

Reforma Procesal Civil y los trasplantes jurídicos

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Decano y profesor de Derecho Procesal

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

RESUMEN: Este trabajo invita a reflexionar sobre la consistencia que tiene invocar al derecho comparado como justificación a los cambios más profundos que propone la Reforma que se discute al proceso civil.

1. El Proyecto de Código Procesal Civil y el derecho comparado

El Proyecto de Código Procesal Civil (en adelante PCPC), reconoce que sus propuestas más innovadoras vienen inspiradas en lo que genéricamente denomina el derecho comparado. Los casos más evidentes son la incorporación del recurso extraordinario, que permitirá a la Corte Suprema seleccionar las causas de que conocerá¹ y la adopción de un nuevo modelo de ejecución, que quedaría a cargo de un oficial de ejecución.

Como es explicable en los períodos de búsqueda de sustitución de lo antiguo por lo que se considera novedoso, la invocación del derecho comparado es siempre una herramienta legítima.

En el Mensaje con el que fue enviado el PCPC el 12 de marzo de 2012, esta forma de justificación se aprecia en varias partes, como se pasa a reseñar.

Cuando explica los *“objetivos del Proyecto. Problemas del actual sistema”*, indica que

“el diagnóstico aportado por los expertos, así como los estudios realizados por el Ministerio de Justicia e instituciones ligadas a la investigación jurídica, dan cuenta de la urgente necesidad de modernización y reforma del actual

¹ Este trabajo se realiza dentro del marco del proyecto Fondecyt Regular: “La prejudicialidad en el proceso civil chileno” (N°1130393).

El art. 409 del PCPC dispone que la Corte Suprema “determinará avocarse al conocimiento del asunto cuando la mayoría de los miembros de la sala respectiva estime que concurre un interés general que haga necesaria su intervención”.

sistema". "La situación descrita es fruto, como queda de manifiesto, de un diseño antiguo, el que no se ha actualizado con base en la experiencia adquirida con la modernización de otros sistemas procesales en el ámbito nacional y comparado".

Igual herramienta motiva el cambio en el sistema recursivo, indicando que se pretende "una racionalización del sistema de impugnaciones", con el objeto de elevar la justicia civil y comercial

"a los estándares de otras reformas hoy vigentes tanto en nuestra legislación, como en el derecho comparado, completando el impulso iniciado por el país hace más de una década".

De igual forma, cuando describe los "*ejes centrales y principios que inspiran el nuevo Código*" aparece la referencia a la iluminación externa, admitiendo que

"el resultado final del trabajo realizado por la Comisión Intraministerial se traduce en una propuesta moderna que se alinea con las tendencias de reforma mayoritariamente aceptadas en el derecho comparado. En él se recogen las experiencias de más éxito llevadas a cabo en otros ordenamientos para la consecución de una tutela judicial más cercana al ciudadano, rápida, eficaz, de calidad y que por sobre todo vele por el respeto y vigencia de los derechos constitucionalmente protegidos".

Cuando se discutió el texto del Código de Procedimiento Civil, promulgado en 1902, también se acudió al derecho comparado. Sin embargo, ello se hizo con una intensidad menor a la que hoy se aprecia en el PCPC. Las soluciones de nuestra primera ley procesal civil provenían básicamente del derecho castellano y de las primeras innovaciones de la legislación nacional².

Incluso en la literatura de la época no faltaron voces críticas a lo que se estimó una suerte de tibieza legislativa. En tal sentido se manifestó don Guillermo Feliú Gana, quien advertía en 1891 que el Proyecto de Código de Enjuiciamiento hecho público no era en ningún caso "una reforma completa y radical", manteniéndose "muy distante de introducir modificaciones sustanciales en las leyes que hasta ahora nos han regido en materia de procedimiento"³;

"en las viejas leyes españolas hay mucho que reformar y poner en armonía con los progresos que la ciencia de la legislación ha alcanzado en nuestro tiempo, y con las reformas políticas y sociales que han operado en las

² Especialmente de las Leyes Marianas, de 1837.

³ Feliú Gana, Guillermo, "El proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil", en *Revista Forense Chilena*, N° 7, 1891, pp. 466-467.

naciones modernas constituidas sobre principios enteramente distintos a los que sirvieron de base a la sociedad en cuyo seno aquellas se dictaron”.

Según su parecer, el resultado obtenido era insuficiente, preguntándose ¿por qué se tiene miedo a toda innovación que envuelva un progreso con nuestras instituciones políticas o un mejoramiento en nuestras leyes civiles?”⁴.

2. La reforma al proceso civil y los trasplantes jurídicos

Antes de analizar la influencia que tendría el derecho comparado en el proceso de reforma procesal civil conviene recordar cuales son los tipos de trasplante jurídico.

En descripción de Sánchez-Bayón, según su origen, existen los siguientes tipos de trasplantes jurídicos⁵.

- (i) *Por vía de imposición*. Que se da en el contexto de colonización u ocupación. Afortunadamente, no es el caso de la Reforma al proceso civil, atendida nuestra condición de país libre y soberano.
- (ii) *Por recepción*. Se trata de remisiones a otros ordenamientos jurídicos extranjeros, internacionales, históricos, etc.

En el PCPC esta posibilidad viene consagrada en dos instituciones basales. En primer lugar, al disponer que la sentencia del juez civil se pueda fundar en “tratados internacionales”. Y también en la causal del recurso extraordinario, al admitir que la Corte Suprema pueda controlar la aplicación del mismo tipo de normas.

La proyección anterior coincide con otro trasplante de igual naturaleza que ya está instalado en nuestro sistema, y que proviene de la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicho órgano jurisdiccional supranacional, según el caso, puede adoptar medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción, garantías, de juzgar, investigar, sancionar y de no repetición. Dentro de esta última se ha impuesto a Chile el deber de adecuar la legislación interna a los parámetros convencionales, logrando de ese modo un injerto jurídico dentro del derecho interno⁶.

⁴ Idem. cit. ant., art. cit. p. 476.

⁵ Cfr., SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio, *Sistema de Derecho comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo derecho común*, Valencia: Tirant, 2012, pp. 76-77.

⁶ Es cada vez más habitual acudir a esa instancia, en algunos casos con una clara opción ideológica, para forzar cambios legislativos. Una recopilación de la jurisprudencia que ha vinculado a nuestro país,

En el ámbito del derecho privado este tipo de trasplantes son más frecuentes. Tal opción se explica por el creciente intercambio comercial, que permite anticipar instituciones jurídicas de diversa índole, las que son reguladas convencionalmente y en algunos casos sancionadas legalmente.

(iii). *Por vía de clonación*. Se da esta hipótesis cuando se procede a imitar directamente el derecho extranjero, sin tener en consideración las idiosincrasias y matices coyunturales.

En nuestra opinión, es en este último tipo de injerto donde está puesta la novedad de la reforma al proceso civil, especialmente en la figura del oficial de ejecución y la sustitución del recurso de casación en el fondo por el denominado recurso extraordinario.

La forma como se está produciendo y los límites que se deben considerar los pasamos a exponer a continuación.

2.1. La utilización de las fuentes

La utilización del derecho comparado como fuente de inspiración de una reforma jurídica, en rigor, no es algo en sí mismo defectuoso. Por el contrario, su correcto aprovechamiento puede ser beneficioso, como se puede apreciar ha acontecido en nuestro derecho en más de una oportunidad⁷.

El vicio que se debe evitar es que mediante la simple invocación del “derecho comparado”, los operadores jurídicos llamados a legislar sucumban, como si esa realidad fuera la razón suficiente y final para aceptar el trasplante por clonación que se propone.

Dicho de otra forma, la contemplación intelectual del derecho comparado debe evitar que suceda lo que les ocurrió a los pitagóricos, que llegaron al exceso de aceptar sin razón cualquier idea que entendían provenía de Pitágoras; ello se ha hecho célebre con la expresión latina *Magister dixit* (“El maestro lo dijo”); en el tema que aquí importa, basta leer el Mensaje para advertir que las reformas más sustantivas vienen condicionadas por la fórmula: “el derecho comparado lo dijo”.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl, AGUAYO VARGAS, Macarena, “Chile y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: cumplimiento de sentencias”, en *Actualidad Jurídica*, N° 28, 2013, pp. 351-382.

⁷ Por ejemplo, la actualización a nuestro sistema de arbitraje comercial internacional se debe a la denominada Ley Modelo de arbitraje comercial internacional, aprobada el 11 de diciembre de 1985 por la Asamblea General de ONU (Ley Modelo UNCITRAL), que fue plasmada en la Ley N° 19.971, Sobre Arbitraje Comercial Internacional, publicada en el D.O. de fecha 29 de septiembre de 2004. Siguiendo esa recomendación se procedió a promulgar la Ley N° 19.9971 de 2004. El mismo cuerpo legal ha permitido comenzar a trabajar en la reforma del arbitraje interno, tema que se encuentra en actual discusión. Un estudio de la influencia de esta normativa en la región, *cf.* CONEJEROS ROOS, Cristián, “Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica”, en *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 4, 2006, pp. 13-103.

Como lo explican Lipovetsky y Serroy, en una descripción que suscribo plenamente,

“aunque la cultura-mundo apacigua las democracias y reorganiza la experiencia del espacio-tiempo, hay que señalar que también desorganiza las conciencias, las formas de vida, la existencia individual. El mundo hipermoderno está desorientado inseguro, desestabilizado, no de manera ocasional, sino cotidianamente, de forma estructural y crónica. Y esto es nuevo”⁸. “Pasada la era moderna del compromiso, hemos ahora en la época moderna de la *Gran Desorientación*”⁹.

