despliegue de una actividad tendiente a resguardar la posición del defendido. Compartimos entonces las palabras del profesor Álvaro D'ors (2015) cuando señala que *“el abogado debe ser parcial, y sólo así cumple a la vez con el deber de defender bien al litigante que le ha encomendado su defensa”* (31).

Sin embargo, discrepamos con la conclusión a la que arriba el autor señalado al sostener que el abogado sí puede ocultar la verdad, por cuanto el deber de secreto profesional y el ámbito de la defensa serían superiores a la verdad misma, manifestando una concepción de aplicación amplia del principio de secreto profesional. De ninguna manera creemos en lo presente que deba establecerse un deber de confesar o admitir el contenido de las acusaciones penales (en tal caso el rol de la defensa se haría del todo baladí), sino que no es viable sostener que puede *ocultarse la verdad*, pues ello implica la comisión de actos positivos que se erijan en óbice del esclarecimiento de los hechos objetos del proceso.

## 6. Deber de no contradecir los actos propios

Finalmente, cabe referirse al deber procesal de no contradecir las actuaciones propias o deber de coherencia, que es una aplicación de la teoría de los actos propios en el proceso y que se funda en el latinismo *venire contra factum proprium non valet*. Para estos efectos, seguiremos también a Jorge Larroucau (2013, 273). En general, este deber buscará restringir la posibilidad de las partes para desdecirse o contradecirse en las versiones que hayan elaborado respecto de los hechos objeto del juicio. Con todo, no es fácil establecer un marco inamovible de extensión para este deber. Sin embargo, no coincidimos con la posición más extrema que puede plantearse al respecto, que implicaría la imposibilidad absoluta de las partes para alterar la forma inicial que han adquirido los fundamentos jurídicos y de facto que se han planteado. Por ello, estimamos que el cauce que debe darse a este deber queda dado por la búsqueda de un equilibrio entre la libertad argumentativa y el principio de la buena fe procesal, como lo recoge el artículo 2º, letra d) de la ley 20.886.

Como consecuencia directa de los principios procesales de la buena fe y de la probidad, se sigue la existencia de un parámetro conductual al que deben sujetarse las partes. Siendo el proceso un instituto de buena fe, en que las partes se deben lealtad y honorabilidad en sus actuaciones, tenemos que ellas deben cumplir con un estándar de comportamiento. En este sentido es que Padilla (2013), ha referido que

*“el uso de un derecho subjetivo requiere necesariamente de un actuar en observancia de la confianza entregada a la otra parte. Es decir, se deben comprender las expectativas que esta última puede pretender atendido el vínculo jurídico que las une, a fin de no contrariar las exigencias que la buena fe impone. En otras palabras, la confianza y la lealtad son dos caras de la misma moneda”* (140),

lo cual implica necesariamente que el proceso jurisdiccional no puede ser un mecanismo de solución de conflictos entregado al arbitrio o mero capricho de las partes, independientemente de existan pretensiones jurídicas antagónicas en disputa.



## 7. El *Discovery* y el *disclosure* como deberes procesales

Ampliando la gama de deberes procesales mencionados, es posible hacer referencia a la situación de los institutos jurídicos de *discovery* y *disclosure* propios del sistema jurídico del *common law*, y que podemos concebir como una especificación del deber de aportar evidencia. La función de éstos radicaría según Peña (2017) en que “*obligan a los litigantes, espontáneamente primero o mediante la intervención del aparato judicial más tarde, a revelar, en las etapas más tempranas del procedimiento, los fundamentos del material probatorio en que sustentan sus pretensiones, poniendo a disposición de su contradictor el mismo para su examen*” (82), de manera que se resguarda el principio de bilateralidad de la audiencia en tanto permite evitar a las partes el acaecimiento de las llamadas “sorpresas probatorias”.

Aunque ambos institutos tienen una finalidad afín, ciertamente son figuras autónomas. El *discovery* implica el deber de las partes de exhibir ciertos elementos de prueba, o que corresponde a una facultad del tribunal para solicitar dicha exhibición o su búsqueda. Por su parte, el *disclosure* implica, a grades rasgos, el deber de revelar espontáneamente sólo aquella información que se relacione directamente con las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda.

A pesar de que estos deberes no se encuentran expresamente consagrados en nuestra legislación procesal, y que su aplicación como instituto pareciera no ser propio de nuestro sistema, de cierto que sus principios rectores sí pueden encontrarse consagrados en nuestra legislación, como lo es el caso del Código Procesal Penal. En este sentido, los intervinientes deben ofrecer y aportar la prueba en las oportunidades procesales determinadas por la ley, específicamente en la audiencia de preparación del juicio oral, tratándose del juicio ordinario. Y, precisamente, esta legalidad de la oportunidad obedece a la necesidad de que los intervinientes, particularmente el imputado, tengan conocimiento de las pruebas que se harán valer en el juicio, de manera que la regla general implicará la imposibilidad de ofrecer prueba fuera de dicha oportunidad, para evitar los perjuicios de conocer tardíamente la prueba o de que se produzcan emboscadas probatorias.

La conclusión de que tal es la regla general se ve reafirmada por la excepción contenida en el inciso 1° del artículo 336 del Código Procesal Penal, en tanto establece que “*a petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese*

*momento*”, de manera que por causa justificada puede romperse esta regla de que los intervinientes ofrezcan la prueba en las oportunidades legales y, con ello, que los demás intervinientes tengan el conocimiento oportuno de las presentaciones que se realicen.

## **8. Conclusiones**

A pesar de la discusión existente sobre el ámbito del principio de buena fe procesal y sus consecuencias en cuanto al origen de deberes procesales para las partes, existe consenso en cuanto a la aplicación del principio de buena fe, aunque sea en su faz negativa (no actuar de mala fe), así como en torno a la existencia de ciertos deberes procesales que permiten alcanzar la finalidad del proceso sin sacrificar su cualidad de orden público.

Asimismo, en nuestro sistema el principio de la buena fe procesal aparece como un verdadero deber jurídico, en tanto el artículo 2º, letra d), de la Ley N° 20.886 establece de manera expresa la necesidad jurídica en que se encuentran las partes del proceso de ajustar sus actuaciones a la buena fe, facultándoles a ellas para pedir que se sancione, y al juez para sancionar directamente, el abuso y el fraude procesal. Misma conclusión a la que debe arribarse en el proceso laboral, por cuanto los artículos 425 y 430 del Código del Trabajo consagran el principio de la buena fe procesal, proscribiendo, también, el abuso del derecho.

Diremos entonces que las transgresiones al principio de buena fe procesal, así como la infracción a los deberes procesales que ésta produce, podrán dar lugar a lo que analizaremos posteriormente bajo el concepto de abuso en el proceso. Esto por cuanto existiendo deberes jurídicos, existirá su correlativo derecho, sea que su titularidad resida o no en el mismo sujeto; lo cual implicará que, ejercidos estos derechos sin sujeción al principio de buena fe, sea en su faz negativa o positiva, o incurrido en alguna actuación que no sea observante de los deberes que las partes tienen en el proceso, se configurará una actuación anómala que trascenderá al ejercicio normal de las facultades que los sujetos tienen en el proceso. Según se verá más adelante, las consecuencias que en cada caso aparejará tal situación no serán siempre uniformes, sino que, por el contrario, nuestro ordenamiento no establece una consecuencia jurídica expresa, de manera que será necesario interpretar las normas existentes o, simplemente, proponer soluciones para clarificar este estatuto en lo futuro, particularmente mediante la tipificación expresa de deberes procesales y su sanción correspondiente.

## CAPÍTULO IV. LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

### 1. El abuso del derecho en la doctrina

La institución del abuso del derecho ha surgido como una teoría de construcción eminentemente dogmática y jurisprudencial, escapando a la regulación legislativa de los códigos civiles tradicionales, habida cuenta de su modernidad. Pues, precisamente, el Código Civil chileno no contiene normas expresas que regulen esta institución. Sin embargo, su desarrollo se ha cimentado sobre la base de los principios generales del derecho civil, mediante un trabajo hermenéutico comprensivo de diversas instituciones legales. Por esta ausencia de regulación en el Código Civil, podemos afirmar la importancia que tiene la mentada Ley N° 20.886, sobre tramitación digital de procedimientos judiciales, y los artículos 425 y 430 del Código del Trabajo, que otorgan un sustento positivo a la doctrina y principio que prohíbe el abuso del derecho.

Como se analizará en las líneas siguientes, no siempre ha sido pacífica la aceptación de este instituto, existiendo todavía tratadistas que derechamente niegan su existencia, especialmente considerando la falta de consagración expresa de ella y su contrariedad al estatuto de la autonomía de la voluntad que subyace al derecho privado. Pero ello no obsta a que la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia chilenas acepten su procedencia.

La teoría del abuso del derecho ha surgido en el ámbito del Derecho civil patrimonial como paliativo a los excesos a que muchas veces conducía el ejercicio de los derechos de carácter absoluto, especialmente el derecho de propiedad. En este contexto, Hernán Corral (2011) ha referido que *“el ejercicio de un derecho, en sí mismo justo, puede llegar a ser ilícito o injusto: puede causar daño ilegítimamente. Nace así la teoría del abuso del derecho, que sostiene que el ejercicio abusivo de un derecho genera obligación de reparar los perjuicios producidos”* (125).

En tal orden de cosas, Enrique Barros (2010) ha planteado que los derechos subjetivos privados encuentran dos clases de límites, unos de carácter externo, que refieren a la ley, al derecho ajeno y la función social de los derechos; mientras que presentan también un límite de carácter interno y de esta manera tenemos que *“la doctrina del abuso del derecho asume que el*

*ejercicio de un derecho puede ser ilícito, aunque el titular actúe dentro de los límites externos que establece el respectivo ordenamiento normativo” (621).*

En este sentido, la primera problemática que surge al analizar la teoría del abuso del derecho radica en determinar el contenido de la cualidad de “abusivo” que puede presentarse respecto de determinados actos. Para tales efectos, resulta esclarecedor la distinción entre dos ámbitos constitutivos del acto abusivo, de manera que diferenciamos un ámbito objetivo y uno subjetivo. Así, Atienza y Ruiz (2002) señalan que *“quedan fuera del alcance de la autonomía digna de ser protegida tanto las acciones dirigidas a dañar los intereses de otros (no las que simplemente, persiguiendo los propios intereses, los dañan) como aquellas otras en las que, aun persiguiendo el sujeto sus propios intereses, el daño causado a otros sujetos o a la colectividad aparece como ‘excesivo’ o ‘anormal’” (56).*

Además, es importante considerar dos niveles en que se estructura el ejercicio abusivo de derechos y que dicen relación con las cualidades normativas que las conductas abusivas pueden denotar. En tal sentido, el abuso del derecho, para Atienza y Ruiz (2002), *“supone una estructura normativa de dos niveles. Y es que, en efecto, las acciones abusivas son acciones prima facie permitidas pero que finalmente resultan, consideradas todas las cosas, prohibidas (...) su carácter de prima facie permitidas proviene de una regla permisiva bajo la cual resultan subsumibles. Su carácter de finalmente (...), prohibidas proviene de una restricción a la aplicabilidad de la regla que viene exigida por los principios que determinan el alcance justificado de la regla misma” (58).*

Sin embargo, muchos son los aspectos discutidos en la doctrina sobre los alcances de esta teoría, respecto de la naturaleza jurídica del acto abusivo, de las sanciones que acarrea, e incluso, de si esta teoría tiene o no real asidero jurídico. En tal sentido, resulta decidora la postura de Pablo Rodríguez, quien niega que esta teoría tenga algún sustrato efectivo.

En tal sentido, este autor ha señalado tres criterios de los que se ha valido la dogmática para determinar la existencia del acto abusivo: un criterio subjetivo, un criterio objetivo y un criterio ecléctico. El primero tendría lugar al existir actuaciones culposas o dolosas, de manera que, según Rodríguez (1998) *“es la intención lo que determinará, finalmente, cuándo se ejerce abusivamente un derecho” (166).* Este criterio es criticado por dicho autor, en tanto *“no puede un mismo acto de conducta ser legítimo e ilegítimo, estar autorizado y prohibido, conformarse y quebrantar simultáneamente el ordenamiento jurídico. Sostener que el acto abusivo no es más*

*que la comisión de un delito o cuasidelito, implica desconocer el origen del problema y reducirlo de una manera asombrosa” (Rodríguez, 1998, 169).*

Respecto del criterio objetivo, refiere el mismo autor que *“para esta corriente lo que determina el abuso no es la intención del titular que pone en movimiento el derecho, sino la finalidad social y económica que corresponde a cada uno de ellos” (Rodríguez, 1998, 170).* Finalmente, la teoría ecléctica plantea aunar ambos criterios, de manera que el ejercicio abusivo de un derecho podrá configurarse por elementos objetivos o subjetivos.

Sin embargo, esta postura resulta escéptica de los planteamientos de la teoría del abuso del derecho, negando que aquello referido como ejercicio abusivo de derechos pueda efectivamente consistir en un ilícito, lo cual para Rodríguez (1998), reiteramos, se debe a que *“no puede un mismo acto de conducta ser legítimo e ilegítimo, estar autorizado y prohibido, conformarse y quebrantar simultáneamente el ordenamiento jurídico. Sostener que el acto abusivo no es más que la comisión de un delito o cuasidelito, implica desconocer el origen del problema y reducirlo de una manera asombrosa” (169),* a lo cual agrega que *“en este evento no se está ejerciendo un derecho, porque jamás el solo daño ajeno puede ser un interés jurídicamente protegido para su titular (...) no ejerce un derecho, sino, a lo más, una apariencia de derecho fácilmente desnudable con un examen superficial” (170).*

Junto con ello, Rodríguez (1998) sostiene que no es entonces posible abusar de un derecho, sino que *“lo que hemos conocido como ‘abuso del derecho’ no es más que un exceso o desviación del ‘interés jurídicamente protegido’ por el derecho positivo elemento que (...) es constitutivo del derecho subjetivo” (176),* de manera que el ejercicio indebido se produciría respecto del interés jurídicamente tutelado y no del derecho subjetivo, entendido aquel como un componente de éste. En lo presente estimamos que esta conclusión es sobremanera artificiosa y tautológica. Por un lado, el autor sostiene que no es posible ejercer abusivamente un derecho, porque en tal caso, más bien, no existiría tal derecho, sino que una apariencia de éste; concluyendo que es el interés jurídicamente tutelado aquel respecto del que sí puede existir una desviación. Sin embargo, la solución propuesta adolece del mismo defecto que el propio autor critica por cuanto, si el contenido del interés tutelado está definido por la norma, tampoco podría ejercerse abusivamente o desviarse la tutela de dicho interés, porque en tal caso el titular de esta protección también estaría actuando fuera del margen estatuido en la norma positiva. Así, la crítica de Rodríguez nos lleva más bien a una argumentación circular. De esta manera, entre

nosotros descartamos que la teoría del abuso del derecho sea improcedente como lo plantea este autor y la consideramos como una teoría suficientemente justificada en su función de conciliar el actuar de los privados con la vida gregaria que tiene lugar en sociedad.

Enseguida, queremos abordar la siguiente problemática: ¿Es el abuso del derecho un principio jurídico de carácter general? Para Rodríguez (1998) “*‘el abuso del derecho’ no conforma un principio general del derecho, sino la forma de reprimir la invocación de un derecho aparente con el fin de obtener la satisfacción de un interés no tutelado, sea por desvío o por exceso*” (170).

En cambio, en las antípodas de esta posición, Alcalde (2016) ha considerado que “*pronunciándose acerca de un recurso de protección, nuestros tribunales han precisado los supuestos que autorizan calificar una conducta como constitutiva de un ‘abuso del derecho’, reconociendo al mismo tiempo que dicho instituto constituye un principio general del derecho*” (170).

De esta manera, en lo presente estimamos que el abuso del derecho sí es un principio general del derecho, y como tal será aplicable también al ordenamiento jurídico procesal bajo el rótulo de “abuso procesal”, conforme a la Ley 20.886, Art. 2º, letra d).

## **2. El abuso del derecho y algunas instituciones afines**

Junto al abuso del derecho existen algunas figuras que guardan afinidad conceptual con aquel. Es el caso del fraude procesal, la desviación de poder y de la estafa procesal. Las dos primeras, junto al abuso del derecho, han sido catalogadas por Atienza y Ruiz como ilícitos atípicos. Sin que nos competa adentrarnos detenidamente en estas figuras, es importante señalar que el abuso del derecho y el fraude procesal pueden, en ciertos casos y supuestos, tener lugar conjuntamente, pues siguiendo a Atienza y Ruiz (2002) tenemos que “*del haz de posiciones normativas en que se manifiesta un derecho subjetivo en sentido amplio pueden formar parte poderes normativos. Esta es la razón de que pueda haber acciones que quepa calificar, simultáneamente, como abusivas y fraudulentas*” (100). A tales institutos, nosotros agregamos también la figura jurídica de la simulación procesal.

En definidas cuentas, ciertas situaciones que aparezcan como eminentemente fraudulentas, inevitablemente revestirán también carácter de ejercicio abusivo de derechos.

## CAPÍTULO V.

### EL ABUSO DEL DERECHO EN EL PROCESO CIVIL

#### 1. Estado de la cuestión

La teoría del abuso del derecho hubo sido resistida por una parte importante de la doctrina al exponerse sus primeros planteamientos en el Derecho civil. Y si en estas materias la discusión sobre la legitimidad de esta doctrina se encuentra casi superada, siendo ampliamente aceptada por los tratadistas y la jurisprudencia, la situación es radicalmente opuesta en el ámbito del Derecho procesal.

La aplicación de esta teoría de origen doctrinario en materias procesales es de escaso desarrollo entre los dogmatistas, siendo desarrollada especialmente desde los primeros años del siglo XXI, sin perjuicio que en el siglo pasado se encuentra al menos un trabajo en esta materia, muy vanguardista para el estado doctrinario de la época. Entre los países que mayor discusión se ha desarrollado encontramos los casos de países como España, Argentina y Perú, casos en lo que esta teoría ha llegado a recibir consagración legal. En el caso de Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación establece en el inciso final de su artículo 10 que “*el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*”, norma que sin preceptuar directamente la teoría del abuso del derecho, claramente funda la aplicación de esta teoría en el proceso, de manera, por demás, acorde a lo preceptuado en el artículo 2° letra d) de la Ley 20.886, y en el artículo 430 del Código del Trabajo chileno.

A su turno, de manera menos clara que la norma referida, el Código Procesal del Perú establece en su artículo IV, inciso 2 que “*las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecúan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe*”, a lo que agrega el inciso 3, “*el Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria*”. De manera que, sin establecer directamente la teoría en comento, la doctrina y la jurisprudencia de Perú la han entendido consagrada mediante el establecimiento de estos deberes conductuales que afectan tanto al sentenciador como a las partes.

El Código de Processo Civil brasileño también contiene un germen de esta teoría. Lo decimos de esta manera porque, si bien no llega a consagrarla de manera genérica, sí la acepta de manera directa acotada en el contexto de las providencias cautelares. Así, establece su artículo 273 que

*“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”*,

norma que de manera expresa emplea la expresión de “abuso de derecho de defensa”, con lo que se reconoce directamente el abuso de un derecho subjetivo procesal.

De manera similar a la legislación brasileña, el Código Procesal Civil de Bolivia contiene una serie de normas que regulan principios y deberes éticos de las partes y de los jueces, como lo es el artículo 3º, que establece directamente los deberes de buena fe y lealtad procesal<sup>1</sup>. Sin embargo, no establece de manera genérica el principio del abuso del derecho, lo cual no es obstáculo para que se le reconozca directamente en el artículo 323 en el ámbito de las medidas cautelares, señalando que “*cuando se dispusiere que una medida cautelar se levante por haberse demostrado que el solicitante abusó o se excedió en su derecho para obtenerla, la resolución lo condenará al resarcimiento de daños y perjuicios si la otra parte lo solicitare*”, estableciendo, si no de manera genérica, sí expresamente la posibilidad de que las facultades contenidas en las normas procesales sea ejercidas de manera abusiva por las partes del proceso. Se establece entonces la aplicación de la teoría del abuso procesal en una manifestación específica, como lo es el ámbito de la tutela anticipada.

A más de los ejemplos anteriormente referidos, dentro de la doctrina procesalista es posible distinguir dos corrientes de pensamiento en lo concerniente a la aceptación de esta teoría. Primeramente, tenemos una doctrina que niega la aplicación del abuso del proceso o, al menos,

---

<sup>1</sup> Esta norma señala que “I. Las autoridades judiciales están en la obligación de impedir y sancionar toda forma de fraude procesal, colusión, dilación, y en suma cualquier manifestación de inconducta procesal. II. Las partes y en general quienes intervienen en el proceso, deben actuar en forma honesta, de buena fe, con lealtad y veracidad sobre la base del conocimiento cierto de los hechos y el entender racional del derecho aplicable, respetando a la autoridad judicial y los derechos del adversario”.



que la concibe muy restrictivamente. Los argumentos para rechazarla son similares a los que se esgrimieron en el ámbito del Derecho civil, esto es, la imposibilidad de ejercer un derecho abusivamente (no existiría simplemente derecho en tal situación) y la circunstancia de que las facultades procesales, al estar consagradas por la ley y ser concebidas como derechos, serían de carácter absoluto y no podría haber ejercicio abusivo respecto de estas.

Particularmente representativo de esta postura negacionista es el pensamiento del procesalista italiano Michelle Taruffo (2016, 6). Este autor sostiene directamente que en el proceso no son aplicables consideraciones de carácter ético por cuanto serían suficientes para regular su desarrollo las reglas de carácter legal, que establecerían de manera necesaria las actuaciones que lo conforman. Y así es posible concluir sobre tal postura que ella rechaza directamente o, al menos, restringe mucho la aplicación de los principios de buena fe procesal y de probidad como rectores del proceso. Y es que dicha posición concibe el proceso como un escenario de disputa de los intereses privados, que compiten por superponerse. Incluso, se extiende tal pensamiento hasta el punto de considerar que la voluntad de las partes no es relevante en el proceso, abriendo la puerta a la legitimación de las actuaciones dolosas que se circunscriban dentro del contorno formal que prevé la norma jurídica procesal.

Siguiendo el concepto de *war game*, Taruffo (2016) concibe de manera metafórica este confrontamiento, señalando que las partes no pueden ver limitadas sus posibilidades de actuación en favor de la contraparte, por cuanto “*limitar esta libertad de elección de las técnicas y de las estrategias de defensa significaría poner restricciones no justificables para la actuación concreta de las garantías de la acción y de la defensa en el ámbito del proceso (...), sería claramente absurdo pedir al ajedrecista revelar al inicio del partido cuál será su estrategia y cuáles serán sus jugadas en respuesta a las jugadas del adversario*” (12). A pesar de que podríamos compartir la posición anterior en sentido de que no debe limitarse el derecho de actuación de las partes al punto de perjudicar sus propios intereses vertidos en el juicio, de cierto nos parece inaceptable el carácter en extremo privatista que esta postura tiene sobre el proceso. El desenvolvimiento del poder jurisdiccional necesariamente debe respetar también la teleología de bien común propia del ejercicio de los poderes públicos.

En cambio, distanciándose del pensamiento recién expuesto, una segunda postura doctrinaria sí acepta la procedencia del abuso del derecho en el proceso, siendo diversos los matices que se presentan en sus planteamientos. Esta postura concibe los derechos procesales

como un ámbito de autonomía jurídica que no puede quedar de manera absoluta a la discreción de los particulares en vista del bien superior que representa la administración de justicia. Se concibe como aplicables al proceso un principio de moralidad, dotando de parámetros éticos su desarrollo y, con ciertas limitaciones, estableciéndose deberes de conducta para los sujetos, según se hubo revisado anteriormente.

Dentro de esta segunda postura, según se verá a continuación, se ha producido una discusión que corresponde a la determinación de cuáles son los elementos constitutivos de los actos abusivos y que principalmente dirán relación con la condición subjetiva del sujeto al que se le atribuya el abuso.

Al margen del panorama general que se ha señalado, en Chile el desarrollo de esta doctrina es particularmente exigua, de trabajo casi inexistente. Sin embargo, una de las primeras contribuciones en esta materia es efectuada por el profesor Raúl Tavolari quien, de manera aislada en nuestro medio, desde inicios de este siglo comenzó a analizar algunos de los aspectos más relevantes de esta teoría (Tavolari, 2002, 89-114). En este mismo período de tiempo surge el que, en nuestro conocimiento, es el primer trabajo de mayor envergadura dirigido a estudiar el abuso del proceso y que corresponde a la monografía *El Abuso en el Proceso* de la profesora Pía Tavolari, escrita el año 2004. Al margen de estos dos autores resulta muy difícil encontrar algún aporte dogmático a esta teoría entre los procesalistas nacionales, lo cual no es de extrañar si se considera la también escasa jurisprudencia chilena en esta materia y la falta de regulación legal sistemática de la doctrina del abuso del derecho no solo en materia procesal, si no que de manera generalizada en nuestro ordenamiento.

## **2. Elementos del acto abusivo**

Si en general los actos jurídicos procesales tienen requisitos o elementos constitutivos particulares, distinguiéndose principalmente entre sus elementos de existencia y de validez, también los ilícitos procesales tienen elementos constitutivos propios. Estos elementos serán similares en cada uno de los ilícitos, pero claramente adquirirán cierta especificación según el tipo del cual se trate. Pues bien, revisaremos los requisitos propios del abuso procesal, del fraude procesal y de la simulación procesal en los capítulos correspondientes.

En cuanto a los supuestos fácticos que configurarán el abuso procesal no existe consenso en la doctrina respecto a cuáles deben considerarse como parte de sus requisitos determinantes. Según veremos, esta discusión se acentúa al tratar de establecerse el ámbito de imputación normativa, en especial para determinar si es necesaria la existencia de dolo o culpa para su configuración.

De modo general, se ha establecido un catálogo común de requisitos correspondientes a los siguientes: (a) el ejercicio de un derecho consagrado en la ley, (b) la desviación de los fines legítimos de este derecho y (c) la existencia de un perjuicio (Trigiliani, 2017, 126).

En cuanto al primer elemento existe bastante consenso entre quienes son partidarios de aplicar la teoría del abuso del derecho en materia procesal. Tenemos así que el derecho ejercido es de carácter amplio y corresponderá a cualquier tipo de prerrogativa o poder jurídico que sea reconocido por la ley procesal a los sujetos de la relación jurídico procesal, incluyendo el ejercicio de la acción procesal, el derecho de defensa, la impetración de recursos, la solicitud de medidas cautelares; y, en general, el amplio abanico de mecanismo jurídicos que de manera abierta establece el derecho. Entonces, bastará que el titular del derecho sea quien ejerza alguna de las facultades que legítimamente son consagradas en su favor.

El segundo elemento merece mayores reparos. Se ha discutido en la doctrina si la imputación normativa del acto abusivo deberá realizarse sobre un estándar de desviación de poder o sobre parámetros subjetivos existentes en la conducta del actor. Quienes sostienen que necesariamente debe existir dolo o negligencia en el uso de las facultades procesales para que constituyan un abuso del derecho, plantean que necesariamente deben conjugarse todos los elementos que tradicionalmente constituyen los ilícitos, de manera que la atribución subjetiva debe pasar por el análisis de imputación subjetiva.

