

TERCERÍAS DEL JUICIO EJECUTIVO Y SEGURIDAD JURÍDICA COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO: LA CERTEZA ANTE LAS LAGUNAS NORMATIVAS EN EL DERECHO PROCESAL CHILENO

*Francisco Javier Pinto López
Abogado
Universidad Católica de Temuco*

Introducción.

La realidad jurídica de cada país dice relación con su normativa vigente. Es pues necesario analizar institutos, ya sea de carácter sustantivo o adjetivo, con el objeto de perfeccionar nuestra legislación nacional. Dentro de tal análisis se hace imperioso dar una visión que plasme con eficiencia los reales problemas que conlleva, dentro de la realidad jurídica de un país, el tratamiento incompleto que se viene dando a una institución tan importante dentro de la práctica forense, como es la tercería en el juicio ejecutivo.

En forma muy somera plantearé el problema: En el Código de Procedimiento Civil Chileno se regulan las llamadas tercerías del juicio ejecutivo, específicamente en el Título I del Libro III, artículos 518 y siguientes. Dicho cuerpo de leyes señala que en tal procedimiento sólo son admisibles las tercerías cuando el reclamante pretende: 1. Dominio de los bienes embargados (tercería de dominio); 2. Posesión de tales bienes (tercería de posesión); 3. Derecho para ser pagado preferentemente (tercería de prelación); o 4. Derecho para concurrir en el pago a falta de otros bienes (tercería de pago), sin perjuicio de que además el artículo 520 permite que ciertos derechos se tramiten conforme al procedimiento establecido para las tercerías.

El problema radica en que el legislador chileno no resuelve, a diferencia de países como España, Ecuador y Cuba, la naturaleza jurídico-procesal de las tercerías del juicio ejecutivo. No entraremos, en esta oportunidad, a dilucidar cuál es nuestra opinión acerca de dicha naturaleza; sólo adelantaremos que, luego de un estudio acabado del particular, sostenemos que se trata de cuestiones incidentales complejas entendidas como juicios accesorios (ello será tema de otro artículo, debido a su extensión).

En efecto, las tercerías han sido entendidas tanto como incidentes del juicio, así como juicios totalmente independientes del ejecutivo. La cuestión tiene relevancia en diversos ámbitos prácticos, como en materia de notificaciones, validez del mandato conferido en el juicio ejecutivo para las actuaciones en la tercería, resolución que las falla, recursos que proceden contra la resolución antes dicha, abandono del procedimiento, etcétera. Así, por ejemplo, si la consideramos como un juicio totalmente independiente, se debería fallar por una sentencia definitiva, sentencia que debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. Si no reúne tales requisitos, un litigante perfectamente podría sostener un recurso de casación en contra de esa sentencia, por falta de los requisitos legales en su pronunciamiento. En cambio, quien sostiene que se trata de un mero incidente, sostendrá que no son necesarios tales requisitos, puesto que no se trata de una sentencia definitiva.

El presente artículo tiene por objeto, dar una visión didáctica sobre el problema que genera dicha falta de pronunciamiento legal, dando una breve visión de la función de la jurisprudencia como fuente del derecho frente al valor de la seguridad jurídica. Finalmente se dará una opinión acerca del llamado a que ha sido requerido el legislador chileno en la materia.

De la jurisprudencia como fuente del derecho. El precedente como factor de las decisiones judiciales.

Una de las consecuencias de la codificación fue el establecimiento de la concepción que señala que la jurisprudencia de nuestros tribunales no es fuente del derecho, dando dicha calidad sólo a la ley. Pese a ello, en países como Francia, Italia y España, se le ha empezado a dar valor a la actividad jurisprudencial. En Chile no existen mecanismos para corregir las diversas interpretaciones de la jurisprudencia, pudiendo los tribunales –en muchos casos– cambiar de criterio sin ninguna justificación.^[1] Por otra parte, en nuestro país la jurisprudencia formalmente no es fuente del derecho, puesto que el Código Civil Chileno no la contempla; empero, en los hechos, existen elementos que definen, en un sistema de fuente como el nuestro, un rol de la jurisprudencia en tal sentido.^[2]

La idea consistente en que al Poder Judicial le está prohibido dictar normas generales, propia de la codificación, viene desde la Revolución Francesa, siendo el Poder Legislativo quien poseía una plenitud en tal sentido. Empero, tal creencia ha sido desplazada como consecuencia de una nueva concepción de la separación de poderes. Con ello, el juez “con su decisión es capaz de crear una solución que puede revestir carácter persuasivo y exigirse en otros casos con un alcance general”.^[3] Lo anterior ratifica que “la jurisprudencia cobre vida como fuente del derecho no sólo en países del *common law*, donde se ha desarrollado el concepto del precedente, que en esencia obliga o vincula en la solución de nuevos casos, sino también como un fenómeno común a todos los ordenamientos, en los cuales, cada vez con más fuerza, se reconoce valor a la jurisprudencia, aunque no obligatoria, para entender que aquella produce un efecto de persuasión o disuasivo que puede servir de base para la resolución de conflictos futuros”.^[4]

Los jueces en su actividad de aplicación del derecho, “advirten a veces lagunas en las leyes en relación con los casos de que conocen, aunque, a diferencia del legislador, están obligados a llenarlas y a fallar el caso de que se trate, no estándoles permitido omitir el fallo a pretexto de que no existe ley sobre la materia”.^[5] Ello está consagrado en el artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, así como en el artículo 76 de nuestra Carta Fundamental.

“La ciencia del derecho viene mostrando un creciente interés por el papel que las decisiones judiciales anteriores tienen en la solución de los casos futuros”.^[6] La jurisprudencia como fuente del derecho,^[7] implica que el juez debe jugar un papel preponderante, ya que ha sido llamado por el ordenamiento jurídico a colaborar con esta problemática de integración del derecho, independientemente de la solución que eventualmente pudiera dar el legislador. Empero, no debe enfrentar dicha problemática en forma de proposiciones homologables a las de un jurista, sino que sólo debe pronunciarse sobre el caso no regulado, vinculando a las partes litigantes en el caso particular.^[8]

Existe un cierto dramatismo entre la ley y el derecho, pues el derecho se regenera pese a la ley, ya que la fuente del derecho no tiene su fin en lo que crea el legislador, sino que comprende además a la costumbre, y en particular la que surge de la jurisprudencia, en

sentido amplio, abarcando por ende a la doctrina.^[9] Pero, ¿qué ocurre cuando la jurisprudencia formada sobre una institución jurídica en particular, es contradictoria y difusa? Este panorama de poca claridad surge –a nuestro entender– por un problema doctrinario y propio de la enseñanza del derecho. En los juristas reside la responsabilidad por no aplicar la ciencia, conocimientos y principios del derecho a las instituciones propias del tráfico jurídico y económico.^{[10]-[11]} Es necesario superar el formalismo en la enseñanza del Derecho, es decir, terminar con la enseñanza reduccionista y la escisión entre la teoría y la praxis que como se dijo en el ámbito del Departamento de Filosofía de la Universitat de València, es “la enfermedad mortal de nuestras facultades”.^[12] Lamentablemente el particular que nos convoca, no ha sido llevado por los tratadistas con un criterio armónico; por el contrario, se ha planteado un debate por décadas que ha contribuido únicamente a dividir y confundir el pronunciamiento jurisprudencial.

“La crítica a los reduccionismos en la enseñanza del derecho insiste, de modo general, en la inadecuación de una docencia que separa, de un lado, la Ciencia del Derecho de la praxis, y de otro, el Derecho mismo respecto a la política o, si se prefiere, respecto a su auténtica dimensión social –la inserción de lo jurídico en una praxis concreta–. Naturalmente, todo ello supone la imposibilidad de plantear el problema metodológico –cómo enseñar el Derecho– sin una previa toma de postura acerca del propio concepto de Derecho y de la función de los juristas, porque resulta obvio que, si existe crisis de las facultades de Derecho, es porque están también en crisis las sociedades a las que el Derecho se dirigía y también las manifestaciones contemporáneas de lo jurídico”.^[13] En realidad la enseñanza del Derecho es compleja, ya que posee en algunas facultades formas antidogmáticas, por lo que no sólo debe revisarse los métodos de tal enseñanza, para ver si es preciso implementar otros tantos, sino también consideramos que debe plantearse la interrogante acerca de qué es lo que se enseña y quienes son los sujetos que deben recibir dicha información. No debemos olvidar que los jóvenes que ingresan a las aulas van a desempeñarse en el futuro en diversos ámbitos del quehacer jurídico, tanto en el ámbito público como privado. Tales ámbitos son tan diferentes en algunas situaciones, tal como es el Derecho en diversas de sus ramas. Por lo anterior, no es difícil corresponder con la tesis de que el fenómeno de la disparidad jurisprudencial, tiene que ver en algún grado con los métodos utilizados en la enseñanza jurídica.

Es necesario un acercamiento profundo entre la teoría y la praxis, lográndose esto en poner la atención al *case law*, recuperando la tradición medieval de la *disputatio*, que potencie la discusión, con lo que se afirma aún más la calidad de la argumentación jurídica que lleva al jurista integral y crítico, que sepa aplicar las leyes, lo que lo desmarca del mero *leguleyo* (repetidor de leyes), del *jurisperito* (técnico en la controversia legal) y del *rábula* (mero desarrollador del estudio crítico de la ley).[\[14\]](#)

En reiteradas ocasiones, la falta de conocimiento de las instituciones jurídicas se ve reflejada en el desempeño de los tribunales. Para ejemplificar lo anterior, traemos a colación un fallo en que la Corte Suprema, de oficio, dejó sin efecto la resolución de un juez que dio tramitación incidental a una solicitud de un tercero en el juicio ejecutivo, que en forma de advertencia señaló que si la demandante persevera en embargar bienes en el domicilio indicado por ella interpondrá la respectiva tercería. Ello en vista a que sólo se admite en dicho juicio la intervención de terceros en la forma prescrita en el artículo 518 y siguientes del C.P.C. Dicho fallo expresa: “Se llama la atención a la juez del Decimoctavo Juzgado Civil de Santiago, por la falta de estudio que denota la irregular tramitación del proceso”.[\[15\]](#) Ello demuestra que en algunos jueces, existe confusión y poco conocimiento sobre el particular.

Alberto Spota cita a Maurice Hauriou, quien en *Aux sources du droit*, páginas 188 y siguientes, expresa: “los poderes creadores de la jurisprudencia han acrecido...los juristas, teniendo más acción sobre la jurisprudencia que sobre la legislación, han comprendido que de este lado participarían con ventaja en el poder creador del derecho”.[\[16\]](#) En otras palabras, el cometido jurisprudencial que dice relación con otorgar un complemento al ordenamiento jurídico, presenta obstáculos, por lo que los jueces cuentan con el servicio de la doctrina. Así nace el concepto de doctrina como prejurisprudencia, desarrollada por especialistas para que al fin del proceso el juez pueda domeñar ésta a los hechos.[\[17\]](#) Pero existiendo jurisprudencia contradictoria, consideramos que al ser acogida por el juez, adoptando alguna postura, se afecta uno de los principios básicos del derecho, cual es la seguridad o certeza jurídica.

La diferencia fundamental entre el sistema jurídico anglosajón y el europeo-continental, dice relación con el principio *stare decisis*, presente en el primero, según el cual los jueces están obligados a seguir los criterios contenidos en sus propias decisiones; es decir, se trata de un principio técnico que determina la obligatoriedad del precedente, aludiendo a la jerarquía de los tribunales.^[18] El Derecho común Anglosajón se resume en el *case law* del Derecho Romano. “El *stare decisis*, es el antecedente romanista del actual derecho latino y tiene de común con el *case law*, el estarse a lo decidido, a lo resuelto con anterioridad. Ambos derechos arrancan de ese punto”.^[19]

El sistema del precedente posee algunos fundamentos básicos,^[20] como la *igualdad* en la proyección del precedente, por lo cual los litigantes tendrán el mismo trato ante los tribunales; *economía*, por cuanto se ahorrará tiempo y energía en la resolución de casos análogos; y la *previsibilidad*, que implica un saber a qué atenerse más adelante.

En nuestro sistema, si bien es cierto, no existe tal obligación manifestada en el principio del *stare decisis*, no puede negarse el hecho que la jurisprudencia que se ha formado sobre determinada materia jurídica, presenta un rol importante como fuente material, puesto que va a influir en las decisiones futuras del mismo tribunal y en las de los de carácter inferior. “La aplicación práctica de un sistema de precedente vinculante resulta extremadamente difícil sin la existencia de una fundamentación razonada que permita identificar la *ratio decidendi* de cada fallo y que indique al público las razones generales con que el juez se compromete a futuro”.^[21] (“*Ratio decidendi* significa, en general, ‘razón para decidir’, y en el ámbito del derecho vendría a ser la razón (o las razones) de un tribunal para decidir un caso de una determinada manera”^[22]).

Pese a lo anterior, existen posturas que convergen en la llamada virtualidad del precedente,^[23] apuntando básicamente a que las decisiones judiciales deben apoyarse en ciertos principios, siendo uno de ellos la llamada seguridad jurídica que se manifiesta en la exigencia de previsibilidad de las decisiones; más todavía cuando el legislador no ha regulado con suficiente acierto la naturaleza jurídica de una institución propia del derecho procesal.

