



Mayo | 15
2014

Serie Informe

JUSTICIA

Código Procesal Civil y su Dimensión de Política Pública: Régimen de Costas, Apelación y Recurso Extraordinario

**José Francisco García G.
Sergio Morales C.**

ISSN 0718-4220

José Francisco García G. es doctor y máster en Derecho de la Universidad de Chicago. Abogado, magíster y licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es coordinador de Políticas Públicas de Libertad y Desarrollo.

Sergio Morales C. es abogado, licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Investigador del Programa Legislativo y Constitucional de Libertad y Desarrollo.



Índice

Resumen Ejecutivo	5
1. Introducción. La Reforma Procesal Civil desde las Políticas Públicas	7
2. Régimen de Costas	10
2.1 Aspectos Conceptuales y de Política Pública	10
2.2 Regulación Actual	12
2.3 Nueva Regulación (Código Procesal Civil)	14
2.4 Evaluación de la Nueva Regulación	17
3. Recurso de Apelación	20
3.1 Aspectos Conceptuales y de Política Pública	20
3.2 Regulación Actual	23
3.3 Nueva Regulación (Código Procesal Civil)	24
3.4 Evaluación de la Nueva Regulación	29
4. Recurso Extraordinario	32
4.1 Aspectos Conceptuales y de Política Pública	32
4.2 Regulación Actual	33
4.3 Nueva Regulación (Código Procesal Civil)	36
4.4 Evaluación de la Nueva Regulación	39
5. Conclusiones	43
6. Referencias Bibliográficas	44

Resumen Ejecutivo

El presente documento examina la dimensión de política pública que subyace la Reforma Procesal Civil. Hoy, esta se traduce principal –aunque no exclusivamente– en la discusión en el Congreso Nacional del proyecto de ley que establece el Código Procesal Civil que, como sabemos, viene a reemplazar el Código de Procedimiento Civil.

Se trata de una discusión –las nuevas reglas procesales civiles en concreto– de la mayor relevancia desde la perspectiva de las políticas públicas judiciales, pues más allá de la introducción de perfeccionamientos procesales particulares, estamos afectando de forma relevante la interacción entre la oferta y demanda por servicios judiciales. Y es que el correcto diseño de las instituciones procesales debe, al mismo tiempo, compatibilizar una razonable protección de nuestros derechos, con el uso eficiente de recursos escasos y generar incentivos correctos en los litigantes; esto es, utilizar de la mejor forma posible los recursos que posee la sociedad, que tienen usos alternativos, y respecto de los cuales buscamos la mayor rentabilidad social.

Es por ello que cuando a propósito de la Reforma Procesal Civil se analizan debates en torno al régimen de costas, el recurso de apelación o la creación del recurso extraordinario, que son los tres casos que serán analizados en este documento, la dimensión de política pública debe ser puesta en evidencia; no estamos, entonces, ante meros perfeccionamientos procesales, o mecanismos solamente jurídicos. Por el contrario, estamos hablando de institutos procesales que pueden tener un rol fundamental para hacer más eficiente la coordinación entre oferta y demanda de servicios judiciales en el ámbito civil.

Reforma Procesal Civil y su Dimensión de Política Pública: Régimen de Costas, Apelación y Recurso Extraordinario

1. Introducción. La Reforma Procesal Civil desde las Políticas Públicas

Desde la dictación del Decreto Ley N° 3.454 de 1980, al suprimir la obligación de pago de impuestos en la litigación cuando se derogó la necesidad de litigar en papel sellado, los servicios judiciales son gratuitos para los litigantes.¹ No obstante lo anterior, las partes de todos modos deben asumir el costo de algunas actuaciones procesales, como por ejemplo, notificaciones, peritajes, publicaciones, inscripciones y honorarios de abogados. Estos costos no representan ingresos para el Poder Judicial, sino que son honorarios que se pagan directamente por las partes al funcionario al que se le encomienda la diligencia.

El hecho que el Estado financie completamente al sistema público de Tribunales, hace que los potenciales litigantes –al momento de decidir judicializar un conflicto– no contabilicen aquella parte de los costos del litigio que serán de cargo del Estado, por lo que su estimación será incompleta y su decisión, a fin de cuentas, será también incompleta desde un punto de vista social. En otras palabras, existirá una divergencia entre los costos y beneficios privados y sociales de la actividad de litigar.² En efecto, si el potencial litigante no internaliza ni tiene a la vista todos los costos que significa recurrir a la justicia estatal, creará estar consumiendo un bien de un precio más bajo que el real, lo cual se traducirá, en definitiva, en un incentivo a la litigación y en un exceso de demanda.³

La preocupación en torno a los costos de la litigación y los efectos sistémicos de un mal diseño para abordar las dimensiones de política pública involucradas en el debate a la reforma a la justicia civil, son hoy una preocupación mayor en el derecho comparado.⁴

Bajo este escenario, la discusión en torno a la Reforma Procesal Civil, y, en particular el proyecto de ley que establece el Código Procesal Civil (CPC) que hoy se discute en el Congreso Nacional deben dar cuenta de esta visión sistémica. Esto es, más allá de la introducción de perfeccionamientos procesales particulares,

¹ Ver MERY (2002) p. 126.

² Este análisis ha sido largamente desarrollado desde la óptica del análisis económico del derecho. Al respecto ver SHAVELL (2004a) y POSNER (2000).

³ Ver MERY (2003).

⁴ Ver, por ejemplo, HODGES ET AL. (2010), y REIMANN (2012).

estamos afectando en realidad, de manera relevante, la interacción entre oferta y demanda por servicios judiciales. Y es que el correcto diseño de las instituciones procesales debe al mismo tiempo compatibilizar una razonable protección de nuestros derechos, con el uso eficiente de recursos escasos y la generación de los incentivos correctos a los litigantes; esto es, utilizar de la mejor forma posible los recursos que posee la sociedad, que tienen usos alternativos, y respecto de los cuales buscamos su mayor rentabilidad social (se trata de recursos que compiten con otros que podrían ir destinados no solo a otros ámbitos de la justicia, sino que a otros servicios públicos que la comunidad debe proveer). Este enfoque ha sido particularmente desarrollado por el análisis económico del derecho, en autores como Posner y Shavell.⁵

Una mirada como la anterior tiene, evidentemente, consecuencias en materia de política pública judicial. En efecto, en palabras de una de las máximas autoridades internacionales en materia de derecho procesal civil comparado, Zuckerman:

“Una vez que se ha aceptado que la asignación de recursos para la justicia civil no es absoluta ni ilimitada, también debemos aceptar que la elección de procedimientos también implica un cierto grado de renuncia. Se sigue que, en diseño del sistema procesal, el legislativo tiene un margen considerable de elección entre diversas alternativas que logren equilibrar rectitud de las decisiones y los costos de dicho sistema. (...) Porque es legítimo preguntarse si acaso el contribuyente se encuentra obligado a invertir vastas sumas de dinero en la administración de la justicia civil, cuando la justicia se puede comprar en forma más barata, aunque sea menos precisa”.⁶

Ahora bien, no se puede dejar de señalar que uno de los dilemas en este ámbito, dice relación no tan solo con los problemas culturales asociados a terminar con el paradigma de la gratuidad de los servicios judiciales, sino que a dimensionar, adecuadamente, los potenciales impactos de estos mecanismos de racionamiento en términos de acceso a la justicia (qué debe conocer, qué terminará conociendo el sistema judicial, y que no existan distorsiones en torno a las capacidades socioeconómicas de los litigantes). Sin embargo, en esta materia cabe considerar, al menos, dos cuestiones importantes si seguimos nuevamente a Zuckerman:

“... cada sociedad debe hacer una decisión de política pública sobre si el sistema de justicia civil debiera ser financiado primariamente por sus usuarios, los litigantes o, alternativamente, si acaso el sistema debiera ser pagado fundamentalmente por los contribuyentes. En segundo lugar, debe ser recordado que bajos costos de litigación incentivan el litigio. A mayor litigio, mayor es el

⁵ Especialmente ver POSNER (2000) y SHAVELL (2004a).

⁶ ZUCKERMAN (1999) pp. 8-9.

desembolso que deben realizar los contribuyentes para mantener el sistema. Alternativamente, si los recursos no se aumentan correlativamente con el volumen de la litigación, a mayor litigación, mayor será el retraso del sistema. Por consiguiente, la relación costo-acceso es compleja y diferentes sistemas la enfrentan de diversa forma”.⁷

Todo lo hasta aquí mencionado es relevante dado que, como mencionáramos anteriormente, estas consideraciones impactarán el diseño de determinadas reglas procesales orientadas a racionalizar el uso del sistema judicial (civil), preocupación que desarrollamos, por lo demás, en trabajos anteriores.⁸

Es por ello que cuando la Reforma Procesal Civil analiza debates en torno al régimen de costas, el recurso de apelación o la creación del recurso extraordinario, que son los tres casos que serán analizados en este documento, la dimensión de política pública debe ser puesta en evidencia; no estamos, entonces, ante meros perfeccionamientos procesales, o ante mecanismos solamente jurídicos. Por el contrario, estamos hablando de institutos procesales que pueden tener un rol fundamental para hacer más eficiente la coordinación entre oferta y demanda de servicios judiciales en el ámbito civil. Ni más, pero no menos, está en juego al analizar estas tres instituciones.

Para avanzar en el análisis de lo anteriormente propuesto, el presente documento continúa de la siguiente manera. En la sección 2 se analiza el régimen de costas, donde serán objeto de examen (2.1) algunos aspectos conceptuales y de política pública involucrados, (2.2) la regulación actual, (2.3) la nueva regulación propuesta en el proyecto de ley que establece el Código Procesal Civil, y (2.4) una evaluación respecto de los puntos más relevantes de la nueva regulación propuesta.

En la sección 3 se examina el recurso de apelación desde las mismas perspectivas: (3.1) algunos aspectos conceptuales y de política pública involucrados, (3.2.) la regulación actual de este instituto procesal, (3.3) la nueva regulación propuesta en el proyecto de ley que establece el Código Procesal Civil, y (3.4) una evaluación respecto de los puntos más relevantes de la nueva regulación propuesta.

Por su parte, en la sección 4, se analiza el nuevo recurso extraordinario, esto es, la vía procesal que el proyecto de ley de la referencia establece para acceder a la Corte Suprema. Así, será objeto de nuestro examen, de manera idéntica a los dos casos anteriores: (4.1) algunos aspectos conceptuales y de política pública involucrados, (4.2) la regulación actual equivalente en el Código de Procedimiento Civil, (4.3) la nueva regulación propuesta en el proyecto de ley, y (4.4) una evaluación respecto de los puntos más relevantes de la nueva regulación

⁷ ZUCKERMAN (1999) p.9.

⁸ Ver, por ejemplo, GARCÍA y LETURIA (2006), y CLARO y GARCIA (2012).

propuesta. Finalmente, cerramos este documento con las conclusiones más relevantes del mismo.

2. Régimen de Costas

2.1 Aspectos Conceptuales y de Política Pública

Durante la tramitación de un proceso u otra gestión judicial se originan una serie de gastos que se traducen en el pago de derechos a ciertos funcionarios, honorarios de abogados, indemnizaciones, y otros gastos relacionados.

En principio, estos desembolsos debieran ser soportados por el Estado en virtud de la garantía de la gratuidad de la jurisdicción, mas en la práctica esto solo se reduce al pago de los sueldos de los magistrados, funcionarios de secretaría y la mantención de los edificios donde se imparte justicia. Todos los demás gastos corren por cargo de las partes interesadas, lo cual se fundamenta en evitar la multiplicidad de juicios carentes de seriedad.