Por el contrario, otra parte de la doctrina sostiene que no es necesaria la existencia de dolo o culpa para configurar el acto abusivo. En este sentido, Peyrano ha sostenido que enmarcar la configuración del abuso procesal a estos elementos subjetivos limita excesivamente su aplicación. Para justificar tal amplitud realiza una distinción que estimamos resulta del todo acertada. Sostiene que es necesario diferenciar dos niveles o grados de responsabilidad ante la existencia del abuso en el proceso. Primeramente, un nivel en que apreciamos únicamente las consecuencias jurídicas que se producen en el ámbito procesal (o intraprocesal), y que da lugar a lo que denomina como “responsabilidad procesal”. En este primer ámbito solo sería necesario

atender a los efectos del acto en cuanto a las facultades procesales de las partes y el correcto ejercicio de aquellas, de manera que bastaría una desviación o finalidad ilegítima en el acto jurídico sin necesidad de que exista un reproche conductual (Peyrano, 1994, 22).

El segundo ámbito de efectos jurídicos sí resultaría más amplio. Se trataría de los efectos extraprocesales del acto abusivo y que podrían degenerar en supuestos de responsabilidad civil aquiliana cuando se ha afectado el patrimonio de la contraparte, por ejemplo; podría dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias personales, como en el caso del abogado que patrocina una demanda considerada como temeraria en aquellos casos que la ley sanciona este proceder, entre otros. En este segundo ámbito sí sería necesaria la imputación subjetiva al actor para configurar la responsabilidad extracontractual de conformidad a las reglas generales.

Creemos que esta postura, considerada como la mayoritaria según analiza Trigliani (2017, 127) tiene la virtud de abrir el camino para configurar una verdadera teoría de la responsabilidad procesal que sea autónoma a la responsabilidad civil del derecho privado y de la que prácticamente nada se ha dicho. Asimismo, en un sentido más pragmático, esta doctrina permite delimitar de manera más precisa cuáles serán los factores de atribución y sanciones del abuso procesal, materia especialmente dificultosa si se considera que muchos de los supuestos de abuso del proceso no se encuentran consagrados ni directa ni indirectamente. En legislaciones como la argentina y la peruana, donde sí existen normas procesales civiles que establecen el principio del abuso del proceso de manera más genérica, es un tanto menos complejo determinar las sanciones, aunque de todos modos se suscitan ciertas dificultades prácticas en su aplicación.

Sin embargo, la consagración positiva de la prohibición del abuso del derecho no siempre despeja todas las dudas que puede suscitar su aplicación. Así, según se refirió, en Chile la ley de tramitación digital de los procedimientos judiciales, N° 20.886, consagra expresamente la prohibición de abuso del derecho, estableciendo que el juez puede sancionar las conductas constitutivas de abuso, pero sin referir cuál será la consecuencia directa de éstas.

El tercer requisito necesario para configurar el abuso del proceso corresponde al daño. Elemento común de toda responsabilidad jurídica, tenemos que el daño en materia procesal adquiere una dimensión especial. Si en materia civil normalmente se tiene que el daño debe ser directo, personal, previsible y cierto, en materia procesal será necesario ajustar estos elementos por la naturaleza propia del proceso. Creemos que los caracteres del daño directo y personal no

merecen mayores reparos. Sin embargo, la previsibilidad y la certidumbre necesitan ciertas consideraciones especiales.

En cuanto a la previsibilidad, estimamos que no es necesaria para configurar el acto abusivo. Ello por cuanto, en concordancia a la teoría de la desviación de los fines que revisamos, la previsibilidad es propia de un sistema de responsabilidad basado en cierto estándar de diligencia, pero no es necesaria la culpa o negligencia para configurar este ilícito procesal por cuanto será suficiente su desviación o ilegitimidad de ejercicio.

Tratándose de la certidumbre tenemos que debe ser aplicado el principio de trascendencia procesal. Así, aplicado generalmente en materia de nulidad, creemos que no existirá daño, ni acto abusivo consecuentemente, si no se genera un perjuicio real para una de las partes del proceso y creemos que este perjuicio real vendrá dado por afectarse las posibilidades de actuación de las partes en el juicio. Así, son aplicables las normas pertinentes a la nulidad procesal para determinar cuando debe considerarse existente el daño, particularmente habida la consideración que, dentro de la determinación de la sanción intraprosesal de acto abusivo, la nulidad es un mecanismo que asoma como una de las principales posibilidades.

### **3. Ámbitos de aplicación de la teoría del abuso del derecho**

En el ámbito del Derecho procesal la aplicación de la teoría del abuso del derecho habrá de abordarse en consideración de las distintas instituciones particulares que conforman la disciplina. Para tales efectos, haremos una distinción entre dos ámbitos procesales de aplicación, uno de carácter general y otro de carácter específico.

En un primer ámbito, de alcance general, distinguiremos entre abuso del derecho extraprosesal y abuso del derecho intraprosesal. La primera categoría tendrá lugar cuando el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo procesal se produzca en una situación jurídica externa a un proceso jurisdiccional, pero que revista significación procesal en cuanto a sus efectos, como en el caso de la transacción. En cambio, la segunda categoría, la del abuso del derecho intraprosesal, corresponde al ejercicio abusivo de un derecho subjetivo procesal en el marco de un proceso o procedimiento no contencioso seguido ante tribunales de justicia.

En un segundo ámbito, de carácter específico, para establecer los efectos del abuso del derecho diferenciamos entre diversas instituciones procesales particulares, atendiendo a sus

caracteres específicos y las consecuencias que el ejercicio abusivo del derecho reviste en cada caso. Con tal objeto, agruparemos las instituciones procesales según su carácter extraprocesal o intraprocesal, en concordancia con la distinción hecha en el ámbito de aplicación de carácter general.

#### **4. El abuso del derecho intraprocesal**

Como se hubo referido en las líneas anteriores, el primer ámbito de aplicación de la teoría del abuso del derecho en materia procesal corresponde al plano intraprocesal, cual será, por cierto, el de mayor interés para objeto de este estudio. En las líneas siguientes abordaremos las manifestaciones de esta teoría en las instituciones de la acción procesal, del derecho de excepción y defensa en general y, enseguida, la figura del llamado abuso del proceso. Sin perjuicio de que en estas instituciones se suscitan las problemáticas principales del abuso del derecho en materia procesal, también revisaremos, someramente, la manifestación de esta teoría con relación a otras figuras procesales.

##### **A. El ejercicio abusivo de la acción procesal**

Como se dijo anteriormente, el derecho a la acción procesal corresponde a un derecho subjetivo público procesal en virtud del cual se solicita la intervención del poder jurisdiccional del Estado en una controversia de relevancia jurídica. En tal sentido, correspondiendo a una facultad jurídica para los particulares, en lo presente estimamos que el ejercicio abusivo de este derecho corresponde a la interposición de la acción procesal fuera de los supuestos normativos que el ordenamiento jurídico ha establecido para ello, lo que se manifiesta en la existencia de un interés ilegítimo perseguido por el titular del derecho, que por tanto diverge de la teleología propia del instituto por apartarse dicho ejercicio de los estándares que delinear la buena fe procesal.

En consideración de lo anterior, tenemos que existen dos clases de supuestos de ejercicio abusivo de la acción procesal, unos de carácter especial y otros de carácter general. Esta distinción apunta al ámbito del alcance normativo que se establezca para un conjunto determinadas circunstancias fácticas como constitutivas de actos abusivos. Así, de existir

normas con tal contenido, estaremos ante un caso de acto abusivo de carácter normativo especial. Sin embargo, en lo presente somos de la idea de que no solo puede existir abuso del derecho respecto de reglas positivas, sino que también puede producirse cuando los actos ejecutados contrarían los principios inspiradores del ordenamiento procesal. En estos casos tendrá lugar una hipótesis general de abuso del derecho.

En lo presente sostenemos que el supuesto fáctico de aplicación general para determinar el ejercicio abusivo de la acción procesal no se encuentra consagrado de manera expresa en nuestra legislación, lo cual es entendible si consideramos que tampoco los principios informadores se encuentran regulados de manera general ni sistemática.

Con todo, sí existen algunas instituciones procesales que permiten dar cuenta de la sanción de las conductas abusivas, aunque sea indirectamente. Particularmente podemos analizar los incidentes como un instituto en que recibe aplicación la prohibición del abuso del proceso, lo que aparece de manifiesto en el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, que sanciona al litigante que promueva y resulte vencido reiteradamente en la promoción de los incidentes. Situación análoga que se plasma en el artículo 122 del mismo Código, que sanciona a quien promueva y pierda reiteradamente los incidentes especiales de impugnancias y recusaciones; o en el caso de los artículos 144 y 147, también del Código de Procedimiento Civil, referentes a las costas del juicio, apareciendo éstas como una verdadera sanción al litigante que promueva el litigio sin fundamento.

Lo anterior nos lleva a buscar una formulación para tal hipótesis general. Considerando que el ejercicio estrictamente formal de la acción no puede resultar abusivo en sí mismo, creemos que dicha formulación quedará enunciada al señalar que la acción procesal se ejerce abusivamente siempre que su fundamento esté determinado por móviles contrarios a la buena fe o los deberes de cuidado que todo sujeto de derecho debe tener en su ámbito de autonomía jurídica. Como se puede apreciar, esta fórmula es más bien abstracta y no resulta viable establece una hipótesis fáctica más precisa debido a sus requisitos genéricos, de manera que se especificará en cada hipótesis especial, sean típicas o atípicas.

Lo anterior nos lleva sin duda a acercarnos a los supuestos subjetivos de todo delito (jurídico) en tanto al existir la intención positiva de inferir daño o producirse la infracción de ciertos deberes de cuidado se configurará, respectivamente, un acto doloso o culposo en el ejercicio de la acción procesal, análogos a los que estudia el Derecho civil. Por el primero

tendremos aquellas situaciones en que se solicita la intervención del poder judicial con la sola intención positiva de inferir injuria en la persona, propiedad o derechos procesales de un tercero. Por el segundo, tenemos que el ejercicio negligente de la acción podrá también configurar abuso del derecho según los criterios generales de responsabilidad.

Estos planteamientos nos llevan a efectuar una pequeña disgresión discursiva que, pese a ser una simple elucubración, nos parece relevante. Al aplicar los conceptos de dolo y deberes de cuidado en el ámbito procesal es innegable la cercanía que estos lineamientos guardan con la teoría de la responsabilidad civil extracontractual. Y, en efecto, la jurisprudencia ha analizado en algunas ocasiones bajo esta naturaleza el abuso del derecho en los institutos procesales. No pretendemos asimilar estos institutos a los que son propios del derecho privado, ni mucho menos. Por el contrario, sostenemos la plena autonomía de las categorías del derecho procesal, por lo cual no podemos concluir que deban aplicarse las normas de la responsabilidad aquiliana en esta materia, sino que, por el contrario, es necesario el desarrollo de categorías normativas y doctrinales que permitan originar una verdadera teoría de los delitos procesales en que se consideren todas las figuras, típicas o atípicas, que tienen lugar al transgredir la buena fe procesal, como lo es el caso del abuso en el proceso, del fraude o estafa procesal y de la simulación del proceso. Cuestión diversa serán las consecuencias jurídicas extraprocesales, que podrían quedar sujetas a normas de responsabilidad general.

Dicho lo anterior y al margen de esta situación de carácter general, tenemos otras hipótesis de abuso en el proceso de carácter especial. Ellos corresponden a diferentes normas configuradas por presupuestos normativos variados y que pueden fundarse en la transgresión a la buena fe y la desviación de los móviles normales del proceso.

Uno de estos casos de ejercicio abusivo de la acción expresamente contemplado por nuestra legislación corresponde al enunciado en el artículo 197 inciso 2° del Código Civil, que en el ámbito de las acciones de filiación estatuye que *“la persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado”*.

Tenemos que el ejercicio abusivo de la acción de filiación se trata de un caso expreso en dos sentidos. Primero, por cuanto es la norma misma la que enuncia el principio de buena fe como parámetro para determinar la licitud de la conducta; mientras que, en segundo lugar, establece expresamente una sanción para el acto abusivo. Este último punto es relevante por



cuanto en la teoría general del abuso del derecho es discutida la naturaleza de los actos abusivos, aceptando algunos, y negando otros, que estos sean ilícitos *sui generis*; controvirtiéndose mismamente las sanciones procedentes ante los actos abusivos.

Otra situación que, a nuestro entender, es posible de enmarcar también en este contexto es la establecida en el artículo 50 E de la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, y que consagra una sanción por la interposición de demandas temerarias. Señala la norma: “*en aquellos casos en los que, en virtud de esta ley, se interponga ante tribunales una denuncia o demanda que carezca de fundamento plausible, el juez, en la sentencia y a petición de parte, podrá declararla como temeraria*”, de lo cual se ha colegido que el carácter temerario proviene de la falta de fundamento en la interposición de la denuncia o demanda. El artículo 7° de la ley extiende esta situación a las demandas colectivas esgrimidas para protección de intereses difusos que sean entabladas por asociaciones de consumidores en los casos que proceda este litis consorcio de conformidad a la ley.

Creemos que esta norma refleja cabalmente los principios y fundamentos que acabamos de detallar sobre el abuso del derecho por cuanto el legislador equipara la falta de fundamento en la interposición de la demanda a la existencia de una conducta inobservante de los deberes de cuidado que deben existir en las relaciones jurídicas. Profundizando en este elemento, Guerrero (2008) ha comentado que “*cabe comentar que la exigencia del carácter doloso o malicioso de la denuncia no es exigido por el legislador chileno, quien caracteriza la acción temeraria sólo por el hecho de carecer de fundamento plausible, por lo que no es necesaria la presencia de dolo para su procedencia*” (205), de manera que basta la configuración del supuesto fáctico para que la norma sea aplicable. Por ello, tratando de hacer coherente el contenido de este ilícito, tenemos que es posible asemejarlo a una hipótesis de responsabilidad por culpa infraccional, en tanto se realiza una elipsis sobre la imputación subjetiva para determinar la infracción a la norma.

Creemos que la regulación de esta hipótesis es especialmente valiosa en tanto establece la tipificación de la conducta sancionada, así como la sanción específica, que en este caso podrá ser de una multa que variará, según el caso, entre 200 y 300 unidades tributarias mensuales, y que puede aparejar también sanciones disciplinarias para el abogado en conformidad a los artículos 530 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales. Asimismo, el fundamento de la norma en comento dice relación directa con el ejercicio desmedido de un derecho, en tanto,

siendo la ley de protección del consumidor una de carácter proteccionista, se prevé los eventuales abusos que los consumidores pueden cometer en sus relaciones con los proveedores que, en la práctica, las más de las veces estarán en un equilibrio de poder negociador con aquellos.

Sin embargo, existen también otras hipótesis de ejercicio abusivo de acciones que son de carácter especial que no están consagradas expresamente en una norma determinada y que, por ende, constituyen verdaderos casos atípicos de ejercicio abusivo de la acción procesal. Estos casos atípicos pueden desprenderse de la hipótesis de carácter general en tanto cumplan con el factor subjetivo de atribución que hubimos planteado anteriormente. Sin que fuera posible realizar un listado completo de tales casos, revisaremos un caso que, por la importancia que nos merece, creemos permite modelar un patrón amplio de acción abusiva. Es el caso de la acción unilateral de divorcio. A este respecto, Valenzuela (2012) ha esgrimido la siguiente reflexión:

*“Nuestra legislación no tipifica como un hecho ilícito el ejercicio abusivo del divorcio unilateral. Sin embargo, por vía de principios generales deberían aceptarse las acciones que se funden en un ejercicio abusivo de esta prerrogativa legal porque el principio alterum non laedere impide el ejercicio abusivo del cualquier derecho. Consideramos que es abusivo el divorcio que se pide arbitraria, caprichosa y frívolamente, causando graves perjuicios morales y patrimoniales al cónyuge demandado que se opone a él sin resultados judiciales favorables en sede de familia” (258).*

Entonces, resumimos la importancia de este ejemplo desarrollado en la doctrina por cuanto, al tratarse de una acción procesal en el más amplio sentido del concepto, creemos que dichas observaciones son perfectamente aplicables a cualesquiera otras acciones, cualquiera que sea su naturaleza. Así, resulta patente como el ejercicio doloso de una acción, esto es, entablada con el propósito de causar daño, contraviene el principio de buena fe procesal, así como otros principios generales del derecho, como lo es el de no dañar a otros. Y, precisamente, en este caso el ilícito procesal estará constituido por un elemento subjetivo correspondiente al dolo, en tanto la acción se ejerce con propósitos perniciosos para el patrimonio del demandado. Pero aún, en una concepción amplia, creemos que incluso la falta de todo fundamento en la demanda puede ser suficiente para generar una hipótesis de abuso del derecho por faltar a los

deberes de cuidado y al principio de igual responsabilidad, y que daría lugar a una especie de demanda temeraria. Sin embargo, resulta complejo señalar una sanción como la que se establece en sede de protección del consumidor, de manera que en lo presente estimamos que las únicas consecuencias jurídicas adversas posible son de carácter estrictamente procesal.

Enseguida, y reafirmando que las hipótesis de abuso en el proceso conforman un catálogo abierto, estimamos que también el abuso en el derecho de opción que tiene lugar en materia civil a propósito de los remedios contractuales por incumplimiento de obligaciones, es un caso atípico de abuso de la acción procesal. A pesar de que el derecho de opción del acreedor para satisfacer su crédito subyace a una relación sustantiva de derecho privado, creemos que es posible sostener la clasificación señalada por cuanto los derechos que surgen para el acreedor ante el incumplimiento son de carácter estrictamente procesal, en tanto corresponden al ejercicio de acciones procesales específicas como lo son la acción resolutoria, la acción ejecutiva o la acción indemnizatoria, según sea el caso.

Por lo anterior, creemos que a este derecho le son aplicables todas las consideraciones que hemos hecho anteriormente, dado que pueden perfectamente conllevar la intervención judicial con un ánimo de causar daño o de manera negligente. En este sentido, López (2012) ha ejemplificado lo siguiente, *“así, por ejemplo, puede ocurrir que el acreedor requiera al deudor la ejecución de la prestación de cumplimiento específico, en circunstancias que ella es excesivamente gravosa para el deudor o, bien, demande resolución de un contrato por un incumplimiento que no revista el carácter de resolutorio”* (15), situaciones que evidencian móviles diversos a la estricta satisfacción de un legítimo derecho patrimonial.

A mayor abundamiento, nos parece pertinente realizar una observación sobre el concepto de temeridad en el proceso. Claramente nuestra ley no lo define, pero el artículo 50 E de la ley N° 19.496 parece ser muy acertado al señalar como constitutivo de demanda temeraria la falta de fundamento. Creemos que, pese a no existir una regulación expresa ni acabada de las consecuencias jurídicas de los actos procesales con falta de fundamento, existen algunos ejemplos que nos permiten entender la voluntad de legislador ante estos actos. Es el caso del citado artículo 50 E, pero también de la condena en costas cuando no se aplica la eximente de haber litigado con fundamento plausible, así como también corresponde al fundamento del rechazo *in limine* del recurso de casación en la forma de conformidad al artículo 782 del Código de Procedimiento Civil. En estos últimos dos casos el legislador no habla de temeridad, pero el

fundamento es análogo, lo cual nos permite concluir que la falta de fundamentación se levanta en estos casos como un límite al ejercicio arbitrario o potestativo de los arbitrios procesales, de manera que, sin poder establecer la falta de fundamento como un instituto amplio, se constituye en una hipótesis clara de abuso del derecho, que podrá o no configurarse con dolo y que podrá siempre existir por negligencia del actor.

Así, se ha hablado en la doctrina de un verdadero examen de fundabilidad que complementa el análisis de admisibilidad en cuanto al análisis genérico de procesabilidad. Del Río Ferreti (2019) ha distinguido así entre fundabilidad jurídica y fundabilidad plena, en tanto *“se habla así de fundabilidad jurídica si los fundamentos de la petición son concluyentes. Pero la fundabilidad plena exige que -además de concluyentes- los fundamentos también estén debidamente comprobados o corroborados”* (73), de lo cual concluimos en lo presente que el legislador establece el rechazo *in limine* como una sanción a esa falta de fundamentación. Sin embargo, pareciera más bien que no se busca sancionar una conducta perniciosa como en el caso del artículo 50 E de la ley 19.496, sino que se asemeja más a una hipótesis de carga procesal. Ello no obsta a que estimemos que los fundamentos de los principios informadores del proceso puedan ser plenamente aplicables en esta situación.

Para finalizar este apartado, cabe referir que dentro de los comentaristas procesales se han planteado también algunas propuestas de hipótesis de abuso del proceso. Así, el profesor argentino Berizonce ha desarrollado la idea de declaración temprana de flagrancia como indicador de estas conductas abusivas, y que corresponde a aquellas situaciones en que la pretensión o defensa esgrimida en el proceso resulta abiertamente inconsistente (Berizonce, 2015, 36). Por ende, esta declaración de flagrancia tendría lugar cuando el sujeto activo logra presentar su pretensión con un nivel alto de verosimilitud o atendibilidad en circunstancia que la pretensión del sujeto pasivo resulte manifiestamente infundada o insuficiente para desacreditarla.

De manera similar, Berizonce (2015) atiende la noción de insustancialidad de las pretensiones, indicando que *“las técnicas de anticipación de la tutela del derecho procuran equilibrar la situación de las partes, cuantas veces el conflicto muestra de modo manifiesto que mientras una de ellas sostiene sus postulaciones de manera seria y sustentable, la otra, por el contrario, alega tan solo proposiciones o defensas que se exhiben de un modo patente como inconsistentes, infundadas”* (35), abriendo entonces un estándar normativo de procedencia para

la tutela anticipada o de “justicia temprana” como la llama el autor, bajo el entendido de que esta insustancialidad de la pretensión permite acoger de manera más eficaz lo sostenido por el sujeto activo del proceso.

## **B. El ejercicio abusivo del derecho a la defensa**

En el caso del derecho a la defensa, la situación abusiva implicará que este derecho se ejerce fuera de los márgenes que la buena fe permite, y se materializa mediante la impetración de excepciones a sabiendas de su falta de legitimidad respecto del derecho que se reclama, o en tanto sean ejercidas con fines diversos a la defensa judicial.

Así, Atienza y Ruiz (2002) han entendido que *“la calificación de acciones de este género como abusivas apunta preferentemente a que se ha ido más allá del alcance justificado del derecho de defensa (que no incluye acciones sin otra finalidad reconocible que la de perjudicar extraprocesalmente a la otra parte o las puramente dilatorias)”* (88), sin perjuicio claro del ejercicio legítimo de una pretensión debidamente fundada.

En este sentido, se han distinguido tres supuestos, de carácter implícito, en que puede manifestarse el ejercicio abusivo del derecho a la excepción. Siguiendo a Giovanni Priori, estas hipótesis corresponden a las siguientes: (a) cuando los medios de defensa son utilizados con el único propósito de alargar injustificadamente el proceso, (b) cuando se utiliza varias veces un mismo medio de defensa con la finalidad de cuestionar exactamente lo mismo que ya fue resuelto y, (c) cuando se utilizan diversos medios de defensa con la finalidad de cuestionar lo mismo (Priori y Alfaro, 2018, 95). Así, el mismo autor ha referido que *“podemos inferir que el ejercicio abusivo del derecho de defensa puede ser cualquier acto que se considere lesivo al derecho de mismo como género de una regla general, y así cualquier hecho que calce dentro de ésta pueda ser tomado como presupuesto válido para aplicar la tutela de evidencia”* (Priori y Alfaro, 2018, 95), de manera que tal fórmula puede enunciarse como un postulado general que permita subsumir las diversas actuaciones que puedan calificarse como lesivas del principio de buena fe, al margen del establecimiento de catálogos enunciativos de hipótesis particulares.

Aplicando tales planteamientos en nuestro ordenamiento, tenemos que un ejemplo del primer caso corresponde al uso indebido de las excepciones dilatorias establecidas en el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil. Si bien el fundamento de estas excepciones es el de

enervar la acción procesal sin referirse propiamente a la pretensión del actor, de manera que recaea más bien sobre aspectos de forma y no de fondo, de cierto las excepciones dilatorias son susceptibles de ser empleadas, aunque resulte paradójico, con fines “puramente dilatorios”, lo que se demuestra en la práctica procesal ante nuestros tribunales. De esta manera, revistiendo las formas procesales suma relevancia en nuestro sistema, tal cualidad es diversa al mero ritualismo, de manera que la interposición de estas excepciones respecto de defectos formales que, según el caso, resulten triviales y que tengan por objeto únicamente la prolongación del proceso en desmedro del derecho reclamado, resultando contrario a la buena fe procesal. En este caso, la sanción contemplada por el ordenamiento corresponde a la condena en costas, por cuanto, considerando que el artículo 307 del mismo código señala que las excepciones dilatorias se tramitarán como incidentes, tenemos que el artículo 147 prescribe que *“Cuando la parte que promueve un incidente dilatorio no obtenga resolución favorable, será precisamente condenada en las costas”*.

Enseguida, un ejemplo que permite ilustrar el tercer caso planteado tiene lugar respecto de la regulación de las cuestiones de competencia. En este sentido, el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil establece que *“Podrán las partes promover cuestiones de competencia por inhibitoria o por declinatoria. Las que hayan optado por uno de estos medios, no podrán después abandonarlo para recurrir al otro. Tampoco podrán emplearse los dos simultánea ni sucesivamente”*. De esta manera, el inciso 2º de la norma impide, primero, abandonar una de estas vías para luego emplear otra y, segundo, emplear conjunta o sucesivamente ambos mecanismos, pues se busca evitar que una misma cuestión sea controvertida por medios diversos, pues tal conducta es contraria a la buena fe en tanto resulta infundado y dilatorio persistir en una petición que ha sido debidamente negada. En este ejemplo, la sanción normativa que opera fundando estos supuestos corresponde a la preclusión procesal, tanto por extinguirse la oportunidad procesal correspondiente, como por haberse agotado los medios que la ley dispone.

También se ha llegado a analizar el abuso del ejercicio de la defensa en el ámbito estricto de la tutela jurisdiccional anticipada. Definida ésta por Pozo (2014) como aquella destinada a *“otorgar una protección judicial efectiva e inmediata en las situaciones en las que la actuación de la jurisdicción en un momento posterior carecería de sentido”* (51), correspondiendo a una especie de la tutela jurisdiccional provisional, se ha referido por Priori y Alfaro (2018) que en

esta puede tener lugar el ejercicio abusivo de la defensa, considerando su especial situación procesal, por tanto *“la tutela anticipada con base en el abuso del derecho de defensa solo puede ser comprendida por quien tiene sensibilidad para intuir que el tiempo del proceso es una carga que, así, no puede ser destinado al demandante, como si él fuese culpable por la demora (...). Entonces este ejercicio abusivo se puede dar cuando “parte del pedido o uno de los pedidos acumulados se torna incontrovertido en el transcurso del procedimiento”* (94). De lo cual se puede concluir que, considerando las pretensiones jurídicas antagónicas y su ponderación en la tutela jurisdiccional provisional, podría considerarse un caso extremo en que la providencia anticipada favorezca al demandante por el solo hecho de que el demandado ejerza su derecho a la defensa de manera inconsistente o exclusivamente dilatoria, pues su ejercicio abusivo radicaría en trasladar la carga de la extensión del proceso de manera exclusiva al peticionante.

