

DERECHO PROCESAL IV.

(Se utilizaron algunos extractos de las obras de don Juan Colombo Campbell, Actos procesales Tomo II, y de don Julio Salas Vivaldi (De los Incidentes, y en especial de la nulidad procesal), de quien por lo demás, fui alumno ayudante durante el pregrado.

INTRODUCCIÓN:

Para efectos del estudio del programa del presente curso, debe partirse de una premisa básica, cual es, el conocimiento detallado del fenómeno jurídico denominado: ACTO JURÍDICO PROCESAL.

Una vez que tengamos claro cuando surten efecto dichos actos, luego de entender cómo se perfeccionan, podemos entrar en el análisis de los casos en que dicho acto no existe, existe pero es ineficaz, o existiendo y siendo eficaz es inoponible, o ha precluido su posibilidad de ejercicio.

Entonces, debemos volver a Derecho Procesal I, a fin de refrescar la memoria en este punto: (En todo caso, dicho repaso no supera las 6 hojas de materia, por lo que no es necesario caer en un estado locura o desesperación por tal situación y menos cambiarse de sección en busca de evitar tal repaso).

Actos jurídicos procesales

El proceso jurisdiccional ha sido conceptualizado por Couture, como “*la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión*”. Es en consecuencia una sucesión de acciones y reacciones en que la actividad de los sujetos constituye un nuevo impulso para ponerse en movimiento.

El proceso como tal es una idea abstracta, a la cual debe darse una forma externa que canalice su desarrollo: el procedimiento. Por procedimiento entendemos “*sistema racional y lógico que determina la secuencia o serie de actos que deben realizar las partes y el tribunal para obtener los fines del proceso*.” Así, mientras el proceso es la totalidad o unidad, el procedimiento es la sucesión de actos en movimiento, en que cada acto se encuentra vinculado o coordinado a otro acto o a otro grupo de actos, que se suceden en el tiempo en forma continua.

Si bien cada acto tiene y cumple una finalidad inmediata y propia, que lo califica en su individualidad, todos están dirigidos a un objeto común, lejano, cuál es la formación del acto final que resumirá el procedimiento y constituirá su resultado individualmente. Cada uno de estos actos de que se compone el proceso y que tiene como objetivo último la formación del acto final, se conocen con el nombre de “Actos Jurídicos Procesales”.

Al igual que en materia civil, el acto jurídico procesal se diferencia del hecho jurídico procesal, en que éste último es tan sólo

aquel suceso de la naturaleza que produce efectos en el proceso. A modo de ejemplo podemos citar los siguientes:

- a) Caso Fortuito (artículo 79 C.P.C.)
- b) Cesación de la representación legal (artículo 9 C.P.C.)
- c) Ausencia física del territorio de la república.
- d) Muerte (artículos 77, 396 y 529 C.O.T., artículos 5, 6 y 165 C.P.C. y artículos 38 y 408 C.P.P.)

También se ha definido el acto jurídico procesal como aquel “Acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción, o aún de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales.” (concepto básico, debe manejarse de manera absoluta)

Elementos del Acto Jurídico Procesal:

De acuerdo a la definición precedentemente transcrita, que por cierto es la aceptada por la cátedra, podemos establecer los principales elementos que distinguen al acto jurídico procesal, a saber:

- a) Existencia de una o más voluntades;
- b) La voluntad debe exteriorizarse; y,
- c) Debe existir la intención de producir efectos en el proceso.

Por su parte, fuera de estos elementos de fondo, los actos jurídicos procesales son además reconocibles por ciertas características particulares, especialmente las que a continuación se indican:

a) **Son Esencialmente Solemnes:** Esto no implica que vayan revestidos de una excesiva solemnidad, sin que existe siempre la exigencia de requisitos mínimos, cuya infracción acarrea las sanciones prescritas por el legislador para cada caso. Así por ejemplo, la demanda, como acto jurídico procesal de parte, si no cumple con los requisitos contenidos en el artículo 254 CPC, se verá expuesta a la sanción contenida en el artículo 256 CPC o bien, a su rechazo por ineptitud del libelo (artículo 303 CPC).

b) **Son Mayoritariamente Unilaterales:** La manifestación de voluntad destinada a producir efectos en el proceso, emana normalmente de un solo sujeto (ejs: demanda, contestación, sentencia, peritaje, etc.). Excepcionalmente, hay actos en que la ley exige la concurrencia de dos o más voluntades para su perfeccionamiento, tales como el compromiso, la transacción, la prórroga expresa de la competencia, etc. Estos actos jurídicos procesales bilaterales, son también denominados “Negocios Jurídicos Procesales”.

c) **Suponen y Crean al Proceso:** Los actos jurídicos no pueden existir sin el proceso, y éste último no existe sin ellos.

d) **Son Autónomos:** Pese a que en su esencia están todos coordinados hacia un objetivo común, no suponen ligazón a otro tipo de actos. De este modo, una prueba testimonial se basta a si misma, y

no requiere de la prueba confesional para su validez. No obstante, como ya lo hemos dicho, si bien son autónomos, sólo son comprensibles como una unidad que persigue los fines del proceso.

Clasificación:

- a) *Según la Voluntad Necesaria para la Existencia del Acto:* Existen **actos jurídicos procesales unilaterales** y **bilaterales** (negocios jurídicos procesales).
- b) *Según el sujeto del que emana el acto:* Podemos distinguir actos del tribunal, actos de las partes y actos de terceros.
- b.1 **Del Tribunal:** Son la regla general en los procedimientos en los cuales rige el principio inquisitivo. El ejemplo más claro son las resoluciones judiciales.
- b.2 **De las Partes:** Dentro de este concepto comúnmente se incluyen también aquellos actos emanados de terceros directos. Son la regla general en los procedimientos regidos por el principio dispositivo (ejs: demanda, tercerías, querella, etc.)
- **De Impulso Procesal:** peticiones de las partes para dar curso progresivo a los autos. (solicito se reciba la causa a prueba)
 - **De Postulación:** aquellos en que se formulan cuestiones de fondo, vinculadas con el asunto objeto del proceso (ejs: demanda, excepciones perentorias, observaciones a la prueba, etc.)
 - **Probatorios:** aquellos que se realizan para acreditar los hechos en que se sustentan las pretensiones y defensas (ej: prueba de testigos)
 - **De impugnación:** pretenden atacar los actos del tribunal, ya sea por defectos o vicios de forma o de fondo, o bien, porque producen agravio o gravamen irreparable a alguna de las partes (ej: recursos)
- b.3 **De Terceros Indirectos:** son aquellas personas que participan en el proceso pero se desvinculan del litigio y carecen de interés en él (ej: peritos, receptores, martilleros, etc.) Pueden ser de tres clases:
- **Probatorios:** Fundamentalmente caen en esta clase el informe de peritos, la declaración de testigos y la información sumaria.
 - **De Certificación:** En general, se trata de aquellos ministros de fe que acreditan la realización efectiva de un hecho o acto, o lo materializan (ej: receptores y secretarios) Son actos destinados específicamente a dar validez a otros actos jurídicos procesales (artículo 61 inc. 3º C.P.C.), a dejar constancia expresa de ciertos hechos (artículo 44 C.P.C.) o bien, simplemente para efectos probatorios (artículo 427 C.P.C.)
 - **De Opinión:** Aquellos en que el tribunal está obligado o facultado para recurrir al informe de un tercero (ej: Ministerio

Público y Defensor Público - artículo 369 C.O.T.) Los informes en derecho también se comprenden en esta calificación.

Requisitos de Existencia y Validez:

En nuestro derecho procesal, no existe una regulación orgánica y específica de los actos jurídicos procesales; por ello, y principalmente con fines académicos, para facilitar la comprensión de la materia, suele aplicarse en forma supletoria o por analogía la “Teoría del Acto Jurídico” contenida y desarrollada en los artículos pertinentes del Código Civil, en todas aquellas materias no reguladas por los códigos procedimentales y siempre que no pugnen con la naturaleza del proceso. En esta misma línea, podemos decir que en principio, los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos procesales son los mismos que regula el Código Civil, salvo ciertas peculiaridades que los diferencian, y que analizaremos a continuación:

a) La Voluntad y sus Vicios: la regla general es que la voluntad debe ser expresa. En materia civil el silencio por lo general no produce efectos, sin embargo en materia procesal el silencio puede producir consecuencias jurídicas sumamente relevantes al interior del procedimiento (ejs: artículos 78 y siguientes y 394 CPC, artículo 451 CPP y artículo 197 COT) Los vicios de la voluntad son los mismos que en materia civil, pero sus efectos se encuentran atenuados:

I. Error: No necesariamente produce la nulidad del acto, sino que da lugar a otras consecuencias. Por ej, el error permite revocar una confesión (artículo 402 CPC); asimismo, la generalidad de las vías de impugnación o recursos procesales, suponen como objetivo último reparar errores cometidos por el tribunal, sin que con ello se declare necesariamente la nulidad de los actos ya ejecutados. Finalmente, en materia procesal, vemos que la sanción al error judicial es una indemnización de perjuicios solventada por el Fisco (artículo 19 N°7 letra i CPR)

II. Fuerza: Menos reglamentada en los códigos procesales que el error, sólo existen algunas alusiones asiladas que utilizan una terminología similar que nos da la idea de fuerza. (ejs: artículo 483 CPP y artículos 79 y 810 CPC).