Debemos ser cautelosos y reconocer que “la unidad de la jurisprudencia debe ser mirada como una auténtica garantía, que permita –de un modo razonable– prever el contenido final de la decisión para los casos análogos, evitando la arbitrariedad judicial”.^[24] La Ley N° 19.374 introduce en nuestra legislación el artículo 780 del C.P.C., el cual consagra que luego de la interposición de un recurso de casación en el fondo, “*cualquiera de las partes podrá solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el tribunal ad quem, que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno del tribunal. La petición sólo podrá fundarse en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso*”. Si bien es cierto que este precepto legal se reconoce como instrumento para lograr, en determinadas materias, la uniformidad jurisprudencial, hasta la fecha el pleno del Tribunal Supremo no ha resuelto ninguna de las presentaciones que se han formulado, puesto que los peticionarios se han desistido de sus requerimientos, por lo que el análisis de esta figura sigue quedando en la teoría. Ello sin perjuicio del potencial de aquel instrumento unificador, teniendo para algunos, la sentencia de la Corte Suprema que unifica doctrina jurisprudencial, un valor *cuasi legislativo*.^[25]

Por lo anterior, y para el caso que estamos analizando, se debe determinar qué principios jurídicos están en directa afectación frente al pronunciamiento jurisprudencial no uniforme y si es factible y pertinente un pronunciamiento del legislador sobre la materia.

Seguridad jurídica y lagunas normativas.

El derecho, tiene determinados fines reconocidos en doctrina, dentro de los cuales se instituye la seguridad jurídica,^[26] la cual configura un estado de las cosas que lleva implícita una organización de hecho que resguarda la integridad de los individuos, tanto en su persona como en sus bienes. En otros términos, tal certeza es una garantía dada a los individuos de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objetos de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación; por lo que, estará en condición de seguridad quien tiene la garantía de que su situación no será modificada sino por procedimientos societarios y por consecuencias regulares.^[27]

La falta de pronunciamiento legal sobre la naturaleza jurídico-procesal de las tercerías del juicio ejecutivo configura una laguna normativa procedimental, por cuanto afecta elementos propios del proceso, como la calidad de la sentencia que se pronuncia sobre ellas, los recursos que proceden sobre la misma, el modo en que han de practicarse las notificaciones, entre otras temáticas, cuya afectación genera incertidumbre en el desenvolvimiento de los litigantes dentro del proceso. En vista de aquello, apelamos a recalcar que “la seguridad jurídica y la certeza del derecho es un valor de alto grado en la escala axiológica”,[\[28\]](#) por lo que no podemos dejar de establecer los alcances que dicho valor ha de tener para los sujetos procesales.

Compartimos la opinión de don Jorge Millas Jiménez, quien entiende por seguridad jurídica “la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando estas relaciones se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado”.[\[29\]](#) Si analizamos detenidamente este concepto, se puede apreciar en primer lugar, al sujeto como actor social, al llamado hombre social, quien a través de un estatuto compuesto por un conjunto de normas jurídicas preestablecidas, adquiere certeza con respecto a sus relaciones; es decir, sabrá de antemano con qué cuenta como norma exigible para su relación frente a los demás. Se trata, en efecto, de un valor jurídico, pero no por ser el derecho como tal una cosa valiosa, sino que la seguridad jurídica es el valor de una cosa formalmente referida al derecho.[\[30\]](#)

La seguridad jurídica puede tener una cuota mínima e indispensable para los habitantes de un país, quienes a través del derecho positivo sabrán lo que está permitido y lo que está prohibido. “Cuando el particular se siente desamparado e inseguro por una norma jurídica defectuosa sabe, sin embargo, a qué atenerse, pues sabe que no está asegurado, y ese sólo saber es ya una seguridad negativa, la de que el Derecho no llega directamente hasta él (...)”.[\[31\]](#) Pero no debemos conformarnos con una seguridad de tipo negativa, que significa un mínimo como consecuencia de estar conscientes que un determinado cuerpo de leyes carece de una solución o pronunciamiento claro sobre determinada materia. Ello a nuestro juicio, sólo es una base para llegar a una certeza jurídica; una base que proporciona una certeza sobre un hecho, la cual pertenece a otro tipo de seguridades, puesto que la seguridad jurídica es una seguridad específica. Se trata sin lugar a dudas del “requerimiento de toda

sociedad moderna y libre para desenvolverse racionalmente dando estabilidad a los agentes productivos y certeza a los individuos acerca de cuales son sus derechos y cuales son sus deberes.[\[32\]](#)

Por lo anterior, para que estemos en presencia de una certeza jurídica, se agregan a este mínimo de seguridad, los elementos consistentes en la certeza del conocimiento fácil de las normas jurídicas por parte de quienes deben acatarlas, la existencia de un poder judicial independiente y una certeza respecto a que las normas serán efectivamente aplicadas por los tribunales independientes, es decir, con facultades de aplicación de la ley sin intervención de otros poderes públicos.[\[33\]](#) Así, las normas “deben ser precisas, claras, sencillas, coherentes y, en la medida de lo posible, estables, constituyendo un sistema fácilmente inteligible y localizable por el ciudadano al que va dirigido, para que éste se sienta atraído y no repelido por su conocimiento. Sólo de esta manera, creemos que aquéllas estarán al verdadero servicio de la certeza del sistema jurídico y, por ende, de la aplicación efectiva del principio de seguridad”.[\[34\]](#)

Empero, cuando hablamos de una laguna normativa de carácter procesal –como la que nos convoca en el presente estudio–, debemos volver al concepto amplio que nos da Jorge Millas sobre seguridad jurídica, el cual apunta al individuo mismo, cuando sus relaciones sociales se hayan previstas por el ordenamiento jurídico. Decimos esto, por cuanto creemos preciso que esta seguridad jurídica en derecho procesal se obtiene además por la certeza acerca de la cobertura de las normas procesales ante las relaciones de los individuos, ya que como ocurre precisamente en el caso particular que venimos analizando, la afectación de este valor jurídico se ve finalmente concretada producto del desempeño ambivalente que muchas veces la jurisprudencia desarrolla frente a vacíos normativos. Lo anterior queda sin lugar a dudas establecido con respecto a las tercerías del juicio ejecutivo, donde al no existir un pronunciamiento claro y preciso del legislador, la actividad jurisprudencial lamentablemente no ha sido uniforme.

Así, el procesalista mexicano Humberto Briseño Sierra señala que la certeza permite, en los sistemas de derecho escrito, constatar o confrontar documentalmente la existencia de la norma. Tener certeza es conocer la existencia de la norma jurídica, pero tener la seguridad

es saber probadamente su sentido positivo. En innumerables ocasiones el mismo precepto es aplicado en sentidos diferentes, lo que produce certeza de su ser e inseguridad de su significado.[\[35\]](#) En efecto, no puede decirse que en materia de tercerías, por ejemplo, existe una seguridad acabada, por cuanto el Código sólo señala la forma en que se tramitarán tales institutos, lo que se torna impreciso y genera matices jurisprudenciales que devienen en una incerteza ante determinadas actuaciones judiciales y el ejercicio de recursos o acciones[\[36\]](#) que podrían dilatar un procedimiento que el legislador consideró rápido y expedito, generando a su vez perjuicios a los interesados en este.

Y lo anterior se reafirma dando a entender qué es lo que se concibe por derecho, es decir, adentrándonos al concepto mismo en una conexión con el valor de la seguridad. No vamos a entrar a dilucidar las distintas concepciones del derecho, sino más bien dar un concepto relacionado con el tema planteado. Así el derecho es “la instancia determinada de aquello a lo cual el hombre debe atenerse en sus relaciones con los demás –certeza–, pero no sólo certeza teórica –saber lo que debe hacer–, sino también certeza práctica, es decir, seguridad.; saber que esto tendrá forzosamente que ocurrir porque será impuesto por la fuerza si fuere necesario, inexorablemente”.[\[37\]](#)

Lo que planteamos en estricto rigor es que junto con la certeza del conocimiento fácil de las normas por parte de los sujetos, de la seguridad en su aplicación, que involucra al Poder Judicial como garante ante los posibles abusos de particulares y otros poderes del Estado, en resguardo del principio de legalidad y de los derechos Constitucionales, con respecto a las normas procesales, si realmente aspiramos a hacer más perfectible nuestro sistema jurídico, debemos exigir como cuota mínima que se contemplen y regulen con responsabilidad y eficiencia por parte de quienes legislan, la totalidad de las relaciones jurídico-procesales, y en especial la naturaleza de instituciones básicas, más aún como la descrita en este estudio, que conlleva un quebrantamiento en la actividad ejecutiva que realiza un sujeto en forma legal.

En efecto, debemos entender que “sin seguridad –sin previsibilidad de las consecuencias de la propia acción ni el control de las posibles interferencias ajenas– la justicia sacrificaría profundamente su contenido, al convertirse en la superflua ponderación de posibilidades

meramente teóricas”.[\[38\]](#) Pérez Luño en forma notable señala que “la superación del formalismo legalista no desemboca en un decisionismo arbitrario del juez (...) la falta de sumisión estricta del juez a la literalidad de la ley no implica su desvinculación de determinados parámetros de orientación y control.[\[39\]](#) Por ejemplo, consideramos que en la dinámica del proceso de ejecución, en el cual el legislador estableció un proceso rápido, conviene acudir al parámetro orientador consistente en dicha rapidez y eficiencia de la ejecución, a lo cual se adviene considerar para muchos efectos prácticos a las tercerías como incidencias del proceso y jamás como juicios totalmente independientes. Ello a través del uso del argumento del control y orientación que ofrece el conocimiento de la dinámica de los procesos.

Es preciso señalar que en el escenario del juez y el derecho, existen teorías como la de la subsunción del derecho, entre otras. Una de estas teorías es la Escuela del derecho libre, la cual rechaza los principios de vinculación del juez a la norma y de plenitud de la ley, dando paso a la plenitud del derecho, postulando un juez creador autónomo de derecho inconciliable con los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundación racional, del carácter científico, de la seguridad jurídica y de la objetividad. Frente a esta última teoría, Peces-Barba afirma que se trata de “un planteamiento insuficiente, parcial o erróneo que no ayuda a desentrañar el problema de la creación judicial del derecho sino que, por el contrario, lo entorpece”.[\[40\]](#) Lo cierto es que la libre creación del derecho por los jueces contiene múltiples riesgos, como lo han descrito muchos autores como Dworkin, entre otros. Ello también haciendo hincapié en la coherencia constitucional y la legitimidad democrática de la concepción de la división de poderes. “Afirmar la creación judicial del derecho, implica un doble error: de un lado supone atentar a la legitimidad democrática puesto que el juez no crea, sino que aplica el derecho que proviene del legislador; y, de otro, aplicar retroactivamente el derecho”.[\[41\]](#)

La seguridad jurídica junto a la justicia son dos fines fundamentales del derecho positivo. Cabe señalar que algunos creen que serían inconciliables y que la estructura que genera la seguridad jurídica, en algunos casos no permite hacer justicia. Es aquí donde tiene auge la labor a que ha sido llamada la jurisprudencia, o mejor dicho la labor del conjunto de jueces en un sistema jurídico. De esta manera, “tal conciliación es factible y que, precisamente en

ello consiste la labor tal vez más importante que cabe a los hombres de derecho, y que debe materializarse a través de la jurisprudencia, entendida, para estos efectos, como la sentencia que dicta el Juez al resolver el asunto controvertido sometido a su decisión, creando, de esta manera, una verdadera norma jurídica de carácter particular, amparada en el sistema normativo vigente, interpretado mirando hacia lo justo”.[\[42\]](#) Debe haber en definitiva, conciliación entre la seguridad y certeza del derecho y las demandas de justicia; un acercamiento entre seguridad jurídica y justicia.[\[43\]](#)

En el caso de las tercerías y la determinación de su naturaleza, se puede apreciar que la labor del juez no es una simple operación silogística, por cuanto el carácter que este otorgue a tal instituto no tiene previsión expresa en una normativa general, sino que su decisión se basa en los conocimientos propios adquiridos de acuerdo a su posición dentro del debate doctrinario y jurisprudencial sobre la materia. Así, sentimos que en esta temática, no se estarían alcanzando a nivel macro, ni los niveles de seguridad ni de justicia jurídica esperados por la comunidad. Es cierto que la labor jurisprudencial no es una simple sumisión de los hechos del juicio a normas invariables, que coincidan siempre en un mismo camino y resultado, pero cuando hablamos de institutos procesales de amplio uso, debería existir una decisión del legislador que encamine y facilite la labor del juez. El que el legislador se decida por uno u otro camino doctrinario, en relación a una determinada institución jurídica, debe verse siempre como un avance, y uno de gran jerarquía, ya que pasa a pulir un aspecto de nuestro ordenamiento, de uso cotidiano, tanto por los sujetos de la comunidad en sus relaciones jurídicas, así como los magistrados de la República en sus decisiones.

La labor de la Corte Suprema para la unificación jurisprudencial, puede esbozarse en la tarea que el legislador a puesto en el Tribunal Pleno, en el artículo 780 del C.P.C., como lo adelantáramos algunos párrafos atrás. Pero en materia de tercerías, pareciera necesario un pronunciamiento categórico de nuestro legislador, ya que al no existir claridad sobre el verdadero alcance de la intervención de terceros dentro del proceso de ejecución, el sujeto como actor procesal no dimensiona con certeza el tratamiento al que ha de someterse dentro del litigio. Lo anterior, por cuanto al ignorarse la naturaleza del instituto en estudio, nacerían diversas dudas, no obstante estar regulada su tramitación por nuestro legislador.