### **C. El abuso del proceso**

En lo presente consideramos que conceptualmente podemos definir al abuso del proceso como el empleo de la función jurisdiccional para obtener la supraordinación de un interés privado al interés público, mediante la ejecución de conductas contrarias a la buena fe por parte de los sujetos de derecho envueltos en un vínculo jurídico procesal.

En este orden de cosas, creemos que la problemática que tiene lugar con ocasión de la teoría del abuso del proceso se sintetiza bajo la consideración efectuada por Priori y Alfaro (2018) de que *“el proceso es un instituto en el que actúan personas en situación de conflicto, cada una de las cuales movidas por sus propios intereses desean lograr que el juez reconozca su posición. Algunas de ellas usan el proceso sin escrúpulos para lograr a toda costa ese reconocimiento, contando para ello con el apoyo de abogados que buscan obtener éxito sin importar cómo”* (94).

Según señalábamos con ocasión del tratamiento de la teoría general del abuso del derecho, existen ciertas situaciones en que el abuso del derecho concurrirá juntamente con el fraude procesal, y en este sentido, Atienza y Ruiz (2002) han señalado que *“los supuestos de ‘abuso del proceso’ nos proporcionan, asimismo, un buen banco de ejemplos de acciones que cabe asimismo calificar a la vez como abusivas y fraudulentas”* (88).

Lo anterior permite delimitar al menos dos hipótesis de abuso del proceso, correspondientes, en primer lugar, al empleo del proceso como mecanismo para dañar derechos ajenos y, en segundo lugar, como herramienta para dañar al proceso mismo. Así, para Atienza y Ruiz (2002) tenemos que *“ejemplo de lo primero sería la presentación de una demanda dirigida no a obtener un pronunciamiento judicial, sino inducir a la parte contraria a transigir, aceptando condiciones inicuas (...); ejemplo de lo segundo sería el uso de acciones procesales con finalidades exclusivamente dilatorias”* (88). Este segundo caso -de daño al proceso mismo- se funda en que el proceso es una institución valiosa para el conjunto de la sociedad, de manera que, sirviendo a aquella, es una herramienta digna de protección en sí misma.

Sin embargo, en la dogmática existen posiciones disímiles sobre el alcance que deba otorgarse a la institución del abuso del proceso. Así, considerando la postura de Michelle Taruffo, tenemos que el autor plantea que el abuso del derecho solo tiene cabida en las hipótesis normativas previstas expresamente, olvidando que el legislador no es omnisciente y no puede precaver todas las situaciones en que las partes podrían apartarse de los deberes normativos que les asisten. Señala Taruffo (2016) en tal sentido que *“se podría, entonces, individualizar algún supuesto de abuso no en todos los casos en que un acto viene realizado con un propósito que no le es propio, sino solo en los casos en los que este propósito es ilícito o, en todo caso, prohibido por el ordenamiento”* (11). Diferimos de esta postura, en virtud de lo anteriormente señalado respecto a la existencia de hipótesis expresas y tácitas de conductas abusivas en la legislación.

El autor citado concibe el proceso como un mecanismo privado. Ejemplifica señalando -como vimos- que no se puede pedir a un ajedrecista que revele su estrategia antes de comenzar la competición, como recurso metafórico de sostener que las partes del proceso no pueden verse limitadas en su estrategia por consideraciones extranormativas de buena fe.

Taruffo sostiene que en el proceso no importan las intenciones, ejemplificando con el hecho de que en el ordenamiento procesal italiano únicamente se sanciona al litigante vencido que está de mala fe, pero no al litigante vencedor en esa misma situación (Taruffo, 2016, 14). Esta tesis es del todo insostenible por cuanto, si bien es aceptable argumentar que las consideraciones puramente morales podrían restar certeza y seguridad a la aplicación del ordenamiento jurídico, llegar a tal extremo implica desconocer que el Derecho es un mecanismo que busca regular las conductas sociales, de manera que no es un fin en sí mismo, sino que un



medio para tal finalidad. Así, el proceso es una institución de carácter teleológico; sostener que las relaciones subjetivas y psicológicas de las partes no son relevantes en su desarrollo conlleva al peligro de buscar la eficiencia del proceso a toda costa, como si éste fuera un fin en sí mismo valioso, y que no lo son, en cambio, la paz y armonía social que la solución de controversias tiende a tutelar.

Rechazando esta postura, somos más bien partidarios de que el proceso no puede dejar de sustentarse en consideraciones de orden valorativo que regulen el ejercicio de los poderes procesales de los intervinientes. Así, compartimos la opinión de Priori (2005) en virtud de la cual se enuncia que *“la eficacia del proceso (...) no puede ser desprovista del componente ético en el actuar de los litigantes. La eficacia sin moralidad ni justicia puede convertirse en la más perversa motivación para un proceso desleal”* (326).

Pasando a analizar instituciones particulares que nuestra legislación establece para frenar el abuso del proceso, creemos que dos son las principales en tal sentido y que corresponden a las normas que regulan la condenación en costas y a la acción de revisión. En cuanto a la condenación en costas, la norma fundamental es el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, cuyo inciso primero dispone que *“La parte que sea vencida totalmente en un juicio o en un incidente, será condenada al pago de las costas”*. Creemos que la naturaleza de esta norma es de carácter sancionatorio y que tiene por objeto frenar la participación procesal con finalidades ilegítimas. En tal sentido, no compartimos la posición de Taruffo, para quien la condena en costas únicamente encuentra por fundamento la existencia de actuar temerario por parte de los litigantes, sino que, por el contrario, esta disposición tiene por finalidad sancionar la participación procesal de mala fe, manifestada principalmente en el desarrollo de actuaciones a sabiendas de esgrimirse una postura manifiestamente infundada (Taruffo, 2016, 18).

Así, tenemos que cuando la segunda parte del inciso 1° de la norma establece que *“Podrá con todo el tribunal eximirse de ellas, cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para litigar”*, esta exención se funda precisamente en la existencia de razones legítimas que condujeron a la parte vencida para participar del proceso, de manera que deja de aplicarse cuando las partes han actuado de buena fe, la que se traducirá en la litigación cuando existan motivos fundados para sostener una posición argumentativa determinada.

En segundo lugar, entendemos que la acción de revisión, en la causal del número 3° del artículo 810 del Código de Procedimiento Civil, también se fundamenta en la prohibición de

abuso del proceso. Dispone esta norma que “*La Corte Suprema de Justicia podrá rever una sentencia firme (...) 3° Si la sentencia firme se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término.* A pesar de que esta causal se funda en la llamada cosa juzgada fraudulenta, de manera que, más bien, da cuenta de una hipótesis de fraude procesal, en lo presente se considera que esta es una de aquellas situaciones en que convergen los supuestos fácticos de abuso del derecho y de fraude procesal.

En este contexto, cabe señalar que, en las clasificaciones que pueden enunciarse respecto de la cosa juzgada, tenemos que existe una categoría correspondiente a la cosa juzgada fraudulenta. A este respecto, Romero (2002) plantea la siguiente problemática: “*la cosa juzgada fraudulenta provoca una contradicción entre dos valores necesarios en todo ordenamiento: justicia y seguridad jurídica. Aunque tales bienes no se deben contraponer, en la realidad ello puede ocurrir, cuando se ha obtenido una sentencia judicial interviniendo medios ilícitos, que pueden ser producto del embuste del juez, de la contraparte o incluso de terceros*” (35).

De esta manera, la cosa juzgada fraudulenta no es otra cosa que una manifestación de abuso del proceso, de manera que podríamos hablar indistintamente de cosa juzgada fraudulenta como de cosa juzgada “abusiva”. Por lo anterior, estimamos que la acción de revisión es una norma de naturaleza sancionatoria, de manera que la consecuencia jurídica o sanción que tiene lugar por el abuso del proceso en esta hipótesis precisamente corresponde a la facultad que nace para la parte perjudicada de solicitar la invalidación de una sentencia firme, presentándose como un instituto excepcional precisamente por su finalidad sancionatoria.

#### **D. El ejercicio abusivo de los incidentes**

La norma genérica que permite fundar la prohibición del abuso del derecho en materia de incidentes corresponde al ya citado artículo 147 del Código de Procedimiento Civil, que estatuye que “*Cuando la parte que promueve un incidente dilatorio no obtenga resolución favorable, será precisamente condenada en las costas*”. A partir de esta disposición, colegimos que el legislador busca sancionar la promoción infundada de incidentes, de manera que la condena en costas dada en este contexto busca promover el cuidado de la buena fe procesal,

evitando que las partes den lugar a incidencias que no resulten relevantes para el desarrollo del proceso.

Asimismo, tenemos que la condena en costas no es la única sanción que se establece en este ámbito, sino que encontramos una segunda consecuencia adversa en el artículo 84 del mismo cuerpo legal, que estatuye que *“Todo incidente que no tenga conexión alguna con el asunto que es materia del juicio podrá ser rechazado de plano”*, de manera que se busca frenar la interposición de incidentes como mecanismo de ralentización del proceso, con la consecuente denegación de la incidencia por parte del organismo jurisdiccional.

La tercera sanción que el ordenamiento procesal contempla para quien promueve abusivamente los incidentes corresponde a la aplicación de multas a beneficio fiscal. Así fluye del tenor literal del artículo 88 de la ley de marras, en sus incisos 1° y 2°:

*“La parte que haya promovido y perdido dos o más incidentes en un mismo juicio, no podrá promover ningún otro sin que previamente deposite en la cuenta corriente del tribunal la cantidad que éste fije. El tribunal de oficio y en la resolución que deseche el segundo incidente determinará el monto del depósito (...).*

*“El tribunal determinará el monto del depósito considerando la actuación procesal de la parte y si observare mala fe en la interposición de los nuevos incidentes podrá aumentar su cuantía hasta por el duplo”.*

A continuación, el mismo código se encarga de establecer disposiciones que buscan frenar la promoción abusiva de este instituto en el contexto de diversos incidentes especiales. Así, en primer lugar, encontramos el caso del incidente de nulidad procesal, en tanto el inciso 2° del artículo 83 de la ley procesal civil establece que *“La parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización o que ha convalidado tácita o expresamente el acto nulo, no podrá demandar la nulidad.”* De esta manera, la sanción para el interviniente que ha dado lugar al vicio que afecta la sustanciación del proceso es sancionado con la exclusión de legitimación para promover el incidente de nulidad, lo cual no es menor, pues podría ocurrir perfectamente que tal vicio provoque un efectivo perjuicio a este interviniente. Así, esta norma es una aplicación del aforismo latino *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Un segundo incidente especial en que se manifiesta el principio de prohibición del abuso del derecho, tiene lugar con ocasión de los incidentes de impugnancia y recusación, por cuanto el artículo 118 del mismo Código Civil señala que *“Cuando deba expresarse causa, no se dará curso a la solicitud de impugnancia o de recusación de los funcionarios que a continuación se mencionan (...), si no se acompaña testimonio de haber efectuado un depósito en la cuenta corriente del tribunal que deba conocer de la impugnancia o recusación.”* De esta manera, el ordenamiento contempla la imposición del depósito de dinero como garantía de que el interviniente que el recusador o el impugnante no actuará arbitraria o infundadamente en aquellos casos en que la facultad de promover la recusación o impugnancia deba ser causada.

En este mismo contexto, la ley procesal establece una segunda sanción para quien promueve infundadamente estos incidentes, por cuanto el artículo 122 reza al tenor de que *“Si la impugnancia o la recusación es desechada, se condenará en las costas al que la haya reclamado, y se le impondrá una multa que no baje de la mitad ni exceda del doble de la suma consignada en conformidad al artículo 118”*, cual puede fundarse directamente en la transgresión a deberes de conducta y buena fe de las partes.

#### **E. Abuso del derecho a la función cautelar**

En el mismo orden de cosas planteado, tenemos que en nuestro sistema procesal se contempla la función de tutela como un derecho subjetivo de las partes en el proceso. En este sentido, la ley limita las atribuciones de los intervinientes para ejercer este derecho para evitar que lo empleen con la sola finalidad de perjudicar a su contraparte. Así, la sanción que la ley establece para el uso indebido de estos mecanismos corresponde, primeramente, a la caducidad de los efectos de las medidas prejudiciales decretas por el tribunal y, enseguida, la responsabilidad por los perjuicios que se causen por su uso abusivo. Así, el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil señala que *“Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta treinta días por motivos fundados. Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene*

*dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento”.*

Resulta especialmente manifiesto en este caso el que es la buena de procesal la que inspira esta limitación al empleo de la función cautelar, por cuanto la norma transcrita señala expresamente un juicio de reproche a quien emplea indebidamente las medidas prejudiciales al establecer que se considera doloso el comportamiento del solicitante bajo los supuestos señalados.

## **F. Abuso procesal de los jueces**

Habiendo ahondado en el estatuto conductual de las partes en el proceso, fundada en ciertos principios informadores y deberes procesales, estimamos pertinente completar dicho estatuto con la consideración de los deberes que corresponden a otro sujeto de la relación procesal, que corresponde al juez. Pese a que en la doctrina procesal clásica se ha discutido sobre el vínculo jurídico que liga al juez con las partes, especialmente sobre la base de la teoría de la relación jurídica de Oskar von Bülow, existen variantes teóricas que no consideran al juez como parte de la relación procesal, particularmente la de Kohler, que consideramos incorrecta por no atender debidamente los efectos procesales y extraprocesales que las actuaciones del juez producen en las partes. Creemos por ello más acertada la variante teórica de Adolf Wach, por la que entendemos existir diversos vínculos jurídicos que ligan a las partes y al juez. Es por ello que resulta necesario atender los límites que las facultades del juez pueden tener ante los particulares sujetos a su ministerio.

Pese a que los jueces en su calidad de funcionarios públicos no ostentan un ámbito de autonomía jurídica como los litigantes, por cuanto la jurisdicción es un poder-deber del Estado y no un derecho subjetivo público, resulta necesario delimitar el ámbito de abuso procesal en que puedan incurrir los jueces en cuanto titular de dicho poder jurídico porque su ejercicio también está entregado a ciertos parámetros de discrecionalidad, como todo poder, y que puede no conformarse a la ley en que se funda, pudiendo producir daños ilegítimos en terceros.

En tal sentido, creemos que nuestra legislación procesal, particularmente el Código Orgánico de Tribunales, regula de manera expresa el abuso procesal de los jueces mediante la consagración de un estatuto de responsabilidad y los medios de impugnación de que las partes

se encuentran dotadas en el proceso. Existirían en este sentido hipótesis genéricas de abuso procesal y otras de carácter específico, última situación que es el caso del recurso de queja, a modo de ejemplo.

El ámbito de actuaciones abusivas de la judicatura queda entonces delineado por la existencia de los deberes propios del estatuto jurídico de los jueces en nuestro sistema, de manera que el abuso procesal del juez tendrá lugar al producirse infracciones a estos deberes legales de carácter procesal. Por consiguiente, creemos que los elementos necesarios para configurar el abuso del derecho por parte de la judicatura serán análogos a los que se refirieron respecto de las partes. Se mantendrá especialmente el primer elemento, correspondiente a una acción ilícita correspondiente a la infracción de los deberes jurídicos.

Entrando ya a revisar algunas hipótesis específicas en que nuestra legislación sanciona a los jueces por su conducta abusiva, encontramos como institución más representativa la situación del recurso de queja. Dispone así el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales que *“El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional”*, debiendo precisarse entonces que no se trata de una conducta abusiva que recaiga en un ámbito estrictamente disciplinario, pues creemos que el abuso procesal de los jueces debe abarcar cada uno de los ámbitos de su responsabilidad estatutaria.

En general, el espectro fáctico de configuración de la conducta abusiva del juez en el dictamen de una resolución jurisdiccional es muy variado y puede abarcar desde dictámenes que directamente sean dolosos, hasta decisiones que incumplan un deber de diligencia que los jueces deben mantener en el ejercicio de la judicatura, principalmente referido a la correcta aplicación del derecho y que sea injustificadamente erróneo.

Así, los tribunales superiores de justicia de Chile han reconocido, entre otras, las siguientes hipótesis de grave abuso en el dictamen de resoluciones: falta de fundamentación suficiente de una sentencia conforme a la ley en el proceso penal (Corte Suprema, Segunda Sala, Rol 36.922-2019), interrumpir infundadamente el cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad, dictar una sentencia en sede del consumidor sobre la base de una errónea apreciación de la prueba (Corte Suprema, Segunda Sala, Rol 54-2018), o el pronunciamiento de la excepción de cosa juzgada por el tribunal de competencia laboral en la audiencia preparatoria del juicio ordinario (Corte Suprema, Cuarta Sala, Rol 20.353-2018); entre otras hipótesis.

Asimismo, se ha negado la configuración del abuso en ciertas circunstancias de hecho, siendo improcedente el recurso para corregir errores interpretativos o para impugnar decisiones de jueces árbitros arbitradores (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 13.932-2019); tampoco constituiría abuso la extensión de las agravantes que hace el juez penal por sobre el contenido de la acusación, ni la exclusión del hecho punible en la tipificación legal hecha por el juez (Corte Suprema, Segunda Sala, Rol 36.922-2019).

Al margen de la situación del recurso de queja, existen también otras situaciones particulares en que se puede configurar el abuso procesal por parte de los jueces. Particularmente relevante es la que deriva del llamado deber de celeridad que compete a los jueces en el dictamen de sentencias. A este respecto, el artículo 319 del Código Orgánico de Tribunales dispone que *“Los jueces están obligados a despachar los asuntos sometidos a su conocimiento en los plazos que fija la ley o con toda la brevedad que las actuaciones de su ministerio les permitan [...]”*, deber cuya infracción se ha entendido establecida de manera genérica en el artículo 162 del mismo cuerpo legal, que reza en sus incisos 3° y 4° que:

*“La sentencia definitiva en el juicio ordinario deberá pronunciarse dentro del término de sesenta días, contados desde que la causa quede en estado de sentencia (...)”*.

*“Si el juez no dicta sentencia dentro de este plazo, será amonestado por la Corte de Apelaciones respectiva, y si a pesar de esta amonestación no expide el fallo dentro del nuevo plazo que ella le designe, incurrirá en la pena de suspensión de su empleo por el término de treinta días, que será decretada por la misma Corte”*.

Si bien las normas referidas no hablan de abuso directamente, se ha entendido por parte de la doctrina, como en el caso de Carretta, que el incumplimiento de este deber importa una conducta abusiva y no estrictamente disciplinaria (Carretta, 2008, 107), y creemos en lo presente que, sujetándonos a la nomenclatura tradicional de negligencia, al retardarse el despacho de estos asuntos el juez incurre en una infracción a un deber genérico de cuidado o diligencia que configura un abuso jurídico de su parte.

En otros ordenamientos procesales latinoamericanos también encontramos normas que regulan la conducta de los jueces de manera, quizás, más precisa que la desarrollada en Chile.

Este es el caso del Código Procesal Civil de Colombia, cuyo artículo 40 establece de manera general el estatuto conductual de los jueces, disponiendo en el apartado que consagra el estatuto de responsabilidad del juez

*“Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos:*

- 1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad.*
- 2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto.*
- 3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer”.*

A nuestro entender, la norma transcrita tiene la virtud de ser omnicomprensiva de todo tipo de ilícito procesal por parte del juez, aludiendo directamente al abuso y fraudes procesales, así como de señalar expresamente que es el abuso de autoridad lo que da lugar al abuso procesal del juez en su calidad de funcionario público.

## **5. El abuso del derecho extraprocésal**

Para establecer los alcances de la aplicación de la teoría del abuso del derecho en un ámbito externo al proceso, debe tenerse en cuenta que las situaciones que delimitan este ámbito no se corresponden con el fenómeno jurídico del proceso, de manera que nos referimos a instituciones cuyos efectos no se producen, al menos de manera inmediata, en el desarrollo de la actividad jurisdiccional, pero que, en definitiva, tendrán consecuencias procesales.

Con todo, antes de abordar efectivamente las diversas instituciones que podemos encontrar en este contexto, surge una primera interrogante. En el ámbito extraprocésal analizamos institutos jurídicos que no se relacionan de manera inmediata con el proceso - entendido este como una manifestación del ejercicio de la jurisdicción, que es un poder-deber del Estado- de manera que no se configura una situación jurídica que pueda calificarse propiamente como perteneciente al Derecho público. ¿Cómo podemos entonces hablar de abuso



del derecho procesal, si los derechos subjetivos procesales son una especie de derecho subjetivo público?

Esta es una cuestión ante la cual debe tomarse una decisión conceptual fundada. No es baladí determinar si en el ámbito extraprocesal puede existir titularidad de derechos subjetivos públicos de carácter procesal, o si, por el contrario, solo puede tener lugar el ejercicio de derechos de carácter privado, pues los bienes jurídicos que configuran cada uno de estos espectros son diversos entre sí, de manera que divergirá también la importancia de estos, los intereses públicos o privados envueltos y su disponibilidad.

En lo presente, se estima que la titularidad de derechos subjetivos procesales en un ámbito externo al estrictamente jurisdiccional sí es posible, y que, en efecto, así puede colegirse de nuestra legislación. Precisamente, es la ley la que configura instituciones jurídicas que constituyen verdaderos mecanismos de solución de controversias que, si bien no llegan a constituirse en proceso, de cierto resultan dotadas de efectos jurídicos de trascendencia procesal. Esto queda en evidencia toda vez que, si atendemos a la finalidad perseguida por el proceso y estas instituciones extraprocesales, tenemos que presentan todas estas una teleología común, consistente en la resolución de controversias, de manera que tutelan bienes materiales afines, como lo es, esencialmente, el correspondiente a la paz social. Con lo cual, concluimos que, tanto en el proceso como en los mecanismos alternativos a éste, se resguarda el interés público y es por ello que la legislación ha regulado situaciones jurídicas diversas al proceso que restringen la autonomía de la voluntad y que escapan del interés estrictamente privado.

De esta manera, tutelando la ley el interés público, ha constituido derechos subjetivos también en el ámbito extraprocesal, y que tienen como titular al individuo, erigiéndose la posibilidad de acudir a los mecanismos extraprocesales como una manifestación del derecho de petición, símil del derecho de la acción en materia intraprocesal, pues dichos mecanismos permiten emplear los institutos que la ley establece para la solución de conflictos.

Aclarado lo anterior, delimitaremos el ámbito de aplicación del abuso del derecho en materia extraprocesal mediante el análisis de ciertas instituciones jurídicas particulares, correspondientes al avenimiento, el comparendo de conciliación laboral, la transacción y la mediación.

Debe acotarse que la manifestación del principio que prohíbe el abuso del derecho puede manifestarse, según se analizó anteriormente, respecto de reglas y de principios, de manera que

no siempre habrá normas jurídicas que lo consagren o evidencien directamente, pero sí podrá establecerse un parámetro pragmático de aplicación en atención a las consideraciones fácticas que puedan surgir de determinadas valoraciones jurídicas. De tal manera, algunas manifestaciones de este principio surgirán de hipótesis legales expresamente establecidas, las que llamaremos situaciones especiales de abuso del derecho, por un lado; a la vez que surgirán también de hipótesis no expresamente consagradas, que serán comunes a todas las instituciones que se revisarán y que denominaremos situaciones generales de abuso del derecho.

### **A. El avenimiento**

El avenimiento, si bien no es definido por la ley, en la doctrina sí ha sido conceptualizado, y tenemos, por ejemplo, que Rodríguez (2010) la define como *“el acuerdo de las partes para poner término a un juicio pendiente, en el cual no tiene una intervención activa el tribunal, limitándose éstas a presentarlo para el conocimiento del órgano jurisdiccional”* (280). De esta manera, el avenimiento es un equivalente jurisdiccional que procesalmente corresponde a un mecanismo autocompositivo bilateral por el que las partes logran un acuerdo para autocomponer la litis, total o parcialmente. Además, la ley dispone que el avenimiento es título ejecutivo cuando consta en un acta pasada ante tribunal competente, y autorizada por un ministro de fe o dos testigos de actuación (Art. 434 N°3 del CdePC).

Este acuerdo presenta una característica especial en cuanto a su naturaleza, participando de caracteres extraprocesales e intraprocesales. Es así como Rodríguez (2010) ha caracterizado al avenimiento señalando que *“el acuerdo con que las partes ponen término a un juicio tiene el doble carácter de contrato y de actuación judicial. Como actuación judicial, y una vez aprobado por el tribunal, no puede reclamarse de él, por haber puesto término a la litis, por vía incidental, ya que todo incidente, como cuestión accesoria al juicio mismo, debe alegarse in limine litis. Como contrato, los defectos de que puede adolecer deben ser reclamados en juicio de lato conocimiento”* (280). Así, tiene una naturaleza híbrida que le dotan de caracteres sustantivos y estrictamente procesales.

El avenimiento es establecido en la ley con ocasión de la enunciación de los títulos ejecutivos en el artículo 434 N°3 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, el legislador no ha regulado mayormente la institución del avenimiento, a diferencia de lo que ocurre con la

transacción o la conciliación. Cabe entonces preguntarse cómo puede configurarse el ejercicio abusivo del derecho en esta sede. Como no existe una normativa sistemática que establezca disposiciones especiales sobre el avenimiento, creemos en lo presente que en este tendrán lugar situaciones generales de ejercicio abusivo de derechos. En efecto, el que exponamos primeramente esta institución, y no otra, obedece a la posibilidad de exponer estas situaciones de carácter general que serán aplicables en los demás institutos que se revisarán, para entonces exponer posteriormente aquellas situaciones especiales que se originan en normas legales particulares.

Las situaciones de carácter general de ejercicio abusivo del derecho en materia extraprocésal son, en términos generales, las dos siguientes: (a) sustraer el conocimiento de ciertos conflictos desde la esfera de competencia de los tribunales de justicia y evadir los resultados de un proceso mediante el ejercicio de los derechos que la ley otorga a las partes para recurrir a estos mecanismos; (b) producir un perjuicio ilegítimo en la contraparte mediante un mecanismo extraprocésal contrario a la buena fe. En ambos casos, el actuar toma la forma de ejercicio abusivo de derechos por cuanto se da lugar a una situación en que un sujeto de derecho actúa dentro de las hipótesis que la ley establece, de manera que despliega un comportamiento lícito, pero que adquiere caracteres de ilicitud al perseguir una finalidad diversa a la que se busca en la ley con la consagración del derecho tutelado, o creando un daño que aparece como injustificado; pudiendo conjugarse ambos resultados.