Las costas, en términos simples, pueden definirse como una carga pecuniaria que deben soportar las partes.⁹

En el debate de derecho comparado se consideran dos reglas tradicionales de distribución de costas; la regla americana que supone que cada parte pagará sus costos y, por otra parte, la regla inglesa que considera que los costos deben ser cubiertos por la parte vencida. Uno de los puntos más discutidos por la doctrina es la conveniencia de una u otra regla a efecto de su incidencia en la decisión de recurrir al sistema judicial hasta la completa tramitación de un proceso o bien generar instancias de negociación de posibles acuerdos extrajudiciales.

La primera regla, denominada regla inglesa o también de responsabilidad procesal objetiva, propone que los costos del proceso deben recaer en la parte que no tenga la razón. Couture señala en esta materia, por ejemplo, que el principio de que el que pierde paga “constituye un precepto de responsabilidad análogo al de la responsabilidad civil, según la cual el que rompe paga.”¹⁰ Así las cosas, se exige que el que acude al proceso debe hacerlo asistido de razón y por tanto, deberá responder de los daños que cause en caso de litigar sin derecho.

⁹ FIGUEROA y MORGADO (2013) p. 259.

¹⁰ COUTURE (2010) p. 270.

La regla inglesa ha sido atenuada mediante algunas variantes. Un ejemplo de ello lo encontramos en la regla de responsabilidad procesal subjetiva, la que se basa en que la derrota de un litigante no siempre significa que aquel carezca de razón. Es posible que circunstancias procesales de carácter contingente decidan la suerte del litigio, como por ejemplo, el fallecimiento de un testigo, la pérdida de un documento decisivo, etc., todo lo cual puede transformar en derrotado a quien estuvo en litigio de buena fe.¹¹

Asimismo, tanto en sistemas que se basan en la regla americana o en la inglesa pueden, en todo caso, imponerse costas a favor del vencedor, cuando el juicio ha sido promovido innecesariamente o cuando las defensas, aunque procesalmente admisibles, no lo eran de manera sustancial.

Como ha sido puesto de relieve en forma reciente por Mery y otros al comparar ambos sistemas, es posible apreciar que frente a un escenario en que las partes litigantes coinciden en que una de ellas tiene la probabilidad cierta de ganar el juicio, el margen de negociación tendiente a un acuerdo será el mismo, mas el valor mínimo por el cual el demandante estaría dispuesto a negociar será mayor bajo la regla inglesa, toda vez que el demandante espera que los costos en que incurrirá como consecuencia del juicio serán soportados por el demandado. Asimismo, la oferta máxima a que estaría dispuesto el demandado sería mayor, pues deberían considerar los costos del demandante. Sin embargo, en caso de que ambas partes confían de igual manera en un resultado favorable a sus pretensiones, la norma americana generará mayores incentivos a avenir o transigir, toda vez que bajo la regla inglesa las partes tenderían a disminuir su valoración de costos y a aumentar la valoración de los costos de la parte contraria, considerando que los costos serán de cargo de la parte vencida.¹²

Así las cosas, los autores, siguiendo a Santos Pastor, concluyen que la regla inglesa aumenta la propensión a litigar, toda vez que las cantidades en disputa son mayores. A lo anterior debe sumarse que la norma inglesa proporciona una suerte de subsidio a la contratación de servicios jurídicos, porque una parte que esté considerando la oportunidad de gastar una unidad adicional de servicios jurídicos sabe que no correrá con los gastos si gana el caso, favoreciendo que se deduzcan pretensiones de cuantía pequeña aunque sin mucho fundamento, pero que sin duda desincentiva la litigación artificiosa o sin base. Por otro lado, se podría afirmar entonces, que la regla americana disminuye la cantidad disputada, pero no parece desincentivar la litigación frívola.¹³

¹¹ COUTURE (2010) p. 270.

¹² Ver MERY ET AL. (2012).

¹³ Ver MERY ET AL. (2012).

2.2 Regulación Actual

La ley se encarga de señalar la oportunidad, qué parte y en qué forma debe soportarse el pago de ellas. Dos grupos de disposiciones determinan estos particulares, a saber:

- a. Los artículos 25° a 28° del Código de Procedimiento Civil que regulan el pago de las costas durante la tramitación del proceso, a propósito de las cargas pecuniarias a que están sujetos los litigantes.
- b. Los artículos 138° a 147° del mismo cuerpo legal que regulan la condena en costas mediante sentencia definitiva firme, así como la forma en que se procede a su evaluación.

Cabe destacar que el actual Código de Procedimiento Civil en su artículo 139° realiza una clasificación de las costas en personales y procesales, señalando al respecto que las primeras son las provenientes de los honorarios de los abogados y demás personas que hayan intervenido en el negocio y de los defensores públicos en su caso. En cambio, las costas procesales son las causadas en la formación del proceso (necesarias para su formación) y que corresponden a servicios estimados en los aranceles judiciales (por ejemplo, papel-fotocopia, los honorarios del receptor, etc).

Esta distinción entre costas procesales y personales tiene importancia respecto de la determinación de las mismas. Tratándose de costas procesales estas son tasadas por el secretario del respectivo Tribunal. En tanto que, tratándose de costas personales, ellas son reguladas por el juez de la causa, sin perjuicio que pueda ser delegada en uno de sus miembros en los casos en que el Tribunal sea colegiado.¹⁴ A su vez, las costas procesales pueden clasificarse en costas útiles e inútiles, siendo el criterio distintivo entre ellas si corresponden a diligencias o actuaciones necesarias o autorizadas por la ley. Esta subclasificación es importante para efectos de su tasación y pago, pues solo se considerarán las costas procesales útiles.

En cuanto a qué parte debe soportar el pago de las costas durante la tramitación del juicio, el ordenamiento jurídico dispone que cada litigante estará obligado al pago de las diligencias que hubiere encargado.

Además, la presente regulación prescribe que los procuradores judiciales responden personalmente del pago de las costas procesales generadas durante el

¹⁴ FIGUEROA y MORGADO (2013) p. 260.

ejercicio de sus funciones, que sean de cargo de sus respectivos mandantes, sin perjuicio de la responsabilidad ulterior de estos.

Una vez terminado el proceso, le corresponde al Tribunal pronunciarse respecto de la carga final en el pago de las cuotas generadas en el juicio. El artículo 144° del Código de Procedimiento Civil entrega un criterio para su determinación, señalando que la parte que sea vencida totalmente en un juicio o en un incidente, será condenada al pago de las costas. No obstante, el Tribunal podrá eximir al pago de ellas cuando aparezca que la parte vencida ha tenido motivos plausibles para litigar, lo cual deberá establecerse expresamente en la sentencia. Por su parte, un Tribunal colegiado no puede condenar en costas al litigante respecto del cual cuente con uno o más votos favorables.

Además, dentro de la normativa se encuentran normas especiales respecto de la condena en costa, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 471° del CPC¹⁵ a propósito del juicio ejecutivo, y en las querellas posesorias en el artículo 562° del mismo Código.¹⁶

Una vez que el Tribunal condena a alguna de las partes al pago de las costas, bien sea de todo el juicio o de alguna incidencia, es necesario proceder a la tasación de las mismas, es decir, valorarlas cuantitativamente, determinándose tanto las costas personales como las costas procesales útiles.

Finalmente, una vez hecha la tasación, esta se pone en conocimiento de la contraria, quien si nada expone dentro de tercero día se entienden por aprobadas; en cambio, si se opone a ella dará origen a un incidente especial.

Bajo este escenario, el sistema de costas chileno es de naturaleza intermedia desde la perspectiva de las reglas americana e inglesa más arriba analizadas, pues en principio los costos del juicio son de cargo de la parte vencida, salvo que el sentenciador considere que haya tenido motivos plausibles para litigar –lo que tiende a ser la regla general–. Más aún, la regulación actual de las costas ha quedado desfasada en cuanto a su contenido y su forma de aplicación, toda vez que el Tribunal al tasar las costas procesales de acuerdo a los aranceles referenciales dista en muchos casos del valor efectivamente pagado por la diligencia.

En cuanto a la tasación de las costas personales, estas también resultan incongruentes con los honorarios reales que cobran los abogados, en tanto no

¹⁵ "Si en la sentencia definitiva se manda seguir adelante en la ejecución, se impondrán las costas al ejecutado. Y, por el contrario, si se absuelve al ejecutado, se condenará en las costas al ejecutante. Si se admiten solo en parte una o más excepciones, se distribuirán las costas proporcionalmente; pero podrán imponerse todas ellas al ejecutado cuando en concepto del tribunal haya motivo fundado."

¹⁶ "Si se da lugar a la querella, se condenará en costas al demandando. En el caso contrario, al actor."

existe un arancel profesional rígido y obligatorio, son las partes que, ejerciendo su libertad contractual, pactan distintas modalidades para determinar los honorarios profesionales. Así se cuenta el sistema de pago por hora, a todo evento, por resultado, por diligencia o bien cuota litis. De este modo, el Tribunal generalmente erra en la tasación de los mismos, siendo en algunas oportunidades determinaciones exiguas y en otras, excesivas.

La regla de distribución de costas vigente en nuestro país busca de alguna manera precaver la utilización de procedimientos en forma dilatoria o contrarias a la probidad pública. Siguiendo lo señalado por el Tribunal Constitucional, “la condena en costas forma parte de las declaraciones que se contienen en la sentencia y que ponen término al procedimiento, imponiendo cargas a quien el Tribunal estima que ha litigado en forma desleal o que carece de motivo plausible para hacerlo”.¹⁷

El actual Código de Procedimiento Civil no define “vencimiento”; por ello de acuerdo a las normas de interpretación de la ley, la expresión debe entenderse en su sentido natural y obvio, según su uso general. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define el vencimiento como “salir con el intento deseado, en contienda física o moral, disputa o pleito”.

El criterio imperante a la hora de asignar costas en nuestro sistema es el principio del vencimiento que, en otras palabras, no es otra cosa que la exteriorización de una pretensión injusta que, como tal, merece como recompensa la imposición de costas.

Así, podemos sostener que dos son los elementos para que se configure el vencimiento: a saber la existencia de un conflicto de intereses o derechos (litigio), y por otro lado, la obtención para una de las partes de sus pretensiones. Chiovenda sostiene que “vencido es aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial”.¹⁸

2.3 Nueva Regulación (Código Procesal Civil)

El proyecto de nuevo Código Procesal Civil regula la institución de las costas en el Libro I, título VI denominado “Responsabilidades de las partes y de apoderados”.

La nueva normativa da un giro en la regulación de las costas, pasando desde su consideración como una carga pecuniaria de los litigantes y que puede dar lugar a un incidente especial, a ser considerada solo desde el punto de vista de las

¹⁷ Ver STC Rol N° 1.557, de 14 de abril de 2011, considerando 18°.

¹⁸ MERY Y OTROS (2012).

responsabilidades de las partes y los apoderados derivadas a propósito de la tramitación de un juicio.

El artículo 46° del proyecto define las costas como: "... todos los tributos, tasas, derechos, honorarios de abogados, procuradores, peritos, depositarios, tasadores, auxiliares del Tribunal y demás gastos que se hayan efectuado con motivo de actuaciones realizadas dentro del proceso". De esta forma el legislador pretende disponer de una definición legal de costas que incluya tanto las personales como las procesales.

Del punto de vista de la carga en el pago de las costas, se señala en el artículo 41° del proyecto¹⁹ que en la respectiva sentencia se impondrá, bien sea de oficio o a petición de parte, el pago íntegro de las costas al litigante vencido totalmente. Ante el supuesto de vencimiento relativo, el juez tiene la facultad de imponer el pago parcial de las costas a la parte favorecida parcialmente por la sentencia, siempre que sus peticiones hubieren sido sustancialmente rechazadas.