En este estado, señalan los referidos autores,

“ha llegado la época en que el espacio y el tiempo se han mundializado en cierto modo: la Tierra es un microuniverso que gracias a la rapidez de las redes de comunicación se ha vuelto accesible en todas partes, con efecto casi instantáneo. Pero si bien la eficacia de la información –rapidez y abundancia ilimitada– ha experimentado un avance excepcional, no puede decirse lo mismo de la comprensión del mundo ni del entendimiento entre las personas. Ya no padecemos carestía de conocimientos: nos hemos perdido en la abundancia de información. En lugar de un orden transparente que en principio aporta claridad y racionalidad, crecen el caos intelectual y la inseguridad psicológica, las creencias esotéricas, la confusión y la desorientación generales”¹⁰.

En lo concreto, el desconocimiento de cuáles son las fuentes de derecho comparado usadas para redactar el PCPC, atendida la falta de publicidad de los estudios preparatorios y de las actas de discusión que precedieron al Proyecto, invita a actuar con cautela frente a la invocación del “derecho comparado”. Es un hecho conocido que dentro de las mismas familias jurídicas existe una diversidad de soluciones, reflejando que el “derecho comparado” no es en ningún caso una unidad conceptual, y por lo mismo, con nula posibilidad de hacer un *sincretismo jurídico*.

De igual forma, el “derecho comparado” es un continente que en el mejor de los casos aporta multiplicidad de datos normativos y soluciones que pueden presentarse como novedosas para nuestra realidad. Sin embargo, su utilización en el nuevo proceso codificador no asegura necesariamente que la institución trasplantada por clonación funcione en Chile, aunque ello haya ocurrido en

⁸ LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean, *La cultura-mundo. Respuesta a una sociedad desorientada*, Barcelona: Anagrama, 2010 (tr. A. Moya, de la 1ª ed. Francesa 2008) p. 19.

⁹ Idem. cit. ant. p. 23.

¹⁰ Idem. cit. ant. pp. 23-24.

otras latitudes. La realidad de las ciencias sociales, dentro de las que el derecho forma parte, obliga a una reflexión crítica para que el injerto propuesto no sea rechazado por el paciente, con todo lo que ello involucra para las personas que necesitan de un correcto funcionamiento del instrumento que utiliza la jurisdicción para la solución conflictos.

Los ejemplos de soluciones jurídicas nacidas en un determinado sistema jurídico, cuando son trasladadas a otros ámbitos, pueden terminar convirtiéndose en un fracaso estrepitoso. Los estudiosos del derecho comparado advierten, con mayor o menor énfasis, que los fenómenos de recepción jurídica en un Estado distinto de aquel en que tuvieron su origen, forman parte de procesos culturales generales, más amplios que el mero caso aislado de la recepción normativa¹¹.

2.2. Condiciones para el éxito de los trasplantes jurídicos

Entre otras condiciones el éxito de un trasplante jurídico depende, en primer lugar, de la prudencia del legislador. Es a este poder del Estado a quien compete evitar que se proyecten en las leyes propuestas idealizadas o que sean el resultado de una copia en la que no se advierta que el órgano a injertar será rechazado por incompatibilidad con el paciente a mejorar.

De igual forma, se debe huir del exceso de pragmatismo y de las apuestas ciegas por la técnica jurídica. Esta última puede ser causa de un profundo malestar, atendido que podría facilitar instrumentos que terminen por causar el mal a otros.

Como ya lo advertía Aristóteles, en una máxima que se ha hecho clásica, “un pequeño error en el principio se hace grande al final”. Podría bastar un cambio jurídico para poder empeorar la vida de centenares de personas.

3. La idealización de la figura del oficial de ejecución

No se debe descartar que en este proceso legislativo estemos frente a una idealización de la figura del oficial de ejecución.

Tal como consta de los antecedentes que pasamos a analizar, se ha optado por entrar a discutir acerca de sus funciones, sin haber definido una serie de aspectos que resultan medulares.

¹¹ Mayores explicaciones en, SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio, *Sistema de Derecho comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo Derecho común*, ob. cit., pp. 17-132.

Conforme consta en el Acta de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia, Sesión N° 290, celebrada el 13 de agosto de 2013, al iniciar la discusión sobre la ejecución, un representante del Ministerio de Justicia dejó constancia que se ha estado trabajando en la elaboración del estatuto orgánico,

“para lo cual se han licitado estudios, visitado países que pueden servir de modelo y se ha conformado un panel de expertos para sentar las bases que requiere esta nueva institucionalidad, el cual está compuesto por quince profesionales de distintas zonas del país y que evacuó un informe final que entregó a la Comisión. Agregó que se pretende contar con un anteproyecto dentro de los próximos meses y que, de acuerdo con las recomendaciones de dicho panel, se estaría pensando en oficiales de ejecución que sean abogados, con una serie de calificaciones profesionales y técnicas, y responsabilidades de diversa índole”.

No dejar de ser paradójica esta forma de legislar, atendido que el oficial de ejecución tiene varias y hasta dispares funciones. Tal como lo ha puesto de relieve en nuestra doctrina el trabajo de Vargas,

“el derecho procesal civil europeo de los últimos años muestra diversos formatos de desjudicialización de la ejecución civil. Muchos países han modificado su legislación y han adoptado distintos modelos que difieren según sean más o menos centralizados, según la regulación y calificación que se exige a los encargados de la ejecución y según el tipo de órganos y agentes que desempeñarán esta tarea. En relación a este último punto, se pueden distinguir cuatro modelos que van desde sistemas de ejecución a cargo de funcionarios judiciales, como ocurre en España, pasando por agencias administrativas independientes del Poder Judicial, como en el caso de Suiza, hasta la entrega de la tarea de ejecutar a oficiales estatales supervisados por la autoridad (oficiales de ejecución), como sucede, por ejemplo, en Holanda”¹².

3.1. Presentación abstracta de la figura

Sin perjuicio de otros antecedentes que permiten ir examinando el trasplante por clonación que se está haciendo con la figura del oficial de ejecución, veamos la manera cómo se realizó su presentación para comenzar el debate parlamentario¹³.

¹² VARGAS PÁVEZ, Macarena, “Hacia la desjudicialización de la ejecución civil”, en *Revista Chilena de Derecho* N° 40, 2013, pp. 138-139.

¹³ Lo que sigue consta del Acta de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia, Sesión N° 290, celebrada el 13 de agosto de 2013.

En esa Sesión de la Comisión pertinente de la Cámara de Diputados, de 13 de agosto de 2013, se lee:

“el profesor señor Silva dio a conocer que esta materia es uno de los aspectos más innovadores del proyecto. Recordó que el 90% de las labores que desempeñan los tribunales está representado por la resolución de juicios ejecutivos, lo que no importa el ejercicio de jurisdicción, sino de facultades meramente administrativas, razón por la cual se propone descentralizar la ejecución, es decir, extraer de los tribunales de justicia todos aquellos aspectos de la ejecución que tienen más bien un carácter administrativo, encomendándoselos a un oficial de ejecución, cuyo perfil será definido en su estructura y detalles por las comisiones orgánicas, con lo que se busca emular la institución que existe en Francia, conformada por personas que ejercen una función pública, quienes podrían homologarse a los árbitros en Chile y que manejan la ejecución estando sujetos en forma permanente al control jurisdiccional, debiendo resolverse las controversias que surjan, ya sea directamente por el juez, o con consulta a este último. Igualmente, si se requiere el auxilio de la fuerza pública, el oficial de ejecución debe solicitarlo previamente al órgano jurisdiccional, que actúa como una especie de juez de garantía”.

Luego, el mismo expositor señaló que

“los oficiales de ejecución a los que se pretende encomendar estas labores administrativas podrían ser equiparados a los síndicos de quiebra, que administran la ejecución universal, derivada de los procesos concursales, encargándose los primeros, a diferencia de estos, de la ejecución particular”. “En relación con el estatuto del oficial de ejecución, comentó que sería similar al de los síndicos, en el sentido de que se trataría de personas investidas de potestad pública que están organizadas en forma privada, sujetas a un control estricto que puede provenir de la Administración del Estado, a través de una Superintendencia o del Poder Judicial”¹⁴.

En la misma instancia de discusión, el 13 de agosto de 2013, la autoridad política responsable de la Reforma admitió que todo esto está en fase de inspiración. Tal como consta en el Acta respectiva, el Subsecretario Juan Ignacio Piña

¹⁴ Ratificando la inspiración francesa, el profesor Silva explicó que “actualmente la ejecución se efectúa por instrucciones del juez a través del receptor judicial, que se limita a cumplir una orden, y existe una relación asimétrica entre el deudor y el acreedor. Indicó que en el N° 2 del artículo 432 del proyecto, que será complementado con el estatuto orgánico del oficial de ejecución, se homologa la situación de este funcionario con la del francés, cuya tarea más destacable es la de servir como mediador, incluso con instituciones bancarias o financieras. Puntualizó que en dicha norma se insinúa la reglamentación inicial procedimental de esta figura, al disponer que el ejecutado podrá “aceptar o convenir la propuesta alternativa de pago del crédito ejecutado o de cumplimiento de la obligación que se le hubiere formulado. El acuerdo firmado ante el oficial de ejecución pondrá término al procedimiento de ejecución y tendrá mérito ejecutivo para todos los efectos legales”.

“dio a conocer que son varios los modelos de oficiales de ejecución que existen en el mundo, pero la mayoría de ellos son funcionarios públicos y en caso contrario están analogados a ellos en cuanto a sus responsabilidades. Hizo presente que en cualquiera de los dos escenarios, para efectos de nuestra legislación, se reconoce que estas últimas deberían ser similares a las de los funcionarios públicos aun cuando no lo fueran por su naturaleza, tal como se ha procedido, por ejemplo, con la figura de los certificadores de modelos de prevención de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En consecuencia, si bien no se ha definido la naturaleza que tendrán los oficiales de ejecución, se ha tomado una decisión respecto de su responsabilidad y cualificación”.

3.2. El inicio de la discusión

No obstante lo anterior, transcurridos algunos días, la misma autoridad política aparece clarificando que el tema debe ser desplazado para el debate sobre la ley orgánica del oficial de ejecución.

