

¿Regla de Radicación o de Fijeza? Una Aplicación a los Casos de Familia

Eduardo Gandulfo R¹., con la colaboración de Evelyn Torrijó

“Cuando yo empleo una palabra –insistió Humpty Dumpty en tono desdenoso– significa lo que yo quiero que signifique... ¡ni más ni menos!

La cuestión está en saber –objetó Alice– si usted puede conseguir que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes”.

L. CARROLL (*A través del Espejo y lo que Alice Encontró Allí*).

Hace pocos días atrás, algunos Juzgados Civiles han venido adoptando ciertas soluciones en materia de competencia en relación a los Tribunales de Familia, que es necesario analizar, pues creo que hay ciertas equivocaciones y anacronismo, en las teorías subyacentes que aplican en la comprensión de las leyes de competencia judicial. Por lo demás, no es muy frecuente tener algún caso práctico, en estos tópicos, tan áridos para quien sea estudiante de Derecho.

I.- Tesis de la Unidad de la Fijeza y Radicación

1.- Las sentencias de los Tribunales Civiles han considerado, en virtud de las disposiciones sobre entrada en vigencia de la Ley de Tribunales de Familia, en particular del art. 2° transitorio, en relación con el artículo 109 del COT., que no se hallaba *radicada*, con arreglo a la ley, el conocimiento de una causa de familia, por ejemplo, de divorcio, cuando no se ha procedido a la notificación de la demanda (que llaman “traba de la litis”), antes del 1° de octubre del presente año. Se estimó que la *fijación de la competencia se produce con la radicación, como si “fuera” una sola y misma cosa*, es decir, que la *radicación fuera la fijeza de la competencia*, de acuerdo al art. 109 del COT.

2.- Dado que la radicación y la fijeza son una misma cosa, y que antes de la notificación de la demanda, ésta se puede retirar, alterar, o modificar, entonces no hay radicación o fijeza en los casos particulares, y, por ende, no corresponde a los juzgados civiles el conocimiento de dichas causas no radicadas o fijas, sino a los tribunales de familia.

II.- Tesis de la Separación en Regla de Radicación y Garantía de Fijeza

Las razones esgrimidas por la tesis anterior no se apegan a Derecho. En este texto argumentaré a favor de la tesis de la separación de la radicación y de la fijeza, para concluir que si se adopta esta tesis, las conclusiones son radicalmente diferentes en la aplicación de las normas a los ciudadanos.

A.- La Ley de Tribunales de Familia (LTF.) establece en su art. 2° TRANSITORIO, como norma de vigencia del mismo cuerpo legal, la regla de que “*radicada*” una causa de Familia en Tribunal Civil en conformidad a la ley, “*continuaran*” radicadas en éstos. Es decir, radicada una causa de familia en sede civil, no se alterara la competencia civil.

B.- La tesis de la unidad incurre en la *confusión* de *fundir* dos conceptos diferentes, como son el de *Radicación* y el de *Fijeza*. Tanto el art. 109 del COT., como el art. 2º TRANSITORIO LTF., *contemplan expresamente esta distinción*.

– El ART. 109 COT. tiene la clásica estructura normativa, propiamente atributiva: ‘si se da A, entonces debe atribuirse B’. Cuenta con un supuesto de hecho ‘A’, al cual se le atribuye una cierta consecuencia jurídica ‘B’, en nuestro caso, una cierta condición jurídica. De esta guisa, establece ‘A’, por un lado, “**Radicado** con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante tribunal competente, (...)”, finalizando con la atribución ‘B’, por otro, “(...), **no se alterará** esta competencia por causa sobreviniente”.

Lo que quiere decir la ley en esta norma, es: que una cosa es la *radicación*, que es el *supuesto de hecho* del art. 109 del COT., y se determina *cuando una causa entra en la jurisdicción de un tribunal*, es decir, cuando éste *ejerce su jurisdicción sobre el caso* –en el primer momento de la jurisdicción, el “conocer” según el art. 1 COT– (lo que es concordante con lo señalado por el Diccionario de la RAE sobre “radicar”, como “*estar o encontrarse en determinado lugar.*”ⁱⁱ), y otra es la *atribución del carácter fijo o inalterable* de una competencia ya radicada previamente. Por tanto, para saber cuando está fija una competencia, es indispensable *averiguar previamente*, si una causa está o se encuentra en algún lugar o tribunal (la *radicación*).

