

Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación

Enrique Tapia Witting

Profesor de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO



APELACIÓN

Suma:

- I. Pretendemos abordar la limitación de la competencia del tribunal de segunda instancia a hechos nuevos
- II. Luego procuraremos aclarar la forma en cómo el tribunal de apelación se impone del recurso, que según la ley se tramita como en los incidentes.
- III. Nos referiremos enseguida al sistema de la apelación diferida, y finalmente
- IV. Al plazo para comparecer ante el Tribunal de Alzada.

Para adentrarnos en estos temas será necesario que previamente y en forma muy sucinta nos refiramos a ciertas normas y principios generales atinentes al recurso de apelación.

La apelación, según el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior.

Constituye una manifestación del principio dispositivo, no hay apelaciones de oficio. Nunca puede un tribunal enmendar, por la vía de una apelación que no dedujo una parte y por ende inexistente, de propia iniciativa presuntos agravios.

El objeto del mismo está constituido por el agravio y su necesidad de reparación por el tribunal superior. En consecuencia su fin es la enmienda, con arreglo a derecho, del agravio que ha podido producir la resolución a alguna de las partes.

“Enmendar” quiere decir deshacer, corregir, arreglar la resolución en la parte gravosa, pero no importa invalidar, como es la finalidad de la casación. El tribunal de alzada puede dictar íntegramente una nueva sentencia. Pero la sentencia de primera instancia jamás desaparece. Ambos fallos constituyen en definitiva una unidad.

El objeto, como se dijo, era la revisión por el superior.

Ahora bien, si el objeto es la revisión por el superior surge una pregunta: ¿La apelación es un medio de reparación de los errores cometidos en la sentencia apelada o de los errores cometidos en toda la instancia?

La respuesta tiene importancia práctica, porque si significa lo primero, la segunda instancia no puede consistir en una revisión de todas las cuestiones de hecho y de derecho ventiladas en primera instancia, ni se podrían deducir nuevas excepciones, ni aportar nuevas pruebas. Sólo habría que basarse en el material de primera instancia.

Si fuera lo segundo, habría una revisión de toda la instancia y serían admisibles nuevas proposiciones de derecho, nuevas pruebas que por error, negligencia o ignorancia, no fueron aportadas en la instancia anterior.

Históricamente en la Constitución “*Amplioem*”, Justiniano propuso que la proposición de la apelación confiere al juez la plena cognición de la causa, con el poder de decidir sin limitaciones en un sentido o en otro, según las resultas del proceso, y por tanto, la posibilidad de reformar la sentencia tanto a favor del apelante, como a favor del apelado.

Toda la doctrina tradicional alemana, francesa e italiana trabajó sobre esta base, llegando a señalar que se trataba de una revisión completa de la instancia anterior, sólo limitada a que no podía deducirse una nueva demanda. Así el derecho alemán llegó a hablar de una segunda primera instancia (*Zweite Ersteinstanz*).

Se produce luego un cambio en que el juez de segundo grado sólo puede conocer aquellas partes de la sentencia que fueron objeto de apelación (*tantum devolutum quantum appellatum*), una reforma de la sentencia puede tener lugar únicamente dentro del ámbito de la apelación y solamente en favor de aquel que la ha propuesto.

Sin embargo y siguiendo luego la evolución en el derecho austríaco, que se aparta en este aspecto del alemán, del francés, considera la apelación como una impugnación limitada, o sea, sólo un remedio para rever la sentencia impugnada, y así Schönke ha dicho que la apelación no es un reme-

dio dirigido a una plena revisión de todo el material de hecho de la primera instancia, sino que un control de la sentencia del juez de primera instancia.

Como oportunamente analizaremos, esta última será la posición que adoptaremos: la segunda instancia es control y no creación.

Pero más aún, es control sólo de los agravios que el recurrente representa, no de cualquier error en el que hipotéticamente pudo incurrir el sentenciador de primer grado.

Pero sigamos en este análisis general, para llegar debida y ordenadamente a nuestras conclusiones.

Interposición del recurso

1. Quién puede apelar.

La ley nada ha dicho y por ende debemos recurrir a los principios generales y se ha entendido que para hacerlo es menester reunir dos requisitos:

a. Ser parte: pueden serlo tanto las directas como las indirectas o terceros, o sea, el demandante o el demandado, y si son varios (litis consorcio), obren o no por una misma cuerda, todos o cualquiera (artículo 16 Código de Procedimiento Civil) o los terceros, coadyuvantes, excluyentes o independientes (artículos 22 y 23 en relación con el 16).

Sin embargo, debemos recordar que los terceros excluyentes y los independientes no pueden llegar al proceso por medio de la apelación, pues ellos, al tenor del artículo 22, "se entenderá que aceptan todo lo obrado antes de su presentación".

b. Ser agraviado, esto es, perjudicado con la resolución. No se ha accedido a todo o a parte de lo solicitado, ni se ha negado a la contraria todo lo por ella pedido.

¿Podría apelar quien ha triunfado, pero que desea mantener el estado de litis pendencia? La respuesta es categórica, no podrá hacerlo.

Formalmente la apelación deberá ser fundada y contener peticiones concretas.

La fundamentación del recurso, se ha dicho, es el contenido intelectual del acto, o sea, del elemento agravio de la apelación.



Con ella se persiguen, en lo que por ahora nos interesa, tres fines precisos:

1. Que la extensión de la competencia del tribunal superior quede demarcada por las peticiones concretas y no pueda extender su fallo a otros puntos, salvo excepciones;
2. Asegurar en la segunda instancia efectivamente el principio de la igualdad. Así al conocer la parte contraria no sólo las peticiones que formula el contendor, sino que también las razones de hecho y derecho, puede controvertirlas. Si no fuera así, evidentemente su igualdad procesal se vería amagada.
3. Se persigue terminar con las apelaciones infundadas, lo que a su vez trae consigo el no dilatar en forma injustificada el procedimiento. Normalmente un letrado bajo su firma se abstendrá de indicar sinrazones.

Se cumple así con el principio de la economía procesal.