Por su parte, el proyecto se hace cargo de tres situaciones especiales:

- a. Costas en juicio ejecutivo: Al respecto el artículo 42° del proyecto²⁰ señala que, en principio, corresponderá al ejecutado soportar el pago de las costas. Sin embargo, ante el evento de rechazo de la ejecución por haberse acogido alguna excepción del ejecutado corresponderá su pago al ejecutante. Además, se señala que cuando se diere lugar a la demanda de oposición a la ejecución parcialmente, cada parte pagará sus propias costas.
- b. Costas derivadas de un recurso: El artículo 43° del proyecto²¹ señala que en caso que el recurso sea rechazado en todas sus partes, corresponderá su pago al recurrente, pero en caso de ser acogido, en ningún caso podrá condenarse al recurrido a soportar las costas del juicio. En caso que el recurso sea conocido por un Tribunal colegiado, se podrá eximir al recurrente solo cuando al menos cuente con un voto favorable a su pretensión en la sentencia.

¹⁹ "Artículo 41.- *Condena en costas.* La sentencia definitiva o la interlocutoria deberá imponer de oficio o a petición de parte, el pago íntegro de las costas a la parte que hubiese sido totalmente vencida.

Si el vencimiento no hubiere sido total, la sentencia podrá imponer el pago parcial de las costas a la parte cuyas peticiones hubieren sido sustancialmente rechazadas.

²⁰ "Artículo 42.- *Imposición legal de pago de costas en el juicio ejecutivo.* En los procedimientos ejecutivos, corresponderá el pago de las costas al ejecutado. No obstante, si se hubiere rechazado la ejecución por haberse acogido una de las pretensiones ejercidas por el ejecutado en su demanda de oposición, corresponderá el pago de las costas al ejecutante. Cuando se diere lugar a la demanda de oposición a la ejecución solo parcialmente, cada parte asumirá sus propias costas."

²¹ "Artículo 43.- *Imposición legal de pago de costas en un recurso.* En caso que un recurso sea rechazado en todas sus partes, corresponderá el pago de las costas al recurrente. Sin embargo, cuando el recurso sea conocido por un tribunal colegiado, dicho tribunal podrá eximir expresamente al recurrente del pago de las costas solamente cuando a lo menos un ministro hubiere votado a favor.

En caso que el recurso fuere acogido no procederá condena en costas contra el recurrido."

- c. Costas en caso de litisconsorcio: El artículo 44° del proyecto²² entrega una norma flexible a los jueces, que señala que en caso que la parte condenada en costas esté compuesta por varios litisconsortes, el Tribunal, atendidas las circunstancias, podrá determinar si la condena es solidaria o en su caso establecer la forma en que habrá de dividirse entre ellos el pago. En caso de no existir pronunciamiento al respecto, se prevé una norma supletoria que declara la deuda como solidaria, todo lo cual se explica solo en aquellos casos en que los litisconsortes no hayan ejercido las mismas acciones o deducido las mismas excepciones o defensas. En estos casos, frente a la obligatoriedad de actuar conjuntamente representadas por un procurador común, siempre se deberá condenar a las partes de manera solidaria o simplemente conjunta por cuotas viriles.

En cuanto a la responsabilidad de los apoderados, el artículo 45° del proyecto, a diferencia de lo establecido en el actual cuerpo legal, se dispone que no serán responsables del pago de las costas del juicio²³. No obstante, de manera excepcional el Tribunal puede imponer de manera solidaria las costas al abogado si hubiera incurrido en acciones dilatorias reiteradas, previo apercibimiento, mediante resolución fundada.

El proceso de tasación y regulación de las costas propuesto en el proyecto dista mucho de la actual regulación en que se encomienda dicha tarea a la secretaría del Tribunal, toda vez que propone que sea la parte acreedora quien deba, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de encontrarse ejecutoriada la sentencia o resolución que ponga término al juicio o haga imposible su continuación, acompañar ante el Tribunal de primera o única instancia una liquidación de lo adeudado, ante lo cual se dará traslado a la contraria mediante notificación por cédula, por el plazo fatal de 10 días. Vencido este plazo, exista o no oposición, el Tribunal resolverá la cuestión de plano, salvo que considere necesario rendir prueba, para lo cual previo a resolver citará a una audiencia especial para la producción de la prueba.

En materia recursiva, el artículo 48°, parte final del proyecto, establece que “contra la resolución del Tribunal procederá la apelación solo en forma subsidiaria a la

²² "Artículo 44.- Responsabilidad en el pago de las costas en caso de litisconsorcio. En caso de proceder el pago de las costas por los litisconsortes, el tribunal, atendidas las circunstancias del caso, determinará si la condena es solidaria o la forma en que habrá de dividirse entre aquellos su pago. En caso que la resolución no se pronunciare sobre esta materia, se entenderá que procede el pago en forma solidaria."

²³ "Artículo 45.- Responsabilidad del apoderado. El apoderado no será responsable del pago de las costas. Sin embargo, excepcionalmente, podrá ser condenado en costas, solidariamente con su representado, cuando hubiere incurrido reiteradamente en acciones manifiestamente dilatorias, para lo cual deberá haber sido previamente apercibido por el tribunal de oficio o a petición de parte. La resolución que se dicte estableciendo la responsabilidad solidaria del apoderado deberá describir circunstanciadamente las acciones ponderadas para establecer dicha condena, y será susceptible de reposición, procediendo también la apelación, pero solo en forma subsidiaria."

reposición, si el monto de las costas superare la suma equivalente a cien unidades tributarias mensuales”.

Finalmente, sin duda una de las mayores innovaciones que introduce el proyecto es el artículo 50°²⁴ que dice relación con el reconocimiento del derecho de la parte vencedora en el juicio para demandar ante el mismo Tribunal que conoció en primera o única instancia, la indemnización de perjuicios que pudo haber sufrido con motivo de la mala fe o proceder temerario de la contraparte.

2.4 Evaluación de la Nueva Regulación

2.4.1 Regla General

La regla general propuesta en la nueva regulación es la regla inglesa, esto es, el sentenciador impondrá el pago íntegro de las costas al litigante vencido totalmente.

Como se ha visto, desde una perspectiva teórica, se trata de una regla que puede tener efectos negativos desde la perspectiva de la propensión a litigar, en la medida en que genera incentivos para invertir en mayores recursos de litigación, dado que, y dependiendo de la evaluación de las probabilidades de ganar, las partes pensarán que podrán traspasarse al vencido. Esto es particularmente relevante en un sistema jurídico como el chileno en que la jurisprudencia no se encuentra anclada en un sistema de precedentes y en donde cada caso en particular permite revisar los precedentes existentes.

Asimismo, el legislador parece optar por la regla inglesa en la medida en que es capaz de actuar de mejor forma como un disuasivo a la litigación frívola, objetivo que, sabemos, ha sido relevante en nuestro país a la hora de diseñar esta reforma.

2.4.2 Eliminación de la Facultad de Eximir del Pago de Costas

Ahora bien, con el objeto de fortalecer la regla general establecida en el inciso primero del artículo 41° antes analizado, el inciso segundo de la norma cierra las puertas para que el juez pueda eximir de su pago a la parte que, pese a ser

²⁴ "Dentro de los seis meses siguientes a la fecha de quedar ejecutoriada la sentencia definitiva o la que hubiere puesto término al juicio o hubiere hecho imposible su continuación, la parte vencedora podrá demandar ante el mismo tribunal que conoció del asunto en primer o único grado jurisdiccional, la indemnización por los daños y perjuicios que el proceder de mala fe o temerario de su contraparte en el juicio le hubiere ocasionado".

vencida, no lo ha sido totalmente, y respecto de la cual se estime fundadamente que ha tenido motivos plausibles para litigar.

Así entonces, se establece la regla en torno a que si el vencimiento no hubiere sido total, la sentencia podrá imponer el pago parcial de las costas a la parte cuyas peticiones hubieren sido substancialmente rechazadas.

En este ámbito, la jurisprudencia tiene un desafío fundamental en el sentido de ir entregando criterios precisos respecto de bajo qué condiciones se optará por la imposición del pago parcial de costas. Ejemplo de lo anterior es el criterio del “vencimiento total”. Al respecto, no se innova en este elemento en relación con el actual Código de Procedimiento Civil, manteniendo de este modo las incertezas existentes toda vez que no hay claridad respecto de la extensión de esa expresión, pues podría interpretarse de manera restrictiva; es decir, que solo habrá vencimiento total si la sentencia en cuestión en su parte resolutive reproduce íntegramente el *petitum* de la demandante o del demandado, o bien, podría entender por tal el otorgamiento de todas las peticiones, o bien por el hecho de acogerse parcialmente las pretensiones de la contraria, independientemente del número de ellas y de la cuantía de las mismas.

Por su parte, queda la duda respecto del silencio del demandado. Y pese a que el artículo 264° del proyecto dispone que el silencio se entenderá como negación, no queda en claro que ante pretensiones sobrevaloradas o aventureras proceda de pleno derecho la condena en costas para el vencido.

2.4.3 Alcance de las Costas

El artículo 461° del proyecto al definir las costas incluye la frase: “Se entenderá por costa todos los tributos, tasas, derechos, honorarios (...)”.

Sobre este punto, pese a que un procedimiento adversarial y oral posibilita la pertinencia o sobreabundancia de la prueba, podría pensarse en restablecer la distinción tradicional contenida en el Código de Procedimiento Civil que distinguía entre costas útiles e inútiles, de modo que solo se consideren para efecto de la tasación las costas útiles, entendidas por tales aquellas que corresponden a diligencias o actuaciones necesarias o autorizadas por la ley.

De este modo, la obligación procesal de pago de costas debiera alcanzar su justa dimensión por medio de límites preestablecidos, sin dejar la puerta abierta para que se incorporen gastos dilatorios o eludibles que vuelvan innecesariamente más gravosa la carga del condenado y, de paso, den lugar a un enriquecimiento injusto por parte de aquellos litigantes de mala fe, como por ejemplo, el cobro de un

informe técnico incorporado al juicio como documento y no como prueba pericial, etc.

2.4.4 Costas Personales

En cuanto a las costas personales del abogado, el proyecto guarda silencio acerca de los criterios que deben considerarse para su regulación, por lo que en vista de evitar actuaciones fraudulentas de las partes resulta necesaria la incorporación de criterios objetivos que sirvan de base para determinar los honorarios de los abogados por la tramitación del juicio en particular.

Una guía en este ámbito puede ser el actual artículo 139° inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil que dispone que estos se regularán de acuerdo con el arancel fijado por el respectivo Colegio provincial de Abogados, bien sean mediante boleta de honorarios, cuota litis, etc. De este modo es posible evitar que se pretenda incorporar por esta vía gastos innecesarios o sobreabundantes que correspondan más a perjuicios o gastos indirectos que precisamente a costas personales.

2.4.5 Oportunidad de Cobro de las Costas

Sobre este punto el Ejecutivo ha planteado en el proyecto que el acreedor de las costas cuenta con un plazo de seis meses, contados desde que la respectiva resolución judicial quede firme o ejecutoriada, para presentar la propuesta de liquidación de costas. Esta disposición, sin lugar a dudas, puede ser utilizada para generar situaciones inicuas para el deudor. Es así como el deudor depende absolutamente del acreedor para poner término absoluto al juicio y solicitar el finiquito respectivo, toda vez que no se contempla la posibilidad del deudor de consignar o solicitar la liquidación y tasación de las costas del juicio, así como apercibimientos al acreedor de mala fe. Bajo este escenario bien pueden mantenerse medidas precautorias como depósitos judiciales o prohibición de celebrar actos o contratos por un tiempo injustificado, atendida una eventual intención de pago del deudor.