Así, en estas hipótesis de carácter general el empleo del avenimiento -así como de las demás instituciones extraprocésales- puede catalogarse de abusivo por determinadas circunstancias, en cuyo planteamiento seguimos a Atienza y Ruiz: (a) existencia de normas legales que permiten (lícitamente) pactar o recurrir a mecanismos extraprocésales, de manera que establecen la titularidad del derecho subjetivo procesal, correspondiente a recurrir a las facultades que la ley establece para concretar la solución de controversias, dotando a los individuos de cierta autonomía de mayor extensión a la que es propia en el ámbito estrictamente procesal; (b) producto del ejercicio de este derecho tiene lugar un daño que no necesariamente está prohibido de manera expresa por la ley, bajo el entendido de que el ejercicio de un derecho por parte de su titular siempre tiene un margen normal de afectación sobre terceros; (c) que tal daño aparezca como injustificado, pudiendo existir dos razones para ello: bien que el ejercicio del derecho se efectúe sin una finalidad o motivación más que la de causar un perjuicio u otra

finalidad ilegítima, bien que el daño producido resulte de magnitudes excesivas o anormales; (d) los resultados que tienen lugar producto de este daño escapan a la órbita del derecho que la ley y los principios jurídicos correspondientes buscan tutelar (Atienza y Ruiz, 2002, 57).

En particular, deberá puntualizarse la forma que el daño y el resultado que la conducta abusiva adoptará. En primer lugar, la consecuencia dañosa se manifestará como la inhibición que se produce respecto de un tercero sobre la posibilidad de ejercer legítimamente un derecho subjetivo extraprocésal, ello en desmedro del interés jurídicamente tutelado con la consagración del derecho de que se trate. Enseguida, y según se dijo, el resultado del acto abusivo consistirá en la consecución de un estado normativo en que se habrá sustraído o inhibido el actuar del poder jurisdiccional para conocer de una determinada controversia, por cuanto se habrá ejercido un mecanismo extraprocésal con el fin de evitar que sea un tribunal legalmente constituido el que dicte una sentencia que resuelva el conflicto.

De esta manera, tenemos que esta caracterización de la situación de carácter general no solo será aplicable al avenimiento, sino que a todos los equivalentes jurisdiccionales o mecanismos extraprocésales de solución de conflictos.

## **B. El comparendo de conciliación laboral**

Esta institución es regulada en el Párrafo 7°, Título I, del Libro V Código del Trabajo, que establece un procedimiento laboral especial, que es el procedimiento monitorio. En tal sentido, y desde la óptica que le compete como juez, Díaz (2018) señala que “*este procedimiento, para el derecho del trabajo, representa la advertencia que hace el juez al empleador de que el trabajador contará con un título ejecutivo, si éste no reclama en el plazo de 10 días de notificada que sea la resolución que acoge la demanda del trabajador*” (155); ello en consonancia con la definición etimológica del vocablo monitorio (del latín, *monitorius*) que refiere a un aviso o advertencia.

La ley establece que el procedimiento monitorio se dividirá en dos etapas, la primera de carácter administrativo y la segunda de carácter judicial. En este contexto, tenemos que el conocimiento de conflictos que tendrán los tribunales en virtud de este procedimiento estará condicionado a la concurrencia de los supuestos normativos que establece el artículo 499 del código del ramo, por cuanto la etapa judicial solo tendrá lugar de manera posterior al desarrollo

de la etapa administrativa (exceptuando causas de cuantía superior a 10 UTM y la situación tratada en el artículo 201). Para dar inicio a la primera de dichas etapas, la ley establece que el trabajador deberá presentar un reclamo ante la Inspección del Trabajo, y que en virtud de ella habrá de citarse a un comparendo de conciliación.

De esta manera, el legislador procesal laboral constituye mediante el establecimiento del comparendo de conciliación un mecanismo extraprocesal de solución de controversias que habrá de seguirse ante un órgano administrativo. Dentro de esta institución el ejercicio abusivo de derechos tendrá lugar, como ocurre con el avenimiento, preponderantemente con la generación de la situación abusiva de carácter general, la que se producirá con ocasión de que la mediación sea empleada con la finalidad de sustraer el conocimiento de una controversia desde el ámbito de actuación de los tribunales laborales, o mediante la vulneración de derechos subjetivos procesales de terceras personas si se busca inferir daños injustificados con ocasión del comparendo de conciliación y mediante su uso abusivo.

Por otro lado, según se desprende de la normativa atinente al procedimiento monitorio, es posible avizorar dos situaciones especiales de ejercicio abusivo del derecho en esta materia. La primera situación puede desprenderse desde el inciso 4° del artículo 497 del Código del Trabajo, que establece una regulación sobre los medios probatorios que las partes podrán emplear en el comparendo de conciliación administrativo ante la Inspección del Trabajo. De este modo, resulta claro cuál es la posibilidad de ejercicio abusivo de derechos procesales, la que dirá relación directa con la presentación o producción de medios probatorios que no se correspondan con la verdad material de que se trata. Según se verá más adelante, con ocasión del ejercicio abusivo de derechos intraprocesales, esta situación especial es una prolongación de aquella que tiene lugar mediante la producción dolosa de pruebas falsas en el ámbito judicial.

Una segunda situación especial es la que puede tener lugar con ocasión del artículo 498 inciso 1° del Código del Trabajo. Esta disposición establece que, en caso de que el reclamante -quien da lugar al inicio de la etapa administrativa, y con ello al comparendo- se ausentare del desarrollo del comparendo de conciliación, se archivarán los antecedentes. En este sentido, el ejercicio del reclamo ante la Inspección del Trabajo abre la posibilidad al reclamante de emplear el comparendo como medio de presión sobre la contraparte, toda vez que la ley no establece una consecuencia jurídica adversa para aquel por no comparecer, aunque sea de manera injustificada, al comparendo de conciliación. Así, se tiene que el ejercicio abusivo del derecho

se manifestará mediante el empleo abusivo de este mecanismo extraprocesal con la finalidad de obtener ilícitamente una concesión por parte de quien tenga la calidad de reclamado, cuando las condiciones materiales de la relación sustantiva ventilada sitúen a este último en una situación desventajosa.

### **C. La transacción**

La transacción es objeto de definición legal en el artículo 2446 del Código Civil, que previene que ésta corresponde a un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual; a lo cual la doctrina ha agregado un elemento adicional, señalando Casarino (2005) que en la transacción “*por ser un contrato oneroso, siempre hay prestaciones o abstenciones de una parte frente a prestaciones o abstenciones de la otra*” (188), de manera que tienen lugar concesiones recíprocas. A este respecto, tenemos que la transacción corresponde a uno de los denominados equivalentes jurisdiccionales, y que, según se desprende de la norma referida, se caracteriza por pertenecer a aquellos de categoría extrajudicial, de manera que no se presenta la figura del juez como tercero imparcial que resuelve la controversia.

El carácter procesal que la legislación imprime a la transacción, pese a ser un contrato consensual celebrado entre privados, se acentúa en consideración del artículo 2460 del Código Civil, que establece que la transacción produce efecto de cosa juzgada en última instancia. Específicamente, se establece una cosa juzgada relativa o *inter partes*, en tanto el artículo 2461 establece que la transacción surte efectos solo entre los contratantes, previniendo además que, siendo muchos los interesados en el negocio objeto de la transacción, lo que uno de los contratantes disponga no aprovechará ni perjudicará a dichos interesados. Es precisamente por estas características procesalísticas del contrato de transacción que puede sostenerse que la normativa legal atingente, y que regula situaciones jurídicas cuyo fundamento puede localizarse en el principio que establece la prohibición del abuso del derecho -según se pasará a revisar- es de carácter procesal y no contractual.

A continuación, corresponde analizar de manera concreta cuáles son las normas legales que en el contexto del contrato de transacción constituyen una manifestación del principio que prohíbe el abuso del derecho. Sin embargo, es necesario acotar una cualidad particular de tales

normas legales, toda vez que existirán en su fundamento subyacente directrices que no solo permiten su tratamiento al alero de la institución del abuso del derecho, sino que también bajo la figura del fraude procesal. Ello por cuanto, según se dijo al revisar esta última institución, existirá un ámbito de aplicación en que ambas figuras coincidirán y, en efecto, se confundirán; de manera que se manifestarán características de ambas en las situaciones particulares que se analizarán.

Decimos que estos casos constituyen también situaciones de fraude procesal por cuanto, si bien en el contrato de transacción no está presente la figura del juez, de manera que no puede dirigirse contra éste un engaño que le haga fallar perjudicialmente en desmedro de derechos de un particular, de cierto sí puede tener lugar el fraude procesal, toda vez que es la misma ley la que establece ciertos remedios contractuales de que pueden valerse las partes cuando existe error o dolo en la celebración de la transacción. De tal manera, el legislador prevé expresamente la posibilidad de que alguno de los contratantes busque obtener un resultado fraudulento mediante este contrato, de modo que por medio de maquinaciones y engaños puede tener lugar un ejercicio abusivo de los derechos que emanan de la transacción, considerando que ésta se encamina a la solución de controversias con efecto de cosa juzgada, de manera que, en definitiva, el fraude afecta también a la administración de justicia. Así, reafirmando la existencia coincidente de ambas instituciones, tenemos que convergen el ámbito subjetivo que es planteado en la teoría del abuso del derecho, con la finalidad del engaño que es propia del fraude.

En términos específicos, el abuso del derecho en el contrato de transacción revestirá la forma de dolo o de un error inducido, toda vez que las normas que tratan de manera especial los vicios del consentimiento en este contexto refieren preeminentemente a la existencia del error en una de las partes y, según se analizará, las más de las veces el error devendrá como consecuencia de un actuar contrario a la buena fe de alguna de las partes, es decir, adquiriendo connotaciones dolosas. Es el mismo Código Civil el que establece las formas específicas en que pueden tener lugar las actuaciones dolosas mediante este contrato, y son aquellas las que constituyen formas particulares de abuso del derecho.

En primer término, la primera manifestación de abuso del derecho que puede producirse en este contrato es contenida en el artículo 2453 del Código Civil, que establece que es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados, y en general por dolo o violencia. De esta manera, esta norma busca limitar la facultad que tienen los individuos particulares para

llevar a efecto la transacción. Estableciendo la ley la posibilidad de que las partes resuelvan extrajudicialmente ciertos litigios, otorgando para ello la posibilidad de celebrar un contrato en que primará la autonomía de la voluntad, se busca conjuntamente frenar el actuar abusivo de los contratantes, el que puede manifestarse mediante actuaciones dolosas o violentas que vicien el consentimiento y que, por ende, afecten la decisión de la controversia en virtud de la que se transige. De lo anterior fluye que el límite particular que esta norma establece al actuar de los privados se deriva del principio de buena fe, así como del deber jurídico de cooperación procesal entre las partes.

En segundo lugar, tenemos el artículo 2459 del Código Civil. Esta norma establece la posibilidad de accionar de nulidad cuando la transacción sea obtenida dolosamente por una de las partes, mediante el extravío u ocultación de títulos auténticos en que consten la inexistencia de derechos de alguna de las partes sobre el objeto que ha sido objeto de la transacción. Es claro que esta norma busca evitar el actuar doloso o fraudulento de los contratantes, toda vez que se prevé la posibilidad de que éstos induzcan el error en su contraparte ocultando o extraviando antecedentes que, de ser conocidos, no darían lugar a la transacción en los mismos términos, pues esta actuación abusiva impide la formación libre y espontánea de la voluntad en uno de los transigentes.

A continuación, tenemos que también el artículo 2455 del Código Civil es un ejemplo de norma legal que busca limitar el ejercicio abusivo de derechos en el contexto de la transacción, en tanto preceptúa que es nula la transacción si al momento de celebrarse se hubiera ya terminado el litigio por dictamen de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando las partes o una de ellas no tuviere conocimiento de dicha sentencia. En tal orden de cosas, es posible que la transacción se celebre estando una de las partes en conocimiento de haberse resuelto ya un determinado litigio mediante sentencia definitiva, sin que la respectiva contraparte participe de este conocimiento. Así, el ejercicio abusivo y fraudulento de los derechos propios de la institución en comento tendrá lugar en esta última hipótesis, por cuanto parece evidente que, sabiendo una de las partes sobre el dictamen de la sentencia y la otra no, la celebración de la transacción se hará con error de esta última, mediando necesariamente un actuar engañoso que provocará tal error, sin el cual no se celebraría la transacción, o al menos no en las mismas condiciones.



En cuarto lugar, tenemos que el mismo código referido establece otras normas particulares que regulan el error como vicio del consentimiento. Es el caso de los artículos 2456 y 2457 del Código Civil. En ambas normas se regulan tipos específicos del error, correspondientes al error sobre la persona y al error sobre la identidad del objeto sobre el que se contrata, situaciones en que es perfectamente posible concebir la inducción al error mediante actuaciones dolosas. La primera de las disposiciones referidas presume que la transacción es aceptada en consideración de la persona con la que se transige, de manera que cualifica este contrato como *intuitu personae*. Por lo anterior, la norma establece que, en caso de creerse transigir con una persona, existiendo error sobre su identidad, podrá anularse el contrato, de manera que podrá tener lugar la realización de maquinaciones artificiosas que busquen producir en una de las partes la creencia de contratarse con una persona diversa a la que se presenta en la realidad. Análisis idéntico podemos reproducir respecto a la transacción celebrada con error sobre la identidad del objeto.

Finalmente, creemos en lo presente que también en el artículo 2452 del Código Civil regula una situación en que es posible el fraude procesal, si bien de manera eventual, toda vez que priva de efectos a la transacción cuyo objeto recae sobre derechos inexistentes o sobre derechos ajenos. Por ello, resulta plausible encontrar en esta norma un afán de protección de las partes cuando una de ellas tenga la convicción fundada de la existencia del objeto determinado respecto del cual se celebra la transacción, siempre que este conocimiento errado sea producto de una apariencia engañosa creada por artimañas o artificios de la contraparte. Lo mismo ocurre si la apariencia engañosa tiende a construir una falsa idea de la titularidad de un derecho. En este mismo orden de cosas, el artículo 2454 del Código Civil prevé la posibilidad de anular la transacción obtenida en base a un título nulo, exceptuando aquellas situaciones en que el contrato se celebre en consideración de la nulidad como objeto. De tal manera, también podría existir, eventualmente, una actuación fraudulenta en la configuración de la transacción cuando una de las partes se comporta engañosamente ocultando la nulidad del título del que se trate, o creando la apariencia de su validez.

Así, según se constata en el análisis anterior, estas normas aplican el principio de la buena fe y, en el ámbito de los deberes, buscan velar por la observancia del deber de cooperación procesal entre las partes.

En términos generales, la sanción particular al abuso del derecho que establece la legislación en el ámbito del contrato de transacción corresponde a la nulidad, según se constata en los artículos 2452 y siguientes del Código Civil. Esta nulidad será relativa, toda vez que así puede colegirse en tanto la misma ley habla de rescisión, a la vez que se desprende del tenor de las normas revisadas que esta sanción de ineficacia se establece en consideración a la calidad de las partes del contrato, pues buscan sancionar situaciones que tienen lugar por vicios del consentimiento.

Por demás, cabe acotar que estas normas que establecen la nulidad del contrato de transacción en los supuestos señalados vienen a ser el símil de las disposiciones que en el marco del proceso establecen la procedencia de excepciones por falsedad de instrumentos probatorios y, especialmente, de las normas sobre nulidad procesal. Por ello, en lo presente se sostiene que, al ser la transacción un equivalente jurisdiccional, destinado a la solución de controversias y dotado del efecto de cosa juzgada, las normas sobre nulidad en el contexto de la transacción emergen como una verdadera nulidad extraprocesal, que estimamos como una especie dentro de la nulidad procesal propiamente tal.

#### **D. La mediación**

Esta institución no encuentra una definición única a nivel legal, sino que existen dos definiciones especiales, una en el contexto del procedimiento ante tribunales de familia y otra en el ámbito del régimen de garantías en salud. Además, el Código del Trabajo, en su artículo 344, establece en el contexto de la negociación colectiva la mediación voluntaria como mecanismo de solución de conflictos entre trabajadores y empleadores, aunque sin llegar a formular una definición conceptual precisa. También la ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, establece un sistema de mediación en las hipótesis que indica.

En un primer contexto, la Ley N° 19.968 que creó los tribunales de familia, establece en su artículo 103 que *“se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”*; mientras que el artículo 43 de la Ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías en salud, dispone que

*“la mediación es un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”.*

A pesar de que ambas definiciones se encuentran desarrolladas en contextos de carácter especial, de manera que su aplicación es más bien restringida, es posible caracterizar la mediación como un mecanismo de solución de controversias sin carácter adversarial, con intervención de un tercero imparcial sin poder decisorio y de carácter extraprocesal. Entonces, para establecer la forma particular en que recibe aplicación la teoría del abuso del derecho en la mediación, deberá distinguirse según la norma legal específica.

Tratándose de la mediación consagrada en la Ley N° 19.968, la mediación se erige en carácter obligatorio para determinadas materias, relativas a derechos de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular con los hijos. El artículo 111 de esta ley refiere que, en caso de alcanzarse acuerdo sobre todos o algunos de los puntos sometidos a mediación, se levantará un acta de mediación, la que deberá ser remitida por el mediador al tribunal competente para su aprobación y que, teniendo lugar la aprobación judicial, el acta tendrá valor de sentencia ejecutoriada.

En este caso, la mediación puede frustrarse por distintos supuestos, uno de los cuales corresponde a la ausencia injustificada de alguna de las partes a la sesión inicial. Es precisamente este supuesto el que permite contemplar la posible existencia de actuaciones abusivas, toda vez que, si la parte que ha solicitado la realización de la mediación no persiste en su realización sin expresión de causa, es concebible el empleo de este mecanismo como medio de obtención de algún resultado ilícito, especialmente a través de artimañas que busquen ejercer una presión indebida sobre la contraparte. Esto es perfectamente viable en consideración de las materias que se ventilan en las mediaciones familiares, en atención a su objeto, pues muchas veces existirán derechos extrapatrimoniales comprometidos de manera conjunta con intereses pecuniarios, lo que resulta especialmente grave en virtud de la relevancia de las instituciones que se encuentran en juego.

En el caso de la mediación estatuida en la Ley N° 19.966 sobre garantías en el régimen de salud, ésta es establecida obligatoriamente de manera previa al ejercicio de acciones jurisdiccionales contra prestadores públicos que formen parte de ciertas redes asistenciales. En este caso, tenemos que el artículo 53 señala que el acta que se levante como producto de la

mediación surtirá los efectos de un contrato de transacción, de manera que estimamos le serán también aplicables las normas sobre nulidad contenidas en el Código Civil. Por ello, serán las mismas situaciones analizadas respecto de la transacción las que se presentarán como manifestaciones del ejercicio abusivo del derecho. De esta misma manera, es también aplicable a este caso lo dicho sobre el fraude procesal, pero con una particularidad. En esta situación el engaño que se genera con ocasión del actuar fraudulento de alguna de las partes en la mediación se dirige contra determinados organismos administrativos, pues el mismo artículo referido señala que el acta de mediación debe ser aprobada por el Consejo de Defensa del Estado y por el Ministerio de Hacienda, según sean los montos involucrados.

Por ello, en la mediación diremos que, de manera general, el abuso del derecho se manifiesta mediante el comportamiento doloso de los concurrentes en las gestiones realizadas durante su desarrollo, particularmente al buscar obtener un resultado viciado en perjuicio de derechos ajenos. Por lo anterior, es posible sostener que las actuaciones fraudulentas en la mediación constituyen un ejercicio abusivo de derechos públicos subjetivos de carácter procesal en tanto la ley establece este mecanismo de solución de controversias con el propósito de evitar la intervención del poder jurisdiccional, de manera que el abuso de esta institución para obtener un resultado de manera ilícita incidirá en la administración de justicia, porque mediante dicho abuso se evitará la ventilación de un conflicto en sede judicial.

Lo anteriormente dicho es aplicable para el desarrollo de la mediación en el contexto del derecho de la negociación colectiva, según lo regulado en los artículos 344 y siguientes del Código del Trabajo, como también en las mediaciones seguidas en conformidad al artículo 55 numeral 3 de la ley sobre protección de los derechos de los consumidores. En ambas situaciones será especialmente relevante el ejercicio de las facultades de los sujetos protegidos, los trabajadores y los consumidores, respectivamente, considerando el estatuto proteccionista que establecen ambas leyes.

**CAPÍTULO VI.**  
**EL ABUSO EN EL PROCESO ANTE**  
**LA JURISPRUDENCIA CHILENA**

**1. Jurisprudencia en procesos civiles**

El abuso del derecho en el ámbito sustantivo es de vasto desarrollo en la jurisprudencia nacional y comparada. Sin embargo, la situación no es análoga en materia procesal. Ello se debe a la falta de desarrollo expreso de la teoría del abuso del derecho en la legislación positiva, tanto del Código Civil como del Código de Procedimiento Civil, y a la menor atención que el abuso del derecho ha recibido por parte de la doctrina nacional en materia de enjuiciamiento, reconduciéndose mayormente al ejercicio de los derechos reales y personales.

Los supuestos de abuso del derecho procesal que tienen lugar con mayor frecuencia dicen relación con el ejercicio infundado de las acciones procesales, lo cual se traduce de manera genérica en el uso del proceso mismo de manera abusiva. Esta apreciación es extensible a procesos de diversa naturaleza, como los procesos civiles en sede de casación, así como procesos laborales, penales y administrativos. Para determinar de manera concreta el modo en que la jurisprudencia ha recepcionado estos casos, será útil prestar atención a algunos fallos relativamente recientes sobre la materia.

En materia civil, la Corte de Apelaciones de Concepción, mediante sentencia en sede de apelación dictada el año 2016, se pronunció sobre el ejercicio abusivo de la acción penal. En cuanto a los hechos, la querrela fue deducida entre los socios de una sociedad comercial. La querellante hubo entablado su acción por el delito de robo con violencia, basado este en el hecho de que su consocia habría sustraído un libro de contabilidad desde las oficinas comunes de la sociedad, en contexto de estar los intervinientes en curso de un proceso arbitral para disolver la entidad en cuestión. Absuelta en sede penal, la querellada dedujo acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual ante el Primer Juzgado de Letras de Concepción, aduciendo que la querrela había sido entablada con el único propósito de causar daño.

El Primer Juzgado de Letras de Concepción, en la causa Rol C-5.188-2013, acogió la pretensión, estableciendo el siguiente fundamento en su considerando sexto:

*“Que no está demás consignar que el sólo hecho de deducir una acción judicial contra otra persona, no constituye ilícito, dado que forma parte de nuestro sistema de justicia, consagrado constitucionalmente, ya que toda persona tiene derecho de recurrir a los tribunales de justicia.*

*Sin embargo, nuestro sistema procesal penal, se abre a la posibilidad de que el legítimo ejercicio de acciones no sea en búsqueda de justicia, sino con otros fines totalmente reprochables.*

*(...) si bien el ejercicio de una acción es legítimo, no lo es siempre la intencionalidad con la que se deduce, con lo cual si puede conllevar un actuar ilícito, siendo una de las figuras de lo que se ha venido en denominar “abuso del derecho”.*

De tal razonamiento se desprenden conclusiones en dos sentidos. Uno referente al establecimiento de los derechos subjetivos procesales, en cuanto el ordenamiento jurídico reconoce este poder jurídico a los individuos. El segundo, se dirige a delimitar el ámbito de ejercicio legítimo de estos derechos. En tal sentido, el tribunal aborda directamente la procedencia de la teoría del abuso del derecho en referencia al ejercicio de acciones procesales, incluso de carácter penal, como lo fue en el caso subyacente al proceso indemnizatorio. Ello, aún sin hablar propiamente de abuso del derecho propiamente procesal.

Enseguida, la Corte de Apelaciones de Concepción, en el proceso de Rol C-1726-2015, acogió la apelación y revocó la sentencia de primera instancia, pero no lo hizo por desechar el razonamiento referido, sino por cuanto no se habría demostrado el dolo o la culpa necesarios para configurar la responsabilidad extracontractual. Con todo, reafirma los planteamientos del tribunal del sentenciador de primera instancia, llegando a sostener lo siguiente:

*“Que entonces, para que la conducta de la demandada encuadre en el abuso de un derecho, debe haber sido realizada con el propósito deliberado de causar daño; o con culpa, esto es, sin aquella diligencia o cuidado con que lo haría un hombre prudente, circunstancias que deben ser acreditadas por la actora”.*

Así, de manera indirecta podemos desprender que el fundamento en sí mismo es admisible, aun sin referirlo directamente. A mayor abundamiento, el tribunal enunció los que a

su juicio eran los requisitos del abuso del derecho, comunes a los que la doctrina civilista plantea en general.

En ambas instancias del proceso en comento los tribunales analizan el pretendido ejercicio abusivo de la acción penal en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Así, el tribunal de primera instancia, el Primer Juzgado Civil de Concepción, refirió en su sentencia de la causa C-5.188-2013 que *“acorde a lo ya dicho, resulta claro que la acción indemnizatoria intentada tiene su fundamento en la supuesta responsabilidad extracontractual de la parte demandada, pues se invoca la responsabilidad que le cabría en la indemnización de los perjuicios que se pretende, originados en la comisión de un ilícito civil”* (considerando cuarto); acogiendo la acción de indemnización fundada en la responsabilidad aquiliana que le cabría a la querellante por el ejercicio doloso de la acción.

Todo lo cual recoge el aforismo *venire contra factum proprium non valet*, y que en nuestro entendimiento es uno de los cimientos del principio de buena fe procesal, cual se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento de manera expresa en el artículo 2º, letra d) de la Ley 20.886, y en modo abundante mediante el establecimiento de diversas consecuencias jurídicas para los sujetos del proceso, ya a través de la preclusión de ciertos recursos por no haberse alegado los defectos procesales en tiempo y forma, ya mediante la condena en costas por los incidentes promovidos extemporáneamente, entre otras manifestaciones particulares.

Continuando con el análisis, también la Corte Suprema se hubo pronunciado sobre una acción indemnizatoria en sede extracontractual, por vía de casación en el fondo, habiéndose fundado la acción en el ejercicio abusivo de acciones ejecutivas por parte de uno de los socios de una sociedad comercial, promovidas contra la sociedad misma de la que era parte. Así, en sentencia de casación la Corte Suprema, en la causa Rol 16.535-2015, desarrolla el siguiente análisis:

*“La acción intentada, de acuerdo a los hechos en que se funda, se encuentra íntimamente ligada a la institución del abuso del derecho, estatuto bajo el cual se comprende el ejercicio de acciones judiciales manifiestamente infundadas, que es otra fuente más de la responsabilidad extracontractual. En la especie, se alega que se ha ejercido un derecho, facultad o prerrogativa, obrando maliciosamente, provocando daños a la demandante.*

*“Se dice que la naturaleza del abuso del derecho es la de un hecho ilícito, que tiene como consecuencia la responsabilidad delictual o cuasidelictual, dependiendo de si éste se ha cometido con dolo o culpa, esto es, con intención de dañar o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios.*

*“De este modo, las exigencias que deben verificarse para que se configure la responsabilidad extracontractual, en virtud de un abuso del derecho, son que exista el ejercicio de un derecho subjetivo, que dicho ejercicio sea realizado con dolo o culpa respecto de su autor, que se produzca un daño o perjuicio y que exista una relación de causalidad entre el ejercicio del derecho y el daño que se produjo” (considerando sexto).*

De esta manera, la Corte Suprema también admite la procedencia del abuso del derecho sobre la base del ejercicio doloso de acciones procesales. Cabe considerar que, al igual que en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, se considera el abuso del derecho procesal como un caso de ilícito extracontractual.