Formalmente, entonces, habiendo la parte perjudicada presentado dentro de término su recurso, en el que se han fundamentado los agravios e indicado las peticiones concretas que se someten a la edición del superior, el juez debe conceder el recurso, y ordenar su remisión o de fotocopias, en su caso, al superior.

En esencia en esa resolución va envuelto el efecto devolutivo, que es el que tiene por objeto otorgar competencia al tribunal superior; por él el superior asume la plena facultad de revocar la sentencia, dentro de los límites del recurso.

Sus poderes consisten, además, en confirmar íntegramente el fallo, o confirmarlo en parte y revocarlo en otra o en modificarlo. Puede también declarar inadmisibile el recurso

Sin embargo, siempre tiene, en materias civiles, un límite fundamental: el juez superior no puede empeorar la situación del apelante, a menos que haya mediado también recurso del adversario. Es el principio de la *reformatio in peius*, o de la reforma en perjuicio. El apelante sólo puede ganar, jamás perder. Ello sin perjuicio que pueda ser condenado al pago de las costas si no se da lugar a lo que pedía.

Esta prohibición de reforma no es sino la consecuencia de ciertos principios generales:

1. *Nemo iudex sine actore*, principio dispositivo.
2. Prohibición de proceder de oficio (artículo 10 Código Orgánico de Tribunales).
3. Principio o elemento del agravio en cuanto él es la medida de la apelación. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso. *Tantum appellatum tantum devolutum*.

En suma la competencia del superior, dada por el efecto devolutivo del recurso, encuentra sus fronteras en:

1. Cuestiones que forman el pleito (pretensión y defensas).

El tribunal superior, al igual que el de primera instancia, encuentra su límite en aquellos asuntos que las partes han sometido a su conocimiento. En virtud del principio dispositivo el superior no puede extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente por las partes a su conocimiento y juzgamiento. Por ello, conforme al artículo 160, la sentencia debe pronunciarse "conforme al mérito del proceso y no podrá extenderse a puntos que no hayan sido sometidos expresamente a juicio por las partes".

Excepcionalmente, desde este punto de vista el tribunal superior, previa audiencia del ministerio público, podrá hacer de oficio en su sentencia las declaraciones que por ley son obligatorias a los jueces, como lo dice el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil.

Así, por ejemplo, podrá declarar una nulidad absoluta del acto cuando ella aparece de manifiesto en el mismo.

Ahora bien, ¿cuándo quedan fijadas las cuestiones sometidas al tribunal para su decisión?

No hay duda que en primera instancia, e incluso en un momento bien preciso, la contestación de la demanda, pues en la réplica y la dúplica no pueden alterarse las acciones y excepciones que hayan sido objeto principal del juicio (artículo 312).

2. Como lógica consecuencia de constituir la apelación un control jurisdiccional, el límite del superior también está en las cuestiones falladas en primera instancia.

Estas constituyen un segundo límite a la extensión del efecto devolutivo, vale decir, a la competencia del tribunal de segunda instancia, puesto que

no puede extender su fallo más allá de lo que se comprende en el de primera instancia.

Por excepción puede hacerlo respecto de las cuestiones ventiladas en primera instancia y que no fueron comprendidas en la sentencia por ser incompatibles con lo resuelto, conforme al artículo 208.

También en el procedimiento sumario goza de mayor competencia, pues a petición de parte puede fallar todas aquellas cuestiones no resueltas por el juez a quo, según el artículo 692.

3. Límites impuestos por las partes en el recurso.

El principio dispositivo otorga a las partes amplias facultades para limitar la competencia del tribunal superior y ello se refleja especialmente en las peticiones concretas que debe contener el recurso.

4. Límites respecto de los recurrentes.

Es lo que se conoce con el nombre de la personalidad del recurso. Los efectos de la apelación son personales y no reales, no hay, como se ha dicho, un "beneficio común", sino una "ventaja unilateral".

Los fundamentos de estos límites, por lo que se ha venido indicando, se encuentran entonces en los siguientes principios:

a. La voluntad crea y extingue derechos. Así quien consintió en la sentencia porque la considera justa, como agraviado tenía dos caminos: consentir o apelar, si optó por el primer camino, su voluntad lo liga definitivamente a ese consentimiento.

b. Por el efecto devolutivo, el tribunal superior no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurso, y nada lo autoriza a cambiar la parte de la sentencia no recurrida.

Con estos aspectos generales, abordemos el problema que al inicio le asignábamos el N° I.

I. Prohibición de traer al proceso nuevos hechos

Hemos recordado que la apelación obedece al principio dispositivo, son las partes las que soberanamente deciden si recurren o no y qué aspecto o aspectos de la sentencia les causan agravio que piden enmendar.

Por ello, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil, si la apelación no es fundada o no contiene peticiones concretas, "el tribunal correspondiente deberá declararla inadmisibile de oficio".

Planteábamos en la primera parte de este trabajo la alternativa de si la apelación consiste sólo en la enmienda de la resolución recurrida o si por el contrario ella constituye un medio de reparar los errores cometidos en toda la primera instancia.

La solución la da sin duda el artículo 208, que excepcionalmente permite al tribunal de alzada fallar aquellas cuestiones que no han sido decididas por la sentencia apelada, por ser incompatibles con las resueltas en primera instancia.

En otras palabras tal norma está señalando que el tribunal superior sólo fallará aquellos asuntos comprendidos en la sentencia de primera instancia, y sólo excepcionalmente podrá hacerlo respecto de aquellos otros que resulten incompatibles con lo decidido en ella.

Corroboramos claramente lo señalado lo dispuesto en el artículo 216 del mismo Código al decir que la adhesión a la apelación es pedir la reforma de la sentencia apelada en la parte que la estime gravosa el apelado. No se pide la reparación de todos los errores de la primera instancia, sólo los cometidos en la sentencia.

Se trata, entonces, la segunda instancia de control y no creación.

Ello nos lleva a una primera conclusión práctica, la segunda instancia no puede consistir en una revisión de todas las cuestiones de hecho y de derecho ventiladas en primera instancia. Sólo habrá que basarse en el material fáctico producido en ella. Por tal motivo no se podrán deducir nuevas excepciones, ni aportar nuevas pruebas

Proponemos en consecuencia la derogación del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil, la modificación del artículo 310 del mismo cuerpo de leyes, en el sentido de que las excepciones que ahí se tratan sólo podrán oponerse en la primera instancia.