Es necesario, bajo esta lógica, entregar facultades al Tribunal para fijar costas o bien apercibir a la contraria para que en caso de no acompañar la propuesta pueda ser presentada por la deudora y que se entienda aceptada si no hay oposición de la parte acreedora dentro de cierto plazo.

2.4.6 Demanda Indemnizatoria

El artículo 49° del proyecto permite a la parte vencedora demandar dentro del plazo de seis meses, ante el mismo Tribunal que conoció el asunto principal en primera o única instancia, los perjuicios sufridos por el actuar temerario y de mala fe de su contraparte durante el desarrollo del juicio.

Se trata de una norma discutible y cuya redacción hoy pareciera atraer más deventajas que beneficios. Más lejos ha ido el profesor Alejandro Romero, para quien, de aprobarse “provocará la proliferación innecesaria de juicios”.²⁵

Porque si bien esta norma en principio es un gran disuasivo para aquellos litigantes que pretendan actuar en el proceso mediante técnicas dilatorias o con mala fe, con intención de extender el juicio más allá de sus tiempos normales, o de generar discusión sobreabundante sin fundamentos plausibles, –lo cual genera un gasto innecesario de recursos para el Estado–, es imperioso determinar si supone el resarcimiento por daño emergente, entendido como aquellos gastos que no necesariamente pueden ser calificados de costas, un eventual lucro cesante, o si se refiere al daño moral producto de verse envuelto en un proceso.

Se trata, en suma, de una norma que podría tener un efecto considerable no solo en la proliferación de juicios, sino en aumentos de costos sistémicos de la nueva justicia civil.

3. Recurso de Apelación

3.1 Aspectos Conceptuales y de Política Pública

La apelación se enmarca en el contexto del sistema de recursos, siendo estos el principal medio de impugnación de resoluciones judiciales. Sabemos que los recursos son, genéricamente hablando, medios de impugnación de los actos procesales. Realizado el acto, la parte agraviada por él tiene, dentro de los límites que la ley confiera, poderes de impugnación destinados a promover la revisión del acto y su eventual modificación.²⁶

Todo recurso se fundamenta en la existencia de un agravio o bien la incorrecta forma de proceder del Tribunal. El profesor Eduardo Couture señala que los

²⁵ Informe Comparado. Discusión de proyecto de ley en Comisión de Constitución, Legislación y justicia. Cámara de Diputados. (2013).

²⁶ COUTURE (2010) p. 307.

recursos presentan dos características esenciales: son medios de fiscalización entregados a la parte ante errores de forma o fondo en el proceso, que deben ser ejercidos de manera oportuna por la parte afectada, toda vez que ante la extemporaneidad el vicio queda subsanado por razones de certeza jurídica; y no son solo una forma de enmendar vicios de las partes, sino que además funcionan por actuación del Tribunal, sea el mismo como ocurre en la reposición o bien por el superior, como ocurre con la apelación.²⁷

En doctrina, existe un catálogo considerable de definiciones de la institución de los recursos.²⁸

Ahora bien, la apelación es la principal herramienta que permite elevar el conocimiento de un asunto ante un Tribunal superior, por medio de la cual se materializa la garantía de la doble instancia contemplada a nivel constitucional a propósito de garantía de un procedimiento racional y justo contemplado en el artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República.

Couture define este instituto procesal como “el recurso concedido al litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior”.²⁹ Según Cassarino, el artículo 186° del actual Código de Procedimiento Civil define el recurso de apelación al señalar que “es aquel que tiene por objeto obtener del Tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior”. El mismo autor indica que una definición más comprensiva de esta figura es la que dice que “es aquel recurso ordinario que la ley concede a la parte litigante que se siente agraviada por una resolución judicial –del juez inferior– para recurrir al Tribunal superior inmediato, a fin de que revoque o modifique, dictando al efecto la que considere más justa, con pleno conocimiento de la cuestión controvertida”.³⁰

En todos los casos, el recurso de apelación se fundamenta en el agravio, el cual es entendido como la injusticia, la ofensa, el perjuicio material o moral por parte del litigante a quien perjudica la sentencia.³¹

Podemos caracterizar la apelación como:

²⁷ COUTURE (1993) p. 350. Ver también BERNALES 2013. P.1.

²⁸ Por ejemplo, Jorge Correa Sutil señala que los recursos son los medios que la ley concede a la parte que se cree perjudicada por una resolución judicial para obtener que ella sea modificada o dejada sin efecto. Ver CORREA (2002). Por otra parte, Carlos Anabalón define los recursos como los arbitrios o medios procesales que la ley establece para que el tribunal o el superior jerárquico, someta a la revisión o examen una resolución judicial. ANABALÓN (1946) p. 221.

²⁹ COUTURE (2010) p. 317.

³⁰ CASARINO (1977)

³¹ COUTURE (2010) p. 313.

- a. un recurso ordinario, es decir, procede en general en contra de todas las resoluciones judiciales, salvo las excepciones establecidas en razón de la naturaleza o de la cuantía del negocio en que inciden;
- b. un recurso por vía de reforma, toda vez que es conocido por el Tribunal de grado inmediatamente superior de aquel que pronunció la resolución impugnada;
- c. un recurso por medio del cual el Tribunal superior puede conocer tanto los hechos como el derecho. Sin embargo, es preciso tener claro que por esta vía no se reproduce el proceso de primera instancia, sino que tiene por finalidad la revisión de lo resuelto por el Tribunal inferior o *a quo*;
- d. que se interpone ante el mismo Tribunal que dictó la resolución requerida y para ante el Tribunal de grado jerárquico superior;
- e. su fundamento es el agravio, es decir, el perjuicio que sufre el litigante a raíz de lo resuelto por el Tribunal inferior; y
- f. es un recurso independiente, aunque también puede ser subsidiario cuando va unido a otros recursos, como sucede a propósito de la interposición del recurso de reposición a propósito de la impugnación de la resolución que recibe la causa a prueba.

Desde la perspectiva del diseño institucional y las políticas públicas judiciales, y a pesar de que en países como el nuestro pudiera ser controversial, han existido esfuerzos destinados a pensar cómo racionalizar el uso de las apelaciones.

Uno de los esfuerzos teóricos recientes más interesantes lo encontramos en el trabajo de Shavell, quien propuso reducir el número de apelaciones a ser considerados por las Cortes de Apelaciones mediante el aumento de la discrecionalidad en materia de admisibilidad. Así, el autor sugiere un modelo en el que recurrentes pueden optar por una revisión discrecional en lugar de apelación completa en el primer nivel de apelación³². Bajo este paradigma, las Cortes de Apelaciones ofrecerían dos vías para los apelantes y la Corte Suprema mantendrá su poder de revisión discrecional. Shavell cree que los demandantes elegirían revisión discrecional si tenían alguna duda sobre los méritos de su apelación, ahorrando recursos judiciales.

Alternativamente, es posible racionalizar las apelaciones por la vía de las tasas judiciales. En efecto, un costo alto de las apelaciones puede balancear los incentivos de los interesados y los costos sociales. Por ejemplo, el costo de

³² Ver SHAVELL (2010).

presentar una apelación en una corte federal de Estados Unidos es de US\$ 450, y en algunos estados puede llegar a US\$ 655 (California). Algunos estados también tienen requisitos adicionales, como un bono de costo como garantía de que el apelante pagará los costos de la parte ganadora del recurso de apelación, si pierde la apelación (Minnesota)³³. Con todo, Shavell ha sugerido que, dado que las apelaciones proporcionan un gran beneficio social tras la corrección de los errores judiciales y haciendo que el sistema judicial sea más predecible, no deben ser disuadidos por el cobro de tasas.³⁴

3.2 Regulación Actual

Los artículos 187° y 188° del actual Código de Procedimiento Civil señalan que son apelables las siguientes resoluciones:

- a. Sentencias definitivas de primera instancia, salvo que la ley deniegue el recurso.
- b. Sentencias interlocutorias de primera instancia, salvo que la ley deniegue el recurso.
- c. Autos y decretos de primera instancia, siempre que alteren la sustanciación regular del juicio o recaigan sobre trámites que no están expresamente ordenados por la ley.

Por otra parte, el artículo 189° del Código de Procedimiento Civil distingue tres situaciones:

- a. La regla general es que el plazo para apelar es de 5 días fatales contados desde la notificación de la resolución objeto del recurso.
- b. En caso de sentencias definitivas, el plazo para apelar es de 10 días contados desde la notificación de la resolución a la parte recurrente.
- c. En caso que la apelación sea interpuesta subsidiariamente a un recurso de reposición, el plazo será el contemplado para la reposición.

Se trata asimismo de un recurso que se debe interponer dentro de plazo legal; por regla general, se apela por escrito, salvo aquellos casos en que los procedimientos o actuaciones sean orales. El recurso debe ser fundado, es decir, contener los

³³ Ver NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS (2011).

³⁴ SHAVELL (2004b) pp. 15-16.

fundamentos de hecho y consideraciones del derecho, y contener peticiones concretas.

Desde la perspectiva de sus efectos, una vez interpuesto el recurso el Tribunal deberá concederle efectos al recurso, es decir, definir la suerte que corre la resolución recurrida en cuanto a su ejecución o cumplimiento pendiente el fallo del respectivo recurso. En otras palabras, se trata de determinar cuáles serán las consecuencias que produce el cumplimiento de la resolución apelada.

De este modo, los efectos de la apelación son el efecto “suspensivo” y “devolutivo”. El efecto devolutivo es una consecuencia forzosa y lógica de toda apelación, pues mediante él se somete el conocimiento del recurso a un juez superior. En cambio el efecto suspensivo no es de la naturaleza de dicho recurso, y es entendido como aquel que tiene la virtud de paralizar la jurisdicción del Tribunal inferior para seguir conociendo la causa, en especial la ejecución o cumplimiento de esta, mientras el conocimiento del recurso no concluya por alguno de los medios que señala la ley.

Por regla general, según los artículos 193° a 195° del actual Código de Procedimiento Civil³⁵, el recurso de apelación se concede en ambos efectos, salvo los casos expresamente dispuestos por la ley.

3.3 Nueva Regulación (Código Procesal Civil)

El artículo 379° del proyecto de ley, al señalar el objeto del recurso de apelación, pretende entregar una suerte de definición, indicando que tiene por objeto obtener del Tribunal superior respectivo, que enmiende o revoque conforme a derecho la resolución del inferior, total o parcialmente, con base precisa en las pretensiones, excepciones o defensas formuladas en su caso, ante el Tribunal inferior.

A su vez, el proyecto innova en el tratamiento de esta institución al señalar que mediante este recurso podrá alegarse conjunta o exclusivamente la infracción de

³⁵ "Art. 193 (216). Cuando se otorga simplemente apelación, sin limitar sus efectos, se entenderá que comprende el devolutivo y el suspensivo. Art. 194 (217). Sin perjuicio de las excepciones expresamente establecidas en la ley, se concederá apelación solo en el efecto devolutivo:

1°. De las resoluciones dictadas contra el demandado en los juicios ejecutivos y sumarios;

2°. De los autos, decretos y sentencias interlocutorias;

3°. De las resoluciones pronunciadas en el incidente sobre ejecución de una sentencia firme, definitiva o interlocutoria;

4°. De las resoluciones que ordenen alzar medidas precautorias; y

5°. De todas las demás resoluciones que por disposición de la ley solo admitan apelación en el efecto devolutivo.

Art. 195 (218). Fuera de los casos determinados en el artículo precedente, la apelación deberá otorgarse en ambos efectos."

normas que consagren derechos o garantías procesales cometidas en primera instancia, con el objeto de obtener la invalidación del juicio y de la resolución respectiva o solo esta última, según sea la causal específica invocada en el recurso.