Es tan claro en la ley que no son lo mismo, que si se mira con más cuidado la formulación del enunciado normativo, la *radicación* es sólo *uno* de varios elementos del supuesto de hecho de operatividad de la norma. En efecto, en el supuesto de hecho ‘A’, se encuentran componiéndolo tres elementos: la *radicación* ‘x’, el procedimiento legal ‘y’, y la competencia ‘z’. Si no se da *uno* de los tres supuestos, *v.gr.*, la competencia, no es que no se dé ‘x’, *radicación*, sino que no se atribuye ‘B’, la fijación, derechamenteⁱⁱⁱ.

Una interpretación diferente, como la tesis de la unidad, sería un grave desconocimiento de la estructura de las normas, llevando a confundir los supuestos fácticos de operatividad con las consecuencias atribuidas; así como el delito con la pena, o el incumplimiento con la resolución contractual.

Por otra parte, si se interpreta como un único concepto la *fijeza* y *radicación*, produce una tautología absurda, que vuelve inútil la norma. Si fuesen la misma cosa, podemos reemplazar ‘fijeza’ por ‘radicación’, y ‘radicación’ por ‘fijeza’, en cualquier lugar y momento, en tanto exista unidad de significado. De esta manera, la norma legal diría algo así: ‘si la competencia está fija con arreglo a la ley, entonces la competencia estará fija’. Violando además la regla interpretativa de la utilidad de la norma, pues si ya sabemos que está fija la competencia con arreglo a la ley, no necesitamos que la ley vuelva a decir que ya está fija. Convierte a la norma en trivial y, por ende, prescindible por repetitiva.

En verdad, sin una norma como la de *fijeza*, una causa que esté radicada en un tribunal determinado, podría ser trasladada de forma *ad hoc* sin mayores restricciones, por mero arbitrio o criterio *ad hoc* del juzgador. Ello porque la *radicación* es una situación precaria, sin restricciones a su alteración. Por tanto, el valor protegido por la

norma es la *estabilidad* de la situación orgánico-procesal para ambas partes en principio; lo que tiene varias consecuencias, como en la formación de las expectativas y el diseño de las estrategias de defensa de la pretensión. De allí que se constituya en una garantía para los justiciables y debamos llamarla con más propiedad como “la *garantía de fijeza*”^{iv}.

– Lo mismo que se ha sostenido para el art. 109 COT., establece también el ART. 2° TRANSITORIO de la LTF. Éste utiliza como criterio base y supuesto de hecho de la norma, el que las causas estén “*radicadas*” en un Juzgado Civil, es decir, que se encuentren o hayan entrado en conocimiento de un tribunal; para luego atribuir la consecuencia legal de *inalterabilidad*, al prescribir: “(...), *continuarán* radicadas en éstos y se sustanciarán conforme a las normas procesales vigentes a la fecha de *inicio* de las mismas”.

En cualquier caso particular, como el de divorcio, el tribunal *empezó a ejercer jurisdicción*, al *conocer el primer acto procesal* de autos, a saber, la *demanda de divorcio* y lo ratifica con el consecuente *proveído* de dicha demanda. Cuestiones cada una suficiente para tener ejercicio de jurisdicción. A mayor abundamiento, debo señalar que se considera al proceso y a la jurisdicción, como *cuestiones de Derecho Público*, de potestades públicas, por lo que para tener un proceso y jurisdicción no se necesita la voluntad o conocimiento de ambas partes a la vez. Es así que todo proceso civil se inicia con un acto procesal, típicamente la demanda. Si *no hubiese proceso con ella*, entonces la *demanda no sería acto procesal*. Al *presentarse la demanda surge de inmediato la necesidad del ejercicio de la jurisdicción*; incluso si no hubiese providencia alguna para una demanda, el juez incurriría en el delito de prevaricación por *denegación de justicia*, en razón de negarse a ejercer su jurisdicción a pretexto de que no hubiese proceso.