La absolución de posiciones únicamente podrá solicitarse en primera instancia, hasta la citación para oír sentencia, y los documentos podrán acompañarse únicamente en esa instancia y hasta el señalado momento procesal. Se modifican así los artículos 385 y 348 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a las medidas para mejor resolver. El juez es el tercero imparcial que debe decidir la contienda entre dos sujetos parciales. Desde luego, si esta parcialidad no existiera, tampoco podría haber proceso, pues ella constituye un elemento de su esencia, tal como es esencial en la jurisdicción la neutralidad del titular del órgano.

En tales condiciones y no queremos abordar, en este trabajo, el tema de la amplitud de los poderes del juez en relación con la prueba, en la primera instancia, pues, además de tratarse del tribunal que debe conocer en amplitud los hechos del proceso, se han dado también buenas razones de justicia para que tenga, aunque limitada, iniciativa probatoria.

Esta posibilidad, que, estimamos, representaría en la alzada acentuar la desigualdad de los litigantes, pues en definitiva únicamente se podrá favorecer al apelante, va indudablemente en contra de la propia actividad de las partes, que verán concretadas pruebas que no rindieron o no quisieron rendir.

Finalmente, por lo señalado y por contravenir los principios de la igualdad procesal y dispositivo, se debe derogar lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 227 del mismo Código, que permite a los jueces de segunda instancia decretar medidas para mejor resolver.

Todas estas modificaciones legales pretenden agilizar la decisión de la apelación, darle al recurso su justo alcance, en orden a otorgarle sólo un sentido de control, al permitir a los jueces de las Cortes de Apelaciones un mayor estudio a los aspectos jurídicos de cada caso.

Finalmente ello obligará a los litigantes a tener una mayor preocupación en la primera instancia, a mostrar en ella todos sus antecedentes, todas sus defensas, lo que también permitirá a los jueces un mejor fallo al contar con todo el material del pleito.

II. Tramitación de las apelaciones según la regla de los incidentes

En diversas disposiciones, como ser, entre otras, en los artículos 691 del Código de Procedimiento Civil, para los juicios sumarios, 822, para los actos no contenciosos, 550, para los juicios posesorios, 606, de arrendamiento, 441 del Código del Trabajo, 233 del de Minería, etc., se establece que la tramitación de la apelación se ajustará a las reglas contempladas para los incidentes. ¿Qué significado práctico y real tiene hoy día ese mandato del legislador? Para una adecuada solución pensamos que debe abordarse el tema desde la situación existente antes de la dictación de la Ley N° 18.705, y así debemos distinguir:

1°. Normas aplicables a la situación antes de la dictación de la Ley N° 18.705, de 24 de mayo de 1988.

El artículo 214 del Código de Procedimiento Civil establecía textualmente: "Si el tribunal superior declara no haber lugar al recurso, devolverá el proceso al inferior para el cumplimiento del fallo.

En caso contrario mandará el tribunal que se traigan los autos en relación, excepto cuando se trate de sentencia definitiva, y en este evento dispondrá que expresen agravios los apelantes. Estos tendrán el plazo de diez días para presentar los escritos respectivos.

La expresión de agravios deberá contener las peticiones concretas que formule el apelante respecto de la sentencia apelada".

Como se observa, si se trataba de la apelación de una sentencia definitiva pesaba sobre el apelante la carga procesal de expresar agravios, vale decir, de presentar, dentro del término de diez días contados desde su notificación del decreto que le ordenaba expresar agravios, no fatales, un escrito en que debía manifestar las razones que lo llevaban a impugnar la sentencia de primer grado. En el lenguaje actual del Código, diríamos que debería fundamentar el recurso, y esencialmente mencionar las peticiones concretas que formule respecto de la sentencia apelada, o sea, qué es lo que le pide al tribunal de alzada que decida. Únicamente esta última exigencia era requisito fundamental del escrito, puesto que si faltaba, conforme a lo que señalaba el artículo 201 del mismo Código, a petición de la apelada, debía declararse desierto el recurso.

En todas las demás apelaciones y que no se refirieran a la sentencia definitiva el tribunal ordenaba de inmediato traer los autos en relación.

Cualquiera que sea la naturaleza de la resolución apelada, el término para hacerlo era el mismo: plazo fatal de cinco días contados desde la notificación de la resolución que se pretende impugnar. No se requería de formalidad alguna e incluso podía hacerse oralmente en el acto de la notificación (artículo 57 Código de Procedimiento Civil).

Frente a esta situación de tanta holgura, solamente tratándose de sentencias definitivas la ley ponía de cargo del recurrente la carga, al menos, de señalar cuáles eran las peticiones concretas, específicas que requería del tribunal superior, sólo en este momento se delimitaba la competencia del Juez ad quem, pero no se restablecía el principio de la igualdad procesal, ya que si bien el apelado podía de este modo conocer cuáles eran los lindes que la contraria imponía al juez, al no estar sujeto a la carga de

señalar los motivos del agravio (reiteradamente se falló que la falta de razones no tenía sanción), quedaba siempre en la imposibilidad de controvertir adecuadamente los motivos de su contrincante.

Desde otro ángulo y considerando que la prontitud en la decisión constituye un elemento de la esencia de la justicia y que el excesivo número de trámites atenta en contra de la economía procesal, uno de los principios fundamentales del procedimiento, la situación imperante en la época determinaba necesariamente una dilación, basta recordar que el apelante tenía diez días para expresar agravios, plazo individual y que si eran varios, se alargaba interminablemente, y luego se daban otros diez días para contestar.

Todos los inconvenientes mencionados llevaron a modificar la situación, procurando poner remedio a esos males y lograr una mayor rapidez en la decisión de las apelaciones. Nace así la Ley 18.705.

2°. Período que media entre la Ley 18.705 y la 18.882.