De este modo, se busca fusionar o al menos dar el mismo tratamiento normativo al tradicional recurso de apelación y al recurso de casación en la forma o tradicionalmente denominado de nulidad.

Las principales características de este recurso son entonces que:

- a. es de derecho, pues exige al Tribunal superior fundar el procedimiento, así como la sentencia en el ordenamiento jurídico vigente;
- b. es de competencia del Tribunal inmediatamente superior en jerarquía;
- c. la segunda instancia a la que da lugar este recurso, no puede consistir en una revisión de todo el material de hecho, ni de las cuestiones de derecho contenidas en la primera instancia. Por medio de la apelación, no se admitirán en principio nuevas pretensiones, excepciones ni el aporte de nuevas pruebas;
- d. tiene un objeto acotado, pues la competencia del Tribunal *ad quem* se limita a las pretensiones, excepciones o defensas formuladas por las partes en primera instancia; y
- e. combina el agravio, propio de la apelación, con los vicios procesales propios de un recurso de nulidad.

Por otra parte, el nuevo código combina distintos tipos de resoluciones recurribles, advirtiendo en ellas una causal específica, las cuales pueden dividirse para fines didácticos en las siguientes:

- Resoluciones basadas en el agravio del recurrente

El proyecto de ley en el artículo 380° regula las resoluciones susceptibles de impugnación vía recurso de apelación, donde en algunos casos se mantienen las normas vigentes en el actual Código de Procedimiento Civil y en otros casos se incorporan causales nuevas:

- i. Sentencias definitivas de primera instancia.
- ii. Sentencias interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.
- iii. Sentencias interlocutorias de primera instancia que se pronuncien respecto de la admisión o denegación de la intervención de un tercero.

- iv. Sentencias, definitivas o interlocutorias, de primera instancia, que ordenen el pago de costas por un monto superior a cien unidades tributarias mensuales.
 - v. Resoluciones dictadas en primera instancia que se pronuncien acerca del otorgamiento, alzamiento, modificación, sustitución o cualquier otra materia en relación con una medida cautelar.
- Causales basadas en la existencia de un vicio de nulidad

El proyecto en su artículo 381° establece causales específicas del recurso, procedentes para el caso en que el recurso se fundamente en una infracción de normas procesales en primer grado jurisdiccional, las cuales se pueden dividir en aquellas que tienen lugar en la sentencia definitiva y aquellas que tienen lugar dentro del procedimiento:

- Causales que tienen lugar en la sentencia definitiva:
 - i. Sentencia pronunciada por Tribunal incompetente.
 - ii. Sentencia pronunciada por Tribunal carente de jurisdicción.
 - iii. Sentencia dictada por jueces no designados de conformidad a la ley.
 - iv. Sentencia dictada por juez del que se hubiere declarado se encontrase pendiente su declaración de inhabilidad.
 - v. Sentencia en que se hubiere omitido la resolución previa de una cuestión penal.
 - vi. Sentencia dictada en oposición a otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que hubiese sido alegada oportunamente.
 - vii. Sentencia definitiva en que se hubieran omitido requisitos de la sentencia del artículo 206 número 4, 5, 6 y 7 del proyecto; es decir, falta de exposición clara, lógica y suficiente de los hechos que se estimen establecidos, análisis y valoración individual y conjunta de toda la prueba rendida, indicación de las fuentes del derecho con arreglo a los cuales se pronuncia la sentencia con su correspondiente razonamiento jurídico que justifica su aplicación, y la decisión del asunto controvertido.
 - viii. Si en la sentencia interlocutoria se hubiere omitido la fundamentación sucinta de los motivos de hecho y de derecho en los que se basare la decisión.

- ix. Que en la dictación de la sentencia se hubiere incurrido en un vicio de *ultrapetita* o *extrapetita*.
- x. Que en la sentencia se contengan fundamentos o decisiones contradictorios.
- Causales que tienen lugar dentro del procedimiento:
 - i. Falta de emplazamiento del demandado.
 - ii. Falta de citación a las partes a audiencia preliminar.
 - iii. Falta de citación a las partes a audiencia de juicio.
 - iv. Rechazo de diligencias probatorias ofrecidas oportunamente.
 - v. Diligencias probatorias rechazadas indebidamente.
 - vi. Diligencias probatorias rendidas en una forma no prevista en la ley.
 - vii. En general, no se hubieren respetado los derechos y garantías procesales de las partes, dejándolas en la indefensión.

El recurso de apelación deberá ser interpuesto en el plazo falta de 10 días contados desde la notificación de la resolución respectiva, tratándose de sentencia definitiva y cinco días para los demás casos. Deberá formularse por escrito. El escrito deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho, así como las peticiones concretas que se formulen. Si el recurso se fundare en una causal de nulidad, deberá expresar claramente la o las causales específicas que invocar, los hechos que las constituyen, y la circunstancia de haber reclamado oportunamente la infracción en primera instancia o de no haber tenido la oportunidad de hacerlo.

El recurso se deberá interponer ante el Tribunal que dictó la resolución impugnada en primera instancia para ante el Tribunal de grado superior. Una vez presentado el recurso, el Tribunal *a quo* tendrá un plazo de cinco días para pronunciarse sobre su admisibilidad, donde solo podrá pronunciarse respecto del tipo de resolución impugnada y el plazo de su interposición. Resuelto el recurso, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio del correspondiente recurso de hecho.

En cuanto a los efectos del recurso, el artículo 385° del proyecto señala que la apelación se concederá en el solo efecto devolutivo, mientras que solo en los casos en que la ley lo señale expresamente este se concederá además en el efecto suspensivo.

El proyecto agrega una norma novedosa en la materia referente a que en los casos en que la apelación se concede en ambos efectos, el Tribunal *a quo* mantendrá competencias para pronunciarse sobre el alzamiento, mantención o modificación de medidas cautelares, aquellas gestiones a que dé origen el recuso, así como aquellos otros asuntos expresamente dispuestos por ley.

Como paliativo a esta disposición, se consagra la posibilidad de solicitar una orden de no innovar con el propósito de suspender los efectos de la resolución recurrida o paralizar su cumplimiento, orden que será concedida solo por el Tribunal *ad quem*.

Una vez concedido el recurso, se informará de ello por medios electrónicos al Tribunal superior, poniendo a su disposición los antecedentes pertinentes.

Transcurridos cinco días desde la comunicación de recepción a las partes por medios electrónicos, las demás partes podrán solicitar por escrito su inadmisibilidad, formular observaciones o adherirse a la apelación. Vencido este plazo el Tribunal de alzada procederá a realizar un nuevo examen de admisibilidad, esta vez de todos los requisitos de la apelación, pudiendo declararlo inadmisibile por resolución fundada, total o parcialmente, de oficio o a petición de parte, en los siguientes casos:

- a. Recurso extemporáneo.
- b. Recurso respecto de una resolución inapelable.
- c. Escrito que no contenga fundamentos de hecho o de derecho o peticiones concretas.
- d. En caso de fundar el recurso en infracción de normas o garantías procesales, no se hubiere expresado la o las causales específicas en que se fundan los hechos que la constituyen.
- e. En caso de recurso fundado en la causal anterior, y tratándose de leyes atingentes al procedimiento, no se hubiere reclamado oportunamente la infracción, mediante el ejercicio de los medios de impugnación que contempla la ley. Sin embargo, no será exigible este requisito cuando la ley no admitiere medio alguno de impugnación contra la resolución que contuviere el vicio o defecto, cuando este hubiere tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se apela, ni cuando dicho vicio o defecto hubiere llegado al conocimiento de las partes después de pronunciada la sentencia.
- f. Recurso interpuesto en contra de sentencia definitiva fundada en un vicio o causal específica de impugnación que ya hubiere sido objeto de un recurso de

apelación deducido con anterioridad en contra de una sentencia interlocutoria durante el juicio.

Declarado admisible el recurso, se citará a las partes a una audiencia pública de vista del recurso.

En cuanto a la prueba en segunda instancia, el principio general es que no se admitirá prueba con excepción de la documental siempre y cuando justificare no haber podido ni debido conocer su existencia sino hasta ese momento y siempre que se considere esencial para la resolución del asunto controvertido, el cual debe ser acompañado hasta diez días antes de la fecha fijada para la audiencia de vista del recurso.

En caso que el Tribunal superior acogiere el recurso por una o más de las causales específicas, declarando si es nulo o no, tanto el juicio completo como la sentencia o solo la sentencia. En el supuesto de invalidar solo la sentencia, dictará sin nueva audiencia, pero separadamente, sentencia de reemplazo. En cambio, si se declara la nulidad del juicio y de la sentencia, el Tribunal de alzada determinará el estado en que debiese quedar el proceso y ordenará la remisión de los autos al Tribunal no inhabilitado para que disponga la realización de un nuevo juicio.

3.4 Evaluación de la Nueva Regulación

3.4.1 Regla General

La nueva regulación busca racionalizar el uso de la apelación. Se trata de un enfoque correcto en la medida en que la experiencia estaba demostrando que hoy se prestaba no solo para abusos, sino que para generar dilación y congestión.

La nueva lógica apunta a que el juicio propiamente tal se radique en el tribunal inferior, donde se manifiestan una serie de garantías para los litigantes propios de un procedimiento oral y adversarial. En virtud de lo anterior es que tiene sentido un conocimiento más selectivo por parte de las Cortes de Apelaciones, para que estas puedan conocer vía apelación solo aquellas cuestiones que revistan trascendencia jurídica.

3.4.2 Agravio y Nulidad

El proyecto, al eliminar toda mención al recurso de casación en sus dos vertientes – forma y fondo–, incorpora el tradicional recurso de nulidad dentro de la apelación.

Ante esta decisión, profesores como Alejandro Romero y Gonzalo Cortés no comparten la orientación del nuevo Código Procesal Civil en materia de regulación del recurso de apelación, toda vez que no es compatible con un recurso de nulidad.³⁶

De acuerdo a la opinión del profesor Romero en la discusión en primer trámite constitucional del proyecto de nuevo Código al referirse a este nuevo recurso de apelación con causales de nulidad, señala que más que un avance, constituye un retroceso.³⁷ Si se sigue esta propuesta, se terminará por canonizar un error cometido en 1977, que ha significado debilitar el cumplimiento de las garantías del debido proceso en las sentencias de primera instancia, especialmente, la de motivar adecuadamente la sentencia, toda vez que con la dictación del Decreto Ley N° 1.682, se eliminó el reenvío en la casación en la forma para los vicios cometidos en la sentencia. Así se ha permitido que las Cortes de Apelaciones y, en su caso, la Corte Suprema, actúen como auténtico juez de fondo, sin límite alguno, cuando acoge un recurso de casación en la forma por las causales 4ª, 5ª, 6ª, y 7ª del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, desnaturalizando su función de Tribunal de casación. El error de aquella reforma, a su juicio, radica en una confusión entre recursos de mérito, cuya causal es el agravio, por un tema de fondo, con un recurso de nulidad, cuyo agravio es la inobservancia de ciertas formas y garantías procesales.

Dicho de otra forma, una sentencia solo será susceptible de un control de mérito o fondo cuando en su pronunciamiento se hayan respetado las garantías del debido proceso. Si ello no ocurre, no es recomendable que lo haga la Corte de Apelaciones, como lo propone el proyecto.

La misma opinión fue sostenida por el profesor Jorge Correa, quien señala que el proyecto en su artículo 379° mezcla la naturaleza de la apelación con la actual casación en la forma.³⁸ En efecto, la apelación es por esencia un recurso que se concede a la parte agraviada con una resolución del juez inferior para reclamar de ella y obtener su revocación por el Tribunal superior. En la regulación que se propone se principia con las causales típicas de este recurso, pero luego se mencionan vicios de forma del procedimiento, que son propios de un recurso de nulidad, si se insiste en eliminar la casación. Si el proyecto busca agilizar el conocimiento de las apelaciones, basta con que establezca la prohibición de rendir nuevas pruebas en segundo grado e insistir con la norma referente al abandono del recurso por falta de comparecencia del artículo 365°.