III. Dolo: Al igual que la fuerza, no fue considerado procesalmente como un vicio de la voluntad. De ahí que, conforme a la norma civil que exige que el dolo sea obra de una de las partes, y siendo los actos jurídicos procesales en su mayoría unilaterales, su aplicación se vuelve prácticamente imposible, transformándose el dolo, más que en un vicio de la voluntad, en una fuente de responsabilidad (artículo 280 inc.2º CPC) No obstante ello la doctrina reconoce figuras como las del proceso fraudulento o cosa juzgada fraudulenta, en que el dolo es un atentado contra la buena fe procesal. Por ello, el legislador ha contemplado un mecanismo destinado a

destruir estas figuras, por medio del Recurso de Revisión (artículo 810 CPC.).

b) Capacidad Procesal: Debe analizarse desde una doble perspectiva:

I. **Tribunal:** En relación con la capacidad del tribunal, mientras la jurisdicción constituye requisito de existencia, la competencia es el requisito de validez. (salvo que en el ejemplo haya operado la prórroga de competencia).

II. **Las Partes:** Sea que se trate de personas legalmente capaces o de incapaces que actúan debidamente representados, todos ellos deben apersonarse en el proceso, asistidos por una persona que posea “ius postulandi”. Nuestra legislación consagra asimismo, ciertas incapacidades especiales, fundamentalmente en materia penal, ya sea desde el punto de vista del sujeto activo (ciertas personas que en virtud de circunstancias específicas, se ven impedidas de ejercer la acción penal).

c) Objeto: Al igual que en materia civil, el objeto debe ser real, determinado o determinable y lícito. En materia procesal, el objeto del acto se encuentra vinculado a la idea de “beneficio jurídico” que se persigue obtener con un acto jurídico procesal. En cuanto al objeto ilícito, nos encontramos con varios casos específicamente reglamentados. A modo de ejemplo, tenemos la prórroga de competencia en materias penales o no contenciosas, los casos de arbitraje prohibido, etc.)

d) Causa: La causa de los actos jurídicos procesales constituye el motivo jurídicamente relevante que inspira la realización del acto. En todos los actos jurídicos procesales existe una causa, ya que como vimos al estudiar la acción, y en particular la pretensión, el interés resulta un elemento esencial. Teniendo en cuenta dicho interés para poner en movimiento el proceso, resulta evidente la necesidad de interés en los diversos actos procesales en particular. Así por ejemplo, en el recurso de apelación, la causa es el agravio sufrido por el apelante, en el patrocinio será un debate de alto nivel jurídico, etc. La causa de todo acto jurídico procesal debe ser lícita, ya que en último término es la noción de causa la que nos permite hablar de la responsabilidad por abuso del proceso o abuso de las vías procesales.

e) Solemnidades: Por solemnidad de los actos jurídicos procesales, debe entenderse no sólo el mecanismo por el que se exterioriza el acto, sino también su ubicación en el tiempo y en el espacio (lugar y plazo). Como forma de expresión de la voluntad, las solemnidades adquieren

en esta rama del derecho una importancia fundamental, ya que se transforman en garantía del debido proceso.

En general, las formas deben ser observadas, o de lo contrario se produce la ineficacia del acto para quien las infringe. No obstante, en ciertos casos, el principio dispositivo hace que las formas estén establecidas para cumplir la voluntad de las partes, por lo que éstas pueden apartarse de ellas. Así sucede con el propio proceso, que las partes pueden iniciar o no, sustituirlo por el juicio arbitral, desistirse de él, etc. Por lo demás, la mayoría de las nulidades procesales quedan convalidadas durante el propio proceso si no se reclama de ellas oportunamente. En definitiva, y fuera de las solemnidades que las partes están autorizadas para alterar por expresa disposición legal, existe la posibilidad de prescindir de alguna de ellas, establecidas sólo en interés de las partes.

Ineficacia de los Actos Jurídicos Procesales

El acto jurídico procesal que se ajusta a todos sus requisitos contemplados por el ordenamiento jurídico, es eficaz. Por el contrario, el acto jurídico procesal es ineficaz, en sentido amplio, cuando no genera sus efectos propios o deja de producirlos por cualquier causa, sea esta intrínseca o extrínseca al acto mismo. Las sanciones de ineficacia del acto jurídico procesal, son básicamente aquellas establecidas por el derecho común, además de otras específicas del derecho procesal, según analizaremos a continuación:

a. **Inexistencia:** Sanción derivada de la omisión de requisitos de existencia (ej: falta de jurisdicción - inexistencia del tribunal) Esta sanción adquiere relevancia toda vez que, en la medida que el proceso es inexistente, no existe cosa juzgada real. Además, esta sanción no puede ser convalidada, no requiere declaración judicial y no existe plazo para alegarla.

b. **Nulidad:** Es una sanción de ineficacia respecto de aquellos actos jurídicos del proceso en los que se ha incumplido algún requisito que la ley prescribe para su validez. A diferencia de la nulidad civil, la nulidad procesal es una sola; no es ni absoluta ni relativa. Sin embargo, se suele distinguir entre nulidad procesal y anulabilidad procesal.

- *Nulidad:* Es aquella que puede ser declarada de oficio o a petición de parte, por haberse infringido normas que emanen del interés público (ej: incompetencia absoluta).

- *Anulabilidad:* Es aquella que puede ser declarada sólo a petición de parte, por haberse infringido normas de orden privado (ej: incompetencia relativa cuando procede prórroga y puede o no alegarse) Las formas de hacer valer la nulidad procesal pueden ser:

- Medios Directos: Por ejemplo el incidente de nulidad o el Recurso de Revisión.

- Medios Indirectos: Recursos de reposición, apelación o queja. La elección del medio dependerá de la naturaleza del acto viciado, la trascendencia de la irregularidad que presenta y la oportunidad en que se alega.

c. **Inoponibilidad:** Es la ineficacia del acto jurídico procesal respecto de terceros, por no haberse cumplido con exigencias previstas en la ley para que éste produzca efectos a su respecto. La regla general es que el acto procesal sólo es oponible a las personas vinculadas con el proceso en que se produce, o que hayan tomado parte en la celebración de un acto procesal extrajudicial.

d. **Preclusión:** En los procesos inspirados en el principio del orden consecutivo legal, la preclusión es una de las sanciones de ineficacia más relevantes, y que se produce en la medida que el acto se realice en un momento procesal inadecuado, o sin respetar el orden prefijado por el legislador.

e. **Otras Sanciones:** Existen autores que citan como sanciones de ineficacia la condena en costas, las consignaciones judiciales, la deserción¹, y prescripción de los recursos², el apercibimiento, la inadmisibilidad y el abandono del procedimiento.

En todo caso, estimamos que la condena en costas es una especie de sanción procesal, pero que se aleja del concepto de ineficacia, al igual que las consignaciones judiciales.

****CONCLUSIONES**:** Ya teniendo claro los alcances del Acto Jurídico procesal, hemos enunciado las diversas sanciones de ineficacia cuyo estudio detallaremos en la primera parte del curso, y que comenzaremos a continuación.

¹ Actualmente derogada en todos aquellos procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.886.

² Actualmente derogada en todos aquellos procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.886.

PARTE PRIMERA: INEFICACIA PROCESAL.

CAPÍTULO I:

INEFICACIA DE LOS ACTOS PROCESALES

CONCEPTO

Tal como en el derecho civil, luego de conocer el concepto de acto procesal, resulta de suyo necesario abordar aquel referido a su ineficacia.

Los actos procesales pueden verse afectados, principalmente por cuatro causales de ineficacia: inexistencia, nulidad, preclusión e inoponibilidad.

Ineficacia es un vocablo expresivo que significa la intrínseca insuficiencia del acto para producir sus efectos; es su inidoneidad para producir los efectos previstos al realizarlo.

En cuanto a su terminología, se puede hablar de ineficacia e invalidez; invalidez intrínseca ("**inexistencia**") e invalidez extrínseca ("**nulidad**"); nulidad y "anulabilidad". "La ineficacia, desde un punto de vista general, sirve para indicar el fenómeno, antes mencionado, en virtud del cual a un acto o a un negocio jurídico que debe cumplir ciertos requisitos, el derecho no le reconoce en modo alguno, o le reconoce sólo en parte, los efectos que le son propios, o le reconoce otros efectos distintos".

El derecho común objetivo y el derecho procesal conceden protección a las manifestaciones de voluntad humana sólo cuando éstas se hallan conforme con sus preceptos. Sin embargo, no siempre ellos se observan, así se encuentran actos, o negocios jurídicos, en que los preceptos no se han observado, de lo cual, como consecuencia de tal inobservancia, deriva la ineficacia del acto jurídico procesal realizado en contravención a las normas reguladoras.

"El concepto de la eficacia del acto jurídico, o de la eficacia jurídica del acto, que son dos expresiones equivalentes, presenta dos caras: una positiva y otra negativa. La primera concierne al producirse, y la segunda al no producirse los efectos jurídicos, o sea, al producirse o no la alteración de la situación inicial. Puesto que, naturalmente, el producirse o no producirse los efectos jurídicos depende de un modo de ser de la causa, y por lo tanto el problema de la eficacia se refleja sobre aquel de la consistencia del mismo acto, a los dos conceptos de la *eficacia* y de la *ineficacia* corresponden los otros dos de la *perfección* y de la *imperfección*. Un acto jurídico se dice perfecto cuando *está dotado de todos sus requisitos.*"

El ordenamiento jurídico puede reaccionar de dos maneras distintas ante la presencia de un vicio procesal. Puede privar al acto procesal viciado de todos o de parte de los efectos que el acto normalmente produciría; o puede añadirle algún o algunos efectos que el acto, normalmente, no llevaría consigo. En caso de privación de efectos, se habla de *invalidez* del acto, pues la invalidez o nulidad no es sino el concepto descriptivo de esta ausencia de todos o de parte de los efectos normales; en caso de adición de efectos, se habla de *ilicitud del acto*, pues la ilicitud o simple irregularidad tampoco es más que el concepto descriptivo de esta presencia de consecuencias anormales.