La contradicción de criterios de los jueces genera sin lugar a dudas incertidumbre en los sujetos procesales. Ello se puede apreciar en diversos ámbitos, no sólo entre los tribunales ordinarios. Así, “se puede señalar que pueden generarse y, de hecho, se han generado decisiones contradictorias entre el Tribunal Constitucional y la judicatura ordinaria, por lo que ni los titulares de los derechos fundamentales ni el poder público pueden saber con certeza el ámbito de garantía de los mismos. Y tal diseño institucional no sólo genera incerteza jurídica, sino que atenta también contra el principio de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Por otra parte, se presenta también como políticamente inconveniente, puesto que no orienta la acción de los órganos públicos y arriesga el peligro de generar, a través de distintas lecturas, varios textos constitucionales”.[\[44\]](#) Mediante lo anterior, vemos las consecuencias que puede generar las decisiones contradictorias, y que el atentado contra el valor seguridad jurídica, puede desencadenar una contravención al principio de igualdad ante la ley que garantiza nuestra Carta Fundamental. Por ello, se considera a la jurisprudencia con un rol de fuente en nuestro derecho, ya que “se ha valorado el principio de igualdad y se ha entendido que la no discriminación también llega a los actos de los tribunales de justicia”.[\[45\]](#)

Un cambio legislativo en materia de tercerías podría llevar a pensar, en un principio, que se estaría vulnerando el principio de la seguridad jurídica, produciéndose un contrasentido ya que dicho valor jurídico atiende a la “conservación” del régimen jurídico, a su estabilidad.[\[46\]](#) Empero, si bien ello puede plantearse como un razonamiento válido y legítimo, nos parece que el verdadero atentado contra la seguridad jurídica es el que se produce en los hechos, por cuanto aquí no existe una norma que especifique la naturaleza jurídica de las tercerías en el proceso de ejecución, junto con la no definición de los incidentes, lo que genera, como vimos, una dicotomía de criterios tanto en las actuaciones del juicio, así como a las decisiones de los tribunales en materias como la procedencia de ciertos recursos en contra de la sentencia que se pronuncia en estos procedimientos.

Seguridad jurídica y derecho procesal.

El propósito que persigue el derecho se obtiene por la certeza de la norma –en principio– sumado a la certeza de su cumplimiento. Así, la seguridad jurídica la debemos relacionar

con la justicia jurídica como principio,[\[47\]](#) vinculándose a la seguridad varias instituciones del derecho procesal, entendido este último como un derecho de carácter instrumental, dotado de autonomía, cuyo servicio se radica hacia la seguridad jurídica.

El derecho procesal está hecho, en definitiva, para amparar la primera tarea que se exige al derecho, cual es la seguridad jurídica, para poder estar a salvo dentro de la comunidad.[\[48\]](#) Empero, ¿qué ocurre cuando nos encontramos con una laguna normativa que dice relación con la esencia de una institución procesal? Naturalmente, la exigibilidad de seguridad jurídica, a nuestro juicio, adquiere niveles de didactismo insuperables, puesto que el vacío motivo de análisis afecta la práctica o desarrollo de los litigantes en el proceso mismo. El caos o dispersión jurisprudencial en nuestro sistema, “ha estado presente más allá de lo deseable, comprometiendo en muchas ocasiones el valor de la seguridad jurídica y actuando como aliciente para la litigiosidad temeraria”.[\[49\]](#)

El derecho procesal es un derecho instrumental, por cuanto es la herramienta dispuesta para la ejecución del derecho substancial, estando al servicio de la seguridad jurídica. [\[50\]](#) Si hablamos de una laguna normativa sobre una institución propia del derecho procesal, este derecho, respecto de los casos en que se ve involucrado aquél instituto, no estaría respondiendo a los ideales de seguridad jurídica como fin propio del derecho. En definitiva, debemos prestar mucha atención a este servicio que el derecho procesal presta como garante de la certeza jurídica.

Para probar nuestro planteamiento de conectividad entre la seguridad jurídica que exigimos y la naturaleza de las tercerías del juicio ejecutivo como instituto de derecho procesal, analizaremos a continuación tres de las instituciones que en doctrina, son consideradas básicas de la seguridad. Tales son: *La acción, el órgano jurisdiccional y el régimen de recursos.*

a) La acción.

Esta constituye base de la seguridad porque “con su ejercicio se coloca al órgano jurisdiccional en la necesidad de conocer del conflicto que se plantea y dictar una resolución en torno a éste, la que será o no favorable a quien plantea la pretensión según si

el juez tiene o no certeza sobre los hechos en que ella se funda”.^[51] Pero tal seguridad, en el caso propuesto, no se mantendrá una vez iniciado el proceso, ya que no existirá certeza sobre el tratamiento que debe darse a la intervención del tercerista; al proceso que genera su accionar, ello sin perjuicio de la existencia del artículo 521 del C.P.C., porque como lo vimos en su oportunidad, aquél se refiere únicamente a su tramitación, y no necesariamente a la verdadera naturaleza de la institución, por lo que habrán dudas sobre notificaciones, mandato, etcétera. Es preciso recordar aquí que “se da el nombre de tercería a la intervención misma del tercero en el juicio y a *la acción* que éste ejercita.”^[52] En este sentido, no habría certeza de la naturaleza de la acción misma, o si se quiere, de la naturaleza de la intervención a que da lugar la acción del tercero.

b) El órgano jurisdiccional.

Por tal se entenderá al sujeto individual o plural en el cual se concibe la jurisdicción o poder-deber de resolución de controversias. La delimitación legal de este órgano se vincula estrechamente a la concepción de seguridad. Pero cuando utilizamos esta institución, no aludimos a las ideas básicas como la llamada sedentariedad de los tribunales, su disponibilidad en un lugar determinado de la República y demás símiles, sino que apuntamos directamente a la competencia del tribunal que conoce de la tercería. Este es el mismo que conoce del juicio ejecutivo, por cuanto al ser una cuestión incidental entendida como juicio accesorio, mantiene dependencia del juicio principal. Ello explica que el artículo 111 inciso 1º del Código Orgánico de Tribunales, prescriba: “*El tribunal que es competente para conocer de un asunto lo es igualmente para conocer de todas las incidencias que en él se promuevan*”.

Pero no podemos desconocer que la seguridad que otorga el decidirse, en este caso en particular, por su carácter incidental, contrasta con la incertidumbre –aunque sea en doctrina– producida por no adoptar en forma categórica, mediante un pronunciamiento del legislador, una opción sobre la naturaleza de la tercería. Decimos en doctrina, por cuanto los tribunales aceptan la prórroga de la jurisdicción en estos casos.

En consecuencia, si un juez inferior conoce de un juicio ejecutivo, es competente para conocer de las tercerías que en él se entablen, aunque el valor de los bienes que se reclaman

por el tercero o el crédito que se hace valer, sean mayores que los establecidos por la ley para la competencia del juez, ello por aplicación del principio legal anteriormente citado. Pero al no haber un pronunciamiento legal sobre la calidad jurídica de las tercerías, no es posible desconocer la existencia de resoluciones de nuestros tribunales que consideran a éstas como juicios independientes del principal; pensamiento que puede llegar al extremo de estimar que para determinar el juez competente para su conocimiento, habría que considerar el factor de la cuantía y aplicar las reglas generales de competencia, lo que sería, a nuestro juicio, absurdo.

c) **El régimen de recursos.**

Con respecto a esta institución, coincidimos con el profesor Mario Mosquera Ruiz, en el sentido de otorgarle un carácter vital dentro de la seguridad jurídica.^[53] Ello quiere decir que la seguridad se adquiere por el hecho de existir claridad en entregar una determinada resolución, en los casos establecidos por el legislador, no sólo al criterio de un tribunal, sino que además puedan revisarse los hechos y el derecho para finalmente resolver el asunto sometido a su decisión. Pero la seguridad no se agota en la reglamentación propiamente tal de los recursos, sean de casación, apelación u otros, sino que al ser una situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, las cuales deben estar previstas por un estatuto objetivo, se debe atender al individuo mismo. Por tanto, ¿existe para el tercerista o para los demandados (ejecutante y ejecutado), en el proceso iniciado por el primero, seguridad sobre los recursos que poseen contra la resolución que se pronuncia para tal intervención? Si no es posible determinar sin lugar a discusión el alcance de la tercería, lógicamente no se sabrá con exactitud la naturaleza de la resolución que se pronuncia sobre ellas, lo que trasunta inevitablemente en una falta de previsibilidad con respecto al derecho a deducir, en una situación de hecho, un determinado recurso procesal. Por ende, si la resolución que se pronuncia sobre una tercería no cumple todos los requisitos del artículo 170 del C.P.C., el sujeto, en su calidad de litigante (entiéndase por tal, a consecuencia del conflicto generado por el tercerista), podría considerar legítimo su derecho a casar en la forma dicho pronunciamiento judicial. En relación a que son los sujetos procesales quienes viven la situación peculiar objeto de la seguridad jurídica, evidentemente, al no haber claridad sobre la naturaleza de las tercerías como institutos

procesales, no es posible determinar con exactitud el carácter de la sentencia que las dirime, y como cada recurso establecido por el legislador es aplicable a determinadas resoluciones judiciales, no se cumpliría con los ideales de certeza que el régimen de recursos, según la doctrina, debería tener como institución básica de garantía de la seguridad.

La administración de justicia se conforma en base a los procedimientos establecidos por el legislador. El proceso esta compuesto por varios actos, tanto de las partes o interesados, terceros y del propio tribunal. Pero, ese conjunto de actos y la forma en que se llevan a cabo, que se denomina genéricamente procedimiento, no son el único fenómeno que puede desatar una incerteza manifiesta. Hemos visto como la laguna normativa con respecto al instituto de las tercerías, junto con problemas un poco más de fondo que nos llevan al tratamiento de los incidentes, producen una dualidad de pronunciamientos a nivel jurisprudencial respecto al tratamiento de temas específicos, entre otros, el régimen de recursos frente a la resolución que falla las tercerías en el proceso de ejecución. Empero, es importante tomar conciencia que de acuerdo a la realidad de cada Estado, puede ocurrir otro fenómeno a la par y que dice relación con la ineficiencia de la administración de justicia por factores como la falta de recursos económicos, la escasa cobertura territorial, deficiencias en la selección del personal, falta del sistema de carrera funcionaria, corrupción, utilización de recursos procesales con fines dilatorios, leyes procesales anticuadas, excesiva carga laboral, lo que genera una selectividad en el trámite de los procesos; factores que se han dado en países como Guatemala y que han provocado una reacción a nivel doctrinario sobre el particular. Así en el contexto de la realidad jurídico-práctica de aquel país, se ha señalado que “la vulnerabilidad de todas las entidades que conforman el sector justicia imposibilita que la seguridad ciudadana sea una realidad, porque el ciudadano se ve indefenso ante los abusos de los particulares y del mismo Estado, lo que le produce un sentimiento de inseguridad que proviene de la incertidumbre del respeto a su vida, su patrimonio y sus derechos, y de la expectativa de que no habrá castigo a los infractores de la ley”.[\[54\]](#)

Seguridad jurídica y economía procesal.

Luego de los argumentos y reflexiones expuestos con anterioridad, no es difícil poder corresponder con una opinión que es una mera aplicación de la lógica: si existe una mayor acuciosidad en la elaboración de la ley, mediante una técnica legislativa que en el caso del derecho adjetivo facilite los procedimientos y depure el conducto por el cual los sujetos procesales hacen valer sus intereses, ya sea en el plano contencioso o cuando no existe contienda, el principio de la seguridad jurídica se hace patente ante un determinado problema normativo que se ha resuelto mediante el mecanismo de la ley, producto de un examen *ex ante* de factibilidad y en que el camino lógico, de acuerdo a la naturaleza de la deficiencia normativa, hacen imponer una actuación pronta del legislativo. Empero, este nexo lógico que lleva a la certeza del derecho a ser una realidad plasmada en la práctica forense junto con conservar su jerarquía de principio rector del derecho, no es el único que se puede sacar a colación en esta oportunidad, pues existe un ideal que hoy en día es una prioridad para el interés social y sobre todo a la luz de la implantación y mejora de los procedimientos en toda clase de materias propias del derecho. Dicha finalidad, y que hoy por lo demás debe imponerse, por el constante flujo que existe en nuestros tribunales de justicia, es la llamada *economía procesal*. “El principio de la economía procesal consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia. En virtud de la economía procesal, el saneamiento de la nulidad, en general, consigue la conservación del proceso a pesar de haberse incurrido en determinado vicio, señalado como causal de nulidad”.[\[55\]](#)

Quién más interesado en este concepto que los propios sujetos procesales, es decir, toda persona que en una eventualidad puede verse enfrentado a un diverso proceso judicial, tanto en el plano penal, civil, laboral, entre otros. La carga de los tribunales, y los abusos de ciertos funcionarios de algunos juzgados de nuestro país en las prácticas ajenas a toda formalidad y que muchas veces burlan la verdadera intención y letra de las normas jurídicas, son el lastre y lacra que finalmente cercenan todo tinte de principio de seguridad.