## **2. Jurisprudencia en procesos laborales**

No solo en sede civil se ha reconocido el abuso del derecho en materia procesal, aunque indirectamente, sino que también en sede laboral. Este ámbito procesal es particularmente relevante por cuanto el artículo 430 del Código del Trabajo establece de manera expresa la existencia del abuso del derecho por las actuaciones procesales, disponiendo la norma en cuestión que *“los actos procesales deberán ejecutarse de buena fe, facultándose al tribunal para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias”*. Se reconoce entonces el principio de buena fe procesal, como la aplicación de la teoría del abuso del derecho en el proceso.

En este sentido encontramos la sentencia de apelación de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en la causa Rol 772-2019, que conoció en segunda instancia de una demanda de reliquidación de indemnizaciones por despido en materia de cobranza laboral. En primera



instancia el trabajador despedido había llegado a un acuerdo con el empleador, en virtud del cual se fijó el monto de las indemnizaciones y se archivó el caso. Sin embargo, el trabajador demandante, desconociendo el acuerdo, volvió a demandar al empleador, solicitando la reliquidación de los montos indemnizados, ante lo cual el demandante interpuso la excepción de pago. Dicha excepción fue desestimada por el tribunal de primera instancia.

El tribunal de alzada revocó la sentencia, argumentando que el principio de buena fe había sido transgredido con el actuar del demandante. El tribunal basa su razonamiento en el mentado artículo 430 del Código del Trabajo, que establece la referida relación entre el principio de buena fe y el abuso del derecho. Con todo, no parece del todo acertada la precisión sobre la naturaleza jurídica de la falta al principio de buena fe, por cuanto el tribunal sostiene que se trataría a una transgresión de la buena fe que los contratantes deben guardar entre sí, refiriendo que la buena fe

*“se trata de una obligación concreta cuya vulneración trae aparejadas las consecuencias propias de cualquier incumplimiento contractual (...). Objetivamente considerada, la buena fe es un estándar de comportamiento que la ley exige y que impone el deber de comportarse correcta y lealmente. Este concepto implica que los contratantes no pueden tomar ventajas indebidas de su contraparte en los negocios que acuerdan y ejecutan, y genera una regla obligatoria de correcto comportamiento”* (considerando duodécimo).

No nos parece correcto tal aseveración por cuanto, sin ser incorrecto, resulta parcial por considerar la buena fe solo como una extensión del íter contractual, sin considerar la dimensión procesal de este principio. Por todo ello, tal conclusión únicamente sería aceptable si aceptáramos que el proceso es una extensión de los efectos del contrato, en que las partes siguen siendo tales por la relación sustantiva y no por su vinculación en el proceso.

Siguiendo en el ámbito laboral, también se ha razonado sobre la base de que es aplicable la teoría del abuso a los actos procesales. Es el caso del Segundo Juzgado de Leras del Trabajo de Santiago, en la causa Rol O-2654-2014, señalándose en la sentencia del proceso:

*“Que teniendo presente el mérito de los fundamentos antes expuestos, y a la luz de la prueba analizada, ha quedado establecido en forma clara y determinada que ninguno de los incumplimientos contractuales denunciados por el actor se han configurado de la manera planteada, no pudiendo ser calificados como tales, intentando claramente el actor aprovecharse de su propia negligencia en su cargo de Gerente General o de las condiciones en que lo ejerció para promover la presente acción, y así de esa manera obtener el pago de indemnizaciones y recargos legales, que no hubiera obtenido en su totalidad en el caso de esperar a que se hiciera efectivo el término de los servicios notificado con una anticipación de 60 días antes de hacer uso de la facultad contemplada en el artículo 171 del Código del Trabajo, en un claro caso de lo que el legislador laboral califica en el artículo 430 del mismo cuerpo legal, como un "Abuso del Derecho", y que esta sentenciadora tiene la obligación legal de adoptar las medidas necesarias para evitar su ejercicio” (considerando décimocuarto).*

### **3. Jurisprudencia en procedimientos administrativos**

Pero no solo se ha reconocido el abuso del derecho procesal en el marco de juicios civiles, generales o especiales, sino que también en materias propias del procedimiento administrativo. Por ejemplo, la sala constitucional de la Corte Suprema se pronunció el año 2009 sobre un recurso de reclamación. En cuanto a los hechos, el actor hubo entablado reclamación contra la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que habría desestimado la demanda interpuesta por competencia desleal. Dicha acción se basó en que la demandada había entablado, simultáneamente, diversas acciones en sede judicial, así como había también iniciado diversos procedimientos administrativos con la demandante, que habrían tenido la finalidad de frustrar la licitación que la actora se había adjudicado, y que tendrían por finalidad evitar la entrada de esta en el mercado de las telecomunicaciones.

Se fundaría el actuar abusivo, primeramente, en el ejercicio de aquellos arbitrios, pero además, en la circunstancia de existir un elemento subjetivo que hacía malicioso su interposición, constituida por la obstrucción a la libre competencia, especialmente considerando que, los procedimientos iniciados ante la Contraloría General del República tenían por presupuesto legal el no haber iniciado acciones judiciales.

A pesar de que la Corte Suprema, al igual que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rechazó la acción, de cierto acoge la doctrina del abuso del derecho en el contexto del proceso, según consta en la sentencia de Rol 1966/2009:

*“Que, entonces, atendido el inequívoco carácter de concepto jurídico indeterminado de abuso del proceso -el que ni siquiera está recogido en el derecho positivo y que se ha entendido comprendido en el ilícito en estudio-, sus extremos habrán de establecerse con criterios aceptados por éste tribunal. Se trata de la formación de un proceso jurisdiccional infundado, en el que la carencia de razón es manifiesta -esto es fácilmente predicable-, cuya existencia sólo puede explicarse porque constituye un medio a los efectos de generar algún tipo de ventaja indebida. Se ejerce el derecho de acción pero no se tiene la finalidad de obtener su contenido pretensional expreso, sino únicamente alguna posición de otra manera inalcanzable” (considerando vigésimo quinto).*

Por demás, la pretensión fue rechazada por no comprobarse el elemento subjetivo, lo que es previsible por cuanto el dolo, o la mala fe, siempre es de difícil prueba. A pesar de ello, compartimos con la Corte la naturaleza jurídica del asunto debatido, por cuanto reconoce la especial forma que adquiere el abuso del derecho en materia de enjuiciamiento.

#### **4. Conclusiones**

Como corolario de los fallos revisados, es posible arribar a ciertas conclusiones. En primer lugar, será posible señalar que en materia jurisprudencial no existe el desarrollo de una doctrina que trate el abuso en materia procesal propiamente, siendo redirigida la discusión a las instituciones sustantivas de la doctrina civilista, de manera que no se reconoce a la institución un ámbito autónomo propio de los institutos y principios procesales. Así, según lo revisado, la jurisprudencia nacional ha encontrado en los supuestos de ejercicio abusivo de derechos procesales, particularmente el ejercicio de la acción, una manifestación de responsabilidad civil,

explicando su naturaleza jurídica como casos de incumplimientos contractuales o ilícitos que dan lugar a la responsabilidad extracontractual.

Con todo, lo anterior no implica, en ningún caso, que esta teoría no sea reconocida por la jurisprudencia. Dicho reconocimiento se ha realizado de manera expresa, aunque indirecta, por cuanto solo de esta manera puede explicarse la sanción que los tribunales han ejercido sobre los litigantes que hacen uso del proceso desviándose de los fines que le son propios.

En segundo lugar, tenemos que las consecuencias jurídicas que se derivan de la constatación del ejercicio abusivo de la acción procesal ante nuestros tribunales también han sido diversas. En algunos casos se determina que los efectos del acto abusivo producen se despliegan en ámbitos extraprocesales, de carácter estrictamente sustantivos que atañen a la relación material subyacente, de manera que inciden en la relación de las partes contratantes. Por el contrario, en otros casos se establece la procedencia de efectos estrictamente procesales, que afectan la validez del ejercicio de los actos procesales.

Además, se puede concluir que, en cuanto al mecanismo de resolución de los actos abusivos en el proceso, al menos los que dicen relación con el ejercicio abusivo de la acción, son tratadas como cuestiones de fondo cuyo fallo se reserva para la fase de sentencia, sin que se prevea alguna instancia procesal anterior para la promoción de estos actos.

Por todo lo dicho, es posible sostener que resulta deseable un desarrollo dogmático integral y general de una teoría del abuso del derecho en el ámbito procesal, particularmente en lo concerniente al abuso del proceso y de la acción, en consideración de su relevancia. En tal desarrollo dogmático son diversos los aspectos a considerar para que pueda articularse una teoría congruente.

Primeramente, es menester el reconocimiento y tratamiento autónomo del abuso del derecho en el ejercicio de las facultades procesales. Ello por cuanto la explicación que nuestros tribunales aducen parece concebir este ámbito de los poderes procesales como una extensión de las relaciones materiales que subyacen al juicio, en lo que puede interpretarse como una suerte de retorno a la teoría contractual sobre la naturaleza del proceso, lo que no cabe sino percibirse como un retroceso doctrinario en la materia.

Enseguida, y como consecuencia directa del punto anterior, resulta necesario que los sentenciadores puedan desarrollar interpretaciones normativas en la materia sobre la base de los principios informadores propios del proceso, especialmente los principios de la buena fe y de

probidad procesal. Esto considerando la especial connotación que adquieren en el juicio la buena fe de las partes que ya no solo se despliega en el ámbito sustantivo, sino que adquiere un especial carácter en la relación jurídico procesal, especialmente en su comportamiento hacia los órganos encargados de la administración de justicia.

En tercer lugar, resulta importante que se delimite la vía procesal idónea para promover la discusión y sanción de los actos procesales abusivos. Ello por cuanto el fallo de estas cuestiones en la sentencia definitiva resulta extremadamente gravoso para el desarrollo de la administración de justicia, por cuanto la supeditación del ejercicio abusivo de la acción o del proceso a un abuso derivado de la relación material entre los litigantes contraría los principios de economía y concentración procesal. Así, parece más conveniente que, por ejemplo, puedan revisarse estos asuntos en tramitación incidental de previo y especial pronunciamiento.

Como corolario lógico de la consideración anterior, es importante que los tribunales desarrollen una doctrina uniforme respecto de las consecuencias que los actos procesales abusivos generan tanto en el ámbito procesal como extraprocesal, de manera que los litigantes tengan la posibilidad de encontrarse en un plano de certeza jurídica ante el ejercicio de actos abusivos en el proceso. Sin embargo, es lógico concluir también que no es suficiente el desarrollo jurisprudencial de la doctrina del abuso del derecho en el proceso, por cuanto los tribunales se encuentran también sujetos a los límites de actuación que establece la ley. Así, pese a encontrarse consagrado de manera expresa el principio de buena fe en la Ley N° 20.886, y en el Código del Trabajo, artículos 425 y 430, así como la proscripción del abuso del derecho, en lo presente estimamos que sí existe un vacío en nuestra legislación, que dice relación con falta de determinación de la naturaleza jurídica del abuso del derecho y, con ello, de las sanciones específicas que deberán subsanarlo, ya sea la nulidad procesal u otra diversa.

En definitiva, resulta sobremanera deseable que la teoría del abuso del derecho pueda ser desarrollada con mayor detalle en los distintos cuerpos legales que cimentan nuestro ordenamiento, con especial acento en la consagración de sus consecuencias jurídicas. Ya se han desarrollado proyectos de ley para reformar nuestro Código Civil e incluir de manera explícita la doctrina del abuso del derecho, sin perjuicio de que a la fecha no se hayan llegado a promulgar como ley de la república. Es de esperar que pueda también revisarse su inclusión en los eventuales proyectos de reforma procesal civil, pese a las dificultades que en la tramitación de cada uno ha existido en el Congreso durante los últimos años.

Por lo demás, existiendo normas procesales expresas que prohíben el abuso del derecho, es de esperar que nuestros tribunales recojan de manera más determinante su aplicación.

## CAPÍTULO VII. EL FRAUDE PROCESAL

### 1. Consideraciones preliminares

Habiendo desarrollado en los capítulos anteriores un tratamiento sobre la teoría del abuso en el proceso, hemos considerado pertinente ampliar el estudio a otras instituciones basadas en los principios de buena fe y de probidad procesal. Pues bien, junto con la teoría señalada existen otras que se han originado de manera extralegal por el aporte de la doctrina y la jurisprudencia, ámbitos en que se puede apreciar con especial fuerza el papel que las fuentes materiales del Derecho tienen en nuestro ordenamiento.

Tal es el caso del fraude procesal y de la simulación procesal. De cierto estas no se encuentran definidas ni, mucho menos, desarrolladas sistemáticamente por la ley. En consonancia con lo anterior, con razón Eduardo Gandulfo (2009) desarrolla una apreciación sobre la cual

*“Lo importante es que en el Derecho y, en especial, el Derecho Procesal, la enorme construcción de la teoría sobrepasa con creces la legislación procesal (lo que es una normal consecuencia de la técnica del macroyecto Codificador). Tal situación se puede corroborar en la práctica judicial, a todo nivel, en que se echa mano de diversas reconstrucciones de todo tipo (desde la economía procesal, el acto propio, la buena fe, el fraude procesal, etc.), para derechamente regular la actividad procesal” (156).*

De tal manera, creemos que es importante aportar al constructo teórico de las instituciones que se erigen sobre los principales principios formativos del Derecho procesal. Por ello, las siguientes líneas buscarán encausar, aunque de manera mínima, tal tarea. Conjugaremos entonces las teorías del abuso, fraude y simulación procesal como consecuencias directas de los principios de buena fe y probidad, como dijimos anteriormente.

## 2. El concepto jurídico penal de fraude

Ciertamente los conceptos de fraude o estafa procesal no se encuentran definidos en nuestra legislación, lo que no es de extrañar si consideramos que tampoco han sido conceptualizados por la ley los conceptos generales de fraude o estafa que son propios del Derecho penal. Por ello, un primer paso para delimitar el ámbito de estos institutos corresponderá a la revisión de aquellos conceptos de carácter genérico, de los cuales la estafa o fraude procesal serán una especie.

Las figuras de fraude, estafa u otros tipos de engaño son propias del derecho punitivo y han tenido diversos tratamientos entre los tratadistas. El autor argentino Sebastián Soler (1992) busca explicar el concepto general de fraude, refiriendo que *“el verbo defraudar empleado en el sentido propio y común de los delitos contra el patrimonio, hace referencia a un perjuicio de naturaleza patrimonial logrado por medios fraudulentos, especialmente, por medios que actúen sobre la voluntad de un sujeto, determinando una resolución tomada libremente, pero encontrándose aquél en error acerca del significado de lo que decide”* (346).

A pesar de ello, el autor citado ha referido que no es fácil ni tampoco valioso esclarecer un concepto general de fraude, planteando que *“se hace necesario distinguir los verdaderos tipos, los únicos tipos delictivos realmente existentes, porque es absolutamente extraña a nuestro sistema represivo la idea de que existe un superconcepto con el cual se pueden suplir las lagunas que vayan dejando las distintas figuras penales que entraremos a considerar. La idea de defraudación no tiene más valor que el de orientarnos, como las demás designaciones genéricas, para dar sentido e interpretar cada una de las figuras particulares que encontremos”* (Soler, 1992, 339), reflexión que creemos aplicable al sistema penal chileno, en tanto el Código Penal chileno no contempla un tipo penal genérico de fraude, sino que su constructo es más bien de génesis doctrinaria y se refleja en la existencia de delitos típicos específicos en que el fraude es, más bien, el género común.

De esta manera, se ha concebido el concepto de defraudación como un género ante otros tipos de engaño, especialmente del tipo penal de estafa. En este sentido, señala Soler (1992) *“la palabra defraudación es una expresión genérica dentro de la cual está comprendida la estafa misma. Obsérvese, en efecto, que el verbo definitorio de la figura (...) es el verbo defraudar. Por lo tanto, estafar, no es sino defraudar de una manera determinada”* (338). Aún más, estas



maneras determinadas de defraudación llevarán a la existencia de distintos tipos de estafa o, incluso, a la existencia de ciertas estafas especiales, dentro de las cuales es posible subsumir la estafa procesal, según se analizará más adelante.

Ahora, en el ámbito chileno Eric Chávez (2019) realiza una aproximación al concepto de fraude sobre la base de dos autores nacionales. Primero, citando a Gustavo Labatut, señala que *“en términos generales, por Defraudación o Fraude debe entenderse ‘el logro abusivo de una ventaja patrimonial en perjuicio de terceros, mediante engaño, abuso de confianza o, en general, incumplimiento de una obligación’.* Para la existencia del fraude, en nuestra legislación, no es indispensable el ánimo de lucro por parte del agente” (443).

Enseguida, señala el autor referido que *“Etcheberry, dice que el Fraude, en términos generales, puede caracterizarse como ‘causar un perjuicio en el patrimonio ajeno mediante engaño o incumplimiento voluntario de obligaciones jurídicas’”* (Chávez, 2019, 443).

El mismo autor realiza un análisis terminológico del concepto de fraude con relación a su regulación positiva: *“en cuanto a la terminología, el Código Penal, llama Defraudaciones solamente a los delitos relativos a la quiebra de los deudores No Comerciantes (Párrafo 7); y a todas las demás defraudaciones las llama genéricamente ‘Estafas o Otros Engaños’, Párrafo 8, aunque la descripción de todas las conductas típicas siempre alude a defraudar, fraude, etc. Esta nomenclatura no es correcta porque se emplea un término específico (Estafa), para designar al género (Defraudaciones)”* (Chávez, 2019, 444).

En resumidas cuentas, para el autor chileno, al igual que en el caso de Soler, el fraude o defraudación es, como institución genérica, la obtención de una ventaja patrimonial por medios abusivos que podrán consistir en engaños, abuso de confianza o el cese en el pago de obligaciones. Cuando el fraude se ejecuta mediante el primero de aquellos elementos, el engaño, se configura una de las especies de defraudaciones distinguidas en la doctrina, correspondiente a la estafa. Así, no habría una figura típica específica que se corresponda específicamente al *nomen iuris* de fraude (los delitos de fraude concursal, precisamente, requieren tal calificación).

### **3. El concepto de estafa**

Como dijimos anteriormente, el concepto de fraude no ha sido objeto de una definición por parte de la legislación, y tampoco lo ha sido el concepto de estafa. Parece ser, por demás,

que no solo ha quedado pendiente esta precisión conceptual. De tal manera, Balmaceda Hoyos (2011a) ha referido que *“el CP chileno no define la estafa, tampoco el engaño ni el perjuicio. Por ello, son la doctrina y la jurisprudencia las que se han encargado de proponer un concepto y un esquema de sus elementos típicos”* (167).

Lo que sí resulta meridianamente claro es que la estafa es una especie de fraude, según los planteamientos esbozados. Así, Eric Chávez (2019) al analizar el concepto de fraude, especifica el concepto de estafa, refiriendo que *“se reserva el nombre de Estafas precisamente a los fraudes que se cometen mediante engaño. A los perpetrados por Abuso de Confianza se les nombra así o Apropiaciones Indevidas”* (345), delimitando el ámbito conceptual completo de los delitos cometidos mediante fraude como elemento común.

Siguiendo con el concepto de estafa, para Soler, según se dijo, aquella es una forma determinada de fraude que se construye sobre la base de una conducta engañosa que busca producir un perjuicio patrimonial mediante la disposición que hace el sujeto en que recae el engaño.

De manera similar, José Antón, autor español citado por Gustavo Balmaceda Hoyos (2011a), define la estafa refiriendo que es *“la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”* (168), de manera que desarrolla tal definición sobre la conjunción de los elementos típicos del delito de estafa, tópico que nos corresponde revisar en lo inmediato.

#### **4. Elementos típicos del delito de estafa**

La doctrina no es conteste en cuanto a la determinación de los elementos típicos del delito de estafa. Aun así, los elementos que se plantean con mayor acuerdo corresponden a los de engaño, error, perjuicio patrimonial y causalidad. Sin embargo, sobre cada uno de estos elementos se han suscitado discusiones específicas, y aun se han realizado algunas precisiones, como la planteada por Balmaceda Hoyos (2011a) en tanto señala que *“la mayoría de la jurisprudencia y de la doctrina exigen cuatro elementos a la estafa: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio. No obstante, en realidad parecen ser solamente dos: el engaño y el*

*perjuicio*” (170). Por demás, la doctrina y jurisprudencia ha precisado la necesidad de que exista un vínculo causal entre el engaño y el perjuicio.

Lo anterior es comprensible si se atiende al hecho de que la doctrina tampoco es unánime en determinar cuál es el tipo penal básico del delito de estafa. En este sentido, el autor Gustavo Balmaceda Hoyos (2011b) ha realizado un análisis sobre distintos aspectos doctrinales y jurisprudenciales de este tipo penal. Señala en este sentido, que “*se afirma que se aplicaría el art. 468 CP a los engaños que constituyan ardidés o maquinaciones. El art. 473, en cambio, se destinaría al resto de engaños siempre y cuando se trate de algo más que una simple mentira*” (64).

Por su parte, los profesores Politoff, Matus y Ramírez sostienen que la figura penal básica es la del artículo 473 del Código Penal (2005, 418), que precisamente sanciona al que “*defraudare, o perjudicare, a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores*”, y establece el tipo penal residual de las figuras de estafa.

Sobre la base de esta norma, Politoff, Matus y Ramírez (2005) han delineado los elementos típicos del delito de estafa. En este sentido, tenemos que el análisis de la norma citada que, “*por tanto, los elementos objetivos específicos de esta figura legal son: i) El engaño (acción de engañar); ii) El error que ese engaño produce en la víctima (efecto de engañar); iii) La disposición patrimonial (acto que genera el perjuicio) que provoca el autor del delito mediante su engaño; y iv) El perjuicio patrimonial (pérdida propiamente tal) que sufre una persona*” (418).

Señalan los mismos autores que, sin embargo, no es totalmente pacífica tal enunciación. Así, refieren que Labatut agrega el *animus lucrandi* a los elementos de la estafa, en tanto que tal exigencia sería puesta en tela de juicio por Etcheberry. Por demás, Politoff, Matus y Ramírez (2005) refieren con razón que “*La discusión no es baladí, pues admitir o no ese elemento subjetivo significa tanto como considerar o no responsable del delito de estafa a quien engaña a otro con supercherías para que entregue un donativo de caridad a una institución determinada*” (419), en tanto tal elemento subjetivo será decisivo al afirmar o negar la existencia de un hecho delictivo. Conclusión que puede también extrapolarse al ámbito de la estafa procesal.

## A. El engaño como elemento típico de la estafa

Como dijimos, el fraude es el género del delito de estafa y, precisamente, la nota distintiva de esta última es la concurrencia del engaño, elemento que se erige como piedra angular en las reflexiones sobre este ilícito. Por ello, no hay discordia en cuanto a la necesidad de su concurrencia para la configuración de la estafa, como sí ocurre respecto de otros elementos. Lo anterior no impide, sin embargo, que se susciten enconadas discusiones doctrinarias respecto a la entidad que debe adquirir el engaño para que pueda efectivamente configurar la estafa.

Al respecto se ha desarrollado diversas teorías. Entre ellas encontramos la teoría de la simple mentira, la teoría de la puesta en escena (*mise en scène*), la doctrina del engaño bastante o suficiente, la teoría del engaño concluyente y la teoría de la imputación objetiva, esta última en el contexto de lo que se ha denominado como normativización del Derecho penal.

Tradicionalmente, nuestra doctrina y jurisprudencia han recepcionado la teoría de la puesta en escena, refiriendo Balmaceda Hoyos (2011b) que “*el modelo tradicional que utiliza la jurisprudencia para determinar la suficiencia del engaño en la estafa es el de la Teoría de la mise en scène. Este sistema exige un determinado nivel de gravedad de naturaleza objetiva (criterios objetivo-cuantitativos) (...). Sobre esto en nuestro país se ha dicho que la simple mentira no es suficiente para componer una simulación*” (68).

Esta doctrina ha ido cediendo lugar ante otras teorías más modernas, como resulta ser la teoría de la imputación objetiva aplicada a la parte especial del Derecho penal, en consonancia con los postulados de Claus Roxin sobre la materia. Según ha referido Balmaceda Hoyos (2011a), “*esto significa introducir la responsabilidad de la víctima en el estudio de la tipicidad, con lo cual se podría favorecer al rechazo del sistema causalista –naturalístico– que estimaba el delito como un proceso unilateral de generación de un resultado lesivo (...). Por eso, estimamos que se requiere el complemento de este sistema conforme con los requerimientos de la teoría de la imputación objetiva*” (178).

En virtud de lo anterior, para esta doctrina el criterio de la imputación objetiva implicará, principalmente, dos consecuencias. Primero, que podría aceptarse la formulación de un engaño típico que no implique necesariamente una puesta en escena, rechazando la teoría tradicional que la entiende como un elemento necesario para la configuración del delito de estafa. En

segundo lugar, implicará la consideración de las cualidades propias de la víctima de la estafa a efecto de definir si al engaño puede imputársele normativamente el perjuicio patrimonial.

Con todo, la aplicación de esta teoría también encuentra cierto grado de resistencia en la doctrina nacional, como es el caso del autor Héctor Hernández, por cuanto este autor critica la teoría normativista de la estafa que se ha desarrollado modernamente por la doctrina, aduciendo que, a diferencia de lo que ésta pretende, sus postulados restringen el ámbito del engaño típico en la estafa y, por ende, disminuyen también la protección a la víctima ante este ilícito. Todo por cuanto la aplicación de la imputación objetiva en materia de estafa conlleva la aplicación de un engaño calificado, en virtud del cual este engaño sólo sería idóneo para configurar la estafa en tanto se infrinjan deberes específicos de veracidad, lo que apareja la intensificación del ámbito de protección de la víctima y su deber de auto información (Hernández, 2010a, 12).

Otra de las teorías desarrolladas entre los tratadistas, como se dijo anteriormente, es la del engaño concluyente, que en nuestro medio ha sido defendida por Laura Mayer (2014a), en tanto la autora concibe el engaño como una afirmación falsa sobre hechos, concepción sobre la que desarrolla la noción de engaño concluyente, a la cual caracteriza como una afirmación falsa sobre hechos de carácter implícita e indirecta. Sostiene así que *“el engaño concluyente, al igual que el engaño expreso, es una forma de engaño activo, que supone la realización de una afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes (...), en el engaño concluyente, que algunos denominan “tácito”, la aserción del sujeto activo es indirecta o implícita, es decir, se encuentra implicada en los elementos que definen la relación negocial de que se trate”* (1031).