La ineficacia, en principio, puede derivar de la falta de uno de los elementos esenciales del acto o negocio jurídico que aparece, lógica o jurídicamente (causa intrínseca); o bien de la falta o de la existencia de una circunstancia extrínseca al acto o al negocio, pero que, o por voluntad de las partes o por disposición de la ley, es necesario que exista o que no exista (causa extrínseca). La ineficacia por causa extrínseca puede denominarse invalidez; la ineficacia por causa intrínseca puede llamarse, en sentido estricto, ineficacia.

La invalidez, por su parte, es de dos especies: es completa cuando el acto carece de uno de los elementos intrínsecos o requisitos esenciales que derivan de su misma naturaleza; y es incompleta cuando no faltan los elementos o requisitos esenciales; pero existen con algún vicio, y tal vicio puede derivar o de la absoluta voluntad de la ley o de la voluntad de las partes.

En el primer caso, especialmente en el derecho procesal civil, se debe hablar de inexistencia; y en el segundo, de nulidad.

Aún el acto jurídicamente inexistente, tiene sin embargo, cierta existencia material, y puede, según algunos autores, tener a veces un efecto jurídico diverso de aquel a que el acto se dirige; pero, el acto inexistente, especialmente en el derecho procesal, puede encontrar estancia jurídica, porque constituye un acto que, por la falta de uno de los elementos necesarios e indispensables para su misma vida, no puede concebirse ni como acto ni como existente de hecho, en tanto que el acto nulo es aquel al que no puede serle desconocida una existencia de hecho, mientras carece, de modo absoluto de la existencia jurídica.

La inexistencia genera efectos de ineficacia que afectan al proceso como un todo, lo que debe concluirse luego de analizar sus causales. El proceso es ineficaz cuando le faltan requisitos de existencia o presupuestos procesales. En un sentido estricto falta lo que versa sobre la observancia de la forma prescrita por la ley para un acto.

Son, en este sentido causales de ineficacia de los actos, las circunstancias que atentan contra los principios fundamentales del proceso y del procedimiento, como por ejemplo, la falta de conflicto o de jurisdicción, la falta de bilateralidad procesal, el orden consecutivo legal, entre otros. En general, la vía normal para atacar y corregir esta ineficacia son los recursos procesales y, excepcionalmente, debe lograrse a través del ejercicio de la acción procesal.

Por último, como lo sostiene Prieto-Castro, se flama *falta* de un acto de las partes o del tribunal al defecto de que adolece cuando en su disposición externa y en su realización no se han cumplido los requisitos de forma exigidos por la ley.

El derecho procesal requiere analizar profundamente esta interesante materia como lógica manera de poner término al análisis de los actos procesales.

PRESUPUESTOS DE LA INEFICACIA DE LOS ACTOS PROCESALES.

Para que los actos procesales sean ineficaces deben concurrir los siguientes presupuestos:

1) Preexistencia de la norma que impone requisitos a los actos procesales. El profesor Pablo Rodríguez en su obra *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno*, plantea claramente este primer presupuesto al manifestar que "las relaciones reguladas por el derecho son, por lo tanto, las que más influyen en el comportamiento social, las que hacen posible que la comunidad pueda desarrollarse sin confrontaciones intersubjetivas, y permiten que todos podamos convivir con la certeza de que nuestra conducta está previamente calificada en la norma jurídica, de modo que si ella no se respeta, sobrepondrá una conducta de reemplazo que será equivalente —para el infractor y la víctima— al acatamiento de la norma quebrantada".¹

Este presupuesto se da en nuestro sistema procesal, por cuanto los procedimientos obedecen al principio del orden consecutivo legal dando cumplimiento a lo previsto por el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política cuando expresa que "corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento". Por lo tanto, los sujetos deberán ajustar sus actos procesales a las normas establecidas, en lo básico por la Constitución Política y en lo complementario por los Códigos de Procedimiento y Orgánico de Tribunales.

El acto es eficaz en la medida en que se otorgue y cumpla con los requisitos de existencia y validez que la ley le exige y se formule oportunamente. De lo contrario será ineficaz.

2) La presencia de un acto procesal. Entre los actos procesales encontramos en primer lugar al proceso, luego, a los actos singulares que lo integran y, finalmente, a los equivalentes jurisdiccionales. Por lo tanto, cualquiera de estos actos puede resultar ineficaz si concurre alguno de los motivos o causales que los priven de sus efectos naturales.

Esto se mira así ya que las sanciones que estamos examinando son justamente de ineficacia de los actos procesales, y para que esta ineficacia pueda darse, constituye un presupuesto elemental la presencia de un acto procesal que pueda verse afectado por ellas.

Ahora bien, si es el proceso el que resulta impugnado por alguna de estas sanciones de ineficacia, puede ser ineficaz por completo o verse afectado parcialmente. Igual situación puede darse en los equivalentes jurisdiccionales, que podrán ser parcial o completamente ineficaces.

La inexistencia y la inoponibilidad por falta de emplazamiento atacan generalmente al proceso como un todo, en cambio la nulidad podrá invalidar actos concretos o al proceso según donde se produjo el vicio.

3) Que un sujeto legitimado para obrar impulse la declaración de ineficacia por los medios que le franquea el ordenamiento institucional para evitar que se generen los efectos procesales que siguen del acto jurídico ineficiente. En general, podrán impetrarlo las partes, terceros afectados por el proceso o incluso el tribunal de oficio en uso de su propia jurisdicción, en los casos en que la ley así lo autorice. La determinación de quién puede hacerlo y la oportunidad para ello, se examinarán al analizar cada uno de los motivos que la generan.

CAPÍTULO II: INEXISTENCIA DEL ACTO PROCESAL.

Acto procesal inexistente es aquel al que le faltan uno o más de los requisitos prescritos por la Constitución o la ley para que tenga existencia jurídica.

Los actos jurídicos en general y los procesales en particular deben reunir requisitos de existencia y de validez. Si faltan los primeros, el acto es inexistente, y si no concurren los segundos, estaremos en presencia de un acto procesal nulo o anulable, según los casos.

"No es lo mismo —dice don Luis Claro Solar— la nada que la nulidad. La nada es la no existencia, y su sanción es la misma no existencia, que ha hecho imposible el perfeccionamiento del acto y la producción de algún efecto; la nulidad es la invalidez, la sanción del vicio de que el acto adolece..."

Si nulidad equivale a ineffectuación de un acto, difiere en cambio de inexistencia, que no se refiere a los efectos jurídicos, sino al acto mismo; inexistencia, expresa, "no al acto que no produce efecto, sino a un no acto, o sea, a la negación misma del acto".

En el lenguaje jurídico se verá, sin embargo, que también el significado de inexistencia se modifica, en el sentido de expresar en realidad no al no acto, sino al grado inferior o, mejor dicho ínfimo, del acto ineffectuado, o sea, precisamente, al acto que no puede ser convalidado.

Por lo tanto, acto jurídico inexistente es aquel que carece no ya de requisitos necesarios sino de alguno o algunos de los elementos para ser él mismo; en otras palabras, el que no alcanza a reunir los elementos básicos de la definición esencial del acto jurídico procesal en cuestión.

En torno a la inexistencia, debe precisarse desde ya que ésta puede afectar al proceso como un todo, considerado como un acto jurídico complejo, a uno o más de los actos singulares que lo integran, como también a los equivalentes jurisdiccionales.

En cuanto a los actos singulares y a los equivalentes jurisdiccionales, éstos se verán afectados por la inexistencia procesal cuando les falten algunos de los requisitos necesarios para su existencia, esto es, la voluntad, el objeto, la causa y ciertas formalidades.

Couture observa agudamente que la inexistencia del acto procesal genera un problema anterior a toda consideración de validez. "Es, en cierto modo, el problema del *ser o no ser* del acto. No se refiere a la efectuación, sino a su vida misma. No es posible a su respecto hablar de *desviación*, ya que se trata de algo que ni siquiera ha tenido la aptitud para estar en el camino. Una sentencia dictada por quien no es juez, no es una sentencia, sino una *no sentencia*. No es un acto, sino un simple hecho.

Cuando se trata de determinar los efectos del acto inexistente, se observa que no sólo carece en absoluto de efectos, sino que sobre él nada puede construirse: *quod non est confirmare nequit*. La fórmula que defina esta condición sería, pues, la de que *el acto inexistente (hecho) no puede ser*

convalidado, ni necesita ser invalidado. No resulta necesario a su respecto un acto posterior que le prive de validez, ni es posible que actos posteriores lo confirmen u homologuen, dándole eficacia.

Arturo Alessandri Rodríguez manifiesta que "no puede confundirse en doctrina la inexistencia con la nulidad; el acto inexistente no se ha formado ni nacido a la vida del derecho...", y enseguida agrega "en cambio, el acto nulo es aquel que tiene existencia jurídica, en que concurren todos los requisitos necesarios a su formación, pero no todos los requisitos necesarios para su validez".

La teoría general de los actos jurídicos establece, como ya se dijo, que todo acto debe tener requisitos de existencia y validez. No obstante, "para verificar lo que señalamos en lo precedente, resulta previo definir si efectivamente el acto jurídico admite la presencia de elementos de existencia, vale decir, de aquellos sin cuya concurrencia éste no nace a la vida del derecho, o no es dable

La concepción organicista del acto jurídico distingue los elementos de existencia y los elementos de validez, identificando a los primeros como aquellos de cuya inconcurrencia se sigue la "ausencia jurídica" del acto (inexistencia), y a los segundos como aquellos de cuya inconcurrencia se sigue la falta de poder vinculante u obligatoriedad del negocio jurídico (nulidad)"."