En lo que ahora nos interesa se cambia el plazo para apelar, se contemplan formalidades en su interposición, se elimina la expresión de agravios y su contestación.

a. De acuerdo a lo que dispone el inciso 1° del artículo 189 del Código de Procedimiento Civil, el plazo para apelar sigue siendo de cinco días, pero el inciso 2° de la misma disposición lo aumenta a diez, tratándose de sentencias definitivas.

b. Se exige que la apelación contenga los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.

De acuerdo a lo que dispone el artículo 201, si la apelación no es fundada, el tribunal correspondiente deberá declararla inadmisibile de oficio.

El mismo artículo 189 de que se viene hablando exige también que el que entabla el recurso deberá indicar, señalar las peticiones concretas que formula.

Si recordamos lo que dijimos en relación con el período anterior, la carga de formular las peticiones concretas únicamente existía en relación a las sentencias definitivas, puesto que era un requerimiento dado para la expresión de agravios. En la época que estamos analizando, y ello rige también en el presente, como veremos, lo es para todas las apelaciones.

La importancia de este mandato del legislador es que la extensión de la competencia del tribunal superior queda demarcada, delimitada por esas peticiones.

Desde el instante en que la ley exige al apelante cumplir con las dos precisiones que hemos venido señalando en el momento de deducir el recurso, carece de sentido la expresión de agravios y por ello la Ley 18.705 suprimió ese trámite.

¿Qué pasó entonces con nuestro problema, o qué efecto producía el mandato del legislador en orden a tramitar la apelación como en los incidentes?

Evidentemente que ninguno, puesto que no existía diferencia en la tramitación del recurso, sea que se tratara de las sentencias definitivas impugnadas o de otra resolución, o de cualquier incidente.

La norma, entonces, que ordenaba esta forma de tramitar las apelaciones no tuvo posibilidad de aplicarse, el sistema procesal imperante en la época era inconciliable con su mandato. No cabe duda, por ende, que fue tácitamente derogada.

En efecto, este tipo de derogación se produce "cuando una ley disciplina toda la materia regulada por una o varias leyes precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de éstas y las de la nueva ley". Se ha producido, sin duda, este tipo de derogación, puesto que habiendo partido el legislador de principios directivos diferentes, habiendo reordenado la materia en forma distinta, introducir el precepto que se comenta de la ley antigua resulta no incompatible, sino que absolutamente incomprensible. No cabe duda que la intención del legislador al dictar la Ley 18.705 ha sido abarcar toda la materia que dice relación con las formalidades y tramitación de la apelación.

3°. Período actual desde la la Ley 18.882.

El problema que nos ocupa cobró nuevamente vida desde la vigencia de la Ley 18.882, de 20 de diciembre de 1989, que ha diferenciado la tramitación de la apelación de las sentencias definitivas y la de los incidentes.

En efecto, el artículo 199 dice textualmente "La apelación de toda resolución que no sea sentencia definitiva se verá en cuenta, a menos que cualquiera de las partes, dentro del plazo para comparecer en segunda instancia, solicite alegatos".

“Vencido este plazo, el tribunal de alzada ordenará traer los autos en relación, si se hubieren solicitado oportunamente alegatos. De lo contrario, el Presidente de la Corte ordenará dar cuenta y procederá a distribuir, mediante sorteo, la causa entre las distintas salas en que funcione el tribunal.”

“Las Cortes deberán establecer horas de funcionamiento adicional para el conocimiento y fallo de las apelaciones que se vean en cuenta.”

De este modo, se ha sostenido que ordenando la ley que la tramitación de una apelación se sujete a las reglas de los incidentes, el Tribunal de Alzada debe, salvo petición de alegatos, ordenar que se proceda a su vista en cuenta y no en relación.

Estimamos errónea esta interpretación por las siguientes razones:

A. Un primer motivo que podemos denominar histórico o de contexto. El mandato del legislador en cuanto ordena u ordenaba que la tramitación de señaladas apelaciones “se ajustará a las reglas establecidas para los incidentes”, estaba dado en un contexto legislativo en que la tramitación de la apelación de las sentencias definitivas era al menos demorosa y en el afán de la ley de no retardar la resolución de las apelaciones en aquellos juicios especiales en que se requería especial prontitud, por ejemplo, en los interdictos posesorios, en los juicios ejecutivos, buscó una fórmula en que, manteniendo la adecuada defensa de las partes y reflejadas en las formalidades de la vista de la causa, suprimió el largo período de renovación de la discusión, representado por la expresión de agravios y su contestación.

En cambio, hoy día esa misma oración de la ley, en cuanto a tramitar la apelación como en los incidentes, habría cambiado de significación y ya no se refiere a la supresión del trámite indicado, sino que a una etapa procesal muy diferente y que va desde el decreto en relación, la colocación de la causa en tabla y su vista y que culmina en el alegato.

Jamás pudo, entonces, estar siquiera en el ánimo del legislador que concibió aquella norma, que ella podía importar, no la supresión de unos escritos, sino que de todo un período procesal.

B. No nos parece, en segundo lugar, que una norma, si es que se pretende que no ha existido a su respecto una derogación, como lo hemos manifestado, haya podido, después de permanecer sin ninguna posibilidad de aplicación y sin ningún sentido entre la vigencia de la Ley 18.705 y la Ley 18.882, cobrar súbitamente vida y se haya “adaptado” –que no otra cosa significaría su modo práctico de ser hoy día– a una nueva situación, a un nuevo sistema.

C. Finalmente resulta útil recordar que la gran cantidad de procedimientos en que estaba dada y para los cuales fue concebida la norma de que se trata, dejaría reducida la vista de la causa a tan escaso número de apelaciones, que ella pasaría a ser una regla excepcional de conocimiento de los asuntos en la segunda instancia.

En efecto, el mandato legal en orden a tramitar las apelaciones como en los incidentes se encuentra dado, entre otras disposiciones, en los artículos 550 para los juicios posesorios, 606 en los juicios especiales del contrato de arrendamiento en que se ratifique el desahucio, se dé lugar a la retención y a la restitución de la cosa; 614, apelaciones dadas en los juicios sobre terminación inmediata del contrato de arrendamiento; 691 para los juicios sumarios; 699 para los de menor cuantía; 822, para los actos no contenciosos, etc., todos ellos del Código de Procedimiento Civil.