Si la norma no es clara en algún aspecto que puede ser esencial sobre una determinada materia, por más específica que pueda ser la regulación de una institución de derecho, existirán vacíos que pueden a la postre significar una pérdida de tiempo y una dilación de los procedimientos. Por ejemplo, la dilación de los procesos en algunas materias ha sido descrita y prevista por el legislador, sancionando el hecho de dilatar una determinada etapa procesal, mediante algún recurso o trámite que si bien en principio es permitido interponer, puede demostrarse con el transcurso del tiempo, mediante la propia inactividad de quien le dio inicio, que sólo fue un obstáculo o subterfugio para poder ganar tiempo en alguna defensa, que incluso puede llegar a ser tiempo grato para la práctica de diversos negocios que pueden burlar el éxito de la acción de la otra parte en el sentido práctico, puesto que el patrimonio, de acuerdo al principio de responsabilidad presente en el artículo 2465 del Código Civil, es donde finalmente recaen las condenas estimables pecuniariamente. Ejemplo de esta dilación, es por ejemplo, el caso de la demanda reconvenzional que se puede deducir en el procedimiento ordinario de mayor cuantía, ya que contra ella pueden interponerse las excepciones dilatorias del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, las que deben oponerse dentro del término de 6 días y todas ellas en un mismo escrito, por cuanto según el artículo 317 inciso 2º (agregado por la Ley N° 18.705), *“acogida una excepción dilatoria (opuesta por el demandante en relación a la demanda reconvenzional), el demandante reconvenzional (demandado) deberá subsanar los defectos de que adolezca la reconvección dentro de los diez días siguientes a la fecha de notificación de la resolución que haya acogido la excepción. Si así no lo hiciera, se tendrá por no presentada la reconvección, para todos los efectos legales, por el solo ministerio de la ley”*. Nótese que aquí existe una sanción específica, introducida por reforma del legislador, para una actuación que se presenta como una “dilación” que no es subsanada con oportunidad, puesto que se estableció un plazo de diez días desde la notificación de la resolución que se pronuncia favorablemente sobre las excepciones dilatorias opuestas en contra de una demanda reconvenzional y en que se cautela no seguir adelante con una actuación que sólo dilató el procedimiento, y lo hará aún más si no se salvan tales errores, lo que queda demostrado con las expresiones *“se tendrá por no presentada la reconvección, para todos los efectos legales, por el solo ministerio de la ley”*. Y esto último, porque para el caso de interponer excepciones dilatorias a la demanda principal, si ellas se acogen, no existe plazo

inmediato para que el demandante deba corregir tales vicios, ya que en tal caso el legislador entiende que es suficiente que la negligencia en no corregir su acción, sea sancionada mediante otras instituciones como el abandono del procedimiento que podría alegarse por el demandado tanto como acción o excepción, etcétera, lo que es diferente al caso de las excepciones acogidas contra la demanda reconventional, por cuanto es accesoria a un procedimiento en que también por razones de economía procesal se permite su implantación, siempre y cuando se de cumplimiento a los requisitos establecidos por el texto legal en referencia.

Otro tanto ocurre con las llamadas medidas prejudiciales precautorias, en donde también podemos encontrar como justificación indirecta la economía procesal, ya que en base a tal principio, se permite la implantación de este instituto, evidentemente, por cierto, directamente por otras razones más poderosas como el aseguramiento de la acción del futuro actor, ante un eventual movimiento dentro del patrimonio del futuro demandado. En efecto, tales medidas tienen por fin asegurar el resultado de la acción con anterioridad al inicio del juicio, sancionándose al que interpuso estas medidas precautorias ex ante, cuando luego de acogidas, no presenta la demanda o no ratifica en un determinado plazo las medidas solicitadas en la gestión previa. En efecto, las medidas prejudiciales precautorias sólo corresponde solicitarlas al futuro demandante, siendo aquellas destinadas a asegurar el resultado de la acción que se pretenda instaurar. Una vez que el tribunal ha accedido a la solicitud de tales medidas, el futuro demandante tiene como obligación presentar su demanda en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas, conforme lo prescribe el artículo 280 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil. Si el futuro demandante no deduce oportunamente su demanda, o si a pesar de haberla deducido oportunamente la demanda no pide que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas o al resolver la petición el tribunal decide no mantenerlas, se considera doloso el procedimiento seguido por el futuro demandante y que tenga que responder de los perjuicios causados frente a la persona en contra de quien se decretaron tales medidas. En el fondo se trata de una presunción legal establecida a favor del individuo en contra del cual se solicitaron las medidas y destinada a la facilitación de las probanzas en el respectivo juicio de indemnización de los perjuicios causados.[\[56\]](#)

En los casos descritos con anterioridad vemos que la ineficiencia dentro del proceso es de alguna manera contemplada por el legislador a lo largo de los diversos articulados del ordenamiento jurídico. Existen otros tantos,[\[57\]](#) donde el nivel de evitación de ineficiencias, dolosas o no, no debería ser tolerable, y siempre quedan los caminos sobre el abuso del derecho en temáticas adjetivas; abusos que son reconocidos hoy por la doctrina en materia de responsabilidad por daños.[\[58\]](#) Empero, si nos fijamos bien, los casos señalados anteriormente, denotan determinadas actuaciones judiciales y prejudiciales (en el último caso), que se permiten por razones de economía procesal. Tal economía, permite la implantación de caminos perjudiciales o paralelos y accesorios dentro de un procedimiento ya iniciado, pero además si tales actuaciones permitidas, terminan por llegar a su contradicción, es decir, a una dilación injustificada, son sancionadas por el legislador.

La economía procesal, como se puede apreciar, no es algo menor, sino que es parte de toda la regulación procesal. Son diversos los institutos que se pueden nombrar en virtud de los cuales las conductas poco oficiosas se sancionan de alguna manera. Y esto no sólo en materia civil, sino también, por ejemplo, en el nuevo sistema del proceso penal,[\[59\]](#) en el cual de alguna u otra forma se castiga el uso inadecuado de instituciones, tanto en el sentido de abuso (lo que tiene que ver con el tema del abuso del derecho en materia procesal), y de la ineficiencia en la misma interposición de recursos y acciones judiciales.

La economía en materia procesal es un principio amplísimo y rector de todo procedimiento. Así también este principio fundamental de eficiencia que tratamos en este apartado, es exigido en el derecho administrativo, recordando también que la eficiencia es uno de los criterios rectores de los principales artículos de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley N° 18.575. Además, la economía procesal es enaltecida en varias resoluciones administrativas en derecho comparado. Es así, como en Las Palmas de Gran Canaria, en España, en resolución administrativa del 12 de julio de 2002 del Director General del Servicio Canario de Salud, se menciona en los antecedentes de derecho que “el principio de economía procesal, cuyo ámbito de aplicación se extiende a los procedimientos de toda índole, impone la conservación de los actos o trámites cuyo contenido sería el mismo de repetirse las actuaciones –dilatándose la tramitación en contra del principio de celeridad y eficacia para llegar a idénticos resultados. Si, racionalmente,

puede preverse que se reproducirán los mismos actos, lo lógico es su mantenimiento. Como dice la sentencia de 14 de junio de 1993: “Es doctrina jurisprudencial la que, basándose en el principio de economía procesal, advierte sobre la improcedencia de declarar nulidades cuando el nuevo acto que se dicte una vez subsanado el posible defecto formal haya de ser idéntico en sentido material al interior –SS. 11-5-1983, 13-2-1985, 28-7-1986, 5 de abril y 10 de mayo de 1989– pues en la esfera administrativa ha de ser tratada la nulidad de actuaciones con mucha ponderación y censura”.[\[60\]](#)

Pero en la materia que hoy nos ocupa, vemos patente que las dilaciones y el paso a la interposición de recursos, donde existen dudas en puntos específicos y relevantes a pesar de que el legislador toca expresamente en un artículo que la tramitación de las tercerías será en base al juicio ordinario, sin escritos de réplica y dúplica para la de dominio y de incidentes para las de pago, prelación y posesión, no se alcanza una certeza absoluta sobre la materia. Si se establece claramente su tramitación, debe irse a la raíz del problema, analizando la tramitación a que se hace referencia, y he allí el problema por cuanto como lo hemos dicho a través de este estudio, nuestro legislador no fue específico en definir la materia de los incidentes, y lógicamente que se produce un efecto dominó en todos los artículos que hablan de una tramitación incidental. Claramente nuestro código procesal civil contempló una tramitación incidental ordinaria y especial, pero al no definir el instituto de los incidentes, sembró dudas que transforman el panorama en un verdadero campo de minas antipersonales, en donde tales incertidumbres se hacen patentes y producen efectos en cascadas que trastocan la materia de tercerías así como otros puntos que están pendientes, pero hoy sólo hacemos patente ésta, porque es la más delicada y genérica de todas, por cuanto redundante en la naturaleza misma de las tercerías.

Los ribetes prácticos de la violación de la economía procesal que se producen en este sentido, debido a la incerteza que se puede dar tanto para el ejecutante, ejecutado y tercerista, se traduce en la interposición de recursos y en problemas en materia de notificaciones, junto a las demás temáticas ya tratadas, volviéndose aquello aún más grave si pensamos que dicen relación con la intervención de un tercero en un procedimiento ajeno, que produce ya una dilación en el mismo por su propia naturaleza, suspendiendo algunas actuaciones, por lo que si a ello se agregan dilaciones que el legislador podría

evitar con mayor propiedad, sin duda se agrava la situación de hecho planteada por las mismas. Por otra parte, si a ello sumamos la práctica muchas veces fuera de la ley y las dilaciones desafortunadas producto del recargo de los tribunales, el tema se convierte en un aliciente para poder mejorar el flujo y, en definitiva, el funcionamiento de la justicia en Chile. (Sin hacernos cargo de ello por supuesto, porque es problema propio de las prácticas tanto de abogados como de los juzgados civiles, en donde con relación a estos últimos, debieran funcionar con propiedad las facultades disciplinarias y correctivas propias de la jerarquía de los Tribunales superiores de Justicia). Las prácticas que se apartan de alguna u otra manera de lo previsto por el legislador en algún sentido, por lo demás, no sólo siendo dilatorias pueden constituir un atentado contra el principio de economía procesal, sino que en primer lugar, constituyen una vulneración al principio de la seguridad jurídica. En este contexto, Theodor Geiger señala que la seguridad jurídica comprende dos dimensiones: seguridad de orientación y certeza del ordenamiento, y por otra parte, seguridad de realización y confianza del ordenamiento. Lo que venimos diciendo se relaciona con el segundo sentido, por cuanto se afecta a la realización misma de lo previsto en un determinado ámbito por el legislador. Esta incerteza incluso puede llevar a que órganos administrativos no sólo violen la letra de la ley, sino que además la letra de la propia Constitución, como bien lo describe Teodoro Rivera, quién identifica con acierto como, con anterioridad a la reforma a la Constitución por la Ley N° 20.050 del 2005, reforma que se refirió entre otros puntos a lo relativo a la nacionalidad, en materia del cómputo de los plazos de avecindamiento para la adquisición de la nacionalidad por parte de los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero que se avecindaban por más de un año en Chile, el Ministerio del interior había tenido una postura demasiado flexible, no dando certeza e igualdad en torno a los plazos relativos a la exigencia de avecindamiento, contrariando el texto constitucional^[61] y su espíritu.^[62] Estamos convencidos que la evolución de la justicia en Chile pasa por un conjunto de soluciones y no sólo por parches en temas sectoriales. El avance será paulatino, pero una sola reforma en el plano oral, para el caso de los procedimientos, podría llegar a ser solución para grandes problemas, pero también puerta abierta para otros, producto de la experimentación propia de un sistema nuevo; empero, se hace necesario también exigir (siendo categóricos en ello) una mayor eficiencia en el legislador en materia de normativa procedimental para nuestro medio. De

otra manera, no podemos atribuir toda la responsabilidad a la variedad de criterios que pueden verse en el cúmulo de fallos que los tribunales pronuncian sobre determinada materia.

De la decisión legislativa.

La importancia de una regulación expresa y específica sobre determinada materia se condice indudablemente con ciertas consideraciones prácticas, de utilidad o interés, que son fiel reflejo de valoración de las normas jurídicas, sustentadas en contextos racionales sobre la trascendencia de las reglas para intereses presupuestos.[\[63\]](#)

Estamos conscientes que toda reforma jurídica importa por sí misma una intervención que apareja los inconvenientes propios de todo cambio, por lo que debe probar que está justificada a través de consideraciones prácticas. Existen casos en que es fácil encontrar justificaciones de tal índole; por el contrario, en otros, pueden invocarse consideraciones de interés, pero quien aboga por ellas tiene en su contra la carga de probar, como sería el argumentar racionalmente en beneficio de un determinado plazo en materia de prescripción.

La técnica legislativa hoy en día está siendo mirada con mayor detenimiento.[\[64\]](#) Para poder enfrentar los diversos problemas prácticos que genera una determinada laguna normativa, no debemos concentrarnos solamente en la calidad de la función judicial, a través del pronunciamiento jurisprudencial; más aún en un sistema como el nuestro, en el cual la jurisprudencia no es propiamente una fuente formal del derecho (sin perjuicio que de acuerdo a ciertos elementos, se puede establecer que juega un rol dentro del Derecho en tal sentido; puesto que en la materialidad influye sin duda lo señalado por un tribunal superior en relación con una determinada materia a la cual ha sido requerido en pronunciamiento uno inferior).

El particular en referencia necesita de una decisión pronta del legislador, ya que revela consideraciones prácticas precisas, como la facilitación de la labor del juez y la certidumbre en el accionar de los sujetos procesales.

Debemos precisar que la teoría del proceso decisonal legislativo comprende varias etapas, cuyo origen se encuentra en el llamado impulso legislativo. En este orden de ideas, seguimos el análisis efectuado por don Eduardo Aldunate Lizana,[\[65\]](#) con el propósito de poder aplicar dicho proceso a las tercerías en el juicio ejecutivo, en las cuales no se ha contemplado expresamente un pronunciamiento que aclare su particular naturaleza. En efecto, distinguimos entre los siguientes conceptos:

a) El problema.

Entendemos por tal aquel fenómeno no deseado que en nuestro caso está configurado por la laguna legal acerca de la naturaleza jurídico-procesal de las tercerías del juicio ejecutivo. Esta laguna genera, por consecuencia, una inseguridad jurídica, por cuanto no existe una norma que señale un aspecto general acerca de la intervención de los terceros en el juicio ejecutivo. Tal procedimiento es diverso al ordinario, por la propia naturaleza y función que tiene, por lo que su estructura –de concepción y adopción ágil y rápida– requiere atención para poder entender el fenómeno que se produce cuando un tercero adviene al procedimiento ejecutivo. La seguridad jurídica, entonces, se eleva como una necesidad social que no admite excusas, pero que a la vez se ve constantemente deficiente, pese a consagrarse en forma expresa en diversas legislaciones como es el caso del artículo 9 inciso 3º de la Constitución Española. :*“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*. Lo que ocurre es que la inseguridad actual que se produce en diversos temas tiene su fuente en la legislación del derecho. “Cuando el Derecho, como ocurre todavía en los países del *common law*, se expresaba a través de principios generales la seguridad jurídica estaba más garantizada, por paradójico que resulte”.[\[66\]](#)

b) El síntoma del problema.