Finalmente, respecto a la teoría de la simple mentira, el autor Balmaceda Hoyos (2011a), refiere que en general se niega valor a la teoría de la simple mentira (179). Con todo, Laura Mayer (2014a) refiere que cierta parte de la doctrina ha estado abierta a la posibilidad de aplicar esta doctrina ante la falta de consagración legal de la puesta en escena como requisito o elemento típico, y en tanto *“se ha sostenido que en determinados supuestos, una simple mentira bastará o será suficiente para constituir un engaño típico; en otros casos, en los que el legislador exija engaños calificados, tendrá que emitirse algo más que una simple mentira y efectuarse, en cambio, un ardid o maquinación”* (1023), de manera que la simple mentira podría dar lugar a la existencia de la estafa salvo que la ley expresamente exija lo contrario.

## **B. El perjuicio patrimonial**

El análisis de este elemento conlleva la determinación del bien jurídico protegido mediante la consagración del tipo penal de estafa. Este bien jurídico no es otro que el patrimonio, cuyo ámbito, sin embargo, ha sido objeto de discusión tanto en la doctrina chilena como en la doctrina comparada, donde las distintas teorías han desarrollado un concepto jurídico, un concepto económico y otro concepto mixto sobre el patrimonio.

Para los autores Politoff, Matus y Ramírez el bien jurídico protegido corresponde al patrimonio entendido como universalidad jurídica. Para arribar a tal postura, repasan las diversas concepciones que se han desarrollado en la doctrina sobre éste. Así, señalan que para Etcheberry el concepto de patrimonio corresponde a la perspectiva civilista, en lo que ellos denominan concepción jurídica del patrimonio; en cambio, refieren que para Labatut el concepto de patrimonio debe entenderse en una vertiente económica, concibiéndolo como el conjunto de bienes que se encuentran en poder fáctico o material de un sujeto (Politoff, Matus y Ramírez, 2005, pp. 413 y 414).

Finalmente, los autores parecen decantarse por un concepto mixto del patrimonio, refiriéndolo como *“el conjunto de bienes que se encuentran bajo el poder de disposición de una persona, siempre que ese poder se encuentre jurídicamente reconocido”* (Politoff, Matus y Ramírez, 2005, 416), afirmando un concepto económico atenuado y jurídicamente relevante.

En este mismo sentido, el autor Schlack (2008) refiere que en el ámbito de la estafa *“se sostendrá un concepto jurídico-económico de patrimonio, consistente en una unidad de valor compuesta por todas las posiciones económicamente valiosas de que es titular un sujeto, en tanto estas no se encuentren expresamente reprobadas por el ordenamiento jurídico”* (262). El autor desarrolla un concepto jurídico-económico (eclectico) del concepto de patrimonio, en virtud del cual considera que se encuentran protegidos ante el delito de estafa los derechos patrimoniales, la posesión y las expectativas, catalogando estos bienes como tutelados por el Derecho; excluyendo, por el contrario, aquellos bienes reprobados por el Derecho, particularmente, en vista de su ilicitud.

Esboza las tres teorías que han buscado delimitar el concepto de patrimonio, considerando el concepto jurídico, el concepto económico, y el concepto mixto. Este último, señala, es el aceptado por la doctrina moderna. Con todo, este concepto mixto presenta también tres variantes diferenciadas. Una variante, de carácter restringido, sostiene que el valor

económico debe manifestarse en la formulación normativa de un derecho subjetivo; una segunda, de carácter mixto, en que la protección del patrimonio se extiende a aquellas obligaciones anulables o nulas por su valor económico; y una tercera, a la que se acoge el autor, en virtud de la cual el concepto de patrimonio engloba aquellos valores económicos ante los que no existe una prohibición expresa del ordenamiento jurídico.

Aceptado de manera general este concepto mixto ente los tratadistas, Balmaceda Hoyos (2011a) ha precisado aún más su contenido, en tanto “*el ámbito del patrimonio no se reduce al derecho real de propiedad, sino que podría recaer en cualquier otro elemento que lo integre – como bienes muebles e inmuebles, derechos reales y de crédito–. Por ello, en la estafa se protegería el patrimonio en sentido amplio*” (204), precisión que, por cierto, acentúa el ámbito jurídico del concepto de patrimonio.

Finalmente, se ha llegado a plantear que la estafa en sí misma puede llegar a ser un delito económico. En consideración de las distintas corrientes que buscan definir el ámbito de la criminalidad económica, se puede diferenciar entre aquellas que son más bien restrictivas de las que tienen un carácter más amplio. De esta manera, se llega a sostener que la estafa es un delito generalmente patrimonial y excepcionalmente económico, es decir, que en algunos de sus supuestos puede concebirse como un delito económico. Así, Mayer y Godinho (2013) han referido que “*para sostener que un caso de estafa forma parte de la criminalidad económica, es necesario que se afecten los intereses patrimoniales de un gran número de personas y, con ello, el orden (público) económico*” (196), reflexión que permite analizar el bien jurídico protegido no sólo desde la integridad patrimonial individual, sino que desde la óptica de la sociedad en su conjunto. Creemos que esta seña de distinción podría ser especialmente aplicable a la estafa procesal, en sentido de que, en presencia de ciertos supuestos fácticos, se afectará precisamente el orden público mediante la afeción patrimonial de los individuos en el ejercicio de un poder estatal como lo es la jurisdicción.

### **C. El ánimo de lucro**

Parece ser que la doctrina chilena se encuentra mayoritariamente inclinada por rechazar este elemento como requisito de la estafa. Aunque esta apostura es la generalizada, existen ciertos autores que sí se inclinan por señalar que la estafa requiere este elemento. Así, por

ejemplo, los autores Gustavo Balmaceda Hoyos (2011a, 207), Laura Mayer (2014b, 290) y Gustavo Labatut, último cuya posición ya tuvimos oportunidad de referir.

Balmaceda Hoyos (2011b), analizando diversos aspectos del delito de estafa refiere en efecto que “*de otro lado, muy debatida es la concurrencia de un elemento subjetivo adicional: el ánimo de lucro. La mayoría de la doctrina en Chile se manifiesta en contra. La solución correcta parece ser la contraria, puesto que estructural o fenomenológicamente la estafa no consistiría simplemente en un delito de daño contra el patrimonio, sino que también de enriquecimiento*” (67).

En un sentido similar Laura Mayer afirma la necesidad del ánimo de lucro como elemento de los delitos de estafa y usurpación, sosteniendo diversos argumentos que la llevan a decantarse por la inclusión de dicho elemento en la legislación penal chilena. Así, difiere de las posturas de Etcheberry, Garrido Montt y de Politoff, Matus y Ramírez, quienes negarían tal necesidad Laura Mayer (Mayer, 2014b, 290).

En principio, Laura Mayer (2014b) conceptualiza este elemento en tanto “*al ánimo de lucro puede ser entendido como la motivación de obtener una ganancia o provecho de algo*” (294). Enseguida, para afirmar la necesidad del ánimo de lucro en los delitos de engaño o fraude la autora afirma que, en general, los delitos de apropiación, de los que aquellos son una especie, requieren la existencia de un ánimo de señor y dueño sobre la cosa objeto del delito, lo cual se habría aceptado ampliamente por la doctrina respecto de otros delitos de apropiación en que la ley no señala expresamente esta exigencia. Luego, refiere que, precisamente, el ánimo de lucro guarda una relación de especie ante el ánimo de señor y dueño, que sería el género en el espectro de estos móviles. Por ende, aceptado el ánimo de señor y dueño, tendríamos que este se especifica y manifiesta en los delitos de apropiación como el *animus lucrandi*.

A continuación, la misma autora señala que, sobre la base de los incisos 1° y 2° del artículo 157 del Código Penal, que sancionan al funcionario público que realizara cobros sin norma que lo autorice y que aumenta la pena en caso de realizarse la exacción con ánimo de lucro, respectivamente; la estafa y otros delitos contra el patrimonio requieren el ánimo de lucro por intención del legislador, en tanto esta norma se encuentra inserta en el tratamiento legal de aquellos delitos de apropiación.



Esta discusión, como se refirió al tratar los elementos del delito de estafa, resulta relevante por cuanto la aceptación o negación de este elemento subjetivo incidirá directamente en la existencia o falta de este delito en la práctica.

## **5. Concepto de fraude procesal**

Una vez más tenemos que los conceptos de fraude y estafa procesal son desarrollados mayormente por la actividad doctrinaria y jurisprudencial, y sólo a través de sus aportes la legislación ha podido recepcionarlos en mayor o menor medida. Así, tenemos casos como el de Chile en que no se sancionan de manera general las figuras del fraude o estafa procesal y en que la discusión estriba sobre la reconducción a normas de aplicación particular o al tipo penal general de estafa; y otros casos como el de España, en que habiéndose discutido de manera muy prolífica la procedencia de la estafa procesal ésta ha llegado a ser consagrada expresamente en el Código Penal.

De manera análoga a la relación existente entre el fraude y la estafa en el ámbito estrictamente penal, según lo descrito en las líneas anteriores, entre el fraude y la estafa procesal existe también una relación de género a especie, respectivamente.

Así, Antonio Ferrer (1966) lo ha conceptualizado refiriendo que *“fraude procesal existe en esencia y en amplio sentido, siempre que en un proceso, cualquiera de las partes emplea medios engañosos o artificiosos dirigidos a provocar en el juzgador un error de hecho que haya de originar o pueda originar una resolución errónea y por tanto injusta”* (6).

Así las cosas, es necesario efectuar algunas precisiones. Según se dijo anteriormente, el fraude en tanto figura penal consiste en el empleo de medios abusivos para producir un perjuicio patrimonial. En efecto, dentro del ámbito jurídico penal es, precisamente, el patrimonio (privado) el bien jurídico protegido, considerando las distintas doctrinas que existen en cuanto a su determinación.

Sin embargo, el alcance que la doctrina le ha dado al tratamiento del fraude procesal es diverso a aquél. Si el fraude propiamente penal, por un lado, requiere necesariamente un perjuicio patrimonial, por ser el patrimonio el bien jurídico afectado, en el caso del fraude procesal la dimensión normativa del bien jurídico adquiere una connotación que lo desplaza

desde una simple afección al patrimonio privado, para llegar a constituir también un delito contra la administración de justicia.

Precisamente, el que se afecte la correcta administración de justicia resulta determinante al momento de diferenciar el fraude procesal como ilícito autónomo. Primeramente, porque los actos abusivos y el perjuicio patrimonial deberán ocurrir en el marco de desarrollo de un proceso. Pero, en segundo lugar, porque el acto abusivo adquirirá una forma particular correspondiente al vertimiento falsedades en el proceso.

En tal ámbito de cosas estriba el núcleo del análisis sobre el fraude procesal. En efecto, la precisión de su supuesto fáctico, que son las falsedades que se puedan realizar en juicio, implica determinar si estamos en presencia o no de un verdadero tipo penal. En tal sentido, habremos de concluir que, si un ordenamiento jurídico no establece deberes expresos de veracidad para las partes, malamente podría configurarse el ilícito de fraude procesal, toda vez que los fundamentos de la punibilidad apuntan al principio de legalidad en materia penal, expresado en lo requerimientos de *lex scripta*, *lex praevia* y *lex stricta*.

En el caso del ordenamiento jurídico español se ha discutido si el fraude procesal es o no un ilícito típico y, por ende, sancionable. Se ha referido generalmente que no por Ferrer (1966), en tanto “*hemos de prescindir de todos aquellos casos de fraude procesal en los que no se dé ánimo de lucho o perjuicio patrimonial. En tales supuestos no puede hablarse de responsabilidad penal a no ser que exista una expresa modalidad típica que los defina y sancione como delito contra la Administración de Justicia*” (6), de manera que se reconoce la posible existencia de diversos fraudes en el proceso, pero que sólo podrán sancionarse cuando la ley así lo disponga. Sería el caso de presentarse escrituras públicas falsas (falsificación de instrumento público) o de verter mentiras por parte de un testigo.

Enseguida, se ha referido que, para que puedan sancionarse los fraudes en el proceso de manera genérica, es necesario que la ley consagre expresamente un deber de veracidad en el juicio, de modo que se sancionen especialmente las declaraciones conscientemente falsas. Es el caso del ordenamiento alemán, que establece dos deberes, el deber de veracidad en sentido estricto (*Wahrheitspflicht*) y el deber de completitud (*Vollständigkeitspflicht*), según apunta Becerra (2015, 17).

En este sentido, es posible sostener que el fraude procesal no sólo será aquel que genere un perjuicio patrimonial, sino que, en general, constituirá fraude procesal todo comportamiento

engañoso o abusivo que tenga por objeto obtener una ventaja en juicio. Este núcleo conceptual es independiente de los elementos o efectos que pueda tener una forma de fraude determinado. De lo contrario podríamos arribar a la conclusión de que, en caso de no existir perjuicio patrimonial o norma que sancione penalmente un comportamiento, nunca podría haber fraude, lo cual nos parece incorrecto. Así, se ha señalado a modo de ejemplo que sería constitutivo de fraude procesal la realización de maniobras que estorben la efectiva notificación de las actuaciones a la contraparte y que generen la tramitación del proceso en rebeldía para obtener ventajas indebidas (Serrano, 1996, 190).

Ello por cuanto la circunstancia de que el fraude procesal no configure un tipo penal autónomo no significa que los fraudes cometidos en el proceso no tengan ninguna consecuencia. Y creemos que esta conclusión puede defenderse desde la óptica de una institución regulada ampliamente en el derecho positivo, como lo es la cosa juzgada fraudulenta, en tanto, al menos en el Derecho chileno, las hipótesis del artículo 810 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 473, letras c) y e), del Código Procesal Penal no establecen la necesidad de un perjuicio patrimonial ni tampoco sancionan penalmente, en un sentido autónomo, la concurrencia de este efecto fraudulento, sin perjuicio de lo cual son sus causales, a todas luces, una verdadera forma de fraude procesal.

## **6. La cosa juzgada fraudulenta**

La institución de la cosa juzgada constituye un tópico que emerge desde el mismo núcleo del Derecho procesal, en tanto se le ha considerado como un elemento integrante del concepto de jurisdicción. A la hora de analizar sus consecuencias jurídicas se han delineado tradicionalmente las categorías de cosa juzgada formal, sustancial, sustancial provisional, aparente y fraudulenta (Hoyos, 1987, 200).

Esta última especie, la cosa juzgada fraudulenta, tendrá lugar cuando se haya obtenido el dictamen de la sentencia mediante el empleo de fraude procesal en el sentido que se ha venido señalando. De esta manera, la autoridad de cosa juzgada y su inmutabilidad encuentran en estas situaciones un límite a su eficacia, en tanto darán lugar a la acción procesal de revisión. El autor Romero Seguel (2002) la ha caracterizado refiriendo que tiene lugar cuando “*se ha obtenido*

*una sentencia judicial interviniendo medios ilícitos, que pueden ser producto del embuste del juez, de la contraparte o incluso de terceros” (35).*

En este sentido, nuestra legislación procesal recoge esta acción en los Códigos de Procedimiento Civil y Procesal Penal. El primero de éstos establece:

*“Art. 810. (981). La Corte Suprema de Justicia podrá rever una sentencia firme en los casos siguientes:*

*1°. Si se ha fundado en documentos declarados falsos por sentencia ejecutoria, dictada con posterioridad a la sentencia que se trata de rever;*

*2°. Si pronunciada en virtud de pruebas de testigos, han sido éstos condenados por falso testimonio dado especialmente en las declaraciones que sirvieron de único fundamento a la sentencia;*

*3°. Si la sentencia firme se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término (...).”*

Enseguida, el Código Procesal Penal establece en su artículo 473, letra c) y e) otras hipótesis que también se fundan en la existencia de cosa juzgada fraudulenta, al siguiente tenor:

*“Artículo 473.- Procedencia de la revisión. La Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas, en los siguientes casos:*

*c) Cuando alguno estuviere sufriendo condena en virtud de sentencia fundada en un documento o en el testimonio de una o más personas, siempre que dicho documento o dicho testimonio hubiere sido declarado falso por sentencia firme en causa criminal;*

*e) Cuando la sentencia condenatoria hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricación o cohecho del juez que la hubiere dictado o de uno o más de los jueces que hubieren concurrido a su dictación, cuya existencia hubiere sido declarada por sentencia judicial firme”.*

En este sentido, ambos Códigos establecen causales similares para dar lugar a la acción de revisión, y se trata mayormente de causales cuyo fundamento se encuentra en la existencia de fraudes procesales, con excepción del numeral 4° del artículo 810 del Código de Procedimiento Civil, y de las letras a), b) y d) del Código Procesal Penal. En este mismo sentido, todas las causales pertinentes permiten colegir la posibilidad de que las partes en el proceso realicen actuaciones fraudulentas que afecten a la contraparte.

Por lo anterior, y según se dirá más adelante, creemos que no sólo será posible entablar la acción de revisión basada en supuestos fácticos reconducibles a fraudes genéricos en los términos establecidos por estas causales, sino que también cuando tenga lugar la estafa procesal y pueda subsumirse en estas causales taxativas.

Ahora, la letra e) del artículo 473 del Código Procesal Penal permite arribar a la conclusión de que no solo las partes pueden ser los sujetos activos del engaño, sino que también el juez al configurarse el delito de prevaricación. Si consideramos que la sentencia dictada con prevaricación dará lugar a la cosa juzgada fraudulenta, podemos colegir que, en teoría, la prevaricación emerge como una especie particular de fraude procesal. Incluso, podrá llegar a constituir un caso de estafa procesal cuando el juez emplee engaños sobre una de las partes y ejerza una disposición patrimonial sobre la propiedad de éstas.

El fraude en la formación de la cosa juzgada se reconduce a la existencia de actuaciones dolosas en el proceso, pues el dolo es un elemento psíquico que puede acompañar toda conducta realizada por las personas en cualquier ámbito del tráfico social (Hoyos, 1986, 209). Y si la manifestación del dolo encuentra una mayor aplicación en el Derecho, particularmente en el Derecho civil, adquiere connotaciones particulares en el proceso. Así, se delinearán diversas manifestaciones del dolo pudiendo hablarse del concepto de dolo procesal.

Por otro lado, cabe referir que la sanción de la cosa juzgada fraudulenta es parte integrante del debido proceso, como lo ha entendido, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Chacón, 2015, 172). En sentido similar, se ha analizado la relación existente entre la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta y la acción de amparo constitucional (Quiroga, 1995, 153).

Finalmente, cabe referir que la consecuencia jurídica que podrá ser procedente ante la configuración del fraude procesal es la nulidad o revisión de la cosa juzgada. Así lo ha entendido Arrarte (1996), al señalar que *“es posición pacífica en la doctrina que el sustento de una nueva*

*revisión de una sentencia firme, que ha pasado a tener autoridad de cosa juzgada, es el fraude procesal” (174).*

## **7. Concepto de estafa procesal**

Si consideramos primeramente la estafa procesal desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, tenemos que es una especie de fraude, y que es constitutiva de un ilícito penal, existiendo a este respecto mayor claridad que en el caso del fraude procesal como género de ilícito. En el ámbito doctrinario el concepto de estafa procesal se ha definido de distintas maneras, más o menos similares.

Becerra (2015) la ha definido aduciendo que *“la estafa procesal consiste en la conducta engañosa de una o de ambas partes en el seno de un proceso jurisdiccional que procura la obtención de una resolución judicial errónea que comporte un perjuicio en el patrimonio de una de las partes procesales o de un tercero ajeno al procedimiento. Es considerada, en líneas generales, un supuesto del tipo básico de estafa y por lo tanto un delito contra el patrimonio”* (xvi).

Cerezo (1966) ha entendido el concepto de estafa procesal con distintos sentidos, señalando que:

*“en un sentido amplio la estafa procesal comprendería la cometida en el proceso por una parte mediante el engaño de la contraria. Por ejemplo, cuando una parte hace afirmaciones conscientemente falsas, avaladas quizá también con documentos o testigos falsos y consigue engañar al contrario (...). De estafa procesal en sentido estricto cabe hablar sólo cuando una parte con su conducta engañosa, realizada con ánimo de lucro, induce a error al juez y este, como consecuencia del error, dicta una sentencia injusta que causa un perjuicio patrimonial a la parte contraria o a un tercero”* (179).

Finalmente, Grisolia (1997) la ha ejemplificado en un caso específico de la siguiente manera: *“debemos plantear la siguiente hipótesis: un sujeto, movido por el designio de obtener lucro, en perjuicio de otra persona, se vale en un procedimiento judicial, de medios engañosos, tendentes a provocar una resolución que le consta ha de ser injusta”* (417).

En la doctrina chilena también se han formulado definiciones de la estafa procesal. Grisolia (1997) refiere que *“conceptualmente, pues, la estafa procesal es la perpetrada en un proceso en que el destinatario del ardid es el juez de ese proceso, a quien se busca engañar, a fin de obtener una sentencia, fundada en la falsedad del ardid, que favorezca a una parte en detrimento injusto del patrimonio de la otra”* (417), conceptualización sintetizada en que es el juez el sujeto engañado; y, en un sentido similar, Hernández (2010a) la ha concebido sosteniendo que *“la estafa procesal se caracteriza porque el engaño se dirige contra un juez o funcionario del aparato de justicia, quien incurre en error y en dicha virtud resuelve en términos perjudiciales para el patrimonio de una de las partes o de un sujeto ajeno al procedimiento pero a quien los resultados de éste le empecen”* (215).

Enseguida, se ha distinguido dos tipos de estafa procesal. Un primer tipo correspondería a la estafa procesal propia, que es aquella realizada en el contexto de un proceso jurisdiccional y que reúne los elementos comunes de la estafa, esto es, el engaño, el error, el perjuicio patrimonial y la causalidad o imputación objetiva; alcanzando una nota de distinción propia en cuanto a los elementos que conforman el proceso y que se ven afectados. El segundo tipo corresponde a la estafa procesal impropia, que correspondería a aquella que tiene lugar en el ámbito extraprocesal y que ocurre con ocasión de la aplicación de los equivalentes jurisdiccionales, como lo son la transacción o el avenimiento (Becerra, 2015, 150).

Finalmente, cabe puntualizar que la estafa procesal se caracteriza por ser una especie de estafa en triángulo, concibiéndose este tipo de modalidad por Becerra (2015) *“como aquella en la que el acto de disposición patrimonial no lo realiza el titular del patrimonio afectado sino un tercero bajo engaño. O lo que es lo mismo, en la estafa en triángulo el acto de disposición realizado por la persona engañada no tendrá efectos perjudiciales sobre el patrimonio del sujeto disponente sino sobre otro distinto”* (133).

## **8. La estafa procesal en el ordenamiento jurídico español**

En el Derecho penal español se han sucedido distintas etapas en la evolución normativa que la recepción de la estafa procesal ha tenido en la legislación. Así, se pueden diferenciar, al menos, tres períodos en cuanto a su regulación. El primero corresponde a la regulación del delito de estafa de manera anterior al año 1983; la segunda etapa tiene lugar precisamente desde 1983,

y se desarrolla al entrar en vigencia la reforma penal de ese año; y, la tercera, que inicia con la reforma penal del año 2010. En cada uno de estos períodos se han discutido fundamentalmente los alcances normativos del fraude y estafa procesal, su tipicidad y sus elementos (Becerra, 2015, 133).

En la primera de estas etapas, desarrollada en el período anterior al año 1983, se discute principalmente si la estafa procesal se encontraba o no tipificada, en sentido de ser subsumible en el tipo básico de estafa y si, por ello, era un ilícito sancionado. La discusión se encontraba suscitada por razón de no encontrarse tipificada expresamente la estafa procesal con inclusión del *nomen iuris*. Con todo, tenemos que una parte de la doctrina y de la jurisprudencia de la época concluían que sí era posible construir el delito de estafa procesal, cual es el caso del autor José Cerezo (1966), en tanto

*“La posibilidad de la estafa procesal, en sentido estricto, se deriva de la circunstancia, admitida unánimemente por la doctrina de todos los países y reconocida por nuestra jurisprudencia, de que el engañado y el perjudicado pueden ser personas distintas. El engañado y el disponente han de ser la misma persona, pero no el engañado y el perjudicado. En la estafa procesal el engañado es el juez y el perjudicado. la parte contraria o un tercero”* (180).

El mismo autor refiere que la crítica que se ha hecho al supuesto de la estafa procesal como modalidad típica de la estafa estribaba en que este delito, por definición, afecta al patrimonio de los particulares, en tanto que el bien jurídico afectado cuando el engaño se produce en el contexto del proceso corresponde más bien a las instituciones jurisdiccionales. Esta posición ha sido objetada, siguiendo al autor, por relegar la protección del patrimonio privado a un segundo plano, en consideración de que es el bien jurídico directamente dañado, y por cuanto ignora la posibilidad de comisión mediante autoría mediata, siendo el juez el sujeto empleado para el objeto fraudulento (Cerezo, 1966, 181).

Por demás, en otros países donde tampoco está consagrada explícitamente la estafa procesal, se han realizado críticas a su posible sanción. Así, Becerra (2015) por cuanto

*“los detractores de la tipicidad de la estafa procesal (tanto en Alemania como en Italia) sostienen, por ejemplo, (a) la atipicidad de la conducta procesal fraudulenta, bien*



*porque (1) está dentro del ámbito de lo permitido, porque (2) el juez no puede ser engañado y por consiguiente no puede configurarse el error típico de la estafa o bien porque (3) existe un tipo penal que excluye estos supuestos del ámbito de aplicación del tipo básico de estafa. Asimismo, de forma conjunta o separada con las objeciones anteriores, otro grupo de autores sostiene (b) que las resoluciones judiciales no pueden constituir el acto de disposición patrimonial típico de la estafa” (81).*

Aun así en esta etapa recibió mucha atención la figura de la estafa procesal y llegó incluso a plantearse su procedencia en el proceso laboral. En esta sede la hipótesis correspondía al supuesto en que una de las partes en el proceso a sabiendas de que no tiene derecho legítimo en el pleito, insiste en su defensa sin allanarse, o cuando, existiendo el allanamiento, este proviene de la colusión con la contraparte y que tiene por objeto la obtención de prestaciones laborales o de seguridad social (González, 1976, 159).

Durante la segunda etapa, iniciada en 1983, ya no cabe duda de la tipificación de la estafa procesal al ser incorporada expresamente por la reforma de aquel año. La reforma implicó, en primer lugar, la tipificación expresa de las estafas en triángulo, en que el sujeto engañado y el sujeto que sufre el perjuicio patrimonial son diversos; en segundo lugar, incluyó en su artículo 529 agravantes del delito de estafa, indicando que existe agravante en la estafa “*Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal o administrativo análogo*”.

Finalmente, con la reforma de año 2010 el tipo penal de estafa procesal alcanza autonomía como un tipo penal autónomo, aunque de carácter agravado respecto de la estafa. Así, existen actualmente en el Derecho penal español diversas especies de ilícitos dentro del tipo penal básico de estafa, uno de los cuales corresponde a la estafa procesal. A este respecto, el Código Penal español en su artículo 250.1.7º establece que “*El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: (...) Se cometa estafa procesal. Incurrir en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero*”.