Además, en los artículos 233 del Código de Minería, al hacer aplicable el procedimiento sumario; 235 N° 5 del mismo Código; 441 del Código del Trabajo, etc.

Por lo reseñado, proponemos se elimine la referencia que se hace en las disposiciones legales que señalábamos al comienzo, de tramitar la apelación conforme a las reglas de los incidentes.

Finalmente en esta materia resulta útil recordar que la ley ordena la tramitación de determinados asuntos de acuerdo a las reglas de los incidentes, por ejemplo en el inciso 2° del artículo 697, del Código de Procedimiento Civil; sobre pago de ciertos honorarios, sobre cumplimiento llamado "incidental" de ciertas resoluciones judiciales, artículo 234, del mismo Código, etc. No se trata simplemente de un incidente y por tanto el fallo que en ellos se dicta es una sentencia definitiva y la vista de las apelaciones recaídas en ellas deberá hacerse de acuerdo a esa naturaleza jurídica. Se ha podido observar que en la práctica muchas veces las apelaciones erradamente se ven en cuenta, lo que ha traído consigo la invalidación consiguiente por la Corte Suprema.

III. Apelaciones diferidas

Dice el artículo 698 del Código de Procedimiento Civil en su N° 7°: "Deducida apelación contra resoluciones que no se refieran a la competencia o a la inhabilidad del tribunal, ni recaigan en incidentes sobre algún vicio que anule el proceso, el juez tendrá por interpuesto el recurso para después de la sentencia que ponga término al juicio. El apelante deberá reproducirlo dentro de los cinco días subsiguientes al de la notificación de la sentencia y en virtud de esta reiteración, lo concederá el tribunal".

Esta disposición se encuentra inserta en el párrafo correspondiente a los juicios de menor cuantía, vale decir, de aquellos cuya cuantía de lo disputado excede de 10 y no pasa de 500 UTM, equivalente en el mes de diciembre de 2001 a \$ 14.262.

Se agrega más adelante que las apelaciones se tramitarán como en los incidentes y se verán conjuntamente la de la sentencia definitiva con las que se hayan concedido, conforme a la norma antes transcrita.

Tal fenómeno procesal relativo a las apelaciones se conoce con el nombre de apelación diferida.

En nuestro concepto, tal situación trae consigo una evidente economía en el tiempo, un ahorro de gastos derivados de fotocopias o compulsas, de formaciones de cuadernos separados e incluso de posibles decisiones contradictorias, derivadas únicamente de la falta de aplicación del artículo 66 del Código Orgánico de Tribunales.

Propiciamos la aplicación de la apelación diferida en todos los procedimientos, como, por lo demás, lo consagra el Código Procesal Modelo para América Latina.

IV. Plazo para comparecer en la segunda instancia

Como el recurso ha sido interpuesto por una parte, o por ambas, y conforme a la pasividad, corresponde a ellas la carga de llevar adelante el recurso.

Así deberán necesariamente comparecer ante el tribunal ad quem, para seguir adelante con la impugnación. Si no lo hacen, el recurso no podrá ser resuelto.

El artículo 200 dice: "Las partes tendrán el plazo de cinco días para comparecer ante el tribunal superior a seguir el recurso interpuesto, contado este plazo desde que se reciban los autos en la secretaría del tribunal de segunda instancia".

Cuando los autos se remitan desde un tribunal de primera instancia que funcione fuera de la comuna en que resida el de alzada, se aumentará este plazo en la misma forma que el de emplazamiento para contestar demandas, según lo dispuesto en los artículos 258 y 259.

Características del plazo:

- a. Es un plazo de días. Por ello, de acuerdo al artículo 66, se suspende durante los feriados.
- b. Es fatal, conforme al artículo 64.
- c. Se cuenta desde el ingreso de los autos a la secretaría.

Respecto del apelado, el artículo 202 dice: "Si no comparece el apelado, se seguirá el recurso en su rebeldía por el solo ministerio de la ley...", por tanto su comparecencia no es necesaria para seguir el recurso.

Sanción por la no comparecencia:

Según el artículo 201: "Si la apelación se ha interpuesto fuera de plazo o respecto de resolución... y si el apelante no comparece dentro de plazo, deberá declarar su deserción previa certificación que el secretario deberá efectuar de oficio. La parte apelada, en todo caso, podrá solicitar la declaración pertinente verbalmente o por escrito.

Del fallo que, en estas materias, dicte el tribunal de alzada podrá pedirse reposición dentro de tercero día. La resolución que declare la deserción por la no comparecencia del apelante producirá sus efectos respecto de éste desde que se dicte y sin necesidad de notificación".

En relación al apelado, el artículo 202 dice que "...se seguirá el recurso en su rebeldía por el solo ministerio de la ley, y no será necesario notificarle las resoluciones que se dicten, las cuales producirán sus efectos respecto del apelado rebelde desde que se pronuncien".

Hay en esta disposición una doble excepción a las reglas generales:

1. La rebeldía produce efectos generales y no sólo respecto de un trámite.
2. Las resoluciones producen efecto respecto de este rebelde desde que se dicten.

La aplicación de sanciones por la no comparecencia parte, sin embargo, de aclarar debidamente cuál es realmente el término para comparecer en la segunda instancia.

Vimos que el artículo 200 distingue si los autos se remiten desde un tribunal que funciona dentro de la comuna en que el de alzada tiene su sede o si, por el contrario, son remitidos desde uno de primera instancia que funciona fuera de esa comuna.

La primera situación es muy clara, el plazo es simplemente de cinco días contados como se ha señalado y con todas las características antes mencionadas.

Pero la confusión comienza con la extensión de ese término, en caso que los autos se remitan desde un tribunal que funciona fuera de la comuna del de alzada.

En efecto, la ley acuerda dos aumentos, de acuerdo a la referencia que hace a los artículos 258 y 259 del mismo Código.

El artículo 258 en su inciso 2° otorga un aumento de tres días más si el demandado es notificado o se encuentra, como dice la ley, dentro del territorio jurisdiccional, pero fuera de los límites de la comuna que sirva de asiento al tribunal.