En nuestra hipótesis el síntoma está dado por la falta de seguridad jurídica; una incertidumbre en el accionar de los sujetos procesales, debida al pronunciamiento dividido que manifiesta la jurisprudencia de nuestros tribunales como consecuencia del problema.

Debemos ser capaces de propender y dar publicidad al ideal de certeza, de eficiencia del sistema jurídico, apelando por la igualdad de los sujetos en los procesos y herramientas procesales, para que al final del litigio se encuentren con una dedición justa, por lo menos desde el plano de la aplicación de la ley procesal. *“El legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse (...) y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se produzcan perplejidades”*.[\[67\]](#)

La seguridad y eficacia del ordenamiento no sólo dependen de los criterios técnicos del contenido de las normas; el procedimiento de elaboración y la publicidad de las normas también son importantes en este sentido, ya que determinan la práctica de tales valores, elevando al ordenamiento jurídico como un garante de ellos al estar capacitado, como sistema, para resolver los diversos conflictos que se planteen entre los sujetos. El Consejo de Estado Español, en su Memoria 1992, señala que “la seguridad jurídica garantizada en el art. 9.3 de la Constitución Española, significa que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos sepan a qué atenerse, lo cual supone por un lado un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ella se definen. Esas dos circunstancias, certeza y estabilidad, deben coexistir en un estado de Derecho”.

c) La causa.

Radica en la falta de especificidad en la regulación de las tercerías del juicio ejecutivo por parte del legislador nacional, ya que pese a estar reguladas en el Título I del Libro III del C.P.C., no se contemplan expresamente cuestiones básicas en referencia a ellas, generándose por ende vacíos normativos.

Cabe señalar que en diversas ocasiones tales términos son confundidos entre sí, lo que ha llevado al fracaso a muchas soluciones legislativas.

Para poder realizar una correcta formulación del problema es necesario definir las metas y objetivos a conseguir. “Por meta se entiende aquel comportamiento que se pretende inducir

a través de la ley. El objetivo es la finalidad que se persigue a través de ese comportamiento”.[\[68\]](#) Consideramos como meta que la tramitación y desenvolvimiento de los sujetos procesales, en relación a las tercerías, sea conforme a lo establecido expresamente por el legislador, siendo una de las improntas o sellos legislativos la naturaleza jurídico-procesal de las mismas. El objetivo que se alcanzaría con esta innovación es dar protección al valor certeza jurídica, por cuanto las tercerías en su tratamiento legal, deben reflejar “el carácter instrumental del derecho procesal que no hace sino reforzar este fin del derecho que es la seguridad jurídica”.[\[69\]](#)

Nuestro derecho, actualmente –a raíz de su complejidad– ha decantado en un traspaso de responsabilidad del poder legislativo al judicial, dándose como razón la agilidad, que sólo ha llevado al casuismo. Debe recuperarse la previsibilidad y la seguridad jurídica, ya que la disolución de tales valores supone la desaparición de los derechos y del Derecho.[\[70\]](#)

El estado de seguridad es una consecuencia de la eficiencia de un ordenamiento jurídico; tanto en su adopción inicial, así como en su constante revisión, para lo cual es necesario que los procedimientos de adopción de cambios legislativos estén dotados de suficientes garantías que en los hechos pueden envolverse en trámites burocráticos que quizás atentan contra una adopción rápida de una solución a nivel normativo necesaria. Pero por otro lado, las decisiones legislativas deben ser estudiadas en profundidad a la hora de implementarse, por cuanto es también parte de la certeza del derecho la estabilidad de los cuerpos normativos, en tanto guarden armonía con la realidad y respondan a una necesidad jurídico-social sin entrar en conflicto sustancial con derechos fundamentales. Es cierto además, que muchas normas en el plano sustantivo conllevan contradicciones entre determinados intereses, casi siempre porque el legislador ha debido atender a unos por sobre otros, con la debida argumentación tanto a nivel normativo o de principios inmanentes del derecho, pero que recoge un amplio debate a nivel doctrinario.

Pese a lo señalado con anterioridad, el derecho procesal como hemos visto en el desarrollo de este trabajo, tiene por finalidad constituir la fuente de los procedimientos que forman parte del sistema que el legislador pone a disposición de los individuos de un Estado para resolver determinados conflictos o intereses de relevancia jurídica. Por tal motivo, se hace

imperioso poder exigir que el legislador adopte la mayor eficiencia posible en la determinación de la norma y en la tarea legislativa, por cuanto, si bien es cierto que existen discusiones de carácter sustantivo en el marco de instituciones procesales, ello no impide que el legislador adopte una decisión, lo que consideramos que es necesario, por cuanto en el plano adjetivo de las normas debe lograrse un grado de certidumbre que junto con otros elementos, apoyen un desarrollo en el derecho procesal moderno. La economía procesal, desarrollada mediante una legislación pulcra, acabada y en lo posible con procedimientos e institutos reglamentados en todas sus consecuencias, junto con una práctica que contribuya a una facilitación de los procedimientos y de la labor de los tribunales, se instituyen en formas de contribución para el logro de una justicia más rápida y expedita.

Nuestro sistema procesal civil no ha sufrido modificaciones grandes desde su implantación en el siglo XIX, pero pese a ello, las necesidades sociales han variado producto de su evolución propia. “Ello explica, en gran medida, que la administración de justicia posea estructuras inadecuadas e insatisfactorias que, es imperativo superar, so pena de perder nuestra gran oportunidad histórica como país, de mejorar sustancialmente las condiciones de vida de nuestro pueblo. Y, valga la pena señalarlo, el desarrollo económico y social de un pueblo requiere en forma indispensable de un sistema legal y judicial confiable, eficiente y respetado. Es más, los objetivos estratégicos del desarrollo –la internacionalización de la economía, el crecimiento equitativo y la consolidación del sistema político– sólo serán posibles si tenemos un sistema de administración de justicia moderno y eficaz”.[\[71\]](#)

El tema de exigirle eficiencia al derecho procesal, no es algo único y excluyente del mejoramiento de las normas sobre una determinada institución, como es el caso de las tercerías en el proceso de ejecución, sino que también existen hoy diversos postulados que se refieren a la llamada fijación y depuración de la litis, que dicen relación con el despacho saneador y delimitador de la litis propiamente tal e impropio. Así, por ejemplo, existe el llamado sistema difuso, que genera una verdadera limpieza o depuración de ciertos obstáculos procesales y materiales en una determinada etapa procesal o previa a la litis que pueden ser perjudiciales para el desarrollo de un sistema de justicia.[\[72\]](#) Ello ocurre con los “*summons for directions*” en Inglaterra y las “*pre-trials hearings*” en los Estados Unidos. En lo relativo a la proponibilidad de la acción, la fijación y depuración de la litis, cabe

señalar que en Chile no tienen tratamiento sistemático, es decir, no existen como tales en nuestro derecho, pero a pesar de ello existen determinados mecanismos que velan por el adecuado desenvolvimiento del procedimiento, que se manifiestan desde su inicio y en cada una de las etapas procesales, con mayor auge en el procedimiento ordinario de mayor cuantía, y además en diversos procedimientos especiales, junto con la normativa que el Código de Procedimiento Civil entrega en las disposiciones comunes a todo procedimiento, que pueden ser entendidos como lo que en doctrina se entiende como un despacho saneador y delimitador de la litis impropio.^[73] Esto último, sin duda escapa a otras materias, pero denota sí un punto común con el tema que se desarrolla precedentemente, en específico con buscar la eficiencia en los procesos judiciales, lo cual involucra un esfuerzo a nivel país en que el legislativo no puede claudicar.

Conclusiones: Imperativo legislativo y consideraciones prácticas.

Nuestra legislación procesal permite una situación extremadamente compleja, cual es la intervención de terceristas en el proceso de ejecución, no presentándose hasta la fecha una regulación completa y acabada de la misma. Al no existir un pronunciamiento legal sobre la naturaleza jurídica de tal instituto, se han suscitado confusiones y divergencias que independientemente de existir en la doctrina, repercuten en nuestra práctica forense. Si tales discrepancias se plantean en forma tangencial, con una visión mezquina y sin espacio a reflexiones proyectivas, caeremos en la errada y falible idea consistente en que si se postula que la sentencia que recae sobre ella es definitiva, la naturaleza de tal intervención sería necesariamente la de un juicio totalmente independiente, entre otros tópicos particulares discrepantes. Pensar así, derechamente es inadecuado y poco oficioso.

Existen ciertos procedimientos que debido a su importancia o a su estructura, requieren de una especial atención. Por ello, es necesario reconocer la especialidad y dificultad del escenario en que se plantean las injerencias en juicio que nos convocan y deducir que, a raíz de su complejidad, nace un tratamiento diverso al común de tales intervenciones, siendo en consecuencia *cuestiones incidentales generadas por terceros interesados, de especial medicación*; lo que explica, entre otras cosas, la naturaleza definitiva de las resoluciones que se pronuncian sobre las mismas.

Lamentablemente el cometido jurisprudencial en referencia a la temática planteada, no ha sido uniforme. La exigibilidad de estabilidad a nivel de la jurisprudencia, no significa negar que puedan cambiar algunos criterios de decisión, según lo soliciten las necesidades sociales. Pero en el caso propuesto, la única necesidad social es el respeto por la certidumbre que todo sujeto merece, tanto en el sentido de previsión y cálculo en las relaciones jurídicas.

Para lograr tal objetivo, instamos al legislador a establecer expresamente qué es lo que ha de entenderse por cuestiones incidentales e incidentes, además de consignar en forma expresa la naturaleza de la institución en comento, agregando junto a ello, disposiciones consecuentes a la importancia que nuestra propia legislación reconoce a la intervención de terceristas en el juicio ejecutivo, determinando la calidad de la resolución que se pronuncia sobre ella –como lo establece la Ley de Enjuiciamiento Civil Española 2000, en su artículo 603, al referirse a la tercería de dominio– su forma de notificación, entre otros puntos relevantes.

Por otra parte, debe regularse con mayor detención la llamada tercería de posesión, ya que a pesar que la reforma introducida por la Ley N° 18.705 del 24 de mayo de 1988 la incorporó a nuestra legislación, se omitió establecer su naturaleza jurídica, cuestión que había sido planteada por el proyecto del Instituto Chileno de Derecho Procesal y que finalmente el proyecto del Ejecutivo no acogió en su integridad, por lo que todavía existen confusiones y alcances en torno a ella.

En nuestro medio, tanto doctrinario como legislativo, debe existir un reconocimiento de la figura de los juicios accesorios, la cual es profundizada en otras legislaciones, por cuanto, como vimos, estos no tienen la misma significación que un juicio totalmente independiente. Las tercerías cuyo análisis hemos desarrollado, son juicios que se generan dentro de un procedimiento, por tanto, mantienen su carácter accesorio, tanto en forma sustancial como formal, como puede apreciarse, por ejemplo, en el tema del mandato conferido en el juicio ejecutivo, conservando los mandatarios de él, sus facultades para intervenir en la tercería, representando a sus poderdantes. Empero, la cuestión no es tan sencilla, ya que existen algunos efectos que pueden producir confusión, como la procedencia de la declaración del

abandono del procedimiento en las tercerías, ya que sólo con respecto a este tópico adquieren una apariencia de autonomía, pero por una cuestión de “protección de la ejecución misma”, ya que no podemos olvidar que el legislador ha considerado al juicio ejecutivo como un proceso rápido y eficaz, el cual con el acceso de un tercero se ve quebrantado, siendo necesario que para efectos de gestiones útiles, cada uno de estos juicios conserve una cuasi-autonomía, lo cual no significa en ningún caso, negar su carácter accesorio.

En nuestra legislación existen cuestiones accesorias diversas a los llamados incidentes propiamente tales. Tales cuestiones, por su naturaleza específica, son tratadas en forma diferente y separada por el legislador, como por ejemplo acontece con las tercerías del proceso de ejecución, las cuales son de amplio uso en nuestra práctica jurídica.

Las tercerías del juicio ejecutivo, si bien son juicios que tienen una cierta autonomía en su tramitación, no pueden entenderse como absolutamente independientes del juicio ejecutivo en el “que inciden”, ya que por ejemplo en la de dominio, la providencia recaída en la demanda no puede notificarse en forma personal. (La tercería considerada sólo en si misma es independiente de la ejecución;[\[74\]](#) pero naturalmente no se puede desconocer que ella nace de un embargo practicado en una ejecución, siendo su carácter accesorio intrínseco y propio a su nacimiento y condescendiente con su extinción como tal). La notificación se realizará por cédula, ya que ejecutante y ejecutado ya han sido emplazados con antelación en la causa principal así como para todas las cuestiones accesorias o incidencias que tengan lugar. Como la tercería es una cuestión de esta última naturaleza, respecto del ejecutante y ejecutado (que en ella son demandados) no constituye una primera gestión en relación al juicio ejecutivo, teniendo en cuenta que lo de primera gestión es en consideración a la figura de los demandados. Además, el poder conferido por las partes a sus apoderados en el juicio principal, es válido, no siendo necesario constituir uno nuevo, por lo que la notificación de la demanda de tercería puede realizarse válidamente a estos últimos.

Por lo anterior, consideramos peligroso el término “independiente”, ya que podría llevar a negar el carácter accesorio de las tercerías con respecto al proceso de ejecución. Es

necesario empezar a introducir con urgencia en nuestro medio el concepto del “juicio o procedimiento accesorio”, que revela su verdadera naturaleza.