Tal propuesta fue aceptada por los H. Diputados presentes por las razones que constan en el Acta de la Sesión N° 292, celebrada el martes 27 de agosto de 2013¹⁵.

¹⁵ Por su relevancia nos vemos obligados a transcribir su contenido: *“El señor PIÑA recordó que en la pasada sesión se formularon diversas preguntas sobre la naturaleza que tendrá el futuro oficial de ejecución”. “Indicó que el Ejecutivo entendió que existía una objeción inicial respecto de la posibilidad que tal oficial fuera un particular, al cual se le haría extensivo el estatuto sobre responsabilidad de los funcionarios públicos”. “Al respecto, luego de revisar el estado del arte en los países que han incorporado la figura del oficial de ejecución, informó que de los cuarenta países que cuentan con esta figura u otra análoga, veintidós de ellos lo han establecido como un funcionario público y dieciocho los han incorporado como particulares. Ello demuestra que resulta perfectamente posible la intervención de particulares en la figura del oficial de ejecución, estableciendo el correspondiente mecanismo de responsabilidad”. “Sin embargo, hizo presente que el Ejecutivo no ha adoptado en momento alguno la definición que el oficial de ejecución será de carácter privado. Por el contrario, se había adoptado la decisión de tomar una u otra opción, en el momento que la discusión de carácter orgánico tuviera lugar”. “Manifestó que no existiendo objeciones de carácter dogmático para vetar una u otra alternativa, y considerando las objeciones formuladas por la Comisión respecto de la posibilidad que el cargo de oficial de ejecución fuera desempeñado por particulares, el Ejecutivo adoptó la decisión de establecer el oficial de ejecución con carácter de funcionario público, más precisamente como un auxiliar de la administración de justicia. Por ello, le será aplicable no sólo la regulación del Código Orgánico de Tribunales, sino también las normas del artículo 260 del Código Penal y las demás normas vigentes en materia de responsabilidad administrativa”. “Destacó que los detalles más finos de lo que será esta institución deberán determinarse en una discusión orgánica de más largo aliento”. Concluida la intervención anterior, consta que el diputado señor Araya “sostuvo que la explicación proporcionada por el Subsecretario de Justicia despejó las dudas que existían sobre esta materia, por lo que resulta perfectamente factible iniciar la discusión particular del Libro Cuarto”. “El diputado señor RINCÓN indicó que el Ejecutivo durante la discusión del nuevo Código anunció que ingresaría el estatuto orgánico del oficial de ejecución. Por ello, más allá de las definiciones conceptuales expresadas por el Subsecretario, existe un compromiso pendiente del Gobierno en esta materia”. “Solicitó que el Ejecutivo cumpla el compromiso adquirido anteriormente y señale la fecha en que ingresará el estatuto orgánico del oficial de ejecución”. “El señor PIÑA afirmó que es efectivo que existe un trabajo pendiente respecto del modelo orgánico asociado a esta gran reforma. Señaló que tal tarea se ha estado desarrollando y que en un plazo muy breve podría traducirse en un borrador inicial. Sin embargo, estimó que resulta probable que tal borrador requiera de un “reposo” previo antes de su presentación. Si bien resulta*

De lo referido se puede concluir que a esta fecha no sabemos si el trasplante por clonación será aceptando el denominado *huissier* del modelo francés o el que se pueda clonar de cualquiera de los otros países que conforman el corpus de derecho comparado que estarían inspirando al Proyecto. Ellos podrían ser Israel, Azerbaiyán, Finlandia, Alemania, República Checa, Lituania, Estonia, Letonia y algunos de la Federación Rusa. No es una fuente oficial la que refiero, pero un contingente ya habría visitado Hungría para seguir intentando definir el modelo.

En mi opinión, resulta francamente difícil imaginar que se pueda garantizar una buena técnica legislativa en este caso. Ojalá me equivoque, pero la opción por debatir sin saber quién y qué naturaleza tendrá el mentado oficial de ejecución, podría llevar a que el resultado final sea el fruto de la idealización personal de los miembros de la Comisión, que entienden que se pueden fijar las reglas de procedimiento a ese ente abstracto, a sabiendas que el derecho comparado invocado como sustento muestra varias y contradictorias opciones.

Es pertinente anticipar al resto de los parlamentarios que intervengan en la génesis del Código Procesal Civil que en el primer trámite legislativo ha comenzado a asignar funciones sobre las imágenes o representaciones ideales que cada uno de los miembros de la Comisión tenga del oficial de ejecución.

4. El rechazo de los trasplantes jurídicos y el recurso extraordinario

4.1. Antecedentes legislativos

Como lo reconoce el Mensaje, la introducción del recurso extraordinario es una propuesta radical, que también viene amparada en el derecho comparado.

En tal sentido, el nuevo diseño recursivo se explica argumentando que

“(...) en lo que sin duda constituye una de las innovaciones más importantes que contempla el Código, se reemplaza el actual recurso de casación en el fondo, por un recurso extraordinario a través del cual se fortalece el rol

evidente que las definiciones de carácter orgánico son esenciales para cerrar adecuadamente las decisiones que se están adoptando en materia de procedimientos, la demanda de tenerlo plenamente definido equivaldría a haber exigido que durante la discusión del Código Procesal Penal se haya resuelto todo lo vinculado a la ley orgánica del Ministerio Público. Recordó que la retroalimentación que ha existido en la tramitación del proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil así lo demuestra. En la definición del modelo orgánico la opinión de esta Comisión tuvo una importancia trascendental”.- “Por tanto, no constituye un defecto que el modelo orgánico no se encuentre totalmente definido y presentado ante el Congreso Nacional. La postergación en su presentación ha permitido que el que en definitiva se presente sea capaz de dialogar adecuadamente con el procedimiento que se está acordando”.- “El diputado señor BURGOS estimó que es posible continuar avanzando en la discusión, aun cuando no se cuente con el modelo orgánico a la vista”.-

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 corresponderá 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”.

No obstante la complejidad del tema, las sesiones destinadas a su el estudio fueron mínimas. En términos cuantitativos, el recurso extraordinario comenzó a discutirse en la mitad de la sesión 285, celebrada de 15:40 a 18:00 horas, el 30 de julio de 2013, y culminó pocas semanas después, en la sesión N° 290, de 13 de agosto de 2013¹⁶.

Lo anterior debe ser considerado como un auténtico record legislativo, si se compara con lo acontecido en el debate para introducir el recurso de casación en el fondo al derecho chileno. En efecto, este medio de impugnación surgió del trabajo de varias comisiones que durante décadas debatieron sobre el particular. Sus resultados quedaron recogidos en un conjunto de actas que demuestran que tenían clara conciencia que estaban incorporando una institución ajena a nuestra tradición histórica¹⁷.

En el plano de la difusión, el meteórico logro anterior fue resaltado por la principal fuente secundaria que tiene la Reforma al proceso civil, *El Mercurio Legal*. En dicho medio electrónico, el 15 de agosto de 2013, informaba que por unanimidad se había aprobado el articulado que crea y regula el recurso extraordinario, para reemplazar al recurso de casación. Acto seguido, recogía la opinión de la Ministra de Justicia, doña Patricia Pérez, quien destacaba el punto que “haya sido una aprobación unánime, porque en definitiva no sólo implica un avance en el articulado, sino que además ha sido uno de los puntos

¹⁶ Las sesiones 286 y 288 aparecen como celebradas, pero a la fecha de escribir este trabajo no estaban disponible en la página web de la CCLJ.

¹⁷ Es clásica la obra de CIUDAD ESPEJO, Luciana, *Origen y desarrollo de los elementos fundamentales de la casación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965, pp. 10-45. Otros antecedentes sobre la incorporación del recurso de casación y su evolución, MUÑOZ GAJARDO, Sergio, “Presente y futuro de la casación civil en Chile”, en *Derecho Procesal Contemporáneo*, VV.AA., Santiago: Punto Lex, 2010 (coord. R. Tavolari), pp. 90-182; RODRÍGUEZ, Agustín, “Estudio sobre el recurso de casación”, Memoria de prueba, Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la U. de Chile, publicada en *Revista Forense Chilena*, Nos. 1 y 2, pp. 5-42, y Nos. 3 y 4, 1898, pp. 129-193; GARCÉS V. Aristides, *La casación en Chile*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1903.

que suscitó más análisis y discusión”¹⁸, agregando que “(...) a diferencia de otras materias en las que no existió unanimidad, aquí sí la hubo”.

Sin embargo, la visión de la autoridad política contrasta con la emitida por el diputado Cristián Monckeberg –presidente de la Comisión de la Cámara–, quien hizo presente, según la misma fuente, que si bien se aprobó por unanimidad la propuesta del Gobierno, ello ocurrió tras una discusión importante y “con hartas dudas”. Asimismo, recordó que “cualquier diputado puede abrir el debate y presentar una indicación, además de que todavía falta la discusión en el Senado”. “Queda mucho”, añadió, aunque se mostró confiado en que sea cual sea la próxima Presidenta de la República, “ambos gobiernos van a estar en la lógica de avanzar en el proyecto”.

4.2. El quiebre por razones de derecho comparado

En esta investigación sobre la utilización del “derecho comparado”, como base de inspiración de la Reforma al proceso civil, no podemos dejar de examinar que éste también ha sido utilizado para justificar el quiebre en la implementación del recurso extraordinario.

En lo que supera el ámbito de una disputa meramente académica, el profesor Raúl Tavolari se distanció de la propuesta original. Su nueva posición se funda en varias razones prácticas y en un conjunto relevante de fuentes jurídicas extranjeras, tal como se lee en el Acta de la Sesión N° 285, de 30 de julio de 2013. Para lo que aquí interesa destacar, el mencionado académico se mostró reacio a la consagración del recurso extraordinario,

“ya que si bien no es contrario a efectuar innovaciones aun cuando sean radicales, debe tenerse en consideración que todas las legislaciones actuales latinoamericanas e iberoamericanas que se han modificado contemplan y fortalecen la casación. Así, mencionó, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código colombiano, de 2012, y las legislaciones argentinas de mayo del año en curso. En razón de lo anterior, propuso, como alternativa, incorporar el tema de la uniformidad jurisprudencial como una causal específica de procedencia del recurso de casación, es decir, la circunstancia de que el fallo que se impugna haya vulnerado o infringido los precedentes jurisprudenciales”¹⁹.