Si el inciso 2° del artículo 200 limitara su referencia sólo a la norma señalada, con la que por lo demás guarda armonía incluso en sus términos, no existiría problema alguno. Pero la ley hace también aplicable el segundo aumento, que ahora contempla el artículo 259, para aquellos casos en que el notificado se encuentre en un territorio jurisdiccional diverso, o fuera del territorio de la República, y que consiste en sumar al aumento anterior el contemplado en la tabla de emplazamiento.

Esta situación es absolutamente explicable para la situación que específicamente reglamenta el emplazamiento para contestar demandas. Sin embargo su traslado a un momento procesal distinto es, en nuestro concepto, desafortunado.

En efecto, el artículo 63 del Código Orgánico de Tribunales dice, en lo que ahora interesa, que las Cortes de Apelaciones conocerán:

3° En segunda instancia:

a. De las causas civiles y del trabajo y de los actos no contenciosos de que hayan conocido en primera los jueces de letras de su territorio jurisdiccional o uno de sus ministros, y

b. De las apelaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por un juez de garantía.

Como se aprecia, el aumento del artículo 259 no se ve cuándo se puede dar, a no ser en un caso excepcional de subrogación de una Corte por otra. Todas las apelaciones, salvo en la hipótesis planteada, provienen de

tribunales situados dentro del territorio jurisdiccional de la propias Corte de Alzada.

Ahora bien, como el artículo 200 es aplicable en materia de casación, y pensamos especialmente en los casos en que conoce la Corte Suprema, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 779 del mismo Código de Procedimiento Civil, la situación es aun menos explicable, puesto que tal recurso debería provenir de un tribunal ubicado fuera del territorio nacional para que se diera la hipótesis que hemos llamado de un segundo aumento.

En suma, la solución, pensamos, pasa únicamente por suprimir la referencia al artículo 259 que hace el artículo 200.

En caso contrario, si la apelación, o la casación en su caso, proviene de un tribunal situado fuera de la comuna asiento del superior, el plazo para comparecer será de ocho días más el aumento de la tabla de emplazamiento. ¿Cuándo se podría aplicar? Pero esta solución nos parece incluso contraria a la letra de la ley e injustificada en este tiempo en que las comunicaciones son expeditas.

RECURSO DE CASACIÓN



Sin adentrarnos en problemas doctrinarios, nos proponemos en esta parte referirnos solamente a aspectos meramente prácticos, que pensamos podrían redundar, especialmente, sea en una mayor rapidez en la decisión del recurso, sea en uniformar criterios para resolver determinadas materias.

1. Ampliación de las facultades del tribunal a quo frente a la interposición de un recurso de casación

La ley en el artículo 776 ha simplificado enormemente en este aspecto la labor del tribunal a quo.

En efecto, hoy día el tribunal a quo se limita a examinar:

- a) Si el recurso se ha interpuesto en tiempo; y
- b) Si ha sido patrocinado por abogado habilitado.

Este examen, si el tribunal es colegiado, se hace en cuenta (artículo 776 del Código de Procedimiento Civil).

Ninguna mención hace la ley en esta disposición ante la posibilidad que se deduzca el recurso en contra de una resolución que no pueda ser impugnada por esta vía.

Pensamos que, si bien el punto constituye una omisión, sería deseable, para evitar dilaciones, que se la restableciera expresamente, como causal de la inadmisibilidad a declararse por el juez a quo.

Nos fundamos en que todo acto jurídico procesal y la interposición de los recursos de casación no es más que una especie de ello, debe reunir determinados requisitos subjetivos y objetivos, y entre éstos, admisible, o sea, autorizado por el ordenamiento jurídico. En el caso que el acto no esté autorizado por el ordenamiento jurídico, el órgano jurisdiccional no lo puede admitir.

Si se recurre contra una sentencia respecto de la cual no lo concede la ley, tal impugnación no está jurídicamente admitida y por ende el órgano jurisdiccional no podría emitir un pronunciamiento de mérito al efecto; careciendo, entonces, los actos jurídicos que le dieran curso de toda posibilidad de lograr su fin propio.

Por tanto, en la hipótesis que se estudia, estimamos que el tribunal a quo sería el adecuado para declararlo inadmisibile.

La ley, sin embargo, en los artículos 781 para la casación en la forma y 782 para la casación en el fondo encomienda esa labor al tribunal ad quem, creemos recargándolo sin mayor razón en sus labores. La explicación a la situación del presente se encuentra en la circunstancia que si se permitiera al tribunal a quo declarar tal inadmisibilidad, el tribunal ad quem se vería privado de su facultad de anular la sentencia de oficio, si existiera alguna causal de casación. Pensamos que tal remota posibilidad es dudosa, pues el superior no podría en estas circunstancias entrar al análisis de una resolución que jurídicamente no podría estar en su conocimiento.

Por ende, proponemos restablecer al tribunal a quo la facultad para decidir acerca de la inadmisibilidad de la casación interpuesta en contra de una resolución que no la hace procedente.

2. Supresión de la calidad de trámite esencial de la conciliación

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 768 N° 9° constituye una causal del recurso de casación en la forma haberse faltado a algún trámite o diligencia declarado esencial por la ley. En relación con tal norma el artículo 795 dice que en general son trámites o diligencias esenciales en la primera



o en la única instancia en los juicios de mayor o menor cuantía y en los juicios especiales: 2° El llamado a las partes a conciliación, en los casos en que corresponda conforme a la ley.

Pues bien, conforme al inciso penúltimo del propio artículo 768, el tribunal puede desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece que el recurrente no ha sufrido un perjuicio sólo reparable con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo.

Son difíciles de imaginar las hipótesis en que la falta de llamado a conciliación pueda acarrear un perjuicio para el recurrente y menos que pueda influir en lo decisorio de una sentencia.

Proponemos por ende para evitar nulidades por este motivo, que únicamente traerán dilaciones injustificadas en el proceso, eliminar el llamado a conciliación de la enumeración del artículo 795 del Código ya citado.