A más, es preciso considerar que el *proceso* y la *jurisdicción no tienen por base el conflicto o la litis*, más bien ésta tiene una presencia secundaria^v. Como dice P. CALAMANDREI, la tesis medieval de la *contentio inter partes* “parece hoy fundamentalmente inadecuada para explicar la posición de la administración de justicia en el moderno Estado de derecho, el cual reivindicando para sí como exclusivo monopolio el ejercicio de la función jurisdiccional, le ha dado un contenido más amplio y plenamente inteligible pero coordinado con las otras manifestaciones de la soberanía”^{vi}. Por ejemplo, el legislador en todas las materias de *orden público*, como de nulidad absoluta de contratos o estado civil, *prescinde de la idea de conflicto* o de la *posibilidad de éste* o de *su ausencia* para la formación del proceso. Así, vgr., si no hay conflicto por haber acuerdo para conciliar, la ley priva de consecuencias al acuerdo fáctico, limitándolo en las causas de orden público, ordenando que se siga tramitando el proceso, incluso con término probatorio, como ordena el art. 262 CPC: “En todo juicio en que legalmente sea admisible la transacción...”, es procedente el acuerdo conciliatorio y el fin del proceso; pero no es procedente la conciliación según ordena el art. 2450 CC. en materia de transacción cuando: “no se puede transigir sobre el estado civil de las personas”. El legislador del s. XX establece como objetivo de la jurisdicción, la *sustitución de la actividad de las partes*, cuando éstas *no puedan resolver sus problemas jurídicos* por sí mismas, sea por falta de acuerdo o por impedimento legal, para lograr la aplicación al caso particular del Derecho objetivo^{vii}.

Esto significa que, para que exista jurisdicción y para que se dé la *vía “esencial”* del ejercicio de la jurisdicción, el proceso, *no se requiere en ningún caso de la tesis de la “traba de la litis”* (contradictoria con la tesis de la sustitución). El *emplazamiento sólo tiene por ratio iuris*, ser una *medida exigida por el derecho de defensa* en el debido proceso (primer derecho procesal atribuido al demandado en juicio)^{viii}, mas *no*, insisto, de *constituir o de dar por constituida la relación procesal*.

El demandado se ve arrastrado a un proceso público *ya existente por el solo acto procesal de demandar* y el *ejercicio de la jurisdicción* del tribunal. Pero la garantía procesal del derecho de defensa *protege al demandado de los efectos del proceso* por regla general, de acuerdo a cada clase de procedimiento (no permite *continuar* hasta cierto grado con un proceso válido, ante la ausencia de emplazamiento). Muy excepcionalmente, el demandado puede ser afectado por el proceso sin notificación previa; como es en el caso de las medidas prejudiciales precautorias (fin cautelar de la jurisdicción)^{ix}, pero ello ya demuestra que existe proceso, jurisdicción y radicación de un asunto en un tribunal aun antes del emplazamiento, pues no hay jurisdicción sin proceso.

– Como conclusión provisoria tenemos que: si existe jurisdicción y proceso desde el inicio, entonces la causa está radicada o se encuentra en un tribunal también desde el principio.

C.- *La radicación se produce con independencia de la fijeza o movilidad de una causa*. Las alteraciones, que da cuenta la tesis de la unidad conceptual, que puede sufrir una demanda, antes del emplazamiento, ya sea del retiro o de la modificación de la misma, *no afectan a la radicación de una causa*, a lo más *pueden afectar excepcionalmente a la garantía de fijeza* de la competencia, en los restringidos supuestos legales^x. Pero el estándar de fijeza *no constituye criterio base o supuesto de hecho del art. 2º transitorio de la LTF.*, sino que *es la sola radicación la que lo constituye* para hacer procedente la atribución de la inalterabilidad de la competencia. Por tanto, el *argumento de la tesis de la unidad no afecta la radicación, ni la operatividad del art. 2º transitorio de la LTF.*

III.- En suma: siendo diferentes la regla de radicación y la garantía de fijeza, podemos concluir que: habiendo demanda, vgr., de divorcio, presentada y habiendo entrado el Juzgado Civil, competente, en conocimiento de aquel acto procesal, entonces está radicada o situada la causa en dicho Juzgado; por lo que, como ordena el art. 109 del COT. y el art. 2 transitorio de la LTF., no debe alterarse dicha competencia, por causa sobreviniente alguna.

Si faltan algunos de los supuestos de hecho de operatividad de aquellas normas, entonces no es procedente la atribución legal de la fijeza, pudiendo alterarse la competencia, sin violarse o constituir una excepción a la regla de fijeza misma.