Para examinar adecuadamente la inexistencia procesal debe distinguirse entre la inexistencia que afecta al proceso como acto procesal universal o complejo; la de los actos singulares que la conforman y la de los equivalentes jurisdiccionales.

En cuanto a la inexistencia que afecta al proceso, ella se genera cuando falta el conflicto de intereses de relevancia jurídica, un tribunal con jurisdicción del ejercicio de la acción en tanto el tribunal no pueda actuar de oficio. El no emplazamiento del sujeto pasivo del proceso que algunos autores agregan a las causales de inexistencia.

Tratándose de los actos procesales singulares o de los equivalentes, en general puede decirse que, en todos los casos, el acto procesal es ineficaz por inexistencia cuando le falta cualquiera de los requisitos prescritos por la Constitución o la ley para su existencia procesal. En suma, la inexistencia es la contrapartida lógica del acto jurídico que reúne todos los elementos que deben concurrir para que nazca al mundo del derecho. Por lo mismo, carece de todo sentido su reglamentación, porque lo que no existe en la naturaleza no puede ser regulado normativamente. Pero la inexistencia no se opone al surgimiento de ciertos 'efectos' que no se derivan del negocio jurídico inexistente, sino de uno de sus elementos fundamentales (la voluntad) o de una apariencia calificada en la ley por afectar a terceros ajenos al acto.

Entre las **sanciones** de los actos inexistentes se puede mencionar la falta de tribunal, la falta de acción, la falta de solemnidades y la falta de objeto y de causa. Cuando se trata del proceso, la provoca la ausencia del conflicto de intereses de relevancia jurídica, de la acción y de jurisdicción, que serían los

presupuestos que generarán su inexistencia procesal. Para una mejor ilustración, se examinarán las situaciones que provocan inexistencia procesal por falta de requisitos de existencia vinculados al tribunal o a las partes.

a) *No existe el Tribunal*, lo que equivale a la falta de jurisdicción. Todo tribunal tiene jurisdicción y sin jurisdicción no puede existir proceso jurisdiccional. Mediante él se logra la solución de un conflicto con la intervención de un órgano público legitimado y ello sólo, ocurre cuando interviene alguno de los tribunales establecidos por la Constitución y la ley.

La sanción para los actos que se realizan por personas carentes de jurisdicción es, entonces, la inexistencia procesal. En este punto, aparece un peregrino fallo que toca la materia: “Fisco con Senerman García”, en que la Excelentísima Corte Suprema, conociendo de un recurso de queja, declaró la nulidad procesal de las actuaciones inexistentes, agregando que en la práctica como ésta no se puede declarar, los tribunales, en el hecho, reconocen un caso de nulidad procesal. No existe otra solución que la anotada.³

³ Santiago, veintiocho de julio dos mil catorce.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que en este juicio ordinario Rol N° 10.782-2014 caratulado “Senerman Rapaport con Fisco de Chile” se ha ordenado dar cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, del recurso de casación en el fondo interpuesto por el demandante en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó el fallo que **desestimó la acción de nulidad de derecho público con indemnización de perjuicios**.

Segundo: Que, en primer lugar, el recurso de nulidad invoca la infracción de los artículos 1683, 2497, 2514, 2515 y 2520 del Código Civil, toda vez que los jueces del fondo aplicaron dichos preceptos referidos a la prescripción, en circunstancias que en materia de Derecho Público la acción de nulidad es **imprescriptible**. Por otra parte, alega que el artículo 1683 del Código Civil se transgrede por cuanto, tratándose de vicios de nulidad de derecho público, éstos no pueden sanearse por el transcurso del tiempo.

Enseguida denuncia que el fallo objeto del recurso contravino el artículo 2332 del Código Civil, toda vez que sólo una vez declarada la nulidad del acto viciado podrá hacerse efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado y así comenzará a correr el plazo de prescripción establecido en la disposición mencionada.

En tercer lugar, el recurso sostiene que la sentencia impugnada transgrede los artículos 6, 7, 19, 38 y 76 de la Constitución Política de la República, 8 y 12 del Código Orgánico de Tribunales y 3 inciso segundo del Código Civil, por cuanto debió declararse la nulidad del oficio remitido por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia con el objeto de intervenir en las decisiones del Poder Judicial al solicitarle a la Corte Suprema que corrigiera la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, vulnerando con ello los principios de legalidad, de separación de los Poderes del Estado y de independencia del Poder Judicial. Expresa luego que el fallo dictado por la Corte Suprema de 2 de junio de 1975 que resolvió el recurso de queja rol N° 8581 presentado por el Consejo de Defensa del Estado es nulo por haber contravenido lo dispuesto en los artículos 76 de la Carta Fundamental y 8 del Código Orgánico de Tribunales, al haberse revisado los fundamentos de un proceso fenecido como es el juicio rol N° 3397-74 del Quinto Juzgado Civil de Mayor Cantidad de Santiago y, además, al dejar sin efecto la sentencia ejecutoriada dictada en ese juicio y todo lo obrado en él, por lo que también se vulneró la cosa juzgada. Agrega que la sentencia de 18 de mayo de 1987 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago también está afectada por un vicio de nulidad de derecho público, toda vez que fue pronunciada en razón de lo ordenado por el Poder Ejecutivo mediante el mencionado oficio secreto N° 22/25.

Tercero: Que es necesario consignar que la demanda fue interpuesta por Abraham Senerman Rapaport en contra del Fisco de Chile, fundada en que el 17 de marzo de 1972 vendió a Mario García Inchaustegui, en su carácter de Embajador de la República de Cuba en Chile, el inmueble ubicado en Alonso de Córdova N° 4212 antes calle Cuarto Centenario N° 1212, comuna de Las Condes. Atendido los vicios que presentaba el contrato, dedujo demanda de nulidad de la compraventa ante el Quinto Juzgado Civil de Letras de Mayor Cantidad de Santiago (causa Rol N° 3397-74), el que acogió la demanda, **declarando la nulidad del mencionado contrato, certificándose su ejecutoriedad el 13 de marzo de 1975. Explica que pese a ello, el Consejo de Defensa del Estado interpuso recurso de queja y procediendo de oficio la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia ejecutoriada y todo lo obrado en el referido juicio.** Expone que a raíz de lo anterior presentó una segunda demanda de nulidad del contrato de compraventa, recayendo en el Sexto Juzgado Civil de Santiago (causa Rol N° 3795-78), el que con fecha 29 de marzo de 1979 dictó sentencia acogiendo la demanda de nulidad de contrato de compraventa. **Sin embargo, señala que el 18 de mayo de 1987 la Corte de Apelaciones de Santiago revocó el fallo en cuanto no se había dado lugar a un incidente de**

nulidad de todo lo obrado y resolvió acogerlo. **Manifiesta que en noviembre de 1977 la Ministra de Justicia solicitó mediante oficio secreto dirigido a la Corte Suprema que el juicio se fallare en contra del señor Senerman.** Pidió que se declare la nulidad de derecho público del mencionado oficio y de las sentencias mencionadas dictadas por la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago y se determine que el Fisco de Chile deba reparar los daños que su actuar han ocasionado, cuya determinación se reservó para la etapa de ejecución del fallo o para juicio posterior.

Cuarto: Que constituyen hechos de la causa los siguientes:

a) El día 17 de marzo de 1972 se redujo a escritura pública una compraventa celebrada entre el actor y don Mario García en su calidad de Embajador de la República de Cuba en Chile y dicha República a su turno, en su calidad de comprador, respecto del inmueble ubicado en calle Alonso de Córdova, antes Cuarto Centenario N° 1412 de Santiago.

b) Dicho inmueble fue arrendado por el Gobierno de Suiza en su calidad de protector de los intereses del Gobierno de Cuba.

c) En septiembre del año 1974 el actor dedujo ante el 5º Juzgado Civil de Santiago una demanda de nulidad absoluta de compraventa por vicio de fuerza y en subsidio por vicio de lesión enorme, demanda que fue notificada al Defensor Público por haberse ausentado del país el Sr. García después del 11 de septiembre de 1973 en virtud de la ruptura de relaciones diplomáticas entre ambas naciones. Dicha demanda fue acogida por sentencia de 16 de enero de 1975 basándose en la existencia de la lesión enorme, ordenando la restitución de las prestaciones al estado anterior a la celebración, cancelación de la inscripción y la restitución del inmueble.

d) A raíz de un recurso de queja presentado por el Consejo de Defensa del Estado, la Corte Suprema por resolución de 2 de junio de 1975 dejó sin efecto la sentencia nombrada en el literal anterior y todo lo actuado por haber carecido el Tribunal de jurisdicción para tramitar y fallar dicho pleito.

e) Luego el señor Senerman demandó ante el Sexto Juzgado Civil de Santiago la nulidad del mismo contrato de compraventa por causa ilícita y objeto ilícito, por haberse celebrado sin autorización del Gobierno de Chile; por haberse adquirido para fines diversos de los autorizados por la Convención de Viena y el Derecho Internacional; por no haberse contado con el permiso escrito del Gobierno de Cuba; por haberse comprado para el “Gobierno de Cuba”; por vicios de fuerza moral y por lesión enorme.

f) Que el tribunal se declaró incompetente de conformidad al artículo 334 del Código de Derecho Internacional Privado, resolución que fue revocada por la Corte de Apelaciones ordenando proveer derechamente la demanda.

g) La Corte Suprema ante un oficio emanado del Ministerio de Justicia que impetraba su intervención a fin de corregir la decisión de la Corte de Apelaciones y mantener la doctrina sobre falta de jurisdicción sentada en el juicio civil del Quinto Juzgado Civil de Santiago, en los antecedentes administrativos J-50-77 declaró el 31 de mayo de 1978: “en el estado actual de tramitación del litigio, no ha existido falta o abuso” que deba enmendarse con motivo del pronunciamiento de la resolución impugnada por el Ministerio de Justicia.

h) El 18 de mayo de 1987 la Corte Suprema niega lugar al recurso impetrado y confirma lo obrado en el sentido de negarse a anular lo obrado debido a la inmunidad diplomática del funcionario sueco compareciente ante el Sexto Juzgado Civil de Santiago, sin emitir pronunciamiento en cuanto al fondo de la sentencia recurrida.