³⁶ Informe comparado. Discusión de proyecto de ley en Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Cámara de Diputados. (2013).

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

Así las cosas, no es posible encontrar argumentos convincentes que justifiquen la eliminación ni menos la confusión de ambos recursos.

3.4.3 Costas

Una situación que puede ser objeto de perfeccionamiento es la referida a la apelación de las costas. En este sentido, la limitación del recurso de apelación respecto a la revisión de las costas de primera instancia, al establecer que solo serán apelables aquellas sentencias, definitivas o interlocutorias, que ordenen el pago de costas por un monto superior a cien unidades tributarias mensuales (100 UTM), debiese ser objeto de examen a la luz de la evidencia. En efecto, si bien es claro el sentido de inhibir el uso de la apelación en este ámbito, la discusión en torno al umbral de 100 UTM debiese ponderar una serie de factores.

3.4.4 Sentencia de reemplazo

El proyecto contempla la existencia de una sentencia de reemplazo frente al evento que se acogiera una apelación fundada en una causal de nulidad en la dictación de la sentencia.

Al respecto y siguiendo la crítica manifestada por el profesor Romero durante la tramitación legislativa, esta idea ha significado un debilitamiento del sistema de doble instancia, toda vez que cuando una Corte de Apelaciones anula la sentencia por un vicio cometido en la misma y pronuncia la sentencia de reemplazo, en rigor, el asunto se está resolviendo en única instancia. Es obvio que si la sentencia revocada no tenía una adecuada ponderación de los hechos y del derecho, allí no operó la esencia de lo que es la instancia; o más bien, lo que de allí surgió no es más que una sentencia aparente, incompleta, pronunciada sin la exhaustividad que es exigible a la decisión de todo juez.³⁹

Es así como no parece prudente cometer el mismo error presente ya en nuestra legislación, siendo recomendable el reenvío de la causa al juez no inhabilitado, bien sea para que complete la sentencia, o en mejor medida, ordenar la realización de un nuevo juicio en función del respeto a los principios de oralidad e inmediación en materia probatoria.

³⁹ Ibid.

4. Recurso Extraordinario

4.1 Aspectos Conceptuales y de Política Pública

Una de las principales innovaciones de la Reforma Procesal Civil consiste en eliminar el tradicional recurso de casación en el fondo, y reemplazarlo por un recurso extraordinario referido a causales acotadas destinadas a dar un giro al rol que cumple la Corte Suprema dentro del sistema judicial, alejándolo de su labor como una suerte de tercera instancia, para posicionarse como un Tribunal superior encargado de garantizar la uniformidad de jurisprudencia y correcta aplicación del derecho.

¿Por qué se llega a una solución como esta? Si bien existen razones teóricas vinculadas al avance de nuevos entendimientos en torno al rol de la Corte Suprema en el derecho comparado, en el caso chileno, a lo anterior se une la evidencia empírica. Hoy, nuestro máximo Tribunal ha dejado de ser un Tribunal propiamente de casación, y su labor se encuentra completamente desnaturalizada.

Los ingresos de recursos a la Corte Suprema llegaron a 9.699 en 2012 (en todo caso 23,7% menos que en 2011; lo que se explica por una disminución de apelaciones de protección en un 50%). En este mismo año, las sentencias alcanzaron las 10.899, (20,5% menos respecto de 2011). Ello implicó que el *stock* de causas pendientes quedara en 2.381 (disminución de 32,1% respecto de 2011). Una década atrás, en 2003, las estadísticas judiciales mostraban una realidad distinta: mientras los ingresos llegaban a 6.262, las sentencias llegaban a 5.534, y las pendientes llegaban a 3.000. En suma, mientras en 2003 los ingresos por Ministro de la Corte llegaban a 298 y las sentencias por Ministro alcanzaban las 264, en 2012 estas pasaron a 462 ingresos por Ministro y 519 sentencias por Ministro.

Las cifras anteriores nos llaman a repensar el rol jurisdiccional de la Corte Suprema, la que ya no puede ser una verdadera tercera instancia, sino, algo diferente, sobre la base de mecanismos de acceso que tiendan a ser selectivos, y el recurso extraordinario, aunque perfectible, es una solución en la línea correcta.

En este sentido, el recurso extraordinario podría ser entonces conceptualizado como aquel medio de impugnación de resoluciones judiciales, que tiene por objeto que la Corte Suprema se avoque al conocimiento de un asunto por estimar, por la mayoría de sus miembros, que concurre a un interés general.

Sin embargo, la novedad introducida por este proyecto es aún mayor, pues se agrega precisamente a la Corte Suprema la facultad de seleccionar para su conocimiento solo aquellos casos que revistan un interés general a juicio de la mayoría de los integrantes de la sala del Tribunal. Esta facultad se asemeja a la institución del derecho norteamericano del "*certiorari*" o "*writ of certiorari*" (orden de certificar), o a su antecedente el "*leave to appeal*" del derecho inglés.⁴⁰ De acuerdo al mensaje del proyecto de ley:

“Se reemplaza el actual recurso de casación en el fondo, por un recurso extraordinario a través del cual se fortalece el rol de la Corte Suprema como máximo Tribunal de la República encargado de preservar los derechos fundamentales y de dar coherencia y unidad a los criterios de decisión de los Tribunales del país. La Corte podrá avocarse al conocimiento de un asunto siempre que concurra un interés general que haga necesaria su intervención y ello con base en un sistema amplio de tipificación de causales que justifiquen ese interés general. Se introducen, asimismo, criterios de discrecionalidad en la admisibilidad del recurso, de manera que corresponda a la sala respectiva de la Corte Suprema decidir, soberanamente, si las razones invocadas por el justiciable cualifican o no con ser de interés general, y por ende si amerita avocarse o no al conocimiento del asunto”.

4.2 Regulación Actual

El Código de Procedimiento Civil vigente no regula el recurso extraordinario, pero sí el recurso que le sirve a este de modelo, cual es el recurso de casación en el fondo, el cual se encuentra consagrado en los artículos 764° y siguientes de este cuerpo legal.

Se puede señalar que, en general, en nuestro sistema, el recurso de casación es un recurso extraordinario que el legislador concede a la parte que se siente agraviada, en contra de determinadas resoluciones judiciales, para obtener su invalidación o anulación, cuando han sido dictadas con infracción de ley, siempre que esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Este recurso se remonta al siglo XVIII en Francia, motivo de la gran desconfianza incoada durante la Revolución Francesa en contra de la monarquía y el Poder Judicial, para lo cual se crea un Tribunal de Casación, que era un órgano autónomo que se relacionaba con el Poder Legislativo. Por medio de este Tribunal se aseguraba el principio de separación de poderes, lo cual posibilitaba una labor de fiscalización de

⁴⁰ DE LA FUENTE (2011) p. 367.

los actos judiciales, que se concretaba, precisamente, en casar las resoluciones judiciales que vulneraban la ley.

Hoy, las resoluciones recurribles son:

- a. las sentencias definitivas inapelables dictadas por Cortes de Apelaciones o Tribunales Arbitrales de segunda instancia constituida por árbitros de derecho cuando estos conozcan negocios de competencias de dichas cortes; y
- b. las sentencias interlocutorias inapelables que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, dictadas por Corte de Apelaciones o por un Tribunal Arbitral de segunda instancia, constituido por árbitros de derecho en los casos que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes”.

Como requisitos de procedencia se requiere el que:

- a. se interponga el recurso en contra de una de las resoluciones susceptibles del recurso;
- b. la resolución se haya pronunciado con infracción de ley; y
- c. que la infracción de ley haya influido substancialmente en lo dispositivo del fallo.

En cuanto a este último requisito la doctrina ha estimado que se alude a un error en el juzgamiento, por lo cual se excluyen los aspectos de hecho. Los autores y la jurisprudencia han estimado de manera uniforme que la infracción de ley de la que habla esta institución puede consistir en una contravención formal, errónea interpretación o haciendo una falsa aplicación de la norma.

En el contexto de la casación, el término ley debe ser entendido en su sentido amplio, por lo cual incluye la Constitución Política de la República, la ley, como producto legislativo, decretos con fuerza de ley, decretos leyes, tratados internacionales, costumbre cuando la ley expresamente se remite a ella, la ley extranjera cuando es reconocida como derecho por la ley interna y las disposiciones de un contrato o testamento con cláusulas eficaces.

El legitimado activo para interponer este recurso es la parte agraviada ante el Tribunal que haya pronunciado la sentencia que se trata de invalidar y para ante el Tribunal superior, que en este caso es de competencia exclusiva de la Corte Suprema.

El plazo de interposición del recurso es de 15 días contados desde la fecha de notificación de la sentencia contra la cual se recurre, salvo en el caso de las

sentencias dictadas en juicios de mínima cuantía donde el plazo de interposición es de tan solo 5 días.

En cuanto al escrito, este debe expresar en qué consiste el o los errores de derecho en que incurre la sentencia, además de señalar cómo estos influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

El Tribunal *a quo* realiza un examen de admisibilidad formal, donde solo le está permitido controlar el plazo y si fue patrocinado por abogado habilitado. Una vez concedido este por regla general no suspende la ejecución de la sentencia recurrida, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia haga imposible llevar a efecto la ejecución de la sentencia que acoge la casación, y cuando la parte recurrente exija que no se lleve a efecto la ejecución de la sentencia recurrida, mientras la parte vencedora no rinda fianza de resultas a satisfacción del Tribunal que la haya dictado, pero solo mientras esa fianza no se rinda.

Declarado admisible, se confeccionan las compulsas y se remiten los autos originales al Tribunal *ad quem*, donde se realiza un nuevo examen de admisibilidad, que es más bien un examen de fundabilidad, respecto de si el escrito expresa en qué consiste el o los errores de derecho, la forma en que influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo, el plazo, y patrocinio de abogado habilitado, pudiendo rechazar de oficio la casación por manifiesta falta de fundamento.

En lo que se refiere a la prueba, no se admitirá prueba que tienda a establecer o esclarecer los hechos controvertidos en el juicio en que haya recaído la sentencia recurrida.

Este recurso será conocido, por regla general, por una sala de la Corte Suprema; sin embargo, el artículo 780° del Código de Procedimiento Civil faculta a cualquiera de las partes para que, dentro del plazo para hacerse parte, solicite que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno, fundamentando tal requerimiento en el hecho que la Corte Suprema en fallos diversos ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso.

Luego de la vista de la causa, la Corte Suprema deberá dictar la sentencia dentro del plazo de 40 días siguientes a aquel en que haya terminado la vista. La ley faculta al Tribunal *ad quem* a casar en el fondo de oficio en el evento de rechazar el recurso de casación en el fondo por defectos en su formalización. En caso de acoger el recurso o procediendo a casar de oficio la resolución recurrida, dictará acto seguido, pero separadamente y sin nueva vista de la causa, una nueva sentencia denominada sentencia de reemplazo, donde resolverá de manera definitiva el asunto controvertido.

En caso de rechazar el recurso, se devuelven los autos al Tribunal de origen, el que a su vez remitirá al Tribunal de primera instancia para su completa ejecución.

4.3 Nueva Regulación (Código Procesal Civil)

El proyecto de Código Procesal Civil reemplaza el recurso de casación en el fondo por el recurso extraordinario, atendiendo a la idea de potenciar el rol de la Corte Suprema como Tribunal encargado de preservar los derechos fundamentales y de dar coherencia y unidad al derecho, insertando, de este modo, en nuestro sistema de derecho una particularidad del sistema norteamericano de justicia en lo que dice relación con el rol de la Corte Suprema.