Sobre la base de esta regulación se continúa analizando la relación existente entre la estafa procesal y el tipo penal básico. Becerra (2015) ha referido a este respecto que “*la estafa*

*procesal depende normativamente del tipo básico de estafa pero expresa un mayor contenido de desvalor de la acción. En otras palabras, existe entre ambos una ‘relación por estratos o capas’: los elementos del tipo cualificado modifican el contenido del injusto del delito base e incrementan su ‘peculiaridad valorativa’ sin que ello implique autonomía o ‘especificidad socio-valorativa’ de la cualificación respecto del tipo básico” (61).*

Finalmente, se ha caracterizado la estafa procesal como un delito pluriofensivo, en consideración de los bienes jurídicos afectados. Así, el mismo autor le considera como un tipo penal cualificado, por cuanto *“la obtención de un beneficio económico ilícito a través del abuso de la institución jurisdiccional determina un menoscabo al patrimonio de contrapartes o de terceros y además una afectación a la recta administración de Justicia que fundamenta la mayor penalidad para estos supuestos”* (Becerra, 2015, 65).

## **9. La estafa procesal en Chile**

En la doctrina penal chilena los autores Politoff, Matus y Ramírez (2005) sostienen que la institución de la estafa procesal puede ser subsumida en la figura punible básica del artículo 473 del Código Penal. En efecto, refieren que *“como consecuencia de lo señalado en el apartado anterior [sobre los elementos del tipo penal de estafa], puede afirmarse que los supuestos de la llamada estafa procesal encuadran perfectamente en la tipicidad de este delito: se engaña al juez y se defrauda así a un tercero”* (421), describiéndolo como el engaño hecho al juez en perjuicio de un tercero. Agregan estos autores que este tipo de delito sería procedente en todos los tipos de procedimiento, especialmente en los de carácter dispositivo, como los procedimientos civiles y laborales.

Enseguida, siguiendo la misma doctrina, se han especificado algunas de las hipótesis fácticas que podrían dar lugar a la estafa procesal sobre la base de los elementos que son propios de la figura básica de estafa adecuadas a los elementos formativos propios del proceso. En este sentido, Politoff, Matus y Ramírez (2005) identifican las siguientes situaciones de hecho que podrían configurar la estafa procesal:

*“a) se traba una litis aparente para perjudicar a un tercero, por ejemplo, reconociendo gravámenes o deudas que permitan disminuir el patrimonio del "demandado" o "querellado" en perjuicio de legítimos acreedores; b) se participa en una litis existente mediante la interposición de tercerías fingidas, con similar propósito; o c) se presenta una gestión voluntaria para obtener inscripciones indebidas de bienes sometidos a sistemas registrales” (422).*

En lo que a nuestro juicio respecta, estas son solo algunas de las hipótesis posibles de configurar la estafa procesal. Por ello, nos aventuraremos a señalar que, sobre la base de los elementos generales del tipo penal básico de la estafa, este delito tendrá lugar toda vez que, en el marco del proceso, o mediante su empleo abusivo, se maquinen ardides que produzcan un error en algún sujeto del proceso, y que tenga como resultado un desplazamiento patrimonial que provoque un perjuicio o empobrecimiento en la persona que es inducida a error. Creemos discutible la inclusión del ánimo de lucro dentro de los elementos señalados.

Se ha enmarcado en este mismo contexto la posibilidad de que la estafa procesal provenga del juez que conoce del litigio. Con todo, creemos que tal situación es reconducible al tipo penal de la prevaricación. Normalmente, el juez será el sujeto inmediato del engaño, siendo entonces la estafa procesal un delito de autoría mediata respecto de la persona que sufre en definitiva el detrimento patrimonial.

Entonces, en un sentido restringido, la estafa procesal tendrá como sujeto activo a un sujeto de derechos diverso al juez, y que fragüe alguna maquinación fraudulenta en el marco del desarrollo de un proceso; mientras que, en un sentido amplio, comprensivo de la prevaricación como especie de la estafa procesal -en el sentido desarrollado-, también podrá ser el juez el sujeto activo del delito en comento.

Con todo, los mismos autores Politoff, Matus y Ramírez (2005) refieren que es discutido en la doctrina cuál es la norma positiva aplicable a la estafa procesal, en tanto la *“cuestión acerca de qué tipo penal se realizaría en estos casos, si la figura básica del art. 473 o la especial del art. 468, parece decantarse en nuestra doctrina por esta última alternativa, alegándose que se trataría propiamente de casos en que los autores del delito pretenden ‘aparentar bienes o créditos supuestos”* (422).

De esta manera, en Chile se ha entendido que los elementos de la estafa procesal como hipótesis particular de este delito son análogos a los que la doctrina comparada exige. Serían estos el engaño provocado mediante una maquinación fraudulenta, la disposición patrimonial y el perjuicio consecuente (Politoff, Matus y Ramírez, 2005; Hernández, 2010b; Grisolia, 1997). En cada uno de estos elementos la estafa procesal presenta ciertas particularidades que le permiten tener tal calificación.

Primeramente, cabe referir que este ilícito adquiere el carácter de procesal por ejecutarse precisamente en el contexto de un proceso jurisdiccional. Sin embargo, también se ha planteado la posibilidad de que los actos fraudulentos se efectúen fuera del proceso, en el ámbito extraprocesal, mediante convenciones o actos procesales que puedan producir efecto de cosa juzgada o ser de relevancia en un eventual litigio, como lo es el caso de los equivalentes jurisdiccionales. En estos casos, se ha rechazado en ciertas legislaciones el carácter de estafa procesal como en Alemania; en otros, se le ha catalogado como estafa procesal impropia o de estafa en el proceso (Hernández, 2010b, 215).

Enseguida, el primer elemento propiamente tal, el engaño, adquiere una importancia nuclear en esta modalidad, como la tiene también en el tipo penal básico de la estafa. Ello por cuanto el sujeto engañado o, en ciertos casos, el sujeto que despliega el comportamiento fraudulento corresponde al juez en su calidad de funcionario público. Es precisamente esta circunstancia la que permite caracterizar el delito de estafa procesal como delito pluriofensivo, en tanto no solo se afecta el patrimonio de una persona particular que resulta dañada en su derecho de propiedad u otro derecho, real o personal; sino que, también resulta afectado el desempeño apropiado de una función pública correspondiente a la jurisdicción.

Esta cualidad pluriofensiva es la que ha llevado a ciertos autores extranjeros a desechar la tipicidad de la estafa procesal, señalándose que los comportamientos fraudulentos desarrollados en el proceso no son constitutivos de estafa, sino que participa directamente en la calidad de los delitos contra la administración.

Con justa razón se ha buscado rebatir esta postura indicando su insuficiencia para la efectiva aplicación de la justicia penal, pues ciertamente no puede ignorarse que en la estafa procesal existe una dimensión fáctica que no está presente en el tipo básico de la estafa. En este sentido refiere Hernández (2010a) *“cuando la conducta tiene efectos perjudiciales en el patrimonio de una de las partes o de un tercero, tampoco puede desconocerse que la sola*

*aplicación de los tipos contra la administración de justicia, que no se hacen cargo de este aspecto patrimonial individual, no está en condiciones de expresar debidamente y de responder al completo contenido de injusto del caso concreto” (217).*

Con todo, en nuestro medio el autor Francisco Grisolía discuerda con esta apreciación, sosteniendo que en los casos que tiene lugar la estafa procesal no se busca proteger la administración de justicia, sino que el bien jurídico protegido, como ocurre con la estafa en general, es el patrimonio privado (Grisolía, 1997, 417). Esta tesis es también extrema porque desconoce la total extensión del ilícito que también afecta a un poder público.

A más de lo anterior, en esta sede ha surgido otra crítica a la posibilidad de que sea procedente en los hechos la estafa procesal, cual dice relación con la figura del juez como sujeto del engaño. Por un extremo se ha apuntado que dada la cualificación epistémica del juez, este no puede ser objeto de engaño o error provocado. Observación que, sin embargo, se ha desechado aduciendo la diferencia entre el conocimiento normativo del Derecho y el conocimiento fáctico, último que no puede atribuirse al juez de manera irrestricta, máxime si son las partes la que aportan las pruebas que permiten configurar el contexto de hecho del proceso.

Aun, como señala Hernández (2010b, 220), se ha criticado que el juez sea objeto del engaño por una cuestión de técnica penal. Ello en sentido de que, siendo una de las partes del proceso la que maquina los engaños y siendo la otra la que sufre el perjuicio patrimonial, ninguna incidencia tendría el juez en esta estafa, negándose la producción de una estafa en triángulo, y señalando que el engaño se produce directamente entre las partes sin mediar la persona del juez. El mismo autor ha señalado, acertadamente desde la teoría del delito, que los ilícitos penales pueden perfectamente cometerse mediante interpuesta persona, esto es, producto de la autoría mediata.

Ahora, todo lo anterior es aplicable desde la óptica del sujeto pasivo del engaño. Tratándose del sujeto activo, del hechor o agente del delito, se ha discutido cuáles son los deberes jurídicos procesales que las partes deben respetar y, por ende, cuáles son los límites que tienen en su actuación. En este sentido será de suma relevancia considerar los principios de buena fe y probidad procesal y las normas positivas que los regulan, como estándares generales de conducta en el proceso. Sin embargo, sobre tal base no resulta tan claro cuáles son los deberes que las partes tendrán, en especial consideración a los deberes de colaboración y de veracidad.

En algunas legislaciones, como la alemana en el artículo 138 del Código Procesal Civil (ZPO), se encuentran consagrados deberes expresos de veracidad, cuya desobediencia puede configurar casos de fraude procesal. En el caso de Chile se ha entendido, generalmente, que no existen deberes de veracidad que tengan una entidad tal de configurar ilícitos penales por su falta de observancia. Lo anterior puede desprenderse también de la existencia de ciertos tipos penales específicos que sancionan ciertos casos de fraudes, como la falsificación de instrumento público o las declaraciones falsas de testigos; pues, a *contrario sensu*, puede concluirse que no se sancionan los fraudes de manera general, por cuanto la ilicitud penal tiene una sujeción estricta al principio de legalidad.

De particular relieve resulta el análisis de los deberes de veracidad en el proceso penal, por cuanto diversas aristas éticas y jurídicas, como el deber de secreto profesional o la preeminencia de la defensa, podrían resultar incompatibles con la imposición de un deber absoluto de veracidad. Sin embargo, no pueden confundirse la parcialidad de las partes o intervinientes con la creación de actos conscientemente falsos. Como dijera el profesor Grisolia (1997, 420), las actuaciones que alcancen una entidad tal que, por la envergadura del engaño, puedan subsumirse en el tipo penal de estafa, efectivamente constituirán comportamientos punibles.

El segundo elemento de la estafa procesal corresponde a la disposición patrimonial. En la estafa, como tipo penal genérico, es normalmente el sujeto que sufre el engaño quien realiza una disposición patrimonial que le perjudica, razón por la cual se ha caracterizado este tipo de comisión como un delito de autolesión. Sin embargo, tratándose del tipo penal que nos ocupa no ocurre lo mismo, por cuanto existen tres sujetos que inciden en la comisión del ilícito, que son las partes del juicio y el juez de la causa. Por ello, hablamos de un caso de estafa en triángulo, en la cual existirán tres sujetos involucrados, desde una perspectiva funcional.

La particularidad más relevante de este elemento es la forma concreta que adquiere la disposición patrimonial. Si esta disposición se produce en el tipo penal básico de estafa mediante un acto voluntario del afectado, en el caso de la estafa procesal el acto de disposición se ve configurado por el dictamen de la sentencia judicial que decide la controversia. Ello por cuanto es la sentencia la que ordena las prestaciones entre las partes, de manera que será esta orden la que moverá al afectado a realizar los actos que causarán el desplazamiento patrimonial.

Con todo, se ha negado que las sentencias judiciales puedan constituir actos de disposición o títulos traslaticios de dominio en este sentido que hemos referido. Haciéndose cargo de tal postura, el profesor Grisolia (1997) ha referido que sí debe entenderse que la sentencia puede tener por efecto o consecuencia la disposición patrimonial, en tanto que *“lo esencial de la disposición es el efecto patrimonial. Si la sentencia priva al perjudicado del ejercicio legítimo de su derecho es el revés de la trama del acto de disposición normal”* (421), de manera que no cabría negar tal disposición por la naturaleza jurídica del mecanismo dispositivo, pues debe atenderse a las consecuencias jurídico-económicas que efectivamente tengan lugar.

La forma que adoptará esta disposición o traslación patrimonial podrá variar de conformidad al acto procesal concreto de que se trate. Particular relevancia adquirirán en este ámbito los efectos que puedan producir las medidas cautelares reales. Piénsese en el caso de los embargos, retenciones o prohibiciones de celebrar actos sobre bienes específicos, cuales afectarán la esfera patrimonial del sujeto pasivo incluso con antelación a la providencia definitiva. Y es que será justamente la configuración de los elementos propios de estas medidas, la apariencia de buen derecho particularmente, la que será objeto de actuaciones fraudulentas tendientes a producir el perjuicio patrimonial.

Es en este sentido que se ha discutido si puede existir responsabilidad penal sobre los jueces, en tanto sujetos directos del engaño, respecto de los perjuicios que sufre la parte condenada en el juicio y que es perjudicada por su resolución. Con razón Hernández (2010b) ha referido que debe distinguirse el actuar del tribunal ante el fraude, en tanto, *“en los ámbitos y en la medida en que el tribunal resuelve en base a convicción, la responsabilidad por la disposición perjudicial sólo recae sobre el autor si su engaño ha provocado una falsa representación de la realidad en el juez, en virtud de la cual resuelve”* (226). Por ello, creemos que la responsabilidad del juez solo podrá reconducirse a los casos de prevaricación, con la concerniente discusión sobre su naturaleza jurídica, ya de estafa procesal o, simplemente, de otro delito especial.

Finalmente, el último elemento de la estafa procesal será el perjuicio patrimonial que resulta como consecuencia directa de la sentencia judicial, y como consecuencia indirecta de los actos fraudulentos de la contraparte. En este contexto nuevamente pueden reaparecer las precisiones necesarias sobre el concepto de patrimonio que resultará aplicable. Ello por cuanto un concepto demasiado restringido podría dejar sin protección diversos derechos que no

necesariamente serán de carácter estrictamente patrimonial o pecuniario. Sería tal el caso si, por ejemplo, la parte vencida en juicio es condenada a alguna prestación de hacer o de no hacer, que sin poseer una entidad reconducible derechamente al derecho de propiedad u otro derecho real, son prestaciones de innegable valor económico.

Aun, junto con los elementos típicos señalados, algunos autores han añadido algunos elementos de carácter subjetivo dentro del ámbito típico de la estafa. Primeramente, en cuanto a la posibilidad de que este ilícito se efectúe por un comportamiento culposos o doloso, se ha entendido de manera casi unánime que debe efectuarse con dolo, sin que baste la culpa para satisfacer el tipo. Ello por cuanto la consumación de las estafas en general implicará la existencia de un engaño o de una puesta en escena; mientras que, tratándose de la estafa procesal en particular, la producción de ardidés y maquinaciones fraudulentas, como la colusión procesal o la presentación de pruebas falsas, claramente requerirá una intención positiva y no un descuido o falta a un deber de cuidado. Por las mismas consideraciones se ha concluido que debe tratarse de dolo directo, excluyéndose el dolo eventual.

De manera análoga a lo que ocurre con el tipo penal básico de estafa, es posible también abrir la discusión sobre la exigencia del ánimo de lucro en la estafa procesal. En esta discusión podrían referirse, como postura que niega su procedencia, a los mismos autores citados anteriormente. Por el lado contrario, además de los autores que adhieren a esta exigencia, en materia puntual de estafa procesal el profesor Grisolia (1997, 421) sostiene que es necesaria la concurrencia del ánimo de lucro para su configuración, fundando su postura sobre la base del artículo 432 del Código Penal chileno.

## **10. Conclusiones**

El fraude y la estafa procesal presentan una regulación asistemática en nuestro ordenamiento, circunstancia que, iniciando en la falta de un desarrollo conceptual expreso, se extiende a los elementos configuradores y consecuencias jurídicas que en cada caso podrán tener lugar.

Pero, no solo las carencias de una regulación apropiada son óbice para el análisis de estas figuras, pues también se han encontrado con problemas eminentemente hermenéuticos respecto



de las disposiciones que se han entendido albergarlas. Particular relevancia tendrá el adherir o no a la tipicidad de estas conductas abusivas.

Esto nos reconduce a la consideración de los ilícitos especiales. Definiéndolos, Mañalich (2012) señala que *“una norma es especial, siempre que el lugar de destinatario de la misma sólo puede ser ocupado por alguien que exhibe un determinado estatus especial (...). Así, un delito es especial si y sólo si el mismo está constituido por el quebrantamiento de una norma cuyo destinatario está determinado por una cualificación especial”* (358). Pese a que en la teoría del delito se refiere al *intrañeus* normalmente como al agente creemos que nada impide que un delito especial sea determinado como tal por la cualificación del delito pasivo, como ocurre respecto de otros tipos penales. Tal es el caso de los delitos contra la administración pública, en que el sujeto pasivo que por definición tendrá la calidad de funcionario público.

Así las cosas, creemos que es posible sostener que la estafa procesal, pese a no encontrarse tipificada expresamente, como sí ocurre en el Derecho español, puede concebirse como un ilícito especial, pues ello no obsta a la debida apreciación de los requisitos generales de la estafa que habrán de ser aplicados en sede procesal. Justamente, la especialidad de este hecho antijurídico corresponderá a la existencia de un representante del poder jurisdiccional en su comisión, siempre que ejerza como tal en el contexto de la ejecución del delito.

Sin embargo, respecto al fraude procesal propiamente tal parece difícil concluir que este sea un verdadero ilícito, ya en el sentido penal como en una acepción normativa amplia, en virtud de que las consecuencias que aparejan los casos de cosa juzgada fraudulenta (como situación más clara de fraude procesal en nuestra legislación), recaen más bien sobre el acto mismo y no sobre quien los ejecuta, como lo sería la pena existente en el caso de la estafa.

En definidas cuentas, concluiremos que el fraude procesal, si bien constituye un acto abusivo que contraría los principios informadores del Derecho procesal, no constituye *per se* una categoría de acto ilícito en tanto la ley no lo concibe de esta manera. Por el contrario, tratándose de la estafa procesal sí será posible hablar de un ilícito penal, cuya tipicidad, sin embargo, podrá quedar sujeta a debate mientras no se incluya de manera expresa en la ley procesal o penal.

## **CAPÍTULO VIII.**

### **LA SIMULACIÓN PROCESAL**

#### **1. Los elementos del acto jurídico**

Para ordenar las relaciones jurídicas que se desarrollan en la sociedad, el ordenamiento normativo establece diversas reglas que han de condecirse con los supuestos fácticos que éstas contemplan para que puedan nacer al Derecho o ser plenamente eficaces. Lo anterior se traduce en la existencia de diversos requisitos o exigencias para la constitución de estas relaciones de significación jurídica.

Tratándose de los actos jurídicos, entendidos como categoría dentro de los hechos jurídicos del hombre, éstos habrán de reunir ciertos supuestos para nacer a la vida del Derecho, cuales corresponden a los requisitos de existencia del acto jurídico y que tradicionalmente se han entendido corresponder a la concurrencia de voluntad, un objeto, una causa y las solemnidades cuando la ley lo establece así. La falta de uno de estos elementos dará lugar a la inexistencia jurídica, o a la nulidad absoluta, según sea el caso o postura doctrinaria.

Enseguida, habiendo nacido un acto jurídico al Derecho será necesario que este reúna ciertos requisitos de validez necesarios para su plena eficacia, cuales se ha entendido corresponden a la voluntad exenta de vicio, a la capacidad, el objeto lícito y causa lícita, así como las solemnidades cuando la ley lo establezca.

Tratándose de los actos jurídicos procesales la ley contempla elementos constitutivos especiales, pero que generalmente se han asimilado a los que son propios de los actos jurídicos convencionales. Así, también se ha distinguido entre elementos procesales constitutivos y elementos de validez del proceso.

Entre los primeros encontraríamos la existencia de una contienda judicial o controversia de relevancia jurídica, la existencia de partes y un tribunal que ejerza jurisdicción (Casarino, 2005, 22).

Finalmente, los elementos esenciales para la validez del proceso corresponden a la competencia, la capacidad de las partes y la observancia de las formas procesales que establece la ley (Casarino, 2005, 22). Además, se ha especificado en cuanto al elemento subjetivo

correspondiente a las partes, señalándose que, a su vez, son elementos de este ámbito la capacidad, la representación y la postulación procesales (Romero, 2002, 7).

## **2. La simulación jurídica**

Los actos jurídicos son, en esencia, una manifestación de voluntad tendiente a la producción de efectos jurídicos y materiales en tanto el Derecho sanciona tal manifestación. La situación normal en el tráfico jurídico implicará que la faz externa de una manifestación de voluntad se corresponda con el cariz volitivo existente en el fuero interno de los sujetos. Sin embargo, puede ocurrir que la voluntad de los sujetos de Derecho no se condiga con su exteriorización. Cuando esto ocurre por motivos involuntarios, como el desconocimiento o el conocimiento imperfecto, el acto jurídico podrá adolecer de un vicio que lo hará anulable, como lo es el error o el dolo, como vicio de la voluntad. En cambio, cuando esta discordia o divergencia entre ambas facetas de la voluntad, la interna y la externa, es buscada deliberadamente por el manifestante, tendrá lugar la simulación jurídica, situación en que se afectará un elemento de existencia del acto jurídico, como lo es la causa, o de validez, como es la causa lícita.

Chávez (2019) ha definido la simulación refiriendo que “*simular es suponer unarelación jurídica inexistente; o, en Derecho, la simulación constituye un caso en que existe contradicción entre lo querido y lo declarado*” (352), entendiéndose la simulación como un aspecto general de la conducta que alcanza también al Derecho.

En esta misma forma, Víctor Vial (2003), citando una obra clásica de Ferrara, señala que la simulación es “*la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente por las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo*” (140).

En efecto, Francesco Ferrara (1961) nos indica que “*negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece (...); los contratantes están de acuerdo sobre la apariencia del acto, que no llevan a cabo realmente o no aquella forma visible de que se sirven como instrumento para engañar a terceros*” (43).

Sobre esta definición, Víctor Vial ha señalado que los elementos propios de la simulación corresponden a la existencia de una declaración que deliberadamente diverge a la intención de las partes, la existencia de un concierto entre estas partes, y la finalidad de engañar a terceros. Se agrega que, si este engaño únicamente recae en la apariencia del acto, la simulación podría ser lícita, mientras que, sin el engaño busca producir daños será ilícita, Finalmente, la simulación podrá ser absoluta si tras la manifestación de voluntad no existe acto jurídico alguno, y será relativa si tras el acto simulado existe otro disimulado (Vial, 2003, 141).

La consecuencia inmediata de la simulación en los actos jurídicos implicará la inexistencia o la nulidad de éstos. En efecto, será la simulación la consecuencia aplicable tanto a los actos inválidos, como a los actos que sean inexistentes por faltar los presupuestos de existencia. Así, para que exista simulación será menester que el proceso carezca de algún elemento de existencia o validez, y que estará ausente en la conformación de la manifestación de voluntad.

En cuanto al tipo específico de ineficacia aplicable, se ha referido que habrá de distinguirse el tipo de simulación que tiene lugar. Si se trata de una simulación que tenga por objeto dañar a terceros, esto es, ilícita, necesariamente habrá de ser nulo. Tratándose de la simulación lícita, ésta podrá provocar la nulidad absoluta o inexistencia del acto jurídico cuando la simulación sea, precisamente, absoluta, por no existir un acto jurídico real; en cambio, si se trata de un caso de simulación relativa, el acto podría ser plenamente válido.

### **3. La simulación procesal**

Becerra (2015) la ha definido señalándose que *“el supuesto en cuestión es constitutivo de lo que la doctrina denomina una colusión de partes: el acuerdo entre los litigantes para simular un proceso y procurar la promulgación de una resolución judicial errónea que perjudique los intereses patrimoniales de un tercero ajeno al procedimiento”* (xvi).

Con todo, discrepamos de esta concepción sobre la simulación procesal, común a diversos autores (Becerra, 2015, xvi; Serrano, 1997, 193; Cerezo, 1966, 186). Esto por cuanto incluir entre los elementos de la simulación la necesaria concurrencia de un daño patrimonial simplemente reduce la simulación a un caso de estafa. Sin embargo, ambos fenómenos son distintos. A pesar de que tanto en la simulación como en la estafa existe un elemento subjetivo

común, el engaño, el móvil que subyace a cada una no es el mismo. En el caso de la estafa se buscará un perjuicio patrimonial o un ánimo de lucro, mientras que en la simulación se buscará crear una apariencia jurídica para obtener una sentencia judicial en un sentido determinado, sin atender a las consecuencias específicas. Así, por ejemplo, cuando el artículo 315 del Código Civil refiere a la colusión en juicio de filiación, podemos entender que la apariencia creada puede dirigirse a obtener la constitución de un estado jurídico nuevo, como el de padre, madre o hijo, sin que ello conlleve una consecuencia económica inherente.

Por lo anterior, parece más acertado referir la simulación procesal como la creación intencional de la apariencia de un proceso o de un acto procesal específico, con la finalidad de obtener una sentencia jurisdiccional favorable y contraria a la realidad fáctica, o bien resolviendo un conflicto inexistente. Resultarían excluidas las apariencias producidas por error común entre los sujetos.

En cuanto a las posibles categorías que pueden delimitarse en torno a la simulación procesal, puede distinguirse entre la simulación procesal propiamente tal, que recae en cualquier acto jurídico procesal, de lo que llamaremos simulación del proceso, cuando esta recae sobre los elementos constitutivos del mismo.

Y tal diferenciación es relevante en virtud de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de la simulación.

#### **4. Consecuencias de la simulación**

La ineficacia dentro de la Teoría General del Derecho apunta a la sanción que establece el ordenamiento jurídico ante los actos jurídicos por la falta de conformidad a sus prescripciones. Generalmente se distingue entre nulidad e inexistencia como las sanciones más relevantes y graves, nomenclatura que alcanza también a las categorías del Derecho procesal.

En el caso de la nulidad, no existe mayor discusión respecto de su procedencia, en tanto la ley la sanciona expresamente en diversos artículos mediante el establecimiento de diversas instituciones genéricas o especiales, como lo son las causales de casación en la forma o la nulidad por falta de emplazamiento y caso fortuito.

Sin embargo, de manera similar a lo que pasa en el Derecho civil, también se discute de manera más amplia la aplicación de la inexistencia jurídica a los actos procesales, aunque sin

alcanzar a formar extremos tan inconciliables. Ello por cuanto en materia procesal son muchos los autores que admiten directamente su aplicación. Entonces, lo que se discute mayormente corresponde a las causales de aplicación contempladas en la ley.

Por un lado, se ha referido que nuestro Código de Procedimiento Civil atiende de manera preeminente a la anulabilidad como especie de ineficacia, pero sin desconocer la aplicación de la inexistencia (Bocksang, 2013, 578). El fundamento normativo que se despliega en defensa de esta postura radica en el artículo 7° de la Constitución Política de la República, que establece los requisitos para la validez de los actos ejecutados por los órganos del Estado, incluyéndose entonces los provenientes del poder jurisdiccional, aunque esta postura sea discutida. Sobre tal base se han esbozado algunas hipótesis que darían lugar como consecuencia a la inexistencia, a saber, la investidura irregular, algunas causales de incompetencia, así como ciertas posibilidades fácticas que afecten a la forma o fondo del proceso.