Quinto: Que el tribunal reflexionó que sea que se considere que la acción de nulidad de derecho público es prescriptible o no, ello no es óbice a considerar que la acción de resarcimiento sí es prescriptible. Afirma que en el caso ocurre que el último acto cuya nulidad por esta vía se pretende y respecto del cual igualmente se considera a objeto de impetrar la acción resarcitoria de autos es la sentencia definitiva de segunda instancia de fecha 18 de mayo de 1987, y en consideración a que la notificación de la demanda de autos se efectuó el 02 de octubre de 2009, ha transcurrido más allá del plazo de prescripción.

Por otra parte, argumenta respecto de cada uno de los actos impugnados que éstos emanaron de la autoridad competente, los cuales además fueron emitidos con estricto apego a las competencias de cada autoridad y conforme a las normas jurídicas que rigen dicha materia.

Por último, esgrime que en nuestra legislación se contemplan mecanismos para corregir el error judicial en cuanto a una incorrecta apreciación de los hechos sometidos a su conocimiento y por dicho motivo se han instituido y reglamentado diversos recursos procesales que tienden a su corrección y así cautelar la correcta aplicación del derecho en general produciendo la necesaria certeza jurídica indispensable para la sana convivencia social, sin perjuicio de destacar la improcedencia de ordenar la nulidad de derecho público de una resolución judicial, no sólo por los diversos recursos que a dicho efecto otorga el derecho procesal, amén del recurso de queja ya destacado, sino además por aplicación específica del principio de legalidad en virtud del cual los Tribunales de Justicia han de constituirse y actuar dentro del ámbito que a dicho efecto le entrega la ley.

Sexto: Que de acuerdo a lo expresado reiteradamente por esta Corte es necesario distinguir entre las acciones encaminadas únicamente a obtener la nulidad de un acto administrativo y aquellas destinadas a obtener la declaración de un derecho a favor de un particular. En estas últimas el juez al pronunciar el derecho puede hacer todo lo que corresponde con ese fin, incluso anular el acto para efectuar la declaración. Dicha acción está sujeta al plazo de prescripción general. En el caso sub lite, el demandante, junto con pretender la nulidad de los actos que cuestiona, busca también el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por los actos supuestamente viciados, esto es, persigue con ello la declaración de un derecho en su favor, por lo que dicha acción sí se encuentra sujeta a los plazos de prescripción.

Cabe preguntarse qué ocurre si un particular que no tiene el carácter de juez instruye un proceso y dicta sentencia. Dicho acto es nulo, anulable o simplemente no existe para el derecho. Visto desde otro ángulo, todo tribunal tiene jurisdicción, que es su requisito de existencia, pero para actuar válidamente requiere de capacidad, o sea, competencia. Si el tribunal es incompetente, no hay duda de que el acto podrá ser anulado y producirá efectos mientras la nulidad no se declare, pero si carece de jurisdicción, en opinión nuestra, habría inexistencia del supuesto acto procesal.

"Puede ocurrir que el requisito que falte en el acto sea de tal importancia que el acto mismo no pueda concebirse sin él; en este caso se trata solamente de un acto aparente, que en realidad no existe. La nulidad se convierte aquí en inexistencia: tal sería el caso de la sentencia dictada por quien no es juez o del proceso redactado con fines didácticos. El acto inexistente no produce los efectos a que, por su naturaleza *in abstracto*, va destinado: en esto coincide con los restantes tipos de nulidad; pero, además, no puede ser objeto de convalidación."

b) Falta el juez. Puede existir un tribunal, pero faltar la persona natural del juez que debe expresar su voluntad representándole. En este caso existe un matiz importante que lo diferencia del caso anterior, pero que se igualan en las consecuencias procesales, ya que en ambos casos el acto que aparentemente se verificó no tiene existencia procesal.

En este caso el tribunal se encuentra establecido, pero en ese tribunal no hay un juez que lo represente para manifestar la voluntad en uno o más de los actos procesales para los cuales ha sido requerido.

Los jueces, como quedó demostrado, son las personas naturales que actúan en representación del tribunal, por lo tanto, sin la concurrencia de éstos no podrá formarse un proceso, habrá sólo una apariencia; lo actuado será simplemente inexistente frente al derecho procesal.

En esta situación se encuentra el caso de la sustitución dolosa del juez por un tercero que falsifica una sentencia; la sentencia no suscrita, tema altamente polémico y que ha sido resuelto por nuestra jurisprudencia en

Séptimo: Que al resolverlo así los jueces de la instancia han dado correcta aplicación a la normativa que rige el caso. En cuanto a las demás infracciones denunciadas cabe señalar que, aunque fueren efectivas, no tendrían la aptitud para influir sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto en el evento de dictar sentencia de reemplazo igualmente habría que desestimar la demanda por encontrarse prescrita la acción.

Octavo: Que en virtud de lo razonado el recurso de casación adolece de manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 782 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de la presentación de fojas 435 en contra de la sentencia de diecinueve de marzo de dos mil catorce, escrita a fojas 434.

Regístrate y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño.

Rol N° 10.782-2014.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Rubén Ballesteros C., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., y Sra. María Eugenia Sandoval G. Santiago, 28 de julio de 2014.

distintas formas. En efecto, esos actos han sido declarados nulos y en otros casos se ha resuelto que la sentencia deba ser firmada, con lo cual operaría la convalidación del acto. Igualmente, existen abundantes sentencias en torno a la pérdida de jurisdicción de los jueces árbitros por vencimiento del plazo.

En estos casos debe distinguirse si se pactó contrato de compromiso o cláusula compromisoria. En el primer caso, ya no existe el tribunal arbitral ni el árbitro. En el segundo, se mantiene el arbitraje, pero no existe el árbitro.

c) *Falta el conflicto de intereses de relevancia jurídica.* Sin este presupuesto no puede existir proceso jurisdiccional.

No existe asunto o controversia sometida a la decisión de un tercero imparcial.

d) *Falta la acción.* Como se dijo, salvo aquellos casos excepcionales en que el tribunal está facultado para abrir un proceso de oficio, para que éste se aperture se requiere de un acto de voluntad del actor contenido en una demanda dirigida al órgano judicial, o sea, el ejercicio de la acción procesal.

Nunca podrá ser debido el proceso que debiendo iniciarse por impulso de parte se abre sin que medie la acción. La Constitución garantiza a las partes el derecho al proceso, mas el juez, inquisitivamente, no puede arrastrarlos hacia él.

Si falta el motor del proceso, éste no puede existir; por lo tanto, estaríamos frente a un caso de inexistencia procesal si el juez lo abre sin la voluntad de quien debe impulsarlo. Ello significa entrometerse donde no le corresponde, violentando palmariamente lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política.

e) *Falta de voluntad en los actos singulares.* Como ya se dijo, si no hay voluntad, el acto no nace, carece de existencia, es inexistente.

f) *Falta de objeto o falta de causa.* Un acto carece de causa, cuando no existe el interés a que corresponde su forma y carece de objeto en los casos ya comentados a propósito de éste como requisito de existencia de los actos procesales.

En este instante lo importante es reiterar que la falta de estos requisitos de existencia de los actos procesales de parte, provoca, como lógica consecuencia, la inexistencia del acto procesal.

g) *Falta de solemnidades.* La falta de solemnidades, como ya se dijo, cuando están establecidas en razón del acto, puede generar su inexistencia.

Consecuencias de la inexistencia procesal

La importancia de considerar "la existencia de la inexistencia procesal" es:

1) El acto inexistente produce lo que Pablo Rodríguez denomina el efecto autárquico, considerado como los efectos fácticos que pueden haber sido erróneamente atribuidos al acto. Agrega que no puede, por lo mismo, hablarse de consecuencias producidas "con ocasión" del mismo. "De aquí nuestra afirmación obvia: para que el negocio jurídico inexistente pueda

generar algún efecto, ello será el resultado de un cambio fáctico que se produce con ocasión del acto y que se asigna equívocamente a éste.

El efecto autárquico, entonces, proviene remotamente del acto inexistente y sólo tiene una causa motriz: *el cambio o alteración de hecho que se provoca con ocasión del negocio inexistente, y en el falso entendido de que éste tenía poder vinculante. Puede también el efecto 'autárquico' provenir directamente de la manifestación de voluntad aislada e incapaz de generar un negocio jurídico.'*"

2) Si el proceso es inexistente, no puede haber jurídicamente sentencia que lo decida ni cosa juzgada que lo ampare. Por lo tanto, basta con desconocer simplemente sus efectos sin necesidad de entablar recurso alguno ni efectuar gestiones en el supuesto proceso.

La cosa juzgada aparente es la que se produce en un proceso en que falta un requisito de existencia. Sin este concepto de cosa juzgada, resulta inexplicable la posibilidad de invalidar un proceso una vez firme la sentencia.

Por ejemplo, si la demanda fue propuesta, pero no notificada, fuese abandonada, el demandado no tendrá el derecho de proseguirla, pidiendo su desestimación. El actor no tiene obligación de notificar su desistimiento al demandado; no se le llama a éste para aceptarlo o rechazarlo.