No podemos negar, en consecuencia, el carácter accesorio de estos institutos procesales, el cual se desprende del encabezado del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, donde tienen su origen, dándosele a las tercerías de pago, prelación y posesión una tramitación de incidente (no siendo por ello propiamente incidentes en el sentido que el Código le da a la palabra), producto del quebrantamiento que producen en la actividad ejecutiva del ejecutante; y a su vez una tramitación de juicio ordinario, sin escritos de réplica y dúplica para la de dominio, como una suerte de procedimiento especial, determinado por la ley, ya que tal derecho involucra una declaración del tribunal que necesita de un procedimiento acorde con ello. El hecho de que el mismo Código señale que se omitirán los trámites de réplica y dúplica es un indicio del carácter accesorio de tales institutos procesales, que “sobrevienen” en una ejecución, formando un juicio dependiente del ejecutivo, naciendo de éste, por lo que no pueden continuar como tales (es decir, como tercerías), si desaparece la ejecución en donde se ha realizado el embargo de bienes.

Por otra parte, la falta de pronunciamiento legal sobre la naturaleza procesal de las tercerías es un atentado contra la seguridad jurídica por dos razones muy simples. Primero, si hay dualidad de posiciones a nivel doctrinario, lógicamente existirá división en el pronunciamiento judicial, ya que es cosa de revisar históricamente la jurisprudencia de los tribunales para darse cuenta que el tratamiento de este instituto ha sido totalmente diverso y contradictorio. Ello sin entrar en detalles puesto que para algunos, la tercería de dominio es un juicio independiente y las de pago, prelación y posesión incidentes, mientras que, para otros, todas son juicios independientes, salvo la de posesión. En segundo lugar, pese a existir certeza sobre el conocimiento y aplicación de las normas relativas al juicio ejecutivo, estamos en presencia de una laguna presente en una institución propia del derecho procesal, y en nuestra opinión, el concepto de seguridad, al hablarse de normas procesales, abarca un tercer elemento, cual es la certeza de la cobertura de las normas; es decir, la capacidad de un ordenamiento jurídico de otorgar una efectiva y completa forma de tramitación para la resolución de los litigios. Este elemento que exigimos tiene su justificación, ya que no hablamos de una laguna presente en un precepto de derecho sustantivo, sino que nada

menos que en una "institución procesal", y la eficiencia es el único camino para que el legislador pueda ir garantizando protección a la población.

A nuestro juicio, es una irresponsabilidad tratar de enmarcarse o ser partidario de alguna u otra posición, sin estudiar seriamente la materia, o por lo menos, leer alguno que otro texto que no sea un puro manual que nos señale sin mayores argumentos una posición. Es quizás ésta una materia que plasma el didactismo propio del derecho; del ir buscando el sentido y alcance de las normas, como en lo relativo a la "naturaleza" de una institución. Para poder realizar esta travesía, fue necesario acopiar argumentos, historia de las instituciones, etimología, y sobre todo el contexto jurídico en que tienen lugar. Así, por ejemplo, nuestro Código de Procedimiento Civil no define lo que se debe entender por incidentes, haciendo sólo remisión a un procedimiento incidental, por lo que el significado de aquel término, va a depender de lo que plasme aquél procedimiento, produciéndose una dualidad de significados, por cuanto deberíamos distinguir entre los incidentes propiamente tales (a los que se refiere el Código, siendo ordinarios y especiales) y demás cuestiones accesorias que no son "incidentes" en lo que nuestra legislación entiende por tal. Estas demás cuestiones son etimológicamente incidentes, ya que tal término significa toda cuestión accesoria que sobreviene en el marco de una principal, empero si la consideramos como incidente de los que el Código plantea, habrán muchas cosas que no encajarán.

Lo que deseamos dejar a entrever es la existencia de una necesidad, independientemente de la posición doctrinaria que tengamos. Dicha necesidad radica en plasmar en la letra de la ley una decisión, es decir, una de las posturas con respecto a la naturaleza de estos institutos procesales. Por cierto, nos gustaría que se adoptara la postura que sustentamos, pero el bien primordial es la seguridad de los litigantes ante la legislación que regula sus prerrogativas.

Hablamos de certeza, puesto que aquí se trata de una institución procedimental y el derecho procesal está hecho, en definitiva, para amparar la primera tarea que se exige al derecho, cual es la seguridad jurídica, para poder estar a salvo dentro de la comunidad. [\[75\]](#) Empero, ¿qué ocurre cuando nos encontramos con una laguna normativa que dice relación con la esencia de una institución procesal? Naturalmente, la exigibilidad de seguridad jurídica, a

nuestro juicio, adquiere niveles de didactismo insuperables, puesto que el vacío motivo de análisis afecta la práctica o desarrollo de los litigantes en el proceso mismo.

El caos o dispersión jurisprudencial en nuestro sistema, “ha estado presente más allá de lo deseable, comprometiendo en muchas ocasiones el valor de la seguridad jurídica y actuando como aliciente para la litigiosidad temeraria”.^[76] El derecho procesal es un derecho instrumental, por cuanto es la herramienta dispuesta para la ejecución del derecho substancial, estando al servicio de la seguridad jurídica.^[77] Si hablamos de una laguna normativa sobre una institución propia del derecho procesal, este derecho, respecto de los casos en que se ve involucrado aquél instituto, no estaría respondiendo a los ideales de seguridad jurídica como fin propio del derecho. En definitiva, debemos prestar mucha atención a este servicio que el derecho procesal presta como garante de la certeza jurídica.

En efecto, es nuestro deseo –por estimar que es la posición correcta– que el legislador adopte el criterio expuesto a lo largo del presente escrito. Pero, abstrayéndonos un momento del fondo del asunto, postulamos como fin primordial y necesario una decisión del legislador, en orden a establecer definitivamente cuál es la naturaleza jurídico-procesal de las tercerías, siguiendo el ejemplo de legislaciones que establecen una postura clara, como lo hiciera en su momento la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, que en su artículo 1534 inciso 1º prescribió: “*Las demandas de tercerías no suspenderán el curso del juicio ejecutivo del que sean incidencias*”.^[78] En nuestro contexto actual, en el mismo sentido, podemos citar el artículo 518 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de la República de Cuba, que establece: “*Las demandas de tercería no suspenderán el curso del proceso de ejecución del que sean incidencias (...)*”, y el artículo 503 del Código de Procedimiento Civil de Ecuador que prescribe: “*La tercería, de cualquier clase que sea, ora se proponga en el juicio ordinario, ora en el ejecutivo, es siempre un incidente (...)*”.

En consecuencia, apelamos por la eficiencia como criterio de formulación de propuestas normativas de resolución de conflictos.^[79] El mayor progreso del derecho trae como resultado el resguardo del valor seguridad jurídica; siendo un ideal que el legislador dé solución a dichos vacíos normativos, o de algún modo, pueda colaborar en atenuar sus

efectos. Hacia el mismo camino puede dirigirse el pronunciamiento de juristas, careciendo lógicamente de la fuerza coercitiva que presenta la solución legal. Además, debemos incentivar la economía procesal, dejando de lado recursos y acciones que pueden interponerse sólo por no haber claridad con respecto a la norma exigible para el trato de los sujetos en una situación jurídica determinada.

La razón de ser del litisconsorcio necesario (fenómeno en este caso, de carácter procesal, pasivo y que se produce por la demanda del tercerista que debe dirigirse en contra del ejecutante y ejecutado), radica en que las resoluciones judiciales se extiendan a la mayor cantidad de personas que tengan un interés directo en sus resultados, evitando así una sucesión de juicios sobre idéntica temática que hacen aún más tediosa la labor de los tribunales. Por otro lado, las tercerías dentro del proceso de ejecución, se justifican por las consecuencias que puede revestir la actividad ejecutiva en los terceros, quienes se ven perjudicados por aquella. Empero, esta intervención no puede llegar a buen término si la institución en comento no es regulada eficientemente, puesto que se seguirán afectando otros tópicos que sin lugar a dudas dificultarán la labor de los jueces, recargándola en forma inútil.

Las deficiencias en materia de tercerías han estado presentes por muchas décadas sin que el legislador nacional las atienda y resuelva.[\[80\]](#) Hasta hoy, nuestro legislador sólo se ha motivado para resolver algunos temas, pero se ha comportado renuente para resolver discusiones que se han eternizado en nuestra práctica forense. Por tanto, es un imperativo social y jurídico que éste actúe con prontitud, resolviendo estas temáticas, dada la incertidumbre que existe actualmente sobre la materia, pronunciándose al respecto y reglamentando las diversas cuestiones que se vienen presentando, donde no se ha logrado obtener uniformidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Como corolario final, abogamos por la seguridad en las relaciones jurídicas, la cual supone “la creación de un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse, que pretenda eliminar el miedo y favorecer un clima de confianza en las relaciones sociales, entre los seres humanos que intervienen y hacen posibles esas relaciones”.[\[81\]](#) Empero, por desgracia, en nuestro país no existen mecanismos eficientes para poder atenuar los efectos indeseados causados

por las distintas interpretaciones que la jurisprudencia puede realizar con respecto a una determinada institución jurídica. Así, el fenómeno de la jurisprudencia contradictoria permanece latente afectando la seguridad de los sujetos procesales –lo que ha quedado de manifiesto respecto de la institución analizada a lo largo de este escrito– siendo la *iniciativa legal o impulso legislativo* el recurso necesario a utilizar, que venga en resguardar la certeza que todos los sujetos merecen y esperan en su desenvolvimiento dentro de nuestro orden procesal civil.

Citas:

[1] Véase ROMERO SEGUEL, Alejandro. *Hoy existe jurisprudencia para todos los gustos* /en/ La Semana Jurídica, año 3, n° 123, semana del 17 al 23 de marzo de 2003, p. 2.

[2] *Idem*, p. 2.

[3] PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *La introducción del “precedente”. Un cambio revolucionario en nuestra cultura jurídica* /en/ Revista de Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 4 (2006), n° 1, p. 190.

[4] *Idem*, p. 190.

[5] SQUELLA NARDUCCI, Agustín. *Introducción al derecho*. 1ª edición reimpressa. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 477.

[6] MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2001, p. 15.

[7] Véase DEL VECHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*. 9ª edición española, corregida y aumentada. Barcelona: Bosh, 1990, pp. 369-370.

[8] Véase SQUELLA NARDUCCI., *ob. cit.*, p. 477.

[9] Véase SPOTA, Alberto G. *El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*. 1ª edición, 2ª reimpresión. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 31.

[10] Véase ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. *Los principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, p. 103.

[11] “El pensamiento, la filosofía, la ciencia, el trabajo intelectual (y manual) proceden no tanto del ocio o la contemplación, del entretenimiento o la amable diversión, sino –como diría alguno de nuestros clásicos–, de la lucha contra la alienación, por la apertura esforzada de cada vez más espacios de libertad. El conocimiento no es neutro: implica y exige libertad, y desde ahí esos otros valores y condiciones reales de universal efectividad. Pero la libertad es y ha sido una conquista: también del trabajo intelectual. En definitiva, el sentido y la justificación del conocimiento, de las ciencias y la filosofía es precisamente el de potenciar en todos los seres humanos (su) liberación frente a esas fuerzas incontroladas de la naturaleza y de la sociedad. (DÍAZ, E. *Problemas y razones de la filosofía del derecho* /en/ (ID) Curso de filosofía del derecho. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 178).

[12] BALLESTEROS, J. y DE LUCAS, J. *Por una enseñanza del derecho no reduccionista: Vías de superación de la escisión entre teoría y praxis* /en/ RFDUC, nº 5 monográfico, sobre la Filosofía y la enseñanza del Derecho, 1982, pp. 73-84.

[13] Idem, p. 72.

[14] PEREZ LUÑO, A. E. *La filosofía del derecho y la formación de los juristas* /en/ Sistema, nº 49, 1982, p. 90.

[15] Sentencia de la Corte Suprema del 29 de abril de 1982 sobre intervención de terceros en el juicio ejecutivo /en/ Revista Fallos del Mes, nº 281 (1982), p. 78.

[16] Véase SPOTA, Alberto G., ob. cit., p. 47.

[17] Véase DELGADO BARRIO, Javier; VIGO, Rodolfo L. *Sobre los principios jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1997, p. 16.

[18] Véase DE ASIS ROIG, Rafael. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento jurídico*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995, p. 246.

[19] POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1950, Traducción y estudio preliminar de José Luís Brutau, p. 20.

[20] Véase SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia en EE.UU. y Argentina* /en/ Revista de Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 4, nº 1, 2006, pp. 19-20.

[21] ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. *La fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna?* /en/ Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral (Valdivia) (online), diciembre de 2003, volumen 15, pp. 9-35. Disponible en: <http://www.scielo.cl>. Fecha de última consulta: 12-01-08.

[22] LEGARRE DE LUSARRETA, Santiago y RIVERA, Julio César. *Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”* /en/ Revista Chilena de Derecho (online), abril de 2006, volumen 33, nº 1, pp. 109-124. Disponible en: <http://www.scielo.cl>. Fecha de última consulta: 12-01-08.

[23] Véase DE ASIS ROIG, Rafael., ob. cit., p. 246.

[24] ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva procesal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 14.

[25] Idem, pp. 110-111.

[26] La seguridad jurídica es “la garantía que representa la organización estatal en orden al mantenimiento del derecho y a la consiguiente protección del individuo.” (PINA, Rafael y LARRAÑAGA, José. *Diccionario Jurídico*. México D.F: Porrúa, 1978, p. 347). Sobre los principios y valores jurídicos puede verse SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. *El Derecho en la aventura europea de la libertad*. Madrid: Ed. Reus, 1987.