Este recurso, en los términos regulados en el proyecto, se debe principalmente al *iusconstitutionis*, mostrando claramente una vocación al servicio del interés público. Esto se explica en gran medida al considerar que la estructura procedimental del proyecto vela por fortalecer las instancias y limitar el acceso a este recurso, dándole precisamente un carácter de extraordinario.⁴¹

El recurso extraordinario se encuentra regulado en los artículos 405 y siguientes del Proyecto de Código Procesal Civil, cuyo objetivo es recabar de la Corte Suprema un último conocimiento siempre que se vea comprometido el interés general. Por lo tanto, este medio impugnatorio nace, desde la declaración de su objeto, con un marco de actuación mucho más reducido que lo que nos ofrecía la casación en aras al cumplimiento del requisito de que el caso ha de afectar al interés general.⁴²

De acuerdo al artículo 406° del proyecto, serán susceptibles de este recurso las sentencias definitivas dictadas por Cortes de Apelaciones, y las sentencias interlocutorias, que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones.

El artículo 409° del proyecto de ley incorpora una de las novedades más significativas en materia de recursos, toda vez que permite a la Corte Suprema excusarse de conocer un asunto litigioso por considerar que en su solución no concurre un interés general.

Atendida la dificultad que comprende el sistema procesal civil que está llamado a resolver conflictos de naturaleza privada, la misma disposición indica que solo en dos supuestos podrá estimarse que concurre un interés general:

⁴¹ SILVA (2011) p. 392.

⁴² Ver DELGADO (2012).

- a. Cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en procedimiento del cual ella emanare, un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.
- b. En caso que la Corte estime pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar una doctrina jurisprudencial.

De acuerdo al profesor Jordi Delgado, el interés general es un concepto jurídico indeterminado que, en este caso, parece ser algo muy próximo a la correcta interpretación y aplicación de la ley. Esa corrección redundaría en una mayor igualdad para todos los ciudadanos y ese es, precisamente, el papel que se está buscando en el ejercicio de la Corte Suprema: convertir al máximo órgano jurisdiccional en el adalid de la auténtica y uniforme interpretación del derecho al punto de convertirla en doctrina jurisprudencial.⁴³

De este modo, se le asigna en términos generales al recurso extraordinario elementos muy similares a las asignados actualmente al recurso de casación, cual es la correcta interpretación de la ley y la búsqueda de la uniformidad jurisprudencial, limitando de este modo los casos que lleguen a conocimiento de la Corte Suprema, todo con la intención de acercar su labor más a la de un Poder del Estado que a una suerte de tercera instancia, que más bien pretender una revisión del derecho aplicable por las Cortes de Apelaciones.

Desde la perspectiva de la tramitación, el recurso extraordinario debe interponerse en la Corte Suprema, en el plazo fatal de 15 días contados desde la notificación de la sentencia al recurrente por la Corte de Apelaciones respectiva, por escrito y con expresión del agravio y las razones fundadas del por qué concurre un interés general en la pretensión de reforma que justifique la intervención del Tribunal superior.

El proyecto omite el tradicional control de admisibilidad del Tribunal *a quo*, correspondiéndole esta actividad directamente al Tribunal *ad quem*, quien realizará un control formal del recurso, así como de las razones que dejen de manifiesto el interés general involucrado. Del tenor de la disposición queda claro que la intención del legislador es excluir de este control el agravio y las peticiones concretas, toda vez que en ningún caso este examen puede ser entendido como un antejuicio.

⁴³ Ver DELGADO (2012)

La Corte Suprema podrá declarar inadmisibile el recurso por no cumplir con los requisitos formales, lo cual deberá señalarlo de manera fundada, otorgando el plazo de cinco días al recurrente para poder subsanar el o los defectos.

Previo a resolver acerca de la admisibilidad del recurso, la Corte podrá dar traslado a la contraria por el término de diez días para hacer valer las razones por las que, a su juicio, no se justificaría que esta se avoque al conocimiento del asunto. Esta posibilidad es un elemento novedoso que incorpora el proyecto, el cual tiende a equilibrar las oportunidades y la defensa de ambas partes durante todo el procedimiento impugnatorio.

En lo que dice relación con los efectos del recurso, toda vez que conoce el superior jerárquico, siempre tendrá efecto devolutivo, no así el suspensivo, atendido que el artículo 411° del proyecto dispone que, por regla general, el recurso no suspenderá el cumplimiento o ejecución de la sentencia de instancia. No obstante, la Corte Suprema podrá decretar orden de no innovar, de oficio o a petición de parte, cuando el cumplimiento o los efectos de la sentencia recurrida hicieren imposible cumplir la que se dictare si se acogiere el recurso o existieren razones fundadas para ello, las que expresará circunstancialmente en su resolución. En dicha resolución deberá determinar el alcance de la orden de no innovar.

En cuanto a la vista del recurso, este se verá en sala, sin perjuicio, y solo cuando la trascendencia del asunto lo amerite, la Corte Suprema de oficio, podrá conocer del recurso en pleno.

Una vez terminada la vista de la causa, la Corte deberá dictar sentencia dentro de los veinte días siguientes de terminada la audiencia.

Respecto del contenido de la sentencia, el artículo 413° dispone que deberán constar los fundamentos que se tuvieron presente para declarar la admisibilidad del recurso y la forma en que se afecta el interés general, indicando finalmente la confirmación, modificación, revocación o invalidación de la sentencia recurrida y/o del procedimiento, según corresponda. En caso de anular la sentencia, dictará a continuación una sentencia de reemplazo; en cambio, si se anulare el juicio, se determinará el estado en que debiera quedar el procedimiento y ordenará al Tribunal no inhabilitado para que disponga la realización de un nuevo juicio.

El artículo 414° del proyecto, dispone que, excepcionalmente, esta sentencia podría ser recurrible ante la misma Corte Suprema, si se demuestra que existe jurisprudencia contradictoria en el mismo Tribunal; sin que se haya dejado constancia de haberse modificado la doctrina anterior, se podrá recurrir ante el pleno para que, sin nueva vista pública de la causa, anule la sentencia y que proceda a una nueva audiencia por una sala no inhabilitada.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura, podría pensarse en un tipo especial de recurso de revisión con una sola causal, cual es la unificación de jurisprudencia, y con plazos más acotados, todo lo cual viene a crear, en definitivas cuentas, una especie de precedente vinculante.

Finalmente, se incorpora la obligación del Poder Judicial de publicar todas las sentencias que fallen recursos extraordinarios, en la página web de la institución, como medio de difusión de las doctrinas jurisprudenciales, y de reseñar los recursos acogidos cada año en la cuenta pública que realiza el presidente de la Corte Suprema. De este modo, esta norma es totalmente coherente con la finalidad de crear obligatoriamente una forma de publicitar esas decisiones, de modo que se consiga que las decisiones sean más predecibles y redunde en la consecución de la anhelada seguridad jurídica, así como de la igualdad ante la ley.

4.4 Evaluación de la Nueva Regulación

4.4.1 Visiones Críticas

4.4.1.1 Críticas doctrinarias a la institución del certiorari en Chile

Para un gran sector de la doctrina y la academia descartan inmediatamente esta institución, pues indican que es propia de un sistema jurídico distinto, cual es el *commonlaw*, el que se basa el *staredecisis*, cuestión que no tiene sentido en el sistema chileno.

Asimismo, otros académicos como el profesor Alejandro Romero Seguel señalan que esta institución de selección de competencia es propia de un sistema federal en orden a uniformar criterios de los Tribunales superiores de justicia de cada estado miembro.⁴⁴ Según el profesor Ramón Domínguez, al reformarse el sistema recursivo no existiría Tribunal que sea garante del respeto e interpretación de la ley por sobre lo que decidan los jueces de fondo, generando situaciones en que las resoluciones de las Cortes de Apelaciones serán revisables solo en los casos extremos que se vean afectados derechos fundamentales, mientras que para los demás casos de infracciones estas conductas quedarán sin sanción.⁴⁵

⁴⁴ Informe comparado. Discusión de proyecto de ley en Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Cámara de Diputados. (2013)

⁴⁵ Ibid.

4.4.1.2 *Posición (crítica) de la Excma. Corte Suprema*

Nuestro máximo Tribunal en su informe del proyecto manifiesta su disconformidad con esta idea, toda vez que limitaría las atribuciones que por esencia le son propias, puesto que solo podrá conocer asunto a través del recurso extraordinario bajo la exigencia de un concepto genérico y vago, como resulta ser el de “interés general” y, por ello, estima conveniente que la procedencia del recurso por infracción a la ley se incorpore expresamente. De este modo, la Corte se inclina por mantener la casación en términos similares a la regulación actual, incorporando sí la obligación de uniformar la jurisprudencia y exigiéndose una cuantía mínima de 2.750 UTM (aproximadamente \$ 112.000.000) para interponer el recurso. Se propone, en suma, una casación sin distinción entre lo procesal y lo sustantivo, por infracción de ley y sin causales.

La propuesta de la Corte Suprema resulta interesante, pero debería ser considerada con ciertos matices. Es digno de ser discutida la idea de incorporar una nueva causal basada en la infracción de ley, pero esta debería no solo mirar el interés particular del recurrente, sino que responder además a este concepto de interés general involucrado en la correcta aplicación o interpretación del derecho.

A su vez, la limitación de competencia basada en cuantías mínimas parece no ser la solución correcta, pues si se sigue la lógica de que la Corte Suprema tiene el rol de velar por la correcta aplicación e interpretación de la ley en todo el ordenamiento jurídico, no tiene sentido aplicar criterios discriminadores basados en el interés pecuniario pretendido por las partes.

4.4.1.3 *Elementos de constitucionalidad*

Se debe considerar que nuestro sistema judicial descansa sobre un principio fundamental, cual es el principio de inexcusabilidad, contemplado en el artículo 10° del Código Orgánico de Tribunales y en el artículo 76° inciso segundo de la Constitución Política de la República, que señala que “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrá excusarse para ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”. Para los detractores de la idea de implementar una especie de *certiorari* en Chile, esta norma sería uno de los principales obstáculos positivos a su implementación, lo que implica necesariamente considerar una reforma constitucional.

Junto con lo anterior, existe un precedente que debemos considerar cual es la sentencia Rol N° 205 de 1995 del Tribunal Constitucional dictada a propósito del control preventivo obligatorio del proyecto que se transformaría en la Ley N° 19.374

sobre composición, organización y atribuciones de la Corte Suprema y modificaciones a los recursos de queja y casación.

En dicho fallo, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional una modificación al Código de Procedimiento Civil que tenía por objeto establecer algo bastante similar a un *certiorari*. En efecto, el proyecto de ley permitía rechazar el recurso de casación en el fondo presentado si en opinión unánime de los integrantes de la sala, se daba alguna de las siguientes circunstancias: “a.- El recurso adolece de manifiesta falta de fundamento; y b.- El recurso carece de relevancia jurídica para la adecuada interpretación y aplicación del derecho”. El sentido de la letra (b) analizada era evidente y buscaba generar un mecanismo de filtro, un grado importante de selectividad para racionalizar el trabajo de la Corte. Dado que el Tribunal Constitucional consideró que “de los antecedentes más remotos de la casación de fondo la configuran como una de las máximas expresiones de la garantía del Estado de Derecho y la igualdad ante la ley” (c.10º), y debido a que la propuesta (letra b) “violentaba” los artículos 6º, 7º, 19 N°s 2 y 3, 73 (actual 76) y 74 (actual 77) de la Carta Fundamental, lo más cercano que hemos tenido a un *certiorari* fue declarado inconstitucional. (“)

Este argumento es válido en cierta medida, mas no así respecto del principio de inexcusabilidad, el cual se refiere a la imposibilidad de excusarse de ejercer las facultades jurisdiccionales ante la ausencia de norma expresa que dé solución a la controversia o de manera antojadiza. Por otra parte, en principio no afectaría la igualdad ante la ley, pues la facultad discrecional de decidir avocarse o no a un caso está normada por la propia ley y no reviste apariencia de arbitrariedad *a priori*.