¹⁸ En las sesiones ya referidas, que tienen sólo horas de duración.

¹⁹ También, en relación al derecho comparado, TAVOLARI “hizo hincapié en que todas las legislaciones, incluida la nuestra, otorgan a la casación la uniformidad de la jurisprudencia como finalidad básica y si ello no se cumple, significa que no se está procediendo bien. Agregó que, en materia laboral, ha sido patética la experiencia que se ha tenido con el recurso de unificación de jurisprudencia, pues no sirve. La uniformidad de jurisprudencia que supone actuar sobre realidades fácticas semejantes es imposible de plantear. Señaló que el número de tales recursos que han sido acogidos es prácticamente inexistente y que su interposición provoca una sensación de impotencia al administrar justicia”.

En términos categóricos, concluyó indicado que “la incorporación del recurso extraordinario es dañina para el Estado de Derecho y la forma en que se imparte la justicia chilena”.

4.3. La opinión del paciente que sufrirá el trasplante

En esta discusión no se puede dejar de mencionar la opinión de la Corte Suprema, de 31 de enero de 2013, en la que la mayoría del Pleno acordó no estar conforme con este cambio²⁰. De un modo directo, el nuevo sistema de selección de los asuntos que se propone no le parece admisible, atendido que ya cuenta con dicha atribución, al poder rechazar la casación de fondo por manifiesta falta de fundamento.

Esa causal de admisibilidad del recurso fue introducida por la reforma de la Ley N° 19.374 de 1995. Tal exigencia se hace operativa en el segundo estudio de admisibilidad, si la unanimidad de los ministros de la sala estiman que él ha sido deducido con “manifiesta falta de fundamentos” (art. 782 inc. 2° CPC)²¹.

²⁰ Lo anterior consta en el Oficio N° 24-2013, donde se comunica que expuesto al Tribunal Pleno, sobre el referido medio de impugnación la mayoría estimó que éste no era procedente por las siguientes razones: “Undécimo: Que acápite aparte merece el nuevo recurso extraordinario, regulado entre los artículos 405 a 416.

El artículo 405 menciona el interés general como requisito para solicitar la intervención de la Corte Suprema, la que puede decidir si se aboca o no al conocimiento del asunto para lo cual requiere mayoría en la sala según lo señala el artículo 409.

El artículo siguiente, al igual que la casación actual, señala las resoluciones respecto de las cuales procede el recurso en términos similares a lo dispuesto en el artículo 767 en vigor, salvo en cuanto a la materia arbitral, que queda excluida en el nuevo Código.

La regulación que se propone entrega una atribución discrecional que puede equipararse a la institución del “certiorari”. En efecto, se indica en el artículo 409 del proyecto que la Corte Suprema solamente conocerá de un asunto cuando esté involucrado el interés general, concepto que comprende las siguientes causales:

a) Cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el 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 y; b) En caso que considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial.

Respecto de este recurso el Tribunal Pleno advierte su inconveniencia, toda vez que limitaría las atribuciones que por esencia le son propias, puesto que solamente podrá conocer asuntos a través del recurso extraordinario bajo la exigencia de un concepto genérico y vago, como resulta ser el de “interés general”. Se estima conveniente que la procedencia del recurso por “infracción de ley” se incorpore expresamente.

En relación a la discrecionalidad en la selección de los asuntos que va a conocer, se hace presente que en la actualidad el máximo tribunal cuenta ya con dicha atribución a través de la facultad de rechazar la casación de fondo por manifiesta falta de fundamento.

En definitiva, la Corte Suprema se inclina por mantener la casación en términos similares a la regulación actual, consagrándose la obligación de uniformar la jurisprudencia y exigiéndose una cuantía mínima de 2750 unidades tributarias mensuales aproximadas (equivalente a 5000 unidades de fomento) para interponer el recurso. De esta forma, se propone una casación sin distinción entre lo procesal y (lo sustantivo, por infracción de ley y sin causales”.

²¹ En palabras de CORTÉS MATCOVICH, “La Corte Suprema chilena ha contado desde hace tiempo con las herramientas que le permitirían constituirse en una Corte de precedentes y ha aplicado con una cuota importante de discrecionalidad mecanismos de selección informales, que enmascaran una suerte de certiorari a la chilena” (CORTÉS MATCOVICH, Gonzalo, “Perspectivas generales del recurso

Un estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema permite apreciar que ella ha podido fijar criterios para la racionalización de los casos que estima debe conocer. Mediante un trabajo gradual y silencioso se ha producido un avance, que le permite rechazar la cláusula de discrecionalidad que viene contenida en el PCPC.

Debe celebrarse que la Corte Suprema no quiera incorporar a su actividad un juicio preliminar, que inevitablemente estará lleno de juicios de valor sobre la determinación concreta del interés general como parte del agravio recursivo extraordinario.

La opción anterior evita, entre otras consecuencias, que se generen en situaciones que hoy no están presentes, por el sólo hecho de introducir un sistema de selección con causal indeterminada, entendiéndose el interés general, que el recurso tenga trascendencia, o que denuncie la violación a los derechos fundamentales o los derechos humanos²², entre otras posibilidades.

Cualquier fórmula que descansa en un concepto jurídico indeterminado podría llevar a situaciones que hoy no se aprecian en el ejercicio forense, como podría ser que algunos entiendan que el interés general depende de la parte que recurre, de la significación política que el asunto tenga para el gobernante de turno. Y, por qué no señalarlo, de la actuación de operadores y alegadores de pasillo que se conviertan en los portadores del oráculo del interés general.

A diferencia de lo propuesto en el PCPC, la tarea legislativa y de la Corte Suprema, a mi entender, debe avanzar a objetivar más el sistema de selección. En el plano ideal, mediando un trabajo de largo plazo se debería llegar a que la manifiesta falta de fundamento provenga de contrariar la existencia de una doctrina jurisprudencial consolidada. Lo anterior es sin perjuicio de introducir mecanismos para solicitar cambios de criterio jurisprudencial, para advertir que se abrió la posibilidad de modificar una determinada línea jurisprudencial.

Por ahora la selección preliminar existente, por manifiesta falta de fundamentos, se traduce en las siguientes hipótesis: a) Si el recurso se desarrolla sobre la base de hechos no establecidos por los jueces del fondo, sin denunciar que dicha omisión se dio por infracción a las leyes reguladoras de la prueba²³; b) Si

extraordinario en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil", *Actualidad Jurídica*, N° 21, 2010, p. 427). Otra visión del tema en DELGADO CASTRO, Jordi, "El certiorari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema", en *Actualidad Jurídica*, N° 22, 2010, pp. 361-375.

²² Sobre esta forma de concebir el sistema jurídico, *cf.* ALVEAR TÉLLEZ, Julio, "Los Derechos Humanos como ideología. Una lectura desde el pensamiento 'antimoderno'", en *Derecho Público Iberoamericano*, N° 3, 2013, pp. 39-73.

²³ CS, 5 de noviembre de 2010, Rol N° 9560-2009. En igual sentido, CS, 8 de julio de 2010, Rol N° 3.618-10; CS, 18 de enero de 2010, Rol N° 80-2010; CS 18 de enero de 2010, Rol N° 9.686-2009; CS, 22 de abril de 2010, Rol N° 8-717-2009; CS, 11 de marzo 2009, Rol N° 167-2009; CS, 16 de marzo de

el recurso no desarrolla determinadamente en qué consisten los errores de derecho que pretende en la aplicación de las leyes reguladoras de la prueba²⁴. c) Si el recurso es ajeno a las consideraciones señaladas por el demandado para fundamentar la contestación a la demanda, no habiendo introducido en el periodo de discusión el alegato que tiene un derecho que no formó parte del tema controvertido²⁵. d) Si el recurso cuestiona una valoración de la prueba realizada por los jueces conforme a la sana crítica, salvo que se haya configurado la hipótesis de excepción que permite descubrir una infracción en este sistema de ponderación²⁶; e) Si el recurso se desarrolla en contra de hechos establecidos por los jueces del fondo, denunciado las leyes reguladoras de la prueba, “pero sin señalar determinadamente –más allá de una apreciación diversa de los antecedentes agregados al proceso– en qué consisten los errores de derecho que pretende en la aplicación de las referidas leyes reguladoras de la prueba”²⁷. f) Si a través del recurso lo que se ataca no es la infracción de una norma legal imperativa, sino la ponderación de la prueba²⁸; g) Cuando se denuncia un requisito de validez para la práctica de una actuación judicial que no se impone en la ley²⁹. h) Cuando se denuncian hechos establecidos por los jueces del fondo apreciando la prueba en conciencia³⁰. i) Cuando el recurso no contenga directamente las infracciones legales que se atribuyen al fallo recurrido y se plantee en forma dubitativa, contradictoria, subsidiaria o alternativa³¹.