3) Para desconocer los efectos supuestos del acto inexistente no hay plazo, tesis que es aceptada mayoritariamente por la doctrina.

4) Si se solicita al tribunal pronunciamiento sobre esta materia, no tiene obligación de hacerlo, ya que no puede resolver sobre algo que no existe. La acción carecería de objeto y causa. El acto inexistente no requiere pronunciamiento judicial, pero puede pedirse, si se necesita, un proceso aparte.

5) La inexistencia no acepta convalidación ni por voluntad de las partes ni por transcurso del tiempo.

Características de la inexistencia

1) La inexistencia genera la ineficacia absoluta del proceso, de los actos procesales que lo integren, de alguno de ellos o de los equivalentes jurisdiccionales.

Puede considerarse como una sanción de ineficacia o de una consecuencia negativa, pero en ambas tesis su resultado es el mismo. Estamos frente a un no acto procesal, que, como se dijo, sólo puede revestir una apariencia de tal.

2) El acto procesal inexistente no genera efecto alguno. Puede crear apariencias hasta llegar a la apariencia de la *cosa juzgada*, pero ella carecerá de todo sustento de eficacia en el sistema procesal.

Claro Solar sostiene que "la falta de uno de los requisitos que la ley establece como esenciales al perfeccionamiento jurídico del acto o contrato, produce su inexistencia" y cuando el acto no puede jurídicamente existir, "no puede producir efecto alguno".

"Un acto jurídico procesal que carece de algún requisito que el orden jurídico le exige para su nacimiento, no tendrá jamás el efecto de cosa juzgada, puesto que este efecto es propio de los actos jurisdiccionales que tienen todos los elementos de su ser."

3) Puede invocarse como acción o como defensa. Ello dependerá de la situación en que se encuentra la persona afectada por la apariencia del acto procesal inexistente.

Si a una persona se le trata de forzar a cumplir un acto procesal inexistente, podrá de una u otra forma accionar ante los tribunales para que éstos declaren que tal acto es inexistente. Ello es así porque al invocar una persona a su favor los efectos de un acto inexistente está violentando el sistema jurídico normativo y generando un conflicto de intereses de relevancia jurídica, que es el presupuesto de todo proceso, que habilita al juez para declarar inexistente al acto procesal.

Debe ser invocado como excepción o defensa cuando se haga valer un acto inexistente en el proceso. El caso más típico es la sentencia inexistente.

"Consecuencia de lo anterior es que la 'inexistencia' deberá alegarse generalmente como excepción, no como acción. Es posible, sin embargo, que a propósito de ella pueda deducirse una acción de mera certeza, o una acción de jactancia si concurren los presupuestos legales. Todo ello como un medio encaminado a generar seguridad en las relaciones jurídicas. ¿De qué manera puede una persona consolidar su posición jurídica ante la posibilidad de que alguien afirme tener un derecho emanado de un acto inexistente que le afecta pasivamente? Pensamos que la única forma de resolver esta situación es mediante la interposición de una acción de jactancia (artículos 269 y siguientes del Código de Procedimiento Civil) o de una acción de mera certeza.

"Agreguemos que, a juicio nuestro, la acción de 'mera certeza' no es más que una excepción transformada en acción. Como el sujeto supuestamente pasivo de obligaciones emanadas de actos inexistentes no está obligado a esperar que su presunto acreedor ponga fin a su inactividad demandando, puede él accionar, con el solo fin de que el órgano jurisdiccional declare que el acto no existe o que por efecto del transcurso del tiempo se afirme la generación de derechos y obligaciones".

4) La inexistencia no se altera por el transcurso del tiempo. Por lo tanto, no existe en relación a ella prescripción ni saneamiento procesal.

5) Las partes no pueden convalidar sus efectos. Por su importancia se reitera este efecto de la inexistencia como una de sus características.

6) Debe ser constatada. "La 'inexistencia' debe ser '*constatada*' por el juez tan pronto compruebe que el negocio jurídico que se invoca es incompleto o tentado. A éste efecto surte plena aplicación el vocablo jurídico que se expresa diciendo '*jura novit curia*' (el derecho lo pone el tribunal que conoce de la causa). Las partes litigantes exponen y prueban los hechos, el juez debe aplicar el derecho. Por lo dicho, aun cuando las partes nada digan sobre la inexistencia del acto tentado, el tribunal debe constatarlo y negar al negocio incompleto todo efecto jurídico. La sentencia judicial que 'constata' la inexistencia de un negocio jurídico opera *erga omnes*, ya que no puede un acto jurídico existir para una cierta relación jurídica y no para otra. Lo que señalaros, que puede parecer discutible, no lo es tanto.

Puede concluirse que existe la inexistencia procesal como sanción de ineficacia de los actos procesales.

PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA INEXISTENCIA VS. LA NULIDAD PROCESAL.

Ya se han expuesto los principales tópicos relativos a la inexistencia procesal. Y de ello, puede concluirse que su aplicación práctica es prácticamente excepcional, desde que muchas situaciones que pueden considerarse como inexistente han sido falladas como vicios propios de la nulidad procesal.

En el derecho comparado, se ha manifestado con mayor fuerza éste fenómeno, en virtud del principio de anulabilidad es que se ha buscado corregir las problemáticas que trae consigo la inexistencia.

Para explicar todo lo dicho respecto de la INEXISTENCIA, resulta adecuado revisar casos prácticos en busca de las soluciones reales dadas a casos de inexistencia. Para tales efectos, se tendrá en vista la sentencia dictada en los autos **ROL CORTE N° 1594-2015 de la Corte de Apelaciones de La Serena.**⁴

⁴ La Serena, dieciocho de abril de dos mil dieciséis. **VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:**
PRIMERO.- Que en lo principal de fojas 12, el abogado don Claudio Méndez Olave, actuando por la sociedad “Inversiones Galleguillos Limitada”, ha solicitado la nulidad de todo lo obrado en esta causa basado en la falta de emplazamiento de la demandada, por cuanto la notificación de la demanda ejecutiva enderezada en contra de la señalada sociedad se verificó en su persona, en el lugar de su domicilio particular, toda vez que el libelo de la demanda lo describe como representante legal de la ejecutada. Sostiene que él no es representante legal, ni socio de la misma; que el domicilio en que se verificó la notificación corresponde a su domicilio particular y que nunca ha sido domicilio de la ejecutada. Asimismo, agrega que en su calidad de abogado ha representado a la sociedad mediante mandato judicial y en conformidad al artículo 7º del Código de Procedimiento Civil; sin embargo, hace saber que el mandato contiene la expresa limitación de no poder ser notificado de demandas de ninguna naturaleza ni de contestar demanda sin que el mandatario haya sido legalmente notificado previamente. Solicita entonces que se declare la nulidad de la notificación de la demanda y retrotraer los autos a la corrección de la demanda, con costas.
SEGUNDO.- Que, evacuando el traslado conferido a la demandante, ésta sostiene que el mandato conferido al abogado don Claudio Méndez contiene todas las facultades del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, de modo que dada las características y extensión del mandato, mal puede el mandante limitarlo a su arbitrio. Agrega además que el hecho de intentar una acción de esta naturaleza implica un reconocimiento de su personería y plena capacidad procesal para actuar en este juicio.
TERCERO.- Que, a fojas 44 se resuelve la incidencia, desestimándola. Al efecto, el juez a quo tiene en consideración que es requisito esencial que el acto supuestamente viciado produzca algún perjuicio a la parte que lo reclama y que se trate de aquellos reparables con la declaración de nulidad, no dándose en la especie, copulativamente, estas circunstancias y teniendo, además, en consideración que las argumentaciones del demandado dicen relación con alegaciones que deben ser ponderadas al resolver el fondo de la acción deducida.
CUARTO.- Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 2116 del Código Civil, el mandato “es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”. Como contrato, requiere del concierto de voluntades de ambos contratantes. El mandato judicial, que por excepción no es consensual, constituye evidentemente un tipo especial de mandato, de modo que también requiere el concierto de voluntades de ambos contratantes. De allí es que es dable concluir que, aún cuando la escritura pública de mandato judicial de fecha 30 de octubre de 2014, otorgada ante el Notario de La Serena don Oscar Fernández Mora, haya sido suscrita únicamente por la sociedad mandante o demandada, según aparece a fojas 10 de estos antecedentes, no por ello deja de ser exigible para su perfeccionamiento, que exista un acto de aceptación expresa o tácita de parte del mandatario, lo que ha ocurrido en la especie con fecha 31 de marzo de 2015, al comparecer el abogado don Claudio Méndez Olave ante el tribunal a quo solicitando la nulidad en comento. Sin embargo, dicha aceptación aún no se había concretado al momento de la pretendida notificación de la demanda, ocurrida el 27 del mismo mes y año.
QUINTO.- Que, de la escritura pública de fecha 23 de octubre del 2001, otorgada ante la Notario Público de La Serena doña Elena Leyton Carvajal, sobre modificación de la sociedad ejecutada, rolante a fojas 33 y de la se escritura pública de fecha 19 de enero de 1993, otorgada ante el Notario de La Serena don Carlos Medina

Veremos al estudiar la nulidad procesal por falta de emplazamiento, que ésta procede cuando, conforme al artículo 80 del Código de Procedimiento Civil: *“Si al litigante rebelde no se le ha hecho saber en persona ninguna de las providencias libradas en el juicio, podrá pedir la rescisión de lo obrado, ofreciendo acreditar que, por un hecho que no le sea imputable, han dejado de llegar a sus manos las copias a que se refieren los artículos 40 y 44, o que ellas no son exactas en su parte substancial.”*

Fernández, sobre constitución de sociedad, que rola a fojas 30, se desprende que por medio de esta última se constituyó la sociedad Inversiones Galleguillos Limitada, cuyo extracto se inscribió a fojas 42 Nº 36 del Registro de Comercio del Conservador de Comercio de La Serena, correspondiente al año 1993 y se publicó en el Diario Oficial de fecha 8 de febrero del mismo año. Los socios constituyentes fueron Sergio Galleguillos Zuaznabar, doña María Cristina Vergara Kyling, doña María Cristina Galleguillos Vergara y doña María Cecilia Galleguillos Vergara. La cláusula undécima de la escritura de constitución previene que en caso de fallecimiento del socio administrador -don Sergio Galleguillos- la administración quedará radicada ipso facto en doña María Cristina Vergara Kyling, quien deberá actuar con cualquiera de las otras socias, cláusula que operó al haber fallecido el socio administrador con fecha 11 de agosto de 1998, según se menciona en la escritura de modificación de sociedad antes referida.