[27] Véase DELOS, José T. *Los fines del derecho: bien común, seguridad y justicia*. México D.F: Editorial Imprenta Universitaria, 1975, p. 47. José Delos no sólo considera a la seguridad jurídica en una concepción objetiva, sino que también la plantea desde una dimensión subjetiva, como la convicción que una persona goza no será modificada por la violencia, por una acción contraria a las reglas y a los principios que rigen la vida social. (Idem, p. 48).

[28] SPOTA, Alberto G., ob. cit., p. 30.

[29] MILLAS JIMÉNEZ, Jorge. *Filosofía del derecho*. Santiago: Editorial Universitaria, 1961, p. 253. En el mismo sentido véase MUNITA ROJAS, Enrique. *a noción de seguridad jurídica en el pensamiento de Jorge Millas* /en/ Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, n° 190, 1991, p. 127.

[30] SOLARI ALLIENDE, Enzo. *Sobre la seguridad jurídica* /en/ Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, n° 11, 1993, pp. 153-154.

[31] PAOLINELLI MONTI, Italo. *Derecho, seguridad jurídica y justicia* /en/ Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, n° 39, 1994, p. 501.

[32] MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica. *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 26.

[33] PAOLINELLI MONTI, Italo., ob. cit., p. 502.

[34] Idem, p. 502.

[35] Véase BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Derecho procesal*. Volumen II. México D.F: Cárdenas editor, 1969, p. 90.

[36] Con respecto al ejercicio de acciones, quizás es uno de los puntos prácticos en donde se puede apreciar con mayor didactismo las consecuencias de la falta de seguridad jurídica.

Theodor Geiger describe a la seguridad jurídica en dos aspectos; primero como seguridad de orientación o certeza del ordenamiento y, en segundo lugar, como seguridad de realización y confianza del ordenamiento. El primero de tales aspectos dice relación con el “saber a qué atenerse”, señalando tal autor que ello significa que una persona sabe qué tipo de acción esperan o no esperan de ella los otros y sabe además qué conducta ha de esperar o no de los demás. La persona sabe claramente qué tipos de acciones y en qué situaciones por su parte y por parte de los otros, están libres de riesgo en un sentido absolutamente definido, a saber, libres de riesgo de arrastrar tras de sí los inconvenientes sociales del tipo denominado “reacción pública”. En efecto, si las leyes son imprecisas, complicadas, rápidamente cambiantes; si las competencias de los órganos de la administración no están claramente circunscritas y la práctica de los tribunales es variable, una persona se encuentra en la inseguridad de orientación: no sabe con qué conducta caerá en la zona de riesgo social”.(Véase GEIGER, Theodor. *Estudios de sociología del derecho*. México D.F: Fondo de cultura Económica, 1983, pp. 91-93).

[37] RECASENS SICHES, Luís citado por LORENZINI CORREA, Jaime. *La seguridad jurídica dentro de una concepción espiritualista*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1958.

[38] OLLERO TASSARA, Andrés. *¿Tiene razón el derecho?* Madrid: Congreso de los Diputados, 1996, p. 480.

[39] PÉREZ LUNO, A. E. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991, p. 102.

[40] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, citado por VIDAL GIL, Ernesto J. *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*. Valencia: Publ. Universitat de València. Monografía, 1999, p 55.

[41] Idem, p 55.

[42] PAOLINELLI MONTI, Italo., ob. cit., p. 505.

[43] Idem, p. 507.

[44] Véase PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. *Sobre la relevancia de la justicia constitucional* /en/ Gómez, G. (edit) *La jurisdicción constitucional ante la reforma*. Santiago: Cuadernos de análisis jurídico, Universidad Diego Portales, 1999, p. 15. En el mismo sentido véase BORDALI SALAMANCA, Andrés. *El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades: Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional* /en/ *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral (Valdivia)* (online), julio de 2005, volumen 18, n° 1, pp. 89-117. Disponible en: <http://www.http/www.scielo.cl>. Fecha de última consulta: 12-01-08.

[45] ROMERO SEGUEL, Alejandro. *Hoy existe jurisprudencia...* cit., p. 2.

[46] La seguridad es uno de los fundamentos del derecho, por lo que la idea de conservación social esta presente en él. Empero, paralelamente a la idea de conservación, se aprecia el progreso social que involucra un principio de carácter dinámico, cual es el de solidaridad, que se contrapone al principio de la seguridad jurídica que es de carácter estático. “Las ideas de progreso o mejoramiento social y de solidaridad constituyen un límite a la inmutabilidad del Derecho. La seguridad jurídica no es un principio absoluto pues coexiste con otros principios constitucionales con los que ha de hacerse compatible. Y podrá, en consecuencia, restringirse generando una incertidumbre jurídica -una inseguridad- que habrá de soportarse con innovaciones y cambios normativos en la medida en que el progreso político, económico y social así lo exija y en tanto no quiebre la paz social. Es decir, entre la seguridad y la permanencia del Derecho y la inseguridad jurídica y el progreso social debe estarse a favor de lo segundo (recordemos el art. 1.1 de nuestra Constitución :”*España se constituye en un estado social ...*”), pero esos cambios normativos deben articularse garantizando el principio de legalidad (Artículo 1.1 CE también “...estado social y democrático *de Derecho...*”, art. 9 CE...) y reparando, en su caso, los perjuicios que esas innovaciones normativas en pos del progreso social y de la solidaridad ocasionen en las situaciones jurídicas subjetivas de los particulares. Debe haber por tanto una justificación suficiente que obligue a soportar esa inseguridad jurídica y ésta deberá soportarse sólo en tanto no quiebre la paz social. (GONZÁLEZFERNÁNDEZ, Juan José. *Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en el derecho administrativo* /en/ *Noticias Jurídicas* (online), abril de

2005. Disponible en: <http://www.noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200504-3555121421051720.html> Fecha de última consulta: 12-01-08.

En este sentido, el caso de que hoy tratamos no refleja aquello, por cuanto apelamos por que el legislador complemente la legislación referente a las tercerías del juicio ejecutivo, ingresando una disposición expresa que señale cual es su naturaleza jurídico procesal, por lo que no se estaría modificando una norma anterior que altere su naturaleza jurídica, sino que afirmando aquella naturaleza en la letra de la ley, en post de los valores de la certeza jurídica y de la igualdad de los sujetos dentro de un proceso judicial.

[47] Véase QUINTANA BRAVO, Fernando. *Prudencia y justicia en la aplicación del derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 229-232.

[48] Véase MOSQUERA RUÍZ, Mario. *Seguridad jurídica y derecho procesal* /en/ Revista de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, n° 13, 1986, p. 7.

[49] ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La jurisprudencia...* cit., p. 14.

[50] Véase MOSQUERA RUÍZ, Mario., ob. cit., p. 7.

[51] MOSQUERA RUÍZ, Mario., ob. cit., p. 11.

[52] RODRÍGUEZ GARCÉS, Sergio. *Tratado de las tercerías*, tomo I. 2ª edición. Concepción: Librotec Ltda. Editores, 1967, p. 43.

[53] MOSQUERA RUÍZ, Mario., ob. cit., p. 14.

[54] URÍZAR HERNÁNDEZ, Carmen. *Seguridad jurídica como factor del desarrollo económico* /en/ II Congreso Centroamericano de Estudiantes de Derecho, realizado en Antigua, Guatemala, el 28 de agosto de 1999, p. 4. Carmen Urizar Hernández es directora del área económica del Centro de Investigaciones Económicas Nacionales (CIEN) y Directora del Departamento de Economía, Facultad de Ciencias Económicas de la

Universidad Francisco Marroquín (UFM) Disponible en: <http://www.seguridad-juridica.com.ar/Publicaciones/AmLatina/SJ%20&%20Desarr-Guatemala.pdf> Fecha última consulta: 12-01-08.

[55] Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta número cinco (5), a los diez y nueve (19) días del mes de febrero, de mil novecientos noventa y ocho (1998); magistrado ponente: Jorge Arango Mejías; actor: Luis Eduardo Montoya Medina; miembros de la Corte Constitucional: Antonio Barrera Carbonell (Presidente), Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Carlos Gavaria Díaz, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Favio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa (Magistrados), Martha Victoria Sáchica de Moncaleano (Secretaria General); Esta sentencia se encuentra disponible en: Disponible en: http://www.casadelabogado-asf.org/article.php?id_article=269 Fecha última consulta: 12-01-08.

Con respecto al principio de la economía procesal, existe un informe referente a una Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia antes referida), en el cual, se establecen algunas reflexiones sobre el saneamiento de las nulidades procesales relacionadas con el principio de la economía procesal. “De conformidad con el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, uno de los deberes del juez, el primero, consiste en dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran.

El principio de la economía procesal consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia.

Precisamente por el principio de la economía procesal, se explican algunas normas del Código de Procedimiento Civil. Está, en primer lugar, el numeral 2 del artículo 38, que confiere poder al juez para “Rechazar cualquiera solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta”. Viene luego la obligación impuesta al juez, cuando inadmite la demanda, de señalar los defectos de que adolezca, para que el

demandante los subsane en el término de cinco días (inciso noveno del artículo 85). Con la misma finalidad, de evitar vicios de procedimiento, el artículo 86 ordena al juez admitir la demanda “que reúna los requisitos legales”, dándole el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada.

También tienen la finalidad de evitar nulidades procesales (y, por lo mismo, dilaciones injustificadas del proceso) todas las excepciones previas cuyas causales establece el artículo 97 del Código.

Por último (para no citar otras normas), puede mencionarse el deber que el Código impone al juez que conduce el proceso ordinario de mayor cuantía, de “decretar las medidas autorizadas para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario, evitar que el proceso concluya con sentencia inhibitoria y prevenir cualquier tentativa de fraude procesal” (Artículo 401). Obsérvese que el deber se manifiesta en dos sentidos: no sólo sanear los vicios de procedimiento sino precaverlos. Todo, se repite, como consecuencia del principio de la economía procesal.

Otra consecuencia de la aplicación de este principio, es la institución del saneamiento de las nulidades. En el Código, ésta se funda en la consideración de que el acto, aun siendo nulo, cumplió su finalidad. Que, en consecuencia, no se violó el derecho de defensa. Carnelutti explica así el saneamiento o la convalidación de los actos procesales nulos.

Puede suceder también que el efecto práctico del acto, tal como se produce en concreto, sin necesidad alguna de rectificación, demuestre que la nulidad sería una consecuencia excesiva, aun cuando el vicio sea esencial. El caso típico es el del demandado que comparece puntualmente en juicio, aun siendo nula la notificación que se le ha hecho de la demanda; como quiera que la nulidad de ésta se prescribe en previsión de que la notificación no sirva para provocar la comparencia, resulta que el evento desmiente la previsión.

“También aquí se comprende que, pese al vicio esencial, el acto haya de ser convalidado; pero la convalidación se explica por la comprobación de su inocuidad y no por la eliminación del vicio. El hecho que demuestra la inocuidad, consiste en que al acto viciado

siga la conducta para cuya determinación ha sido realizado...” (“Sistema de Derecho Procesal Civil”, tomo III, pág. 564, número 551, edic, UTEHA, Buenos Aires, 1944).

En virtud de la economía procesal, el saneamiento de la nulidad, en general, consigue la conservación del proceso a pesar de haberse incurrido en determinado vicio, señalado como causal de nulidad.

De otra parte, así como el legislador está facultado, al dictar los códigos de procedimiento, para establecer las causales de nulidad, también lo está para definir cuáles son las nulidades saneables y cuáles son las insaneables. Siempre y cuando, naturalmente, el saneamiento de la nulidad no implique el quebrantamiento de la Constitución, como acontecía con el numeral 6 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte declaró inexecutable en sentencia C-407 de 1997, porque traía consigo una violación ostensible del debido proceso y del principio de la igualdad.

Análogas razones, todas relacionadas con la economía procesal, explican el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, lo mismo que los artículos 148, último inciso, 152, también último inciso, y el inciso final del artículo 159”. (II parte intitulada Consideraciones de la Corte Constitucional, tercera consideración denominada “algunas reflexiones sobre el saneamiento de las nulidades procesales: su relación con el principio de la economía procesal”, del Informe de Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta número cinco (5), a los diez y nueve (19) días del mes de febrero, de mil novecientos noventa y ocho (1998); magistrado ponente: Jorge Arango Mejías; actor: Luis Eduardo Montoya Medina; miembros de la Corte Constitucional: Antonio Barrera Carbonell (Presidente), Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Carlos Gaviria Díaz, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Favio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa (Magistrados), Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano (Secretaria General); Informe disponible en: Disponible en: http://www.casadelabogado-asf.org/article.php?id_article=269 Fecha última consulta: 12-01-08).

[56] Esto último se relaciona con el tema del abuso del derecho, que en materia procesal es definido por Couture como la forma excesiva y vejatoria de acción u omisión de parte de

quien, so pretexto de ejercer un derecho procesal, causa perjuicio al adversario, sin que ello sea requerido por las necesidades de la defensa. (COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo Juan, citado por COLOMBO, Eric Héctor. *Abuso del derecho en el ámbito del derecho procesal* /en/ IX Congreso Nacional de Derecho Procesal. La Plata 1981. Tomo II. La Plata: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional la Plata, 1981, p. 188).

Sobre el abuso del derecho procesal puede consultarse a CONDORELLI, Epifanio J.L., *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

[57] Así ocurre por ejemplo con las exigencias y sanciones para quien haya promovido y perdido dos o más incidentes en un juicio, de acuerdo al artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, siendo el nivel de sanción mayor si la interposición se realiza con mala fe.

[58] Como bien lo destaca José Luís Diez, el tema del abuso del derecho que configura la anormalidad como requisito del daño indemnizable, puede presentarse en el plano sustantivo o adjetivo del derecho, es decir, también podemos presenciar daños a los individuos, producto del uso inadecuado y abusivo de instituciones propias del Derecho Procesal, mediando dolo o culpa y que configuran el llamado “abuso del derecho procesal” (Véase DIEZ SCHWERTER, José Luís. *El daño extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 43).