2009, Rol N° 198-2009; CS, 2 de junio de 2009- Rol N° 3.327-2009; CS, 4 de junio de 2009, Rol N° 3.328-2009; CS, 23 de junio de 2009, Rol N° 3.940-2009; CS, 24 de junio de 2009, Rol N° 3.749-2009; 25 de junio de 2009, Rol N° 3.925-2009; CS, 25 de junio de 2009, Rol N° 1.850-2009; 25 de junio de 2009, Rol N° 1.097-2009; CS, 30 de junio de 2009, Rol N° 3.700-2009; CS, 8 de abril de 2008, Rol N° 7.027-2008; CS, 13 de marzo de 2007, Rol N° 7.118-2007; CS, 9 de septiembre de 2009, Rol N° 5776-2009; CS, 22 de septiembre de 2009, Rol N° 4.384-2009; CS, 18 de noviembre de 2009, Rol N° 6.313-2009; CS, 5 de marzo de 2008, Rol N° 6.782-2007; CS, 6 de marzo de 2008, Rol N° 6.781-2007; CS, 10 de marzo de 2008, Rol N° 6.891-2007; CS, 13 de marzo de 2008, Rol N° 6.917-2007; CS, 16 de octubre de 2008, Rol N° 6.069-2008; CS, 10 de noviembre de 2008, Rol N° 5.881-2008; CS, 24 de noviembre de 2008, Rol N° 4.150-2008; CS, 27 de junio de 2007, Rol N° 5.421-2006; CS, 27 de agosto de 2007, Rol N° 609-2007; CS, 21 de marzo de 2006, Rol N° 4.023-2005; CS, 28 de agosto de 2007, Rol N° 2.633-2006; CS, 27 de junio de 2004, Rol N° 4.889-2004; CS, 6 de septiembre de 2005, Rol N° 4.613-2004; CS, 11 de octubre de 2005, Rol N° 1.316-2005; CS, 31 de octubre de 2005, Rol N° 1.365-2005; CS, 31 de octubre de 2005, Rol N° 2001-2005; CS, 13 de diciembre de 2005, Rol N° 576-2005). CS, 14 de enero de 2010, Rol N° 9.7710-2009. En igual sentido, CS, 14 de enero de 2010, Rol N° 9.628-2009; CS, 24 de marzo de 2009, Rol N° 1.461-2009; CS, 25 de marzo de 2008, Rol N° 3.088; CS, 1 de julio de 2008, Rol N° 7.107-2007; CS, 26 de noviembre de 2008, Rol N° 4.190)

²⁴ CS, 4 de enero de 2011, Rol N° 9.316-2009.

²⁵ CS, 5 de enero de 2010, Rol N° 8427-2009.

²⁶ CS, 14 de enero de 2010, Rol N° 5.158-2009. En igual sentido, CS, 30 de enero de 2008, Rol N° 4.643-2007; CS, 13 de marzo de 2007, Rol N° 7.118-2007; CS, 19 de febrero de 2008, Rol N° 492-2008; CS, 28 de agosto de 2006, Rol N° 3.317-06.

²⁷ CS, 18 de enero de 2010, Rol N° 9.537-2009. En idéntico sentido, CS, 18 de enero de 2010, Rol N° 54-2010; CS, 1 de julio de 2008, Rol N° 6.543-2007; CS, 7 de julio de 2008, Rol N° 3.060-2008; CS, 9 de julio de 2008, Rol N° 3.716-2008)

²⁸ CS, 20 de enero de 2010, Rol N° 6.598-2009; CS, 25 de junio de 2009, Rol N° 1.379-2009; CS, 25 de noviembre de 2008, Rol N° 3.217-2008.

²⁹ CS, 16 de marzo de 2009, Rol N° 5.883-2008.

³⁰ CS, 7 de abril de 2009, Rol N° 1.649-2009.

³¹ CS, 25 de junio de 2009, Rol N° 3.925-2009.

j) Si el recurso denuncia normas relativas a la corrección del procedimiento y no leyes sustantivas³². k) Si el recurso denuncia como infracción que se haya acogido la demanda estableciendo el hecho mediante la presunción derivada a la negativa a practicarse un examen de ADN³³.

5. Selección de causas y derecho comparado

El derecho comparado muestra que los sistemas de selección de casos por parte de los tribunales supremos está lejos de ser una actividad uniforme. La realidad de cada país está condicionada a múltiples factores³⁴.

(i) En Argentina este mecanismo se incorporó en una reforma de 1994 (Ley N° 23.744). Concretamente, el art. 280 del CPC, con el objeto de dar protección al "derecho federal", concepto que se asimila a la protección de la Constitución Nacional.

La idea que inspiró el cambio era que el trabajo de la Corte Suprema se centrara en temas "trascendentes"³⁵. Para tal propósito se permite que ella, "según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia..."³⁶.

El modelo argentino, según lo destacan algunos autores, se trataría de un trasplante jurídico que se caracteriza por su separación del modelo nor-

³² CS, 30 de junio de 2009, Rol N° 3.090.

³³ CS, 25 de abril de 2005, Rol N° 4.620-2004.

³⁴ Sobre las diversas opciones técnicas, *cf.* NIEVA FENOL, Jordi, "La enunciación de los modelos de casación en las leyes procesales", en *El recurso de casación*, Santiago: AbeledoPerrot, 2010, pp. 75-102.

³⁵ Dentro de los primeros estudios del tema, LEGARRE, Santiago, *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario*, B. Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 10-94; MORELLO, Augusto M., *La nueva etapa del recurso extraordinario*, B. Aires: Abeledo Perrot, 1990, pp. 1-165.

³⁶ En el último tiempo, el sistema argentino ha sufrido otra reforma, permitiendo que se recurra a la Corte Suprema utilizando el "recurso extraordinario por salto de instancia", aprobado por la Ley N° 26.790 (promulgada el 30 de noviembre de 2012). En ella se modificó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Conforme al art. 257 bis: "Procederá el recurso extraordinario ante la Corte Suprema prescindiendo del recaudo del tribunal superior, en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que entrañen cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior".- "Existirá gravedad institucional en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados".- "La Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad".- "Sólo serán susceptibles del recurso extraordinario por salto de instancia las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares".- "No procederá el recurso en causas de materia penal".

teamericano, atendido que también podría revisar el derecho que cada provincia se haya podido dar soberanamente³⁷.

En la práctica, lo que pretendió ser una ayuda para aminorar la recarga de trabajo, ha llevado al surgimiento de una oficina burocrática compuesta de centenares de funcionarios que colaboran en seleccionar los casos trascendentes. Dicha actividad culmina para centenares de recursos con una resolución tipo que desestima el recurso extraordinario por no cumplir con las exigencias del art. 280 del CPC. Los justiciables no tienen acceso a la carpeta reservada en la que se estudió tan relevante asunto³⁸.

- (ii) El sistema norteamericano es conocido porque su Tribunal Supremo utiliza un sistema de selección conocido como “certiorari”. Tal actividad se da dentro de un Estado Federal, que garantiza a todas las personas su derecho al debido proceso, al permitir que sus pretensiones sean examinadas conforme al sistema de justicia de cada Estado de la Unión³⁹. Bajo tal supuesto, no produce desazón que el *certiorari* pueda operar dentro de un contexto de control conocido como el gobierno de los jueces.

En relación a la influencia que tendría este modelo en la reforma chilena, por la carencia de fuentes públicas de los debates previos a la propuesta normativa, no permite afirmar si es esta la inspiración en el derecho comparado.

Lo que si tenemos claro es que la opinión de De la Oliva sobre el modelo anterior, expuesta en la P. Universidad Católica de Chile no fue oída. Sobre el punto que interesa dicho autor señalaba:

“que, en los EE.UU. de América, nueve magistrados vitalicios, designados por el Presidente, decidan aquello que los va a ocupar y desechen lo que no les parezca de interés, me parece admisible y aceptable, aunque sólo sea porque así veo qué les parece a la mayoría de los juristas estadounidenses. Pero esa pieza del complejo ordenamiento jurídico americano-estadounidense, ordenamiento al servicio de una muy singular y compleja sociedad, no conviene pretender introducirla en el engranaje de otros ordenamientos con piezas, tradiciones e inspiraciones diferentes, generados en sociedades muy distintas, para utilidad de los miembros de esas sociedades. Los que propugnan tales trasplantes, en una burla deplorable del genuino y serio

³⁷ Una tesis distinta postula MORELLO, indicando que la Corte Suprema Argentina sería una fiel reproducción del modelo de los EE. UU. de América, al punto que en los casos trascendentes se apoya en precedentes de la homónima, al punto de ser frecuentes las menciones literarias de sus obras jurídicas especializadas (MORELLO, Augusto M., *La nueva etapa del recurso extraordinario*, ob. cit. p. 47).

³⁸ Un estudio del tema desde la perspectiva de la etnografía judicial, BARRERA, Leticia, *La Corte Suprema en escena*, B. Aires: Siglo XXI, 2012, pp. 29-154.

³⁹ Mayores antecedentes en TARUFFO, Michele, HAZARD, Jr. Goefrey, *La justicia civil en los Estados Unidos*, tr. F. Gascón, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 55-61.

derecho comparado, no actúan movidos por un serio estudio de lo que conviene a sus países y a la generalidad de los habitantes de esos países. Manipulando un ejemplo foráneo en razón de lo que a ellos, estrictamente a ellos (no necesariamente siquiera a sus inmediatos sucesores), les conviene o les viene bien”⁴⁰.

- (iii) En el caso español se reconoce el recurso de casación como un mecanismo extraordinario, cuya competencia le corresponde al Tribunal Supremo. Lo anterior es sin perjuicio de los recursos de casación que pueden conocer los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, especialmente, para que “controlen la regularidad y validez de la actuación procesal desarrollada y el cumplimiento de la normativa que regula los actos y garantías procesales, anulando estas resoluciones si se han quebrantado”. La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, utiliza como baremo principal que el recurso revista “interés casacional”.

Aunque se podría continuar con las referencias al derecho comparado, con ello lo único que podríamos apreciar es la existencia de una variedad de criterios existentes para la selección de causas.

Por lo mismo, si se estima perseverar en este punto, es recomendable precisar más qué modelo de trasplante se elige. Se debe abandonar el de clonación y pasar a otro por recepción, pero procurando siempre evitar un rechazo por incompatibilidad en el funcionamiento de la Corte Suprema.

6. Un contraste en la utilización del derecho comparado

A diferencia del actual, el legislador del siglo XIX no tuvo la oportunidad de consultar tantas fuentes de derecho extranjero.