SEXTO.- Que, en consecuencia, el uso de la razón social y la administración de la sociedad Inversiones Galleguillos Limitada, a partir del fallecimiento de don Sergio Galleguillos Zuaznabar, quedó radicada inmediatamente en la socia María Cristina Vergara Kyling, quien debe actuar con una cualquiera de las otras socias. Por otra parte, ello aparece coherente con la escritura de mandato judicial a que se ha hecho alusión anteriormente, en cuyo acto comparecieron – a más- las tres socias actuales de la sociedad.

SÉPTIMO.- Que, para desentrañar los efectos de la intervención del abogado don Claudio Méndez Olave solicitando la nulidad de lo obrado por falta de emplazamiento legal a la demandada y, de manera subsidiaria, oponiendo excepciones, habrá de estarse a las facultades que el mandato y la ley le confieren para tales actuaciones. En cuanto al primer punto, esto es, si el nombrado abogado pudo válidamente intervenir solicitando la nulidad de la notificación de la demanda -habida consideración de que la sociedad no ha sido válidamente notificada de la misma- esta Corte es del parecer que dicha actuación se enmarca dentro de las aquellas providencias conservativas a que se refiere el artículo 2150 del Código Civil, toda vez que, de acuerdo a los alcances del mandato judicial invocado, éste no habilitaba al mandatario para otras actuaciones sin que previamente haya sido notificada legalmente la demandada. Entre estas actuaciones no autorizadas se encuentran las relativas la contestación de la demanda, que en este caso se verificó al oponer excepciones a la ejecución.

OCTAVO.- Que, habiendo sido peticionada de manera principal la nulidad de lo obrado, ha de tenerse en cuenta que la notificación legal de la demanda constituye un acto procesal que da existencia a la cuestión litigiosa, como se infiere del artículo 1911 del Código Civil, amén que cumple con la necesidad de dar bilateralidad de la audiencia, vale decir, mira a la existencia misma del litigio, de manera tal que sin que exista una notificación a los verdaderos representantes de la sociedad ejecutada, es posible sostener que no existe *litis* y, en consecuencia, no estamos frente a un acto procesal imperfecto o viciado, sino frente a la inexistencia del acto procesal (notificación de la demanda), de modo tal que el proceso no puede avanzar sin lesionar los derechos del demandado.

NOVENO.- Que, en el caso que nos ocupa, el abogado señor Méndez únicamente pudo ejercer las actuaciones meramente conservativas que la ley le autoriza, como lo es el solicitar la nulidad de la notificación de la demanda. La petición subsidiaria implicó dar cabida al proceso contradictorio, lo que exorbitaba los alcances del mandato que le fue conferido, pues para ello esa menester notificar válidamente y en forma previa a las representantes de la sociedad.

No resulta adecuado acá sostener que la actuación del abogado referido subsana –per se- el vicio pretendiendo, sobre la base de sustentar que no le ha irrogado perjuicios procesales a la demandada. Lo anterior, porque en la fase preliminar del procedimiento no es posible asumir –a priori- que la sociedad demandada vaya a convalidar la extralimitación de facultades concedidas al mandatario que, como se ha dicho, se plasma al oponer excepciones y seguir actuando en la secuela del juicio.

DÉCIMO.- Que, las exigencias de un justo y racional procedimiento, como garantía constitucional, no solamente se ha de referir a sus aspectos meramente rituales sino también exigen una mirada centrada en la tutela de los derechos de los intervenientes, y en este caso se ha conculado el derecho de la sociedad demandada a una debida defensa, en un proceso contradictorio, y que –siendo además el mandato un contrato de carácter fiduciario-, además incluye la posibilidad de asignar esa defensa a distintos abogados de confianza, estipular honorarios, etc., oportunidad esta última que la demandada no ha tenido.

Por esas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 19 Nº 3 de la Constitución Política del Estado, 84, 199 y 775 del Código de Procedimiento Civil, **SE ANULA DE OFICIO** todo lo obrado desde la notificación de la demanda inclusive, y en consecuencia se retrotrae la causa al estado de notificarse válidamente a la demandada, debiendo proseguir con la tramitación de esta causa el Juez no inhabilitado que corresponda.

En mérito de lo resuelto, no se emitirá pronunciamiento sobre el recurso de apelación deducido a fojas 86 y siguientes.

Luego, qué pasa si en los hechos, los vicios denunciados dicen relación con inexistencia procesal, como en el fallo citado, se dice que el emplazamiento ex inexistente, pues en vez de notificar a una sociedad, se notificó a una persona diversa, que no era su representante legal; en un domicilio diferente al social y sin tener las facultades para ser emplazado en nombre de la sociedad. En la sentencia en estudio, el tribunal resolvió el asunto encuadrando dichas infracciones dentro del ámbito de la nulidad procesal, anulando todo lo obrado. Dentro de sus principales consideraciones destaca: “*OCTAVO.- Que, habiendo sido peticionada de manera principal la nulidad de lo obrado, ha de tenerse en cuenta que la notificación legal de la demanda constituye un acto procesal que da existencia a la cuestión litigiosa, como se infiere del artículo 1911 del Código Civil, amén que cumple con la necesidad de dar bilateralidad de la audiencia, vale decir, mira a la existencia misma del litigio, de manera tal que sin que exista una notificación a los verdaderos representantes de la sociedad ejecutada, es posible sostener que no existe litis y, en consecuencia, no estamos frente a un acto procesal imperfecto o viciado, sino frente a la inexistencia del acto procesal (notificación de la demanda), de modo tal que el proceso no puede avanzar sin lesionar los derechos del demandado.*

Se reconoce que el vicio es la inexistencia, pero se sanciona en los términos de una nulidad de lo todo lo obrado: “*DÉCIMO.- Que, las exigencias de un justo y racional procedimiento, como garantía constitucional, no solamente se ha de referir a sus aspectos meramente rituales sino también exigen una mirada centrada en la tutela de los derechos de los intervenientes, y en este caso se ha conculado el derecho de la sociedad demandada a una debida defensa, en un proceso contradictorio, y que –siendo además el mandato un contrato de carácter fiduciario-, además incluye la posibilidad de asignar esa defensa a distintos abogados de confianza, estipular honorarios, etc., oportunidad esta última que la demandada no ha tenido.*

Por esas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 19 N° 3 de la Constitución Política del Estado, 84, 199 y 775 del Código de Procedimiento Civil, SE ANULA DE OFICIO todo lo obrado desde la notificación de la demanda inclusive, y en consecuencia se retrotrae la causa al estado de notificarse válidamente a la demandada, debiendo proseguir con la tramitación de esta causa el Juez no inhabilitado que corresponda.”

Éste es un claro ejemplo de la manera en que actualmente se están absorbiendo los problemas de inexistencia procesal, a través de la denominada nulidad procesal, que es justamente la institución que estudiaremos en el próximo capítulo.

UNA MIRADA AL FUTURO LEJANO...

Para terminar éste Capítulo, haremos referencia al Proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil, el cual, viene a remecer esta materia, y en general el derecho chileno, desde que de manera única en nuestra legislación, se reconoce y regula expresamente la Inexistencia Procesal.

En cuanto a los motivos del proyecto, citaremos lo siguiente:

El artículo 115 del PCPC, distingue entre la constatación de la inexistencia o la declaración de la nulidad de un acto procesal, cuando no se han cumplido los requisitos o condiciones para que éste produzca sus efectos. De tal manera, que la regulación general que aborda este informe en lo sucesivo, está referida justamente a estas dos sanciones procesales.

Se analiza la ineficacia de los actos procesales a partir del articulado del PCPC, y teniendo en cuenta la regulación que sobre ella se aborda por el Código Procesal Penal, el Código del Trabajo y la Ley N° 19.968 sobre el Procedimiento en los Tribunales de Familia.

Finalmente, se hacen unas observaciones a la institución en estudio, con el objeto de aportar a la discusión legislativa que se desarrolla en el seno de la Comisión receptora del informe.

Inexistencia de los actos procesales en el PCPC

La incorporación de la inexistencia como sanción de ineficacia procesal, constituye una novedad respecto de la regulación que actualmente recibían los actos procesales en el vigente Código de Procedimiento Civil, y además, en los nuevos procedimientos generados a partir de las sucesivas reformas procesales. En el actual proceso penal, laboral y de familia, no se contempla la inexistencia como variante de la ineficacia de los actos procesales.

Definición de inexistencia de los actos procesales

La definición de la inexistencia como sanción procesal no es una cuestión de fácil resolución. La razón de ello, siguiendo a Couture, es que la inexistencia es un problema relacionado con el ser o no ser del acto. Por ello, el profesor uruguayo entiende que la inexistencia “se utiliza, pues, para denotar algo que carece de aquellos elementos que son de la esencia y de la vida misma del acto; un *quid* incapaz de todo efecto”⁵.