[59] Así, por ejemplo, la ineficiencia de la actividad de persecución penal por parte del Ministerio Público, es seguida por la declaración de sobreseimiento definitivo por parte del juez de garantía. Luego de que vence el plazo de investigación en un procedimiento penal, el fiscal tiene básicamente tres alternativas, de acuerdo al artículo 248 del Código Procesal Penal, cuales son: solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, comunicar la decisión del Ministerio público de no perseverar en el procedimiento por falta de antecedentes suficientes para sustentar una acusación, o bien, formular acusación en contra de el, alguno, o todos los imputados que fueron formalizados en aquella investigación por reunir antecedentes para sustentarla. Si el fiscal no declara cerrada la investigación en el plazo legal o judicial fijado, el imputado o el querellante podrán solicitar al juez que

aperciba al fiscal para que proceda a tal cierre, para lo cual el juez debe citar a los intervinientes a una audiencia para resolver esta petición. Si el fiscal no comparece a la audiencia señalada, o compareciendo se niega a declarar cerrada la investigación, el juez debe decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, resolución que es apelable. En este caso podemos ver que el legislador, ante una actitud ineficaz e irresponsable del Ministerio Público, opta por el sobreseimiento definitivo de la causa, en base a criterios de eficiencia en la etapa de investigación, lo que lógicamente también obedece en materia penal a un resguardo de los intereses del imputado, por los efectos criminológicos propios de un proceso de estas características y además por una manifestación del principio de inocencia que rige nuestro nuevo sistema de persecución penal.

Esta eficacia a la que venimos aludiendo ha servido para fundamentar la improcedencia en nuestro sistema de la comunicación del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, puesto que si bien esta última decisión deja sin efecto la formalización de la investigación, da lugar a la revocación judicial de las medidas cautelares decretadas y se reanuda el término de la prescripción de la acción penal como si nunca se hubiese interrumpido, el Código no fue claro en señalar si el órgano de persecución penal pública puede volver a reabrir la investigación en este caso. Así se ha señalado por algunos que al dejarse sin efecto la formalización de la investigación, podría llegar a formularse una nueva por los mismos hechos, o que no ha corrido el plazo absoluto de cierre de la investigación del delito pudiendo existir un nuevo plazo para investigar y que podría volver a interrumpirse la prescripción de la acción penal en el caso de no haber transcurrido totalmente aquel plazo (Ella es la posición de la Fiscalía Nacional del ministerio público, de acuerdo a Instructivo N° 52 de 20 de marzo de 2001). Pero lo anterior se puede atacar mediante el argumento de la sanción a la falta de eficacia en materia de investigación en el proceso penal, que forma parte de la dinámica del Código. Por ello se ha sostenido que “diversas normas dan cuenta de la voluntad drástica del legislador de poner término al procedimiento en caso de inactividad o falta de eficacia del Ministerio Público en sus tareas de persecución penal. Así, estableció el plazo de dos años para el cierre de la investigación y anudo, a falta de manifestación clara del fiscal en orden a cerrarla o a acusar en un lapso determinado, la consecuencia del sobreseimiento definitivo de la causa. También, eliminó la tradicional causal de sobreseimiento temporal basada en la insuficiencia de antecedentes

para formular acusación. De modo que esta norma (la que se refiere a la comunicación de la decisión del ministerio Público de no perseverar en el procedimiento) resulta completamente extraña en su formulación y en sus efectos a la lógica de instituciones análogas del Código y deja al imputado a merced de actuaciones unilaterales del Ministerio Público. La única interpretación posible, en consecuencia, es entender que producidos los efectos de esta incomunicación del ministerio público, sigue corriendo el plazo de prescripción del respectivo delito, pudiendo solicitarse el sobreseimiento definitivo de la causa una vez que haya transcurrido totalmente el mismo”. (HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Reimpresión de la 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 587). En consecuencia, por lo dicho anteriormente y por argumentos tanto constitucionales así como de garantías procesales-penales básicas para el imputado, no debería existir una salida intermedia entre la acusación y el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa. Si el Ministerio Público no encontró antecedentes para formular acusación, en base a toda la lógica establecida en el Código, debería declararse por el juez el sobreseimiento de la misma, más todavía cuando el legislador no contempló una hipótesis expresa de reapertura de la investigación cuando se comunica la decisión de no perseverar en el procedimiento, lo que no sólo atenta contra las garantías establecidas para el imputado, como son la presunción de inocencia y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, sino que constituye un camino que pondría al individuo en una situación de aflicción innecesaria al estar a merced de una eventual reapertura de la investigación mediante una actividad unilateral del órgano de persecución penal pública, generándose hoy en los hechos, mediante la implementación de este instituto, una hipótesis de incerteza jurídica inaceptable.

[60] Resolución del Servicio de Salud de Las Palmas de Gran Canaria, España del 12 de julio de 2002 sobre la conservación de actos derivados de las pruebas selectivas para la cobertura de plazas básicas vacantes de Facultativo Especialista de área convocadas por Resolución de 11 de marzo de 1999, de la Gerencia de Servicios Sanitarios de Lanzarote /en/ Boletín oficial de Canarias número 100, miércoles 24 de julio de 2002 disponible en: <http://www.gobcan.es/boc/anexos/2002/100/00026-00027.pdf> Fecha última consulta: 12-01-08.

[61] Con respecto a la contradicción constitucional, por parte de los Tribunales de Justicia como órganos del Estado, se ha señalado que “concebir a los tribunales como un depósito de la legitimidad distinta a la legitimidad cristalizada en la Constitución; suponer que existen valores jurídicos nuevos y pujantes, encarnados por los Jueces que deben hacerse operativos frente a los valores viejos y caducos de la norma escrita, no sólo constituye un inmenso fraude a la misma idea de Constitución y soberanía popular, sino que además representa un notable peligro para la existencia del Estado de Derecho. (PRIETO SANCHIS, L. citado por VIDAL GIL, Ernesto J., ob. cit., pp. 64-65).

[62] RIVERA NEUMANN, Teodoro. *Reformas constitucionales relativas a la nacionalidad y a la ciudadanía* /en/ ZUÑIGA URBINA, Francisco. Reforma constitucional (Coordinador). Santiago: LexisNexis, 2005, pp. 285 y sgtes. Rivera al respecto señala: “El Ministerio del Interior ha tenido respecto de quienes deseaban acceder a la nacionalidad chilena una postura extremadamente flexible y computaba los lapsos de avecindamiento aunque no eran continuos, siempre y cuando no fueran inferiores a 60 días, lo que se acreditaba mediante las constancias de entrada y salida del país” (En tal sentido Circular Ordinaria N° 196/00 de 25 de mayo de 2000 del Director General de Asuntos Consulares e Inmigración del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile) “Esta amplia interpretación en la forma de cumplir el requisito de residencia, si bien podía tener como objetivo evitar en algunos casos la apatridia, se apartaba del espíritu del constituyente, que exigió una residencia de un año para fortalecer la vinculación de estas personas con el país. De esta manera, la reforma constitucional viene a legitimar una práctica administrativa contraria al texto y al espíritu constitucional”. (Idem, p. 287).

Pero en relación a la nacionalidad, lo anteriormente expuesto no fue la única práctica que vulneraba en algún momento lo señalado por el constituyente. Así, por ejemplo, en materia de renuncia de la nacionalidad chilena, antes la constitución era clara en señalar que se perdía la nacionalidad por la sola renuncia, salvo los dos casos de excepción que señalaba en forma categórica: caso de aquellos chilenos comprendidos en los números 1º, 2º y 3º del artículo 10 de la Constitución que hubieren obtenido otra nacionalidad sin renunciar a su nacionalidad chilena y de acuerdo con lo establecido en el N° 4 del mismo artículo y el caso de los chilenos que, en virtud de disposiciones constitucionales, legales o administrativas

del Estado en cuyo territorio residan, adopten la nacionalidad extranjera como condición de su permanencia en él o de igualdad jurídica en el ejercicio de los derechos civiles con los nacionales del respectivo país. Ello configuraba una sanción demasiado drástica, por la inaplicabilidad muchas veces en los hechos de las causales de excepción antes aludidas con respecto a determinados escenarios, por cuanto no habían normas expresas en otros países que obligaran a los nacionales nuestros a renunciar a su nacionalidad de origen, pero eran exigidas en la práctica, por lo cual, dicha renuncia obligada por las circunstancias, era difícil de probar, por cuanto el constituyente fue claro en prescribir que debía ser producto de disposiciones legales, constitucionales o administrativas de otros países como condición de permanencia). Tanto la Corte Suprema (como en sentencia de fecha 31 de octubre de 1989, sentencia rol 14.036 contenida en <http://www.lexisnexus.cl>, o en sentencia del 19 de marzo de 1993 sobre nacionalidad /en/ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XC (1981), n° 1, 2ª parte, sección 5ª, p. 29) como el Consejo de Defensa del Estado (en Informe N° 164, de fecha 25 de abril de 1979), protegieron el vínculo de nacionalidad señalando que el hecho de adquirir una nacionalidad extranjera no era suficiente para considerar una renuncia de la nacionalidad chilena, debiendo existir una manifestación o señal expresa de voluntad de renuncia. Además, la letra de la constitución estaba siendo vulnerada por instructivos y circulares del Ministerio del Interior y de Relaciones Exteriores, los que interpretaban las causales de excepción de otra manera a la señalada por el constituyente, implementándose así mediante Circular N° 147 de fecha de 7 de mayo de 2002 un criterio que extendía tales causales por vía administrativa, siendo un atentado claro contra la seguridad jurídica, y además una vulneración al texto constitucional. Por ello, se llegó hasta a considerar como elementos probatorios las cartas de presión o reglamentos internos de empresas extranjeras, en tanto la Constitución fue clara en señalar taxativamente que tales exigencias de renuncia debían ser constitucionales, legales o administrativas. Si bien lo anterior se realizó con la finalidad de evitar una sanción drástica para los chilenos en tales situaciones, protegiéndose su nacionalidad, tal fin no justifica los medios empleados, que burlaban el texto constitucional mediante instructivos que consecuentemente constituían además una clara manifestación de vulneración a la certeza que exige el derecho y la aplicación de la Carta Fundamental. Por ello, se llegó hoy al camino de solución correcto, cual es la modificación del texto constitucional y el resguardo de la certeza jurídica,

quedando actualmente la causal de pérdida de la nacionalidad en comento de la siguiente manera: Artículo 11 de la Constitución: “La nacionalidad chilena se pierde: 1. Por renuncia voluntaria manifestada ante autoridad chilena competente. Esta renuncia sólo producirá efectos si la persona, previamente, se ha nacionalizado en país extranjero”. (Véase idem, pp. 292-293).

[63] Véase ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 5ª edición, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994. Traducción de Genaro Carrió, pp. 356-364.

[64] “Durante largo tiempo se ha prestado mucha más atención a los procesos de interpretación y aplicación del Derecho que al proceso de creación, hasta tal punto que el análisis de la función y límites de la aplicación judicial del Derecho ha casi prácticamente eliminado la atención a la figura del Legislador, y ha pretendido erigir al Juez en el nuevo “señor del Derecho”. Pero no es menos cierto, que desde hace algún tiempo se viene observando con notable intensidad un proceso inverso, que muestra un creciente interés por la Teoría de la Legislación y trata de superar la incomunicación entre la Ciencia de la Jurisprudencia y la Ciencia de la Legislación. (VIDAL GIL, Ernesto J., ob. cit., p. 29).

[65] Véase ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *La fase prelegislativa /en/ La técnica legislativa ante la elaboración de la ley*. Valparaíso: Centro de Estudios y Asistencia Legislativa de la Universidad Católica de Valparaíso, 1998, pp. 59- 60.

[66] Véase GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Juan José., ob. cit.

[67] Notables reflexiones expuestas en las Sentencias del Tribunal Constitucional Español (STCs) 46/1990 y 146/1993.

[68] ALDUNATE LIZANA, Eduardo., ob. cit., p. 60.

[69] MOSQUERA RUÍZ, Mario., ob. cit., p. 7.

[70] Véase CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. *Racionalidad y eficiencia del derecho*. México D.F: Fontamara, 1993, p. 36.

[71] JARA MIRANDA, Eduardo. *La reforma procesal civil* /en/ Reforma Procesal Civil (I) Cuaderno de análisis jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, primera parte, seminario La necesidad de gestiones preparatorias en el sistema procesal civil chileno (19 al 21 de julio de 1995), serie 32 seminarios, p. 20.

[72] Véase ONFRAY VIVANCO, Arturo Felipe. *Proponibilidad, fijación y depuración en los procedimientos civiles de aplicación general* /en/ Reforma Procesal Civil (I) Cuaderno de análisis jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, primera parte, seminario La necesidad de gestiones preparatorias en el sistema procesal civil chileno (19 al 21 de julio de 1995), serie 32 seminarios, p. 47.

[73] Idem, p. 48.

[74] RODRÍGUEZ GARCÉS, Sergio., ob. cit., tomo I, p. 257

[75] Véase MOSQUERA RUÍZ, Mario., ob. cit., p. 7.

[76] ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La jurisprudencia...* cit., p. 14.

[77] Véase MOSQUERA RUÍZ, Mario. Seguridad jurídica y derecho procesal /en/ Revista de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 13, 1986, p. 7.

[78] Véase DÍAZ B., ARÍSTIDES. *De las tercerías en el juicio ejecutivo*. Memoria de prueba para optar al título de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, 1925, p. 42.

[79] Véase CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert., ob. cit., p. 31.

[80] Véase WENDEROTH KRAUSE, Jorge. *De las tercerías en general. De las tercerías en el juicio ejecutivo*. Memoria de prueba para optar al título de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1928, pp. 127-129.

[81] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 246.