Si se quiere evitar el desuso de esta institución por esta razón, proponemos la obligatoriedad del tribunal a quo de hacer el llamado omitido, a menos que tratándose de la Corte Suprema estimara inoficioso o dilatorio efectuarlo.

Creemos que no sucede lo mismo con otro trámite elevado a la categoría de esencial y que es meramente formal, como la citación para oír sentencia, pues él mismo marca de manera cierta el término de la actividad de las partes para presentar escritos o pruebas.

3. Preparación del recurso de casación

Dice el artículo 769 del Código de Procedimiento Civil: "Para que pueda ser admitido el recurso de casación en la forma es indispensable que el que lo entabla haya reclamado de la falta, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley.

No es necesaria esta reclamación cuando la ley no admite recurso alguno contra la resolución en que se haya cometido la falta, ni cuando ésta haya tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se trata de casar, ni cuando dicha falta haya llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia.

Es igualmente innecesario para interponer este recurso contra la sentencia de segunda instancia por las causales cuarta, sexta y séptima del artículo 768, que se haya reclamado contra la sentencia de primera ins-

tancia, aun cuando hayan afectado también a ésta los vicios que la motivan.

La reclamación a que se refiere el inciso primero de este artículo deberá hacerse por la parte o su abogado antes de verse la causa, en el caso del número 1° del artículo 768”.

Esto se conoce con el nombre de preparación del recurso.

La ley concede el recurso con el fin de corregir vicios que pueden producirse en la tramitación y fallo de los juicios, pero no desea que un proceso se invalide después de dictada sentencia, fundándose en un vicio que se cometió durante su tramitación y por ello exige una condición previa para interponerlo y es que la parte reclame del vicio en el momento en que se produjo o al llegar a su conocimiento.

Esta exigencia se fundamenta en la probidad, esto es, en impedir que se prevalezca de su propio dolo o mala fe.

En concepto del legislador la parte que no reclama oportunamente consiente en él y no puede invocarlo posteriormente como fundamento de la casación.

Es necesario que la parte haga todo lo posible para corregir el vicio por los otros medios que le confiere la ley y en el orden en que se los concede, para llegar como último recurso a perseguir la invalidación de la sentencia, haciendo valer el vicio en el que no ha consentido.

Excepciones. Casos en que no se requiere reclamación:

La reclamación constituye la regla general. Sin embargo hay casos en que existe una imposibilidad material o una procesal de reclamar del vicio en la oportunidad en que se produjo y otros casos son de tal gravedad que hacen aconsejable no exigir esta reclamación.

1. Si el vicio se cometió en una resolución en contra de la cual la ley no concede recurso alguno. Por ejemplo, una dictada en única instancia, como la que recibe un incidente a prueba (artículo 90); como la dictada por un juez árbitro al renunciarse a la apelación, etc.

2. Si el vicio se cometió en el pronunciamiento mismo de la sentencia. Por ejemplo, los contemplados en los números 1 al 8 del artículo 768.

3. Si el vicio ha llegado a conocimiento del recurrente después de pronunciada la sentencia, por ejemplo, un rebelde.

4. Si se trata de los vicios de ultra petita, infracción a la cosa juzgada y el contener decisiones contradictorias (artículo 768 N°s 4, 6 y 7), de que adolezca la de primera instancia para recurrir en contra de la de segunda que los repita (769 inciso 3°).

Con relación a la cosa juzgada, si bien no necesita ser reclamada, sí ha necesitado ser alegada.

Nos preocupa precisamente esta última excepción a la exigencia de reclamación.

Ninguna duda tenemos de que si el fallo de primer grado contiene decisiones contradictorias y el de segundo las mantiene, esta sentencia no va a poder ser cumplida. Es tal la gravedad de la anomalía que el tribunal ad quem no puede permanecer en la indiferencia si ella ha sido invocada como causal del recurso y necesariamente deberá invalidar la sentencia.

Sin embargo pensamos que tratándose de los vicios de ultra petita o de infracción a la cosa juzgada, cometidos en la primera instancia, si las partes han consentido, al no pedir su corrección por el juez superior, al menos contemplándolas como fundamentos de la apelación, se produce, al hacerlo valer ahora como causal de nulidad, un cambio que altera la igualdad procesal, ya que ambos habrían consentido en la situación.

Proponemos, en cambio, como adelantamos, que sea suficiente reclamación el que esas omisiones hayan sido representadas por medio del recurso de apelación, pero no toda ausencia de reclamación.

4. Facultad de la Corte Suprema para rechazar el recurso de casación en la forma en cuenta

Dice el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente: "Elevado un proceso en casación de fondo, el tribunal examinará en cuenta si la sentencia objeto del recurso es de aquellas contra las cuales lo concede la ley y si éste reúne los requisitos que se establecen en los incisos primeros de los artículos 772 y 776.

La misma sala, aun cuando se reúnan los requisitos establecidos en el inciso precedente, podrá rechazarlo de inmediato si, en opinión unánime de sus integrantes, adolece de manifiesta falta de fundamento".

Pues bien, en materia de recursos de casación en la forma se constata constantemente por la Corte Suprema la existencia de recursos que si bien son formalmente admisibles, en definitiva, sea porque los hechos en que

se fundan no conforman la causal alegada, sea, porque la causal es efectivamente inexistente, etc., ellos van a terminar siendo desestimados. Pero para llegar a esta decisión, amén del tiempo que ha debido transcurrir, ha producido un innecesario desgaste tanto a abogados como a la jurisdicción, realmente injustificables.

Proponemos, en consecuencia, que se agregue una norma similar a la existente para la casación en el fondo, al artículo 781, relativo a la casación en la forma.

5. Confección de fotocopias o compulsas

Cargas del recurrente.

1. Sobre el recurrente pesa la carga procesal de depositar, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la notificación de la resolución que concede el recurso, en la secretaría del tribunal, la cantidad de dinero que el secretario estime necesaria para cubrir el valor de las fotocopias o de las compulsas respectivas. De este depósito el secretario debe dejar constancia en el proceso, señalando su fecha y monto.