4.4.2 Evaluación Positiva de la Propuesta de Recurso Extraordinario

Para poder adoptar una posición sobre el tema del recurso extraordinario y el *certiorari* es preciso clarificar cuál es el rol que queremos asignarle a la Corte Suprema.

Asumiendo que la Corte Suprema no ha sido capaz de absorber la cantidad de causas que ingresan para su conocimiento, es importante contar con un instrumento como el *certiorari* que le permita avocar sus esfuerzos a definiciones de alto contenido, donde estime relevante su intervención tanto para proteger los derechos fundamentales de las partes, las garantías de un debido proceso y unificación jurisprudencial en vista de brindar la seguridad jurídica deseable en todo ordenamiento jurídico.

En otras palabras, esta figura del *certiorari* añade mayor transparencia al sistema, toda vez que será innecesario recurrir al subterfugio de la declaración de

inadmisibilidad o rechazo del recurso basado en aspectos meramente formales, pudiendo la Corte Suprema asumir libre y razonadamente cuáles serán las cuestiones que, por su trascendencia, merecen su dedicación.

Así el *ius litigatoris* quedará tutelado en dos instancias y el *ius constitutionis* por la Corte Suprema, la cual retomará responsablemente su rol de Tribunal Supremo y dejará de ser una instancia más para la resolución de conflictos entre partes.

Bajo este escenario, podemos llegar a las siguientes conclusiones a favor del recurso extraordinario, en un contexto de repensar el rol de la Corte Suprema en nuestro sistema jurídico:

- a. Existe un importante consenso en torno a la desnaturalización del rol jurisdiccional de la Corte Suprema, en particular de la casación, mas no en torno a la reforma legal que le ponga coto y que permita que la Corte Suprema cumpla su rol unificador del derecho y no siga siendo una verdadera “tercera instancia”.
- b. Dadas algunas reglas constitucionales y legales existentes (i.e., que consagran el principio de inexcusabilidad), el precedente del Tribunal Constitucional citado, es conveniente avanzar en una reforma constitucional que inhiba cualquier vicio de constitucionalidad respecto del nuevo recurso extraordinario. Ello también implica evaluar la necesidad de perfeccionar o derogar el actual artículo 3° del Código Civil.
- c. La propuesta de la Corte Suprema en vista a permitir incluir una nueva causal al recurso extraordinario basado en la infracción de ley debería ser considerada en la discusión legislativa y académica, pero atendido a que no basta el solo agravio, sino que esta infracción de ley debe ser grave, arbitraria y que mantenga un interés general comprometido.
- d. Es posible apreciar que existe un proceso avanzado en nuestro sistema jurídico de reconfiguración del rol de la Corte Suprema, que viene dándose con fuerza al menos desde la aprobación del Código Procesal Penal, donde se le otorga el conocimiento excepcional del recurso de nulidad a la Corte Suprema en hipótesis de interés general. Tal es el caso de doctrinas jurisprudenciales contradictorias, como asimismo en caso de infracción sustancial de los derechos y garantía asegurados por la Constitución o los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (artículo 376 Código Procesal Penal). Esta misma lógica ha sido asumida en el nuevo procedimiento laboral, por lo que el recurso de nulidad es perfectamente homologable con el recurso extraordinario que se propone.

- e. Siguiendo la lógica presente en el Código Procesal Penal y la doctrina moderna, es posible afirmar que, en principio, no es necesaria la intervención de la Corte Suprema en el conocimiento de un asunto que ya haya sido conocido por los Tribunales inferiores, toda vez que el juicio propiamente tal se encuentra radicado en los Tribunales de instancia, donde se garantizan los derechos del debido proceso mediante la aplicación de los principios de igualdad de las partes, oralidad, publicidad, intermediación y continuidad del conocimiento y juzgamiento que realiza el juez de primera instancia. El control de este procedimiento le corresponde a las Cortes de Apelaciones, quienes podrán revisar como Tribunal de instancia y de nulidad, mediante una composición colegiada, las resoluciones adoptadas por el juez inferior, lo cual es garantía suficiente para las partes del control de legalidad y de mérito que exige la ley, siendo innecesario repetir un control jurisdiccional basado en las mismas consideraciones anteriores.

5. Conclusiones

El presente documento ha buscado analizar tres ámbitos fundamentales del proyecto de ley que establece el Código Procesal Civil: el régimen de costas, el recurso de apelación y el recurso extraordinario. Sabemos que hoy el debate en torno a la Reforma Procesal Civil en particular o a la justicia civil en general, se ha circunscrito, principal y lamentablemente, al debate en torno al proyecto de ley que establece el nuevo Código.

Sin perjuicio de lo anterior, las tres instituciones procesales examinadas deben ser consideradas por el legislador ya no solo desde un prisma jurídico, sino y como se ha propuesto, debe en particular evaluarse su dimensión sistémica, en cuanto política pública judicial. Así, se trata de institutos procesales que pueden tener un rol fundamental a la hora de contar con un sistema de justicia civil eficaz y eficiente, que además genere los incentivos correctos en los operadores jurídicos, especialmente en los litigantes.

En este sentido, desde la perspectiva del régimen de costas, la forma en que este se implemente –el tipo de regla que se adopte, y como hemos visto, se está optando por la denominada regla inglesa– tendrá un impacto en la conducta de los litigantes, especialmente en el potencial de disuadir litigación frívola como demuestra la literatura.

Asimismo, racionalizar la apelación, no solo tiene el potencial de disminuir los tiempos de los procesos, evitando además la congestión, sino que permite utilizar

de manera más eficiente las Cortes de Apelaciones, permitiendo su participación en la resolución de cuestiones de trascendencia jurídica. Siguiendo la literatura comparada es de esperar que en el futuro avance más la selectividad en el ingreso de causas a la Corte de Apelaciones.

Finalmente, el recurso extraordinario, diseñado para ser la vía principalísima de acceso a la Corte Suprema, responde no solo a modelos interesantes del derecho comparado, sino a una realidad evidente de hoy: el abuso por parte de los litigantes de esta, la que se transformó en una verdadera tercera instancia. Un uso racional y extremadamente selectivo de la Corte Suprema no solo es positivo en términos de eficiencia, sino en generar un escenario institucional real para permitir que nuestro máximo Tribunal genere jurisprudencia de calidad, que contribuye a aumentar la certeza jurídica y fortalecer el Estado de Derecho en Chile.

6. Referencias Bibliográficas

- Anabalón, Carlos (1946): Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno, Tomo II, Ed. U. de Chile, Santiago.
- Bernaldes Rojas, Gerardo (2013): Derecho Procesal III, Recursos procesales. Disponible en línea en: <http://derecho.utalca.cl/pgs/alumnos/procesal/dpIII.pdf>
- Claro, Eliana y José Francisco García (2012): “Reforma a la Justicia Civil y Comercial en Chile”, Libertad y Desarrollo. *Serie Informe de Justicia* No. 9, Disponible en línea en: www.lyd.org
- Correa Sutil, Jorge (2002): Recursos Procesales Civiles, Ed. LexisNexis,
- Couture, Eduardo (1993): Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera edición. Ed. Depalma, Buenos Aires.
- Couture, Eduardo (2010): Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Puntotex, Santiago.
- Delgado Castro, Jordi (2012): El recurso extraordinario en el proyecto de Código Procesal Civil. Disponible en línea en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122012000200005&script=sci_arttext
- De la Fuente Hernández, Nancy (2011): “El certiorari en el proyecto de Código de Procedimiento Civil”, en *Justicia Civil y Comercial: Una reforma ¿cercana?*

Leturia, Francisco (edit). Universidad Católica de Chile, Universidad Diego Portales, Libertad y Desarrollo, Santiago.

- Figueroa Yávar, Juan Agustín y Erika Morgado San Martín (2013): *Procedimientos civiles e incidentes*. Editorial Legal Publishing. 1ª Edición. Santiago.
- Hodges, Christopher, Stefan Vogenauery Magdalena Tulibacka (2010): *The Costs and Funding of Civil Litigation. A comparative perspective* (Oxford, Hart Publishing).
- Mery, Rafael (2002): Estudio de caso Número 65. La demandad por justicia. Un problema de política pública. Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.mgpp.cl/wp-content/uploads/2011/04/CASO65.pdf>
- Mery, Rafael (2003): “Una aproximación teórica y empírica a la litigación civil en Chile”, CEDIEM, *Documento de Trabajo No. 7*, Santiago, Universidad Diego Portales, Santiago.
- Mery, Rafel, Juan Enrique Vargas, Alberto Coddou y Miguel Varas (2012): *Análisis de la incorporación de tasas judiciales en la nueva justicia procesal civil* Universidad Diego Portales. P. 139
- National Center for State Courts (2011a): “Appellate Filing & Answer Fees in State Courts, 2011”, disponible en: <http://ncsc.contentdm.oclc.org/cgibin/showfile.exe?CISOROOT=/finacial&CISOPTR=168>.
- Posner, Richard (2000): *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México.
- Reimann, Mathias (ed.) (2012): *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*. London, Springer.
- Shavell, Steven (2004a): *Foundations of Economic Analysis of Law*. Boston, Harvard University Press.
- Shavell, Steven (2004b): “*The Appeals Process and Adjudicator Incentives*”, NBER Working Paper No. 10754. Disponible en: <http://www.nber.org/papers/w10754.pdf>.
- Shavell, Steven (2010): “*On the Design of the Appeals Process: The Optimal Use of Discretionary Review versus Direct Appeal*”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 39, pp. 63-107. Disponible en:

<http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/2010-Shavell-Discrtnry%20Appeal%20-JLS.pdf>.

- Silva Prado, José Pedro (2011): “Consideraciones sobre los fines de la casación civil y el recurso extraordinario en el proyecto de Código Procesal Civil chileno”, en *Justicia Civil y Comercial: Una reforma ¿cercana?* Leturia,, Francisco (edit). Universidad Católica de Chile, Universidad Diego Portales, Libertad y Desarrollo, Santiago.
- VARGAS, Juan Enrique, PEÑA, Carlos y CORREA, Jorge (2001): *El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia*. Universidad Diego Portales, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 42 Santiago, p. 200.
- ZUCKERMAN, Adrian (1999): *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press. P. 485.



Serie Informe Justicia

Últimas Publicaciones

- N° 14** **El Costo de la Delincuencia
en Chile: 2002-2012**
José Francisco García G., Eliana Claro E.
y Sammy Drobny A.
Noviembre 2013
- N° 13** **Activismo Judicial:
Teoría y Práctica en el Sector Salud**
José Francisco García G. y Sergio Verdugo R.
Julio 2013
- N° 12** **Cárceles Concesionadas.
Revitalizando el Modelo**
Eliana Claro E.
Noviembre 2012

¡LYD EN TU SMARTPHONE Y EN REDES SOCIALES!



Fanpage LibertadyDesarrollo Chile



TODOS NUESTROS ESTUDIOS Y ANÁLISIS LOS PODRÁS VER A TRAVÉS DE LA APLICACIÓN



LIBERTAD Y DESARROLLO
ALCÁNTARA 498, LAS CONDES, SANTIAGO DE CHILE

www.lyd.org / lyd@lyd.org