ⁱ El autor es post graduado como Especialista en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Agradezco las revisiones críticas de Claudio Meneses y de Carlos Cerda A.,

ⁱⁱ La RAE también define “radicar” como “Echar raíces, arraigar”, lo que parece ser más bien una cierta fijeza lo que llevaría a una tautología absurda de la norma del art. 109 COT. de que si la competencia ha quedado fija, entonces quedará fija.

ⁱⁱⁱ En verdad, la estructura formal del enunciado normativo del art. 109 COT. es: ‘x’, “*Radicado*”; ‘y’ “*con arreglo a la ley*”; ‘z’ “*ante tribunal competente*”. En esto yerra J. COLOMBO, quien sostiene que ante la incompetencia del tribunal falla ‘x’ la radicación (*La Competencia*, 2ª edic. p. 153, Edit. Jurídica). Por el contrario, como se puede ver, en la hipótesis si hay ‘x’ radicación, pero en verdad no se dio ‘y’ competencia, y por ello es no se da la fijación y puede trasladarse la radicación a otro tribunal que sí sea competente.

^{iv} El carácter garantista lo resaltaba ya M.E. BALLESTEROS, quien señalaba que esta regla se consideraba una “derivación del precepto constitucional” del juez natural, que contempla ahora el art. 19 n° 3 inc.4 CPR. (*La Ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*, t. II, p. 148). P. CRUZ VILLALÓN sostiene que esta última garantía derivaba de poner límites al antiguo régimen, a la posibilidad del gobierno de sustraer una determinada causa al conocimiento del juez o tribunal ordinariamente competente, para transferirla a otra jurisdicción o comisión especial (*El Estado de Sitio y la Constitución*, p. 99, CEC.).

^v La ubicación primaria o secundaria de un argumento en un esquema teórico, lo he explicado en mi tesina *El Holismo y los Re-ajustes Teóricos en la Metodología Institucional del Derecho*, para la Universidad de Alicante.

^{vi} P. CALAMANDREI, *El Concepto de “Litis” en el Pensamiento de F. Carnelutti*, en *Estudios sobre el Proceso Civil*, p. 269, EJE.A., trad. Sentís. El propio CALAMANDREI nos recuerda que dicha teoría, ya en el siglo XIX había sido superada.

^{vii} Como se ve, utilizo las expresiones “problemas jurídicos”, pues tienen una referencia más amplia que la de conflicto o *litis*.

^{viii} Si bien es cierto que se van atribuyendo derechos, cargas y deberes a medida que avanza el proceso, debe notarse que este derecho defensa es *atribuido en el proceso con prescindencia del conocimiento* que el demandado pueda tener o no sobre la existencia del mismo proceso. De allí que por la gran trascendencia del derecho de defensa sobre el diseño normativo del procedimiento, se *exija* al actor notificar al demandado la demanda (sino se permitiría un proceso contumacial *stricto sensu*). Y la potencia de este derecho sobre el procedimiento, permite al sujeto pasivo, ante la ausencia o vicio de tal notificación, alegar la *nulidad* (no la inexistencia) de los actos procesales hasta el emplazamiento mismo, incluso estando firme *prima facie* la sentencia definitiva. Vid. sobre el derecho de defensa y la necesidad de información, E GANDULFO, *Principios del Derecho Procesal Penal en el Nuevo Sistema de Procedimiento Chileno*, en *Revista de Derecho*, UCV., (1999), pp. 450 y 451, y sobre los alcances de la “nulidad de todo lo obrado”, E. GANDULFO, *El Principio del Venire contra Factum Propium Non Valet. Un Caso de Vulgarismo Jurídico*, en *Revista Chilena de Derecho*, 2 (2005), pp. 368 a 373. Sobre la posición del demandado en el proceso vid. A. DE LA OLIVA, *Sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, pp. 77 a 86, Bosch.

^{ix} La ley cierra el círculo de protección en las medidas prejudiciales precautorias, con la amenaza de que si no se interpone la demanda dentro del décimo día o de la ampliación que el tribunal decreta, quedará el solicitante responsable de los daños y se presumirá el dolo en su actuar (art. 280 CPC.).

^x Sin las normas pertinentes del CPC. sobre alteración de la demanda, la competencia fijada según el art. 109 COT. no podría, en principio, ser modificada, aun ante la ausencia de la primera notificación. La razón de las normas del CPC. estriban en que la defensa procesal, no se ve afectada si no hay notificación, por efecto del propio peso del derecho de defensa procesal en el delineo del sistema normativo.