Si el recurrente no deja el dinero dentro del término señalado, sin duda ya no podrá hacerlo después. En efecto, se trata de un plazo fatal o preclusivo –basta para ello leer el artículo 64 del Código– transcurrido el cual, sin necesidad de actividad alguna del juez o de las partes, se extingue irrevocablemente la facultad de ejecutar el acto. Pero la ley en el caso de la casación que nos preocupa no ha señalado expresamente una sanción para esta omisión.

En efecto, el actual artículo 197 consta de tres incisos, el antiguo tenía sólo dos. Pues bien, el artículo 776 ordena en primer término al tribunal cumplir con lo estatuido en el inciso 1° del artículo 197. Al recurrente lo remite a su inciso 2°, y nada se dice de su inciso 3°, que es el que hoy día, respecto de la apelación en el sólo efecto devolutivo, señala la sanción para el caso que no se cumpla con el depósito del dinero, que consiste en tener al recurrente por desistido del recurso sin más trámite (esta sanción se encontraba mencionada en el antiguo texto en el inciso 2° del referido artículo 197, y por ello la remisión del antiguo artículo 778 a ese inciso solucionaba todo el problema).

A pesar de las modificaciones introducidas a la casación por las leyes 18.882 y la actual 19.374, la situación se mantiene desde la Ley 19.705.

No obstante, nos inclinamos a creer que al pesar sobre el recurrente la

carga procesal de depositar el dinero en un término fatal y al no hacerlo, debe sufrir, como lógico efecto, la consecuencia gravosa de su omisión y por tanto no puede serle permitido continuar con su recurso, el que se extingue.

De tanta trascendencia puede resultar la omisión que basta con pensar que si no se forma el cuaderno de fotocopias o compulsas, se transgrede también lo dispuesto en el artículo 773, inc. 1° del Código de Procedimiento Civil, por cuanto imposibilitaría ejecutar la sentencia, cuyo cumplimiento normalmente no suspende el recurso de casación. Esto trae ahora, desde este ángulo, el que el acto jurídico procesal no cumpla con todos sus requisitos objetivos, por los que debe velar el juez. Se produciría, así las cosas, una paralización del procedimiento, puesto que mientras no se confeccione las fotocopias o compulsas –lo que, como se ha dicho, ya no podrá hacerse– no se podría elevar la causa al superior para decidir el recurso y menos el cuaderno de fotocopias o compulsas al juez que debe conocer del cumplimiento.

Nos inclinamos por la solución que hemos insinuado, derivada especialmente de la naturaleza del plazo, y no por un hipotético abandono del procedimiento. En efecto, si esta última fuera la solución, fácil sería para la parte que perdió paralizarlo por largos meses, y por lo demás, como sólo la puede hacer valer el demandado, el actor quedaría sin posibilidad alguna de proseguir la tramitación.

Sería de desear, para evitar posibles estériles alegaciones, una reforma al respecto.

6. Causales del recuso de casación en contra de sentencias dictadas en juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales

Procede también, dice el inciso 2° del artículo 766, refiriéndose a las resoluciones anulables por medio de la casación, respecto de las sentencias que se dicten en juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales, con excepción de aquellos que se refieren a la constitución de las juntas electorales y las reclamaciones de los avalúos que se practiquen en conformidad a la Ley 17.235, sobre Impuesto Territorial y de los demás que prescriban las leyes.

En los negocios a que se refiere el inciso 2° del artículo 766, se dice en el artículo 768 que sólo podrá fundarse el recurso de casación en la forma en alguna de las causales indicadas en los números 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, 7° y 8° de este artículo y también en el número 5° cuando se haya omitido en la sentencia la decisión del asunto controvertido.

Queda afuera, como se aprecia, la causal del N° 9° de esa disposición, vale decir, el haberse omitido un trámite o diligencia declarados esenciales por la ley.

La Constitución Política de la República ordena al legislador establecer un racional y justo procedimiento, o sea uno en que al menos se den a las partes las mismas posibilidades de defensa y de prueba, por ello pensamos que debe constituir suficiente causal de casación formal en estos juicios el haberse faltado a las normas de un racional y justo procedimiento. Nos referimos a haberse omitido el emplazamiento de las partes o la recepción de la causa a prueba, entre otras.

7. Casación de forma de oficio

El artículo 775 dice: "No obstante lo dispuesto en los artículos 769 y 774, pueden los tribunales, conociendo por vía de apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa e indicar a los mismo los posibles vicios sobre los cuales deberán alegar.

Si el defecto que se advierte es la omisión del fallo sobre alguna acción o excepción que se haya hecho valer en el juicio, el tribunal superior podrá limitarse a ordenar al de la causa que complete la sentencia, dictando resolución sobre el punto omitido, y entre tanto suspenderá el fallo del recurso".

Sólo dos reflexiones en torno a esta materia.

a. La ley dice que se permite al tribunal invalidar cuando adolecen de **vicios que dan lugar a la casación en la forma**, se ha entendido, por parte de la jurisprudencia, que la casación en la forma de oficio no sería posible en aquellos juicios en que la ley no permite deducir casación, como por ejemplo en los juicios especiales, cuando el vicio no está contemplado expresamente como motivo para que las partes deduzcan este recurso.

Creemos que tal límite no ha estado en el ánimo del legislador, sino que éste ha facultado en forma amplia a los tribunales superiores para actuar de oficio ante la presencia de vicios que hacen procedente el recurso. Las partes están limitadas para interponer el recurso, pero los tribunales no pueden estarlo. En efecto, la ley sólo exige la presencia objetiva de un vicio que dé lugar al recurso. No se debe olvidar que la casación está esta-

blecida en resguardo de las garantías de un debido proceso, de evidente interés social.

b. Oír a los abogados sobre el vicio.

Sin duda el artículo 775 contiene como única exigencia para que los tribunales puedan hacer uso de sus facultades oficiosas, el de oír sobre el particular a los abogados que concurran a estrados.

Sin embargo, si la situación es observada por el tribunal durante el estado de acuerdo, de común ocurrencia, el dar cumplimiento con aquella norma obligaría a una dilación, muchas veces innecesaria, del asunto, pues obligaría a colocar nuevamente la causa en tabla, para en esta nueva audiencia proceder solamente a escuchar a los letrados que concurran.