Cuando lo hizo para introducir el recurso de casación en el fondo, indicó que su incorporación era para “dar uniforme aplicación a las leyes”, tal como se consignó en el Mensaje que acompañó al Proyecto de Código de Procedimiento Civil, de fecha 1 de febrero de 1893. A la hora de justificar ese cambio reconoció que el sistema de casación fue ideado examinando las legislaciones que consideraban eran las más adelantadas para ese época, señalando como tales la de “Francia, Italia, Bélgica, Alemania, etc.”

Ahora, al optar por la inspiración foránea se tomó la precaución que la copia se ajustara a nuestra realidad. Tal forma de actuar fue sintetizada por don José Clemente Fabres, en la discusión sobre el proyecto de ley que quería crear la

⁴⁰ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Algunas ideas para la formulación de un modelo de casación civil”, en *Casación, oralidad y nuevo proceso civil*, Santiago: EJS, 2009, p. 57.

Corte de Casación; allí dejó claro que “(...) el proyecto en debate no es una imitación servil a la legislación francesa⁴¹.”

En nuestra opinión, la casación chilena lleva un siglo de vida, sin que se pueda decir que ese trasplante haya sido rechazado por el órgano al que se le injertó. La organización de la Corte Suprema ha pasado por épocas, encontrándose actualmente en una etapa de reconstrucción, atendido que la reforma de 1995 introdujo un funcionamiento que hasta antes de ese cambio era desconocido.

7. Propuestas para la mejora del sistema vigente

No suscribo la propuesta de abolir el recurso de casación en el fondo. Resultaría más fructífero trabajar para corregir las deficiencias existentes en la tarea de unificar jurisprudencia, las que no se subsanarán, a mi entender, si prospera el trasplante que implica acoger el recurso extraordinario⁴².

Sin perjuicio de otros puntos, la discusión sobre este tema debería apuntar a examinar lo siguiente:

1°) Reconocer que en nuestro ordenamiento ha consagrado como error decisorio litis la posibilidad que la parte inste por la nulidad de la sentencia,

⁴¹ Continúa este legislador indicando que “nos hemos separado de ella en varios puntos importantes. Así, por ejemplo, no la hemos seguido en la teoría adoptada en Francia que consideran las sentencias de la Corte de Casación como interpretación auténtica de la ley obligatoria para todos los demás tribunales. Y nos hemos separado de esta teoría por dos razones: la primera por respeto a nuestro sistema político, apoyado universalmente por la ciencia, que divide los poderes públicos y deslinda sus respectivas atribuciones. Según este principio, es al Poder Legislativo a quien corresponde interpretar la ley de una manera generalmente obligatoria para todos; de modo que conceder esta facultad a la Corte de Casación sería dar al Poder Judicial una parte de las atribuciones del Poder Legislativo”.- “La segunda razón que se tuvo presente para no aceptar aquella teoría fue que se la consideró perjudicial por todos conceptos. Y en realidad no conviene que la Corte que dicta una sentencia no pueda, más tarde, en una causa análoga, volver atrás y dar una diversa. Si se admitiera que las sentencias de la Corte de Casación fueran la interpretación auténtica de la ley, esto no podría suceder; y la verdad es que sucede a menudo, y en Francia, como en otras partes de Europa donde existen Cortes de Casación, se ve muchas veces que una sentencia está en contradicción con la dictada anteriormente” (Actas sesión extraordinaria del Senado, 41°, del 9 de enero de 1895, pp. 736-737).

⁴² Se ha hecho una defensa del mecanismo de selección propuesto en el proyecto por Francisco José García. Este autor, comentando al informe desfavorable de la Corte Suprema sobre el recurso extraordinario señaló a *El Mercurio Legal* (13 de febrero de 2013) que “el reparo más importante, aunque sea breve, es aquel que rechaza el recurso extraordinario –que sustituiría la casación–, pues se trata de una reforma mayor al rol jurisdiccional de la Corte Suprema.- “La argumentación del informe para oponerse es poco contundente y la alternativa propuesta de que sólo ingresen a ella recursos cuya cuantía mínima sea de 2.750 UTM es mala, pues presenta problemas de constitucionalidad”, afirma. Y añade: “Se ha buscado demonizar el recurso extraordinario como una importación del derecho estadounidense (*certiorari*), ajeno a nuestra tradición jurídica, cuando se trata precisamente de lo contrario: un mecanismo que busca concretar el sentido último de una corte de casación y que es no convertirse en instancia, sino seleccionar aquellos casos que permitan uniformar la jurisprudencia, aumentando la certeza jurídica”.

cuando se ha consumado una discriminación en la decisión de casos análogos. Esta técnica recursiva busca denunciar la oposición a una doctrina jurisprudencial, atendiendo preferentemente a la igualdad en la interpretación del derecho que garantiza la Constitución. Tal actividad se centra en las normas y principios que componen el sistema de fuentes y que aplican los jueces, obligando a las partes a tener que debatir sobre la aplicación o rechazo de una determinada *ratio decidendi* en un caso concreto. Bajo tal esquema, la Corte Suprema debe realizar una selección de casos, pero sobre bases diversas a fijar la existencia del interés general, actividad que conlleva el riesgo de un prejuzgamiento a favor del recurrente que obtenga la admisibilidad del recurso extraordinario.

- 2°) Se debe evitar introducir como causal de inadmisibilidad, para unificar jurisprudencia, requisitos formalmente irritantes, como puede ser pedir al recurrente copias de las sentencias que invoca como fundantes de la discriminación.
- 3°) Que la Corte Suprema siga avanzando en citar sistemáticamente la doctrina sentada en sus fallos, obligando de ese modo a que los abogados y jueces tengamos la obligación profesional de tomar conocimiento de la existencia de una doctrina jurisprudencial que pueda ser invocada para la decisión de los casos análogos. De ese modo se puede contribuir a evitar la impugnación temeraria o carente de la consistencia necesaria para provocar un cambio de criterio ya sentado.
- 4°) Mejorar todavía más el sistema de registro y publicación de los casos resueltos.
- 5°) Asignar una mayor estabilidad en la composición de las Salas, reduciendo al mínimo los cambios de ministros. Favoreciendo esa forma de conocimiento y juzgamiento se facilita la producción de precedentes, que es un trabajo difícil y prolongado en el tiempo.
- 6°) No limitar el campo de control a las distintas fuentes jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico chileno, para garantizar que la Corte Suprema se involucre en la protección del Estado de Derecho.
- 7°) Perfeccionando el mecanismo de actuación del Pleno de la Corte Suprema, para ir fijando criterios de corrección a las decisiones contradictorias que puedan emanar de las Salas en que se divide.

8. La regulación de la cosa juzgada y la prejudicialidad

8.1. Antecedentes de la discusión parlamentaria

Otro tema de la reforma donde se debe considerar el derecho comparado dice relación con la regulación de la cosa juzgada y la prejudicialidad. Este tema fue analizado por la Comisión de Constitución Legislación y Justicia, en Sesión N° 290, celebrada el 13 de agosto de 2013 (con una duración de 15:45 a 18 hrs).

En esa sesión se aprobó una de las temáticas más complejas del ámbito procesal, como es el de los efectos de las sentencias.

a. La cosa juzgada

La propuesta del PCPC está contenida en el art. 216 con el nombre de efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada. Allí se dispone:

“en general, la cosa juzgada de la sentencia firme o ejecutoriada excluirá conforme a la ley un ulterior proceso entre las mismas partes, por el que se pretenda un nuevo juzgamiento de lo ya resuelto”.

En este caso hay aspectos que significan un avance terminológico, que nos homologa con lo que ocurre en el derecho comparado. Tal como lo explicó por el profesor Tavolari, “(...) el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, así como el efecto positivo de la misma, constituye una novedad, ya que no está reconocido en la terminología que emplea la normativa actualmente vigente.

Sin embargo, con invocación a un genérico conjunto de fuentes externas la Comisión aprobó un cambio de orientación técnica, que de mantenerse provocará problemas en el futuro, al haberse alterado sustantivamente la manera de determinar el efecto negativo de la cosa juzgada. Tal como se lee en el acta

“el Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, señor Cristián Maturana, comentó que en el nuevo Código desaparece el concepto de acción de cosa juzgada, reservándose únicamente al aspecto excluyente o negativo de esta institución, tradicionalmente conocido como excepción de cosa juzgada.- Sostuvo que la triple identidad de la cosa juzgada ha sido actualizada, en el sentido que el principal principio de esta institución consiste en evitar la existencia de sentencias contradictorias, razón por la cual los elementos que se utilizarán para entender cuándo existe tal contradicción pueden ser meramente referenciales. Por ello, se ha decidido recurrir a la regulación moderna adoptada en el derecho comparado que procura cumplir con dicho principio, así como también evitar el fraude que implica sostener que por meras modificaciones formales podría

obviarse la cosa juzgada. Afirmó que puesto que resultaría absurdo que se presenten dos demandas iguales, la cosa juzgada no debería aplicarse nunca. Manifestó que si se identifica cuáles son las partes y el objeto al cual se extiende esta última, prescindiendo de la forma en que se plantean los asuntos, se consigue resguardar el principio de la concentración, de la contradictoriedad y de la seguridad jurídica que debe producir una sentencia para evitar que, por meras modificaciones formales que no tocan el fondo del conflicto, se afecte la eficacia de la cosa juzgada. En este sentido, se omite la referencia a elementos que han sido objeto de discusión, tales como la causa de pedir, cuyo alcance ha estado siempre en entredicho”.

El referido art. 216 del PCPC fue aprobado por unanimidad (diputada señora Turres y diputados señores Araya, Burgos, Díaz y Mönckeberg).

Nuevamente, la duda justificación “en el derecho comparado” es opinable, ya que en las fuentes que se pueden consultar no se han suprimido los elementos de determinación del efecto excluyente, de la forma como se indica en la opinión antes transcrita.