Enseguida, se ha reflexionado sobre el tipo de actuaciones que podrían originar la inexistencia procesal (Gorigoittía, 2017, 276). Particular importancia tiene definir si la inexistencia procede respecto de actuaciones procesales determinadas y cuál es su extensión; o si la inexistencia será una consecuencia que afectará al proceso propiamente. En este sentido, cabe concluir que la inexistencia deberá predicarse principalmente del proceso en su completitud, bajo el supuesto de que éste hubiere ya concluido en tanto haya recaído una solución en la controversia. Ello por cuanto aceptar su procedencia ante un vicio que afecte a cualquier actuación, por grave que sea, podría paralizar el desarrollo del proceso y afectar perniciosamente la administración de justicia en su conjunto. Tal problemática se resuelve reservando la inexistencia jurídica para el proceso y aplicando las causales de nulidad procesal a las actuaciones aisladas.

En este sentido, tenemos que tanto la nulidad como la inexistencia procesal podrán ser las consecuencias jurídicas derivadas de la simulación procesal. En el caso de la nulidad tenemos que esta será especialmente relevante respecto de aquellas actuaciones que afectan los presupuestos de validez del proceso y que no son alcanzadas por la extensión limitada de la inexistencia; o en el caso de gestiones procesales específicas. La inexistencia será entonces procedente para franquear la simulación o la apariencia jurídica cada vez que falte algún presupuesto procesal de existencia, ya en los elementos objetivos como subjetivos.

Con todo, cabe referir que parte de la doctrina tradicional ha planteado que las sentencias dictadas como resultado de un juicio en que existe colusión no dan lugar a la simulación. Es el caso de Ferrara (1961), que sostiene que *“el juicio en que interviene confabulación no puede considerarse un juicio simulado, sino que es un juicio verdadero, en el cual el juez, extraño a las simulaciones de los contendientes, se interpone ente ellos”* (430), agregando que el fallo de un tribunal no puede ser nunca simulado, aun cuando haya existido confabulación.

## **5. Simulación procesal y conceptos afines**

En la doctrina procesal se han relacionado de manera muy íntima los conceptos de simulación, colusión y estafa procesal. En efecto, estas figuras ilícitas o abusivas pueden llegar a identificarse ante ciertas circunstancias de hecho.

Así, por ejemplo, definiéndose la simulación procesal Serrano (1997) ha sostenido que *“la simulación de pleito o proceso aparente consiste en el acuerdo de las partes para someter a un órgano judicial una cuestión jurídica no controvertida. Esta confabulación o colusión de las partes para que sea tipificada como estafa procesal, además del engaño al juez, debe buscar el lucro de las mismas y el perjuicio a un tercero”* (197).

De esta manera tenemos que en la esencia de la simulación se encuentra el engaño a terceros. Pero no solo de la simulación el engaño es un elemento esencial, sino que también del fraude procesal, particularmente de la estafa, de manera que este será un elemento común de estos. Asimismo, el engaño será un elemento propio de la colusión procesal, la cual, a su vez, puede constituir un elemento o modalidad tanto del fraude como de la simulación procesal. Ello por cuanto la simulación requiere el concierto entre partes a fin de producir un engaño, lo cual precisamente constituye la colusión. Enseguida, si esta colusión tiene por objeto defraudar y perjudicar patrimonialmente a otros, mediante una disposición patrimonial, esta colusión, que también es simulación, dará lugar a la estafa procesal.

Sin embargo, la simulación puede concebirse como una situación autónoma a la colusión y la estafa procesal. Normalmente existirá un engaño, como elemento esencial de la simulación, pero tratándose de las formas procesales la simulación no necesariamente coincidirá con aquellas. Esto por cuanto es posible concebir una simulación que no recaiga en todas las partes del proceso, de manera que ya no constituirá colusión; asimismo, podrá distanciarse de la estafa

procesal cuando, pese a existir un engaño, no exista un interés pecuniario o perjuicio patrimonial al faltar el efecto dispositivo, como puede ocurrir en el caso de simularse una calidad jurídica de la que, sin embargo, no se produzcan consecuencias económicas. Verbigracia, la situación del ejercicio de una acción procesal sin configurarse la legitimación *ad causam*, pero sin que de la declaración judicial se siga algún efecto patrimonial.

Con todo, parece inviable separar la simulación del fraude. La simulación implica un actuar deliberado en cuanto la manifestación de voluntad que no se corresponde con la volición real del sujeto, a la vez que en el fraude se requiere de la existencia de un engaño cometido con dolo. Así, en ambos casos se busca el engaño, por lo que parece posible concebir la simulación como un tipo de fraude procesal diverso a la estafa.

## **6. La cosa juzgada aparente**

En consonancia con las reflexiones recién esbozadas, Romero (2002) ha señalado que *“no se debe confundir la cosa juzgada fraudulenta con la cosa juzgada aparente; esta última se produce cuando la relación procesal no ha existido por falta de algunos de los requisitos de existencia”* (36). De esta manera, se reafirma la relación existente entre fraude y simulación, pero claramente se trata de hipótesis normativas diferentes. Así, la cosa juzgada fraudulenta y aparente son consecuencias jurídicas distintas, pero que apuntan a las irregularidades que las partes del proceso pueden producir en su desarrollo.

Sin embargo, no parece correcta la idea de que la cosa juzgada aparente tenga lugar sólo por la falta de algún requisito de existencia en el proceso. Ello por cuanto la apariencia jurídica puede tener lugar no solo por la aparente existencia, sino que también por una existencia que adolece de algún vicio de nulidad. De este modo, la sentencia dictada por un tribunal legalmente constituido, pero que carece de competencia para conocer de un asunto, producirá la apariencia de validez y, por ende, la apariencia de cosa juzgada.

A mayor abundamiento, el profesor Hoyos refiere que la apariencia jurídica en el proceso puede tener lugar por diversas hipótesis, como la falta de emplazamiento o la falta de jurisdicción, de manera que tiene lugar tanto en casos de inexistencia como de nulidad. De esta manera, la cosa juzgada aparente no solo tiene lugar cuando existe simulación procesal, sino que podrá producirse ante cualquier tipo de apariencia jurídica. Ello por cuanto la nota distintiva



de la simulación como tipo particular de apariencia corresponde a la intencionalidad positiva con que se crea un proceso aparente, esto es, a la finalidad de producir un engaño (Hoyos, 1987, 208). Pero, a diferencia de la simulación, la apariencia jurídica como género no requiere de intencionalidad para configurarse, pues basta con que alguno de los presupuestos procesales no se configure por error de los sujetos, como podrían serlo diversas hipótesis fácticas de error común. Piénsese en la posibilidad de que se ventile un proceso ante un tribunal incompetente sin que las partes o el juez advierta la causal de incompetencia. En tal caso existirá una apariencia jurídica, mas no simulación por cuanto no existe concierto entre partes.

Sin embargo, existen ciertas problemáticas cuyas soluciones no parecen del todo claras, y que se relacionan con los mecanismos para franquear la cosa juzgada aparente y la cosa juzgada fraudulenta. Parece a nuestro juicio especialmente relevante este punto respecto de la cosa juzgada aparente, por cuanto, en lo que respecta a la cosa juzgada fraudulenta la acción de revisión permite abarcar latamente su ámbito, lo que no ocurre con las apariencias jurídicas. Es el caso, como plantea Romero Seguel, de determinar si los tribunales podrían proceder de oficio para hacer valer la nulidad procesal que establece el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil (Romero, 2002, 35).

El mismo autor plantea que los límites de la nulidad, que es el mecanismo que el legislador ha erigido con mayor alcance, no podría alcanzar a aquellos vicios que no configuren algunas de las causales que la ley establece para atacar la cosa juzgada. Así, la incompetencia absoluta podría atacarse mediante el mecanismo de nulidad especial que conforma la casación, pero no podría atacarse una vez que la sentencia se encuentre firme.

Por otro lado, el profesor Hoyos afirma que la apariencia en el proceso puede perseguirse a través de mecanismos determinados, como lo son ciertas causales específicas de nulidad procesal, como la falta de emplazamiento o la falta de comparecencia por caso fortuito; la casación en la forma, el recurso de queja o la queja disciplinaria (Hoyos, 1987, 208).

En definidas cuentas, la simulación procesal da lugar a actuaciones procesales que no llegan a constituirse válidamente y que, por ende, serán anulables mediante los mecanismos que establece la ley. Lo mismo ocurrirá con el proceso jurisdiccional en su totalidad, que podrá ser anulado mediante los recursos que establece la ley por faltar requisitos de validez o, faltando algún requisito de existencia, alegarse la inexistencia jurídica del proceso mismo. Sin embargo, parece dominar la conclusión de que la cosa juzgada es la máxima preclusión, de manera que

solo podrá atacarse en los casos que expresamente la ley lo establezca, sin que exista demasiada claridad sobre las posibilidades de atacar la cosa juzgada aparente, aunque así se ha llegado a sostener (Hoyos, 1987, 208).

En otras palabras, el profesor Hoyos sostiene que la apariencia jurídica podrá dar lugar a la nulidad del proceso según las causales que la ley establece, pero también podrá dar lugar a la inexistencia cuando el proceso tampoco cumpla los requisitos necesarios para llegar a existir.

## CONCLUSIÓN

A lo largo de las líneas que componen el presente trabajo hemos tratado de dar cuenta de un ámbito específico del Derecho procesal, concerniente a las maneras en que la teoría del abuso del derecho se manifiesta en esta disciplina.

Para tales efectos se definió primeramente el fundamento general que da lugar a la aplicación de esta teoría en el ámbito procesal, para proyectarlo en todos los ámbitos de su desarrollo. Este fundamento se encuentra en la vulneración de ciertos principios inspiradores de esta disciplina jurídica, particularmente de los principios de buena fe y de probidad procesal.

Enseguida, y sobre la base de los principios referidos, se desarrolló un análisis normativo y dogmático mediante el cual se definió la existencia de ciertos derechos y deberes para los sujetos de derecho durante su intervención en el desarrollo del proceso. Dentro de los derechos, referimos especialmente el derecho a la acción, el derecho a la defensa y el derecho al proceso; mientras que, tratándose de los deberes procesales, analizamos el deber de cooperación, el deber de veracidad, el deber de aportar evidencia y el deber de no contradecir los actos propios.

Entonces, el fundamento de los principios en conjunción con los derechos y deberes de las partes permite delimitar y modelar la actuación de estas, circunscribiéndola a ciertos parámetros de legitimidad dentro de los que han de ejercitar las facultades que la ley les otorga. De tal manera, actuando fuera de dicho espacio de legitimidad se origina una desviación de la finalidad que la ley establece para el desenvolvimiento del proceso, generándose un abuso del derecho en las actuaciones procesales cuando se conducen de mala fe o contrariando la probidad.

Las manifestaciones del abuso del derecho que pueden originarse en teoría admiten las más variadas formas, siendo las más comunes las que dicen relación con el abuso de la acción procesal, la defensa manifiestamente infundada o el abuso del proceso cuando no se tiene por finalidad la composición efectiva de la litis, sino que se persiguen otras finalidades que, en ciertas ocasiones, pueden llegar a ser ilícitas. Así, el abuso del derecho coincidiría con el paradigma que se ha definido en el derecho privado, pero con rasgos propios en virtud de los institutos que son propios de esta disciplina.

Aun, no solo es el abuso del derecho, propiamente tal, el efecto que puede tener lugar con la transgresión de los principios que informan el Derecho procesal, o los derechos y deberes que le son propios. Junto con el abuso del derecho, pueden también tener lugar otros fenómenos

jurídicos como lo son el fraude y la simulación procesal. De particular relevancia resulta el primero, cual dentro de sus especies alberga la denominada estafa procesal y que según una parte de la doctrina no solo puede generar consecuencias intraprocesales, sino que también consecuencias de naturaleza punitiva.

En virtud de todo lo anterior, pueden extraerse algunas conclusiones sobre el estado de la teoría del abuso del proceso en distintos grados, distinguiendo entre la normativa legal, su recepción en la doctrina y su aplicación en la jurisprudencia.

En cuanto a su consagración a nivel legal, la primera observación que debe hacerse es que en nuestro proceso civil está proscrito expresamente el abuso procesal, en la Ley N° 20.886, artículo 2° letra d), cual es de aplicación general a todas las causas, por cuanto deben tramitarse bajo su alero. Asimismo, en el proceso laboral rige de manera extensa el principio de buena fe procesal y el principio de prohibición del abuso del derecho, en virtud de los artículos 425 y 430 del Código del Trabajo.

Y no solo existen estas normas legales de carácter general, sino que existen también situaciones particulares que recogen estos principios, indirectamente. Así, tenemos el caso de las medidas prejudiciales precautorias, en que la ley expresamente hace responsable de los daños al solicitante cuando no entabla la demanda pese a su solicitud, presumiéndose su dolo. Como dijimos, esta hipótesis recoge directamente el llamado dolo procesal, cual es uno de los elementos subjetivos posibles de configurar el abuso del derecho. Es también el caso de los incidentes, conforme a los artículos 88, 122, 144 y 147 del Código de Procedimiento Civil,

Asimismo, sostenemos que existen otras manifestaciones de esta teoría del abuso procesal en otras leyes especiales, como en el caso de la ley N° 19.496, que establece normas sobre la protección de los derechos del consumidor, en tanto sanciona en ciertas circunstancias la interposición de demandas declaradas como temerarias.

Otra de las normas que sanciona el abuso en el proceso, incluso con mayor claridad, se encuentra albergada en el Código del Trabajo, en cuyo Libro V se reglamenta el proceso laboral. En efecto, es el artículo 430 de este cuerpo legal el que sanciona el abuso del derecho, sin que esta norma consagre el abuso del derecho propio del Derecho civil, pues se encuentra inserta claramente en un contexto normativo procedimental.

Pese a las manifestaciones legales referidas, creemos que el abuso del derecho no ha sido regulado sistemáticamente en nuestras leyes procesales, especialmente por la ausencia de

determinación de los presupuestos fácticos que pueden configurarlo, así como la falta de claridad en sus consecuencias jurídicas.

Con todo, no solo el abuso del derecho queda excluido de una regulación orgánica, sino que lo mismo ocurre con el fraude y la simulación procesal. Así, en cuanto al fraude y la estafa procesal, el Código Penal no establece la tipificación de estas conductas expresamente, sino que su desarrollo ha quedado entregado a la interpretación doctrinaria. Con todo, creemos que el legislador sí recepciona la existencia del fraude procesal genérico, entendiendo que la dictación de la sentencia efectivamente puede verse viciada, respondiendo a esta necesidad la acción de revisión, consagrada tanto en material procesal civil como penal.

En cuanto al desarrollo doctrinario de la teoría del abuso del proceso en Chile, su desarrollo ha sido algo más escueto y, de hecho, más reciente que las obras que tratan del abuso del derecho respecto a la legislación civilista. Así, las primeras obras que encontramos en nuestro medio referentes al tema parecen ser las del profesor Raúl Tavolari y de la profesora Pía Tavolari. En efecto, nuestro país presenta un desarrollo doctrinario menor que en otros países, especialmente como Argentina y España.

Como decíamos, también en el caso del fraude procesal la situación es de un desarrollo menor, si se considera que en países como España el tópico del fraude y estafa procesal se ha desarrollado por lo menos desde la mitad del siglo XX y ha sido tratado respecto de las diversas reformas penales que le han tenido por objeto.

Finalmente, en cuanto a la jurisprudencia, la teoría del abuso del derecho en el proceso presenta una recepción escasa y con directrices poco definidas sobre su naturaleza y consecuencias. Es posible señalar que en materia jurisprudencial no existe el desarrollo de una doctrina que trate el abuso en materia procesal propiamente, siendo redirigida la discusión a las instituciones sustantivas de la doctrina civilista, de manera que no se reconoce a la institución un ámbito autónomo propio de los institutos y principios procesales.

Enseguida, tenemos que las consecuencias jurídicas que se derivan de la constatación del ejercicio abusivo de la acción procesal ante nuestros tribunales también han sido diversas. En algunos casos se determina que los efectos que el acto abusivo produce se despliegan en ámbitos extraprocesales, de carácter estrictamente sustantivos que atañen a la relación material subyacente, de manera que inciden en la relación de las partes contratantes. Por el contrario, en

otros casos se establece la procedencia de efectos estrictamente procesales, que afectan la validez del ejercicio de los actos procesales.

Dicho todo lo anterior, parece ser de toda relevancia práctica una mayor recepción y aplicación de esta teoría ante nuestra jurisprudencia. En efecto, la regulación del abuso en el proceso no solo resulta deseable desde un punto de vista dogmático para determinar con mayor claridad sus consecuencias jurídicas, sino que su sanción legal vendría a dar respuesta a la necesidad real que existe en la práctica forense de erigir óbices a las conductas abusivas de los litigantes que, muchas veces, se dejan guiar por el éxito de una estrategia privada por sobre las directrices de la teleología propia del proceso.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **1. LIBROS**

ABELIUK, René (2009). Las obligaciones. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 581 pp.

ALCALDE, Enrique (2016). Principios Generales del Derecho. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 275 pp.

ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2001). Tratado de las obligaciones. Volumen I, 2ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 376 pp.

ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan (2002). Ilícitos atípicos. Madrid, Editorial Trotta. 132 pp.

BARROS, Enrique (2010). Tratado de Responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1104 pp.

CASARINO, Mario (2005). Manual de Derecho Procesal Civil, T.III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 211 pp.

CEA, José Luis (2012). Derecho Constitucional Chileno. Tomo III. 2ª edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 773 pp.

CHÁVEZ, Eric (2019). Derecho Penal, Parte especial. Antofagasta, Tofulex Ediciones Jurídicas, 773 pp.

CHIOVENDA, Giuseppe (1922). Principios de Derecho Procesal Civil. Madrid, Editorial REUS, 2 tomos, 1696 pp.

CORRAL, Hernán (2011). Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 413 pp.

COUTURE, Eduardo. (2014). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4ª edición. Buenos Aires, Editorial Metropolitana. 424 pp.

DÍAZ, Marcela (2018). Manual de Procedimiento del Trabajo. 2ª edición. Santiago, Editorial Librotecnia. 320 pp.

D'ORS, Álvaro (2015). Una introducción al estudio del Derecho. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso. 123 pp.

FERRARA, Francesco (1961). La simulación de los negocios jurídicos. 2ª edición. Traducción de ATARD, Rafael y DE LA PUENTE, Juan. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. 462 pp.

HOYOS, Francisco (1987). Temas fundamentales de Derecho procesal. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 236 pp.

KELSEN, Hans (1979). Teoría general del Estado. México, D.F., Nacional. 544 pp.

PACHECO, Máximo (2016). Teoría del Derecho. 5ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 876 pp.

POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ (2005). Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. México D.F., Editorial Jurídica de las Américas. 670 pp.

POZO, Felipe (2014). La tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 342 pp.



PRIORI, Giovanni y ALFARO, Luis (coord., 2018). Reforma del Proceso Civil. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. 286 pp.

ROMERO, Alejandro (2002). La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 153 pp.

RODRÍGUEZ, Ignacio (2010). Procedimiento Civil. Juicio Civil Ordinario de Mayor Cuantía. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 297 pp.

RODRÍGUEZ, Pablo (1998). El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 408 pp.

SOLER, Sebastián (1992). Derecho Penal Argentino, Tomo IV. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 735 pp.

SQUELLA, Agustín (2000). Introducción al Derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 576 pp.

VIAL, Víctor (2003). El Acto Jurídico. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 407 pp.

## **2. REVISTAS ESPECIALIZADAS**

AGUIRREZABAL, Maite (2015). El Deber de Colaboración y la Conducta Procesal de las Partes. Revista Chilena de Derecho Privado. Número 25. pp. 303-312.

ARRARTE, Ana María (1996). Alcances sobre la Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta. Ius et Veritas, 7(13). pp. 173-184.

BALMACEDA-HOYOS, Gustavo (2011a). El Delito de Estafa: una Necesaria Normativización de sus Elementos Típicos. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 13(2), pp. 163-219.

BALMACEDA-HOYOS, Gustavo (2011b). El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. *Revista de derecho (Valdivia)*, 24(1), pp. 59-85.

BERIZONCE, Roberto (2015). El principio general del abuso del derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Argentina*, número extraordinario. pp. 29-39.

BOCKSANG, Gabriel (2013). La inexistencia jurídica de los actos jurídicos jurisdiccionales. *Revista Chilena de Derecho*, 40(2). pp. 577-608.

CARRETTA, Francesco (2008). Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia. *Revista de derecho (Valdivia)*, 21(1), pp. 101-127.

CACHÓN, Manuel (2004). La Buena Fe en el Proceso Civil. *Justicia, Revista de Derecho Procesal. Anuario 1-2*, pp. 7-44.

CEREZO, José (1966). La Estafa Procesal. En *Anuario de Derecho y Ciencias Penales (España)*, Tomo 19, Mes 2. pp. 179-198.

CHACÓN, Alfonso (2015). Cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Prolegómenos: Derechos y valores*, Vol.18, N° 35. pp. 169-188.

CIFUENTES, Pablo (2010). La Buena Fe en el Procedimiento Laboral. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 1, N° 2. pp. 91-108.

DEL RÍO FERRETI, Carlos (2019). Rechazo in limine de Recurso de Casación (art. 782, inciso 2°, CPC), Las Normas Reguladoras de la Prueba y la Sana Crítica. *Ius et Praxis*, 25(3), pp. 69-112.

FERRER, Antonio (1966). Estafa Procesal. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (España), Tomo 19, Mes 1. pp. 5-12.

GANDULFO, Eduardo (2009). Sobre Preclusiones Procesales en el Derecho Chileno en Tiempo de Reformas. Ensayo de una Teoría General desde un Enfoque Valorativo Jurídico. Revista Ius et Praxis, año 15, N° 1. pp. 121-189.

GUERRERO, José Luis. (2008). La Acción Temeraria en la Ley n° 19.496 sobre Protección de los Derechos del Consumidor. Revista de Derecho (Valparaíso), (31), pp. 187-219.

GONZÁLEZ, Jesús (1976). Las Acciones Laborales y el Delito de Estafa Procesal. Revista de Política Social (España), N° 110. pp. 153-165.

GORIGOITÍA, Felipe (2017). La Inexistencia en el Proceso Civil: un Análisis Crítico. Ius et Praxis, 23(1). pp. 273-304.

GRISOLÍA, Francisco (1997). La Estafa Procesal en el Derecho Penal Chileno. Revista de Derecho (Chile), Vol. 24, N° 3. pp. 417-422.

HERNÁNDEZ, Héctor (2010a). La Estafa Triangular en el Derecho Penal Chileno, en especial la Estafa Procesal. Revista de Derecho (Chile), Vol. XXIII, N° 1. pp. 201-231.

HERNÁNDEZ, Héctor (2010b). Normativización del Engaño y Nivel de Protección de la Víctima en la Estafa: lo que dice y no dice la Dogmática. Revista Chilena de Derecho, 37(1), pp. 9-41.

HUNTER AMPUERO, Iván (2008). No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración. Revista de Derecho Vol. XXI – N° 2, diciembre. pp. 151-185.

LARROUCAU, María Matilde (2010). La Buena Fe Procesal y el Deber de Colaboración de las Partes en los Procedimientos Laborales. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 1, N° 1. pp. 67-81.

LARROUCAU, Jorge (2013). Tres Lecturas de la Buena Fe Procesal. *Revista Chilena de Derecho Privado* (21). pp. 259-305.

LÓPEZ, Patricia (2012). El Abuso del Derecho de Opción del Acreedor. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 19 (diciembre). pp. 13-62.

LOZANO, Manuel-Higuero (2002). La Probidad en el Nuevo Proceso Civil (Respecto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento)". *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Vol.14, N 2, 2002, pp. 321-340.

MAYER, Laura y GODINHO, Inês (2013). La Estafa como Delito Económico. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (41), pp. 183-209.

MAYER, Laura (2014a). El Engaño Concluyente en el Delito de Estafa. *Revista Chilena de Derecho*, 41(3), pp. 1017-1048.

MAYER, Laura (2014b). El Ánimo de Lucro en los Delitos contra Intereses Patrimoniales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol 42, N° 1. pp. 285-319.

PADILLA, Ricardo (2013). Por una Correcta Aplicación de la Doctrina de los Actos Propios. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, julio. pp. 135-183.

PEÑA, Cristóbal (2017). Traduciendo el Discovery al Civil law Chileno: Su Aporte a los Procesos de Reforma Procesal Civil. *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 2, 2017, pp. 79 – 120.

PEÑARANDA, Ramón (2010). Principios procesales del amparo constitucional. *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas (España)*, N° 26, Volumen 2. (s.p.).

PEYRANO, Jorge (1994). El Abuso del Derecho en el Ámbito del Proceso Civil. *Themis: Revista de Derecho*, N° 27-28. pp. 19-27.

PICÓ I JUNOY, Joan (2002). La Buena Fe Arbitral y las Costas. *Justicia, Revista de Derecho Procesal. Anuario 3*. pp. 167-174.

PICÓ I JUNOY, Joan (2004). El Debido Proceso 'Leal' Justicia, *Revista de Derecho Procesal. Anuario*. pp. 143-181.

PRIORI, Giovanni (2005). El Principio de la Buena Fe Procesal, el Abuso del Proceso y el Fraude Procesal. *Derecho & Sociedad*, (30). pp. 325-341.

QUIROGA, León (1995). La nulidad de cosa juzgada fraudulenta y la acción de amparo Constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP (Perú)*, N° 49, 199. pp. 139-155.

SERRANO, Gregorio (1996-1997). Algunas Consideraciones sobre la Estafa Procesal. *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, N° 14-15. pp. 189-208.

SCHLACK, Andrés. (2008). El Concepto de Patrimonio y su Contenido en el Delito de Estafa. *Revista Chilena de Derecho*, 35(2), pp. 261-292.

TARUFFO, Michelle (2010). La Verdad en el Proceso. *Revista Derecho & Sociedad. Número 40, año 2013*. pp. 239-248.

TARUFFO, Michelle (2016). Abuso del Proceso. *Revista de la Maestría En Derecho Procesal (Perú)*, 6(2). pp. 6-29.

TRIGLIANI, Ana (2017). El Abuso Procesal. En *Aequitas Vol. 11, N° 11*. pp. 121-144.

VALENZUELA DEL VALLE, Jimena (2012). Responsabilidad Civil por el Incumplimiento de Obligaciones Matrimoniales y por el Ejercicio Abusivo del Divorcio Unilateral: un Estudio de su Admisibilidad en Chile. Revista de Derecho (Coquimbo), número 19 (1). pp. 241-269.

### **III. OTROS**

BECERRA, Jesús Luis (2015). Naturaleza e Interpretación del Subtipo Agravado de Estafa Procesal (Tesis doctoral). Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. 367 pp.