Es efectivo que varios ordenamientos procesales no contemplan la triple identidad. En el caso nuestro no es así, atendido que nuestro Código de Procedimiento Civil, por influencia de la doctrina francesa, siguió la doctrina de las tres identidades, para determinar cuándo una resolución tiene el mérito de impedir renovar el debate sobre un tema en el que ya existe cosa juzgada. Esta opción se debe al hecho que don José Bernardo Lira redactó los preceptos relativos a la cosa juzgada, siguiendo en este punto a Marcadé. En una nota al pie de página del *Prontuario de los Juicios* Lira puntualiza que “hemos seguido en lo relativo a la excepción de cosa juzgada el comentario de Marcadé al art. 1351 del Código de Napoleón...”⁴³.

La determinación de la concurrencia de la triple identidad busca verificar si la nueva acción deducida es idéntica a la fallada en un proceso anterior, situación que se dará sólo cuando coincidan todos sus componentes, es decir, se trata de los mismos sujetos, causa de pedir y *petitum*. La diversidad en un solo elemento de identificación excluye la existencia de la cosa juzgada. En su aplicación práctica, la Corte Suprema no había tenido problemas para utilizar dichos componentes, al punto de indicar que la triple identidad a que se refiere el legislador debe concurrir copulativamente, bastando la ausencia de uno solo de ellos para que la excepción de cosa juzgada carezca de fuerza legal⁴⁴.

⁴³ LIRA, José Bernardo, *Prontuario de los Juicios o Tratado de procedimientos judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena*, Santiago: Mariano Servat, 1895, T. I, p. 288.

⁴⁴ CS. 17 de noviembre de 1997, RDJ, t. 94, secc. 3ª, p. 196.

Un examen de algunas normas modernas revela una mejor técnica legislativa que la del PCPC, aportando varios elementos para auxiliar a las partes y al juez en la actividad de determinación de la fase negativa o excluyente de la cosa juzgada.

Por ejemplo, el CPC del Perú de 1993, con una mejor técnica que la que se está siguiendo en este momento de supuesta modernización, dispone

“la cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas se deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda” (art. 123 n° 2).

En el Código General del Proceso de Uruguay se reglamenta el tema de la cosa juzgada bajo el rótulo de la “eficacia” de las resoluciones judiciales, distinguiendo entre partes y distintos tipos de terceros⁴⁵.

⁴⁵ Los preceptos pertinentes son los siguientes: Artículo 214. Eficacia de las providencias de trámite.- Las providencias de trámite podrán rectificarse y ampliarse en cualquier momento, de oficio o a pedido de parte, por razones de forma o de fondo, salvo si ya se ha operado preclusión. Artículo 215. Eficacia de las sentencias interlocutorias y definitivas.- Las sentencias interlocutorias, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo siguiente, y las sentencias definitivas, pasarán en autoridad de cosa juzgada. 1) Cuando ya no sean susceptibles de recursos; 2) Si las partes las consienten expresamente; 3) Si se dejan transcurrir los plazos de impugnación sin interponer el correspondiente recurso; 4) Cuando los recursos interpuestos hubieren sido resueltos y no existieren otros consagrados por este Código. Artículo 216. Eficacia de las sentencias interlocutorias que no ponen fin al proceso.

Lo resuelto por sentencias interlocutorias firmes, que no pongan fin al proceso, puede ser modificado al dictarse la sentencia definitiva, siempre que ello no importe retrotraer el procedimiento. Artículo 217. Nulidad insubsanable de las resoluciones judiciales.- Toda resolución judicial viciada por una nulidad insubsanable, podrá ser invalidada de oficio o a petición de parte, en cualquier momento del proceso. Artículo 218. Eficacia de la sentencia frente a terceros. 218.1 La cosa juzgada alcanza a las partes y a sus sucesores a título universal. 218.2 También alcanza a: a) a los codeudores solidarios; b) a los titulares del dominio desmembramiento que no es el propio respecto del mismo bien. 218.3 Los socios, los comuneros, los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, aquellos cuyos derechos dependen de éstas o del acto o del contrato cuya validez o eficacia ha sido juzgada, son terceros a los que alcanza la cosa juzgada solamente si han tenido conocimiento judicial del pleito o si se amparan a la decisión en la primera oportunidad de que dispongan. También comprenderá a los que pudieren conocer la cuestión debatida en el proceso en virtud de información registral, la hubieren o no solicitado. Artículo 219. Efecto de la cosa juzgada en otro proceso.- La cosa juzgada, obtenida en proceso contencioso, tendrá efecto en todo proceso entre las mismas partes siempre que versare sobre el mismo objeto y se fundare en la misma causa. Artículo 220. Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos.- La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 42) tendrá eficacia general, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso. Artículo 221. Efectos de la cosa juzgada en procesos con emplazamiento a personas indeterminadas o inciertas. En los procesos en que hayan sido emplazadas como demandadas personas indeterminadas o inciertas, la sentencia surtirá efecto en relación a todas las personas comprendidas en el emplazamiento, salvo que se compruebe en el mismo proceso o en otro, que su identidad era conocida por alguna de las partes y sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Artículo 222. Inmutabilidad de la sentencia. 222.1 Pronunciada y notificada la sentencia, concluye la intervención del tribunal respecto de la cuestión decidida. Este no podrá modificar aquella en parte alguna aunque se presentaren nuevos documentos o advirtiere su error, salvo cuando se solicitare aclaración o ampliación de la misma (artículo 244). 222.2 Los errores materiales y los puramente numéricos podrán ser corregidos en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, aun durante la etapa de ejecución de la sentencia.

La del de Enjuiciamiento Civil española, de 2000, en su art. 222 regula la cosa juzgada material distinguiendo entre partes y terceros de una manera similar a las soluciones anteriores.

En suma, tratar de evitar un tema técnico, por el camino de dejar la actividad a lo que se sindicó como “elementos meramente referenciales” no es una opción correcta. Las normas existentes en otros ordenamientos y la literatura procesal mayoritaria no explican los problemas a partir de elementos etéreos o meramente referenciales, sino de categorías jurídicas que pertenecen a sus respectivas tradiciones jurídicas (causa de la acción, causa de pedir, identidad subjetiva y objetiva, entre otros). También, como suele ocurrir, hay literatura que busca ser fundacional, con pretensiones de inventar el hilo negro⁴⁶.

b. La prejudicialidad

En materia de prejudicialidad el PCPC contiene un conjunto de normas que se deben estimar como un aporte, en cuanto buscan actualizar esta materia. Para los efectos de este trabajo, el debate nuevamente se hace sin conocer si existen fuentes del derecho comparado.

La discusión sobre este tópico estuvo marcada por la regulación vigente, con especial énfasis en la reforma procesal penal, tal como quedó constancia en el acta⁴⁷.

⁴⁶ Sobre el tema, entre tantos, GRANDE SEARA, Pablo, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Valencia: Tirant, 2008; NIEVA FENOLL, Jordi, *La cosa juzgada*, Barcelona: Atelier, 2006.

⁴⁷ Artículo 219 (Efecto de las sentencias penales en el proceso civil). *En su inciso primero, dispone que en los juicios civiles seguidos en contra de quien hubiere sido, previamente, condenado como autor, cómplice o encubridor de un delito penal, no podrán tomarse en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con la declaración de existencia del hecho que constituyó dicho delito ni con el establecimiento de la participación del condenado en el mismo. Los efectos vinculantes de la sentencia penal condenatoria en el proceso civil no tendrán lugar si el demandado en el juicio civil no ha participado como interviniente en el proceso penal.*

En su inciso segundo, establece que las sentencias penales que absuelvan de la acusación o que ordenen el sobreseimiento definitivo respecto del imputado, sólo vincularán al juez civil cuando se funden en alguna de las circunstancias siguientes:

1. La no existencia del hecho que se le atribuyó; 2. No existir relación alguna entre el hecho que se persigue y el imputado, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda afectarle por actos de terceros o por daños que resulten de accidentes, en conformidad a lo establecido en el Título XXXV, Libro IV, del Código Civil.

El diputado señor Burgos recordó la crítica formulada por el profesor Mauricio Tapia a esta norma, en el sentido de que debía sincerarse que las sentencias penales no producen cosa juzgada en el proceso civil.

El asesor legislativo de la Fundación Jaime Guzmán, señor Mery, don Héctor, sugirió reemplazar, en el N° 1, la expresión “no existencia” por la palabra “inexistencia”.

El profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, señor Tavorari, don Raúl, comentó que la expresión cuestionada tiene un origen histórico vinculado con los antiguos artículos 408 y 409 del Código de Procedimiento Penal, donde se establecía como causal de sobreseimiento la “no existencia” del hecho punible.

Por otra parte, en relación con los cuestionamientos formulados por el profesor Tapia, hizo presente que el nuevo Código se adecua a la legislación vigente, ya que en materia penal sólo se puede demandar civilmente al imputado en el juicio penal, con lo cual el demandado por excelencia en este tipo de procesos, que es el tercero civilmente responsable, es marginado del debate. Trajo a colación que bajo el régimen del Código de Procedimiento Penal, la regla era distinta, por lo que parecía razonable que hubiese efecto de cosa juzgada respecto del tercero civilmente responsable y del actor que, sin ser víctima, resultaba perjudicado por el delito. Preciso que, entonces, el debate civil en el proceso penal se

Dentro de las novedades más significativas, en cuanto asume una solución que era necesaria introducir, y que también se aprecia en algunos códigos de derecho comparado que hemos podido consultar, está el siguiente precepto,

circunscribe hoy por hoy exclusivamente a la víctima en tanto ha sido perjudicada y al imputado, como hechor. Por ello, se pretende establecer a través de esta norma que respecto de quienes no pudieron ser partes en el proceso penal no puede alegarse la cosa juzgada que produce la sentencia en este último. Si una persona ocasiona un daño manejando un automóvil que no es suyo y es declarado culpable del accidente en el marco de un proceso penal, la cosa juzgada que emana de la sentencia condenatoria no puede aplicarse al dueño del vehículo, en su calidad de tercero civilmente responsable, cuando se persiga el pago de una indemnización de perjuicios, puesto que éste no tuvo siquiera la posibilidad de intervenir en el proceso penal. Recordó que bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil, el tercero civilmente responsable podía hacerse parte y rendir prueba para demostrar que el imputado no tenía responsabilidad en el delito o que él mismo estaba exento de ella.

El Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, señor Cristián Maturana, advirtió que actualmente se está ante el fenómeno de la justicia negociada, cuyas manifestaciones son, en el sistema procesal penal, el procedimiento abreviado, en primer término, donde el acuerdo que se celebre no puede afectar al tercero civilmente responsable, y en segundo lugar, el procedimiento monitorio, en el cual se puede optar por pagar una multa, y obviamente la cosa juzgada que produzca la sentencia tampoco puede afectar a dicho tercero en un juicio posterior, por aplicación del efecto de relatividad que tienen los pactos.

Expresó que la actualización del concepto de cosa juzgada está acorde al sistema procesal penal, debiendo considerarse que el efecto penal en materia civil puede ser mayor al que se generaba en el pasado, en atención a la imposibilidad de ejercer la acción civil contra el tercero civilmente responsable en el proceso penal.

El asesor legislativo de la Fundación Jaime Guzmán, señor Mery, don Héctor, interpretó que el término "acusación" tendría una aplicación genérica que comprendería el requerimiento del procedimiento simplificado y no estaría referida exclusivamente a la acusación del juicio oral.

El diputado señor Burgos manifestó dudas en torno a la idoneidad de la inclusión de la palabra "accidentes", como concepto jurídico, en el numeral 2, razón por la cual sugirió omitirla.

El profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, señor Tavolari, don Raúl, aclaró que esta norma es idéntica a la del N° 2° del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil.

El diputado señor Burgos propuso hablar de delitos y cuasidelitos, en vez de accidentes, ya que con ello se guarda más armonía con la referencia al Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

Ante la duda manifestada por el profesor Tavolari respecto de que accidente pueda ser un concepto más amplio y comprensivo que el de delitos o cuasidelitos, se acordó acoger la propuesta del Diputado señor Burgos, sin perjuicio de efectuar con posterioridad un análisis que permita dilucidar tal duda.

Los diputados señores Araya, Burgos y señora Turres presentaron una indicación para reemplazar la palabra "accidente" por la expresión "delito o cuasidelito".

Fue aprobado, conjuntamente con la indicación, por unanimidad (diputada señora Turres y diputados señores Araya, Burgos, Díaz y Mönckeberg).

Artículo 220 (Cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil)

En su inciso primero, dispone que siempre que para la decisión de las cuestiones controvertidas en el proceso civil se requiriere la resolución previa de una cuestión penal, el juez civil, a petición de parte podrá suspender el pronunciamiento de la sentencia hasta la terminación del proceso criminal, si en éste se ha deducido acusación o formulado requerimiento, según el caso.

En su inciso segundo, establece que se entenderá que existe tal cuestión penal cuando la materia debatida en el proceso criminal haya de ser fundamento preciso de la sentencia civil o tenga en ella influencia notoria.

En su inciso tercero, prescribe que se pondrá término a la suspensión cuando se acredite que el juicio criminal ha concluido por sentencia definitiva o sobreseimiento o cuando en concepto del juez no se justificare mantenerla.

El asesor legislativo de la Fundación Jaime Guzmán, señor Mery, don Héctor, planteó que es habitual encontrarse en la práctica con las cuestiones prejudiciales civiles que deben dilucidarse en sede civil cuando se trata de una materia penal. Sin embargo, esta norma se refiere a la situación inversa y poco frecuente de dilucidar una cuestión penal para el fallo de un pleito civil.

Fue aprobado por unanimidad (diputada señora Turres y diputados señores Araya, Burgos, Díaz y Mönckeberg).

que se aprobó prácticamente sin discusión, tal como consta del acta que paso a transcribir: “art. 221 (Cuestiones prejudiciales no penales).

En su inciso primero, dispone que siempre que, para dictar una sentencia definitiva civil, sea necesario decidir, previamente, una cuestión de carácter civil u otra regida por leyes especiales, que se esté sustanciando en juicio iniciado con anterioridad, ante el mismo tribunal o ante otro distinto, y no fuere posible la acumulación de procesos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá suspender el pronunciamiento de la sentencia, hasta que finalice el proceso en que se ventila la cuestión.

En su inciso segundo, establece que se pondrá término a la suspensión cuando se acredite que el juicio sobre la cuestión civil u otra regida por leyes especiales ha concluido por sentencia definitiva o interlocutoria o cuando en concepto del juez no se justificare mantenerla”.

La norma fue aprobada, sin debate, por unanimidad (diputada señora Turres y diputados señores Araya, Burgos, Díaz y Mönckeberg).

8.2. Alcances futuros de la prejudicialidad no penal

La norma aprobada permitirá solucionar un problema actual, que ha surgido por la inflación de procesos especiales y de entes administrativos que ejercen jurisdicción civil, en sentido lato.

Es un hecho conocido que la proliferación de procesos especiales ha llevado a que se produzcan graves y serios problemas en esta materia. Ellos se podrán solucionar, a falta de norma especial, cuando entre a regir ese precepto del PCPC. Sería un aporte que este precepto ya fuera incluido, para enfrentar un tema que existe y que es ilógico que no se enfrente con aportes como el contenido en esa interesante solución ya aprobada como parte del futuro proceso civil.

Hoy, al carecer el proceso civil de un precepto como el que se aprobó en el primer trámite legislativo, permitiría que se pueda responder a fenómenos litigiosos complejos, que son el resultado de la asignación de competencias contradictorias o concurrentes a diversos órganos jurisdiccionales.

Conclusión

Cualquier trasplante jurídico que se intente para mejorar el proceso civil chileno debe pasar, obligatoriamente, por el escrutinio crítico de los parlamentarios y de la doctrina.

Se debe evitar que la salud del paciente a mejorar pueda ser empeorada, para no terminar añorando el retorno de la vieja casación del juicio ejecutivo, *a la chilena*.

Los cambios en materia de cosa juzgada coinciden con una técnica más depurada y precisa que se puede obtener de la consulta directa a ciertos cuerpos legales de derecho comparado. La determinación del efecto negativo, de la forma como viene reglamentada, constituye a mi entender un retraso, que no supera en nada a la más que centenaria solución vigente.

Es un aporte a la renovación del proceso civil la hipótesis de prejudicialidad no penal debatida y aprobada, que permite enfrentar problemas no resueltos actualmente.

Bibliografía

AGUAYO VARGAS, Macarena, CAMPUSANO DROGUETT, Raúl, "Chile y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: cumplimiento de sentencias", en *Actualidad Jurídica*, N° 28, 2013, pp. 351-382.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, "Los Derechos Humanos como ideología. Una lectura desde el pensamiento 'antimoderno'", en *Derecho Público Iberoamericano*, N° 3, 2013, pp. 39-73.

BARRERA, Leticia, *La Corte Suprema en escena*, B. Aires: Siglo XXI, 2012, pp. 29-154.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl, AGUAYO VARGAS, Macarena, "Chile y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: cumplimiento de sentencias", en *Actualidad Jurídica*, N° 28, 2013, pp. 351-382.

CIUDAD ESPEJO, Luciana, *Origen y desarrollo de los elementos fundamentales de la casación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965, pp. 10-45.

CONEJEROS ROOS, Cristián, "Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica", en *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 4, 2006, pp. 13-103.

CORTÉS MATCOVICH, Gonzalo, "Perspectivas generales del recurso extraordinario en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil", *Actualidad Jurídica*, N° 21, 2010, p. 427.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, "Algunas ideas para la formulación de un modelo de casación civil", en *Casación, oralidad y nuevo proceso civil*, Santiago: EJS, 2009, p. 57.

DELGADO CASTRO, Jordi, "El certiorari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema", en *Actualidad Jurídica*, N° 22, 2010, pp. 361-375.

FELIÚ GANA, Guillermo, "El proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil", en *Revista Forense Chilena*, N° 7, 1891, pp. 466-467.

GARCÉS V. Arístides, *La casación en Chile*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1903.

GRANDE SEARA, Pablo, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Valencia: Tirant, 2008.

HAZARD, Jr. Goefrey, TARUFFO, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, tr. F. Gascón, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 55-61.

LEGARRE, Santiago, *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario*, B. Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 10-94.

LIPOVETSKY, Gilles, SERROY, Jean, *La cultura-mundo. Respuesta a una sociedad desorientada*, Barcelona: Anagrama.

LIRA, José Bernardo, *Prontuario de los Juicios o Tratado de procedimientos judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena*, Santiago: Mariano Servat, 1895, T. I, p. 288.

MORELLO, Augusto M., *La nueva etapa del recurso extraordinario*, B. Aires: Abeledo Perrot, 1990, pp. 1-165.

MUÑOZ GAJARDO, Sergio, "Presente y futuro de la casación civil en Chile", en *Derecho Procesal Contemporáneo*, VV.AA., Santiago: Punto Lex, 2010 (coord. R. Tavolari), pp. 90-182.

NIEVA FENOL, Jordi, "La enunciación de los modelos de casación en las leyes procesales", en *El recurso de casación*, Santiago: AbeledoPerrot, 2010, pp. 75-102.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La cosa juzgada*, Barcelona: Atelier, 2006.

RODRÍGUEZ, Agustín, "Estudio sobre el recurso de casación", Memoria de prueba, Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la U. de Chile, publicada en *Revista Forense Chilena*, Nos. 1 y 2, pp. 5-42, y Nos. 3 y 4, 1898, pp. 129-193.

SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio, *Sistema de Derecho comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo Derecho común*, Valencia: Tirant, 2012, pp. 76-77.

TARUFFO, Michele, HAZARD, Jr. Goefrey, *La justicia civil en los Estados Unidos*, tr. F. Gascón, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 55-61.

VARGAS PÁVEZ, Macarena, "Hacia la desjudicialización de la ejecución civil", en *Revista Chilena de Derecho* N° 40, 2013, pp. 138-139.