En el mismo sentido, Miguel Otero se ha pronunciado respecto del acto inexistente, señalando que respecto de éste “...existiría una apariencia de acto, pero no un acto jurídico propiamente tal. Esto es, el acto que adolece de un vicio que afecta los requisitos esenciales que la ley exige para su validez y que no es subsanable en modo alguno, incluida la ratificación de las partes, es inexistente y, consecuencialmente, jamás podrá producir efecto alguno”⁶.

Momento de la constatación de la inexistencia de un acto procesal

La inexistencia puede ser constatada por el tribunal en cualquier estado del procedimiento, incluso después de concluido, según se observa de los artículos 116 inciso primero y 122 inciso primero del PCPC.

Condición para la constatación de la inexistencia de un acto procesal

La única condición que el PCPC establece para que el tribunal pueda constatar que un acto procesal es inexistente, es la de citar previamente a los interesados⁷.

⁵COUTURE, Eduardo; Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Cuarta Edición. Euros Editores. Buenos Aires, Argentina. Año 2010, página 307.

⁶ OTERO, Miguel. La Nulidad Procesal Civil, Penal y de Derecho Público. Página 21. Disponible en: <http://doctrina.vlex.cl/vid/inexistencia-nulidad-inoponibilidad-370154178> (Octubre, 2012).

⁷ Artículo 116 inciso primero PCPC.

Titulares para solicitar o constatar la inexistencia de un acto procesal

La constatación de la inexistencia de un acto procesal puede ser de oficio o a solicitud de parte.

En relación a la solicitud de parte, se cambia la regla general de la oportunidad en que la constatación puede ser provocada. Decíamos que puede ser en cualquier estado del procedimiento, incluso concluido. Sin embargo, de acuerdo al artículo 116 inciso segundo del Proyecto, si la demanda no ha sido notificada al demandado, debe solicitarse la constatación dentro de los diez días siguientes desde que aparezca o se acredite que tuvo conocimiento personal del juicio.

CAPÍTULO III. NULIDAD PROCESAL.

Dentro del estudio del derecho procesal, tanto en pregrado como en la especialización, en la cátedra como en la práctica jurídica, la nulidad procesal tiene un lugar especial, se trata de una institución única, con una antigua data, y no obstante ello, su concepto, alcances, efectos y requisitos, actualmente son objeto de discusión en los diversos ámbitos en donde su procedencia es relevante.

Resulta innegable, que para el estudiante y luego para el profesor, se use del a veces criticado paralelo con la nulidad civil estudiada habitualmente antes que la presente institución en la mayoría de las escuelas de derecho. Y bueno, la verdad que el uso de paralelos de similitudes y diferencias resulta bastante útil a la hora de su enseñanza; eso sí, también permite concluir aún sin profundizar en el estudio de la institución, que son instituciones totalmente diferentes.

En las próximas líneas se expondrán las enseñanzas clásicas sobre la nulidad, con un claro ánimo de dar cuenta de la posición clásica que existe sobre la nulidad procesal. Pero, también se intercalarán algunas interesantes discusiones que se han elaborado principalmente, en razón de la diversa concepción que se tiene de su naturaleza jurídica.

Así por ejemplo, en el derecho civil se distingue entre la nulidad absoluta y la relativa, distinción que no es procedente en la vía procesal. Y para efectos del análisis de la concurrencia de sus requisitos, se enseña la diferencia entre requisitos de existencia y de validez del acto jurídico. En el área procesal, se ha intentado determinar la concurrencia de la nulidad adjetiva exigiendo los mismos requisitos de existencia y validez. Y existen muchos casos, en los que resulta posible hacer la distinción y determinar el cumplimiento de ciertos requisitos de validez del acto jurídico procesal, y así concluir si el acto es válido o en su caso es nulo. **Por ejemplo:** la sentencia definitiva en el procedimiento ordinario debe cumplir con una serie de requisitos como los señalados en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil (sumados a los del Auto Acordado de la Corte Suprema que regula la materia), y en caso de que se incumplan aquellos señalados por la Ley, puede incurrir en un vicio que afecta la validez de la misma, con la inminente posibilidad de anular la sentencia por medio del recurso de casación en la forma.

El problema surge, cuando estamos en presencia de actos procesales diversos, a cuyo respecto la ley no ha establecido especiales requisitos que permitan después, revisar su validez formalmente, sino que deberá estarse a la trascendencia de los efectos de dicho acto, y el perjuicio que se causa con la supuesta nulidad que puede configurarse en cada caso.

Lo anterior resume, brevemente, una discusión que desarrollaremos en el presente capítulo, con el objeto de que el estudiante pueda analizar cada una de las teorías y optar por la que conforme a sus conocimientos se ajusten a la concepción que se tendrá de la nulidad procesal, pues en el futuro, su argumentación jurídica dependerá de ello.

Clásicamente, en materia de nulidad procesal, se puede señalar lo siguiente:

Concepto y ámbito de la nulidad procesal.

La nulidad procesal es la sanción de ineficacia que afecta a los actos procesales realizados con falta de alguno de los requisitos previstos por la ley para su validez.

Hugo Alsina define la nulidad como "*la sanción por la cual la ley priva al acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han observado las formas prescritas para ellos*". Pero luego advierte que "*éste es un concepto provisorio, porque la función de la nulidad no es propiamente asegurar el cumplimiento de las formas, sino de los fines asignados a éstas por el legislador, lo cual conviene destacarlo para evitar conclusiones inexactas*". Debe partirse del supuesto de que los actos procesales, aun siendo existentes, pueden estar viciados, es decir, poseer los elementos esenciales, mas estos elementos estar afectados por algún defecto o vicio, pero de tal naturaleza que no haya lugar a la inexistencia.

Naturalmente, los actos procesales afectados de vicios, según lo que hemos expuesto, pueden ser *nulos o anulables*.

Los vicios de los actos procesales pueden clasificarse desde diversos puntos de vista:

a) **Los cometidos por sujetos del proceso**, esto es, por los órganos sujetos del proceso, por los órganos jurisdiccionales, o por las partes. Pero es necesario observar que cuando hablamos de órganos jurisdiccionales queremos referirnos no sólo al órgano (oficio) jurisdiccional, sino también a los sujetos que personifican al órgano. Nótese, que por el contrario, cuando se habla de partes, tal palabra debe tomarse en el sentido más amplio, comprendiendo todos los sujetos que de uno u otro modo están presentes en el juicio realizando actos en él.

b) **Con la voluntad de los sujetos**, esto es, con la voluntad de todos aquellos órganos jurisdiccionales y partes que de cualquier modo son sujetos de la relación jurídica procesal.

Y como la mayor parte de los actos procesales, ya de los órganos jurisdiccionales o ya de las partes, se traduce en *declaraciones de voluntad*, y la voluntad puede estar afectada de los tres vicios característicos, del error, de la violencia y del dolo, la segunda categoría de vicio se refiere precisamente a tales vicios de la voluntad.

c) **Con la no correspondencia entre el contenido y la forma del acto**, con lo que se verifica el fenómeno de un acto no conforme con su contenido. En el caso de las sentencias y decretos, cómo a la diversidad del contenido de los actos de los órganos jurisdiccionales corresponde una diversidad de la forma que los actos deben asumir; de modo que cuando por su contenido

substancial un acto debe, por disposición de la ley, asumir cierta forma, la inconformidad entre el contenido y la forma constituye un vicio del acto. Esto, como lo hemos dicho, se verifica, sobre todo, en los actos de los órganos jurisdiccionales, pero también, en menor medida, en los actos de parte (por ejemplo, no podría adoptarse la forma del *recurso*, como acto introductorio del juicio de primer grado o de apelación, en vez de la citación, salvo que lo consienta la ley).

d) **Con la forma de los actos procesales, ya sea que provengan de los órganos jurisdiccionales o de las partes.** Hemos indicado que todos los actos procesales deben someterse a ciertos requisitos de *forma*, este conjunto de formalidades se halla establecido por las normas procesales en garantía de la mejor administración de justicia y de la seguridad acerca de los modos de conseguirla, como también para actuar el principio de la igualdad de las partes en el proceso, y del contradictorio. La falta de observancia de las formas constituye, pues, un vicio de los actos procesales de los órganos jurisdiccionales y de las partes, pudiendo decirse que representa el vicio más frecuente, como que constituye el más frecuente caso de invalidez de actos procesales.

Examinados, en lo general, los vicios que pueden producir la nulidad o la anulabilidad de los actos procesales de los órganos jurisdiccionales y de las partes, se precisa estudiar ahora cómo operan en particular frente a las dos categorías de actos, y, previamente, cómo influyen tales vicios sobre la validez de los actos procesales de los órganos jurisdiccionales.

Si en dichos actos, diligencias o actuaciones no se cumplen los requisitos establecidos por la ley, ¿cómo se obtiene la declaración de la falta de validez?

En el procedimiento se conoce un recurso llamado "recurso de nulidad" o "nulidad procesal" que no es la casación de forma. Es, sencillamente una petición que se formula dentro del juicio por vía incidental.

Nuestro Código al respecto ha sido muy parco en doctrina y en disposiciones. No ha reglamentado, como lo hacen otros Códigos, entre ellos el venezolano, francés e italiano, en forma expresa la nulidad procesal. Tenemos que conformarnos con la disposición del artículo 87, que al tratar los incidentes dispone que se rechazarán de plano los incidentes que no tengan relación alguna con la causa o que no se hayan interpuesto a tiempo, a menos que se trate "de un vicio que anule el proceso o de alguna circunstancia esencial para la ritualidad o la marcha del juicio".

Los actos verificados con vicios en la voluntad, con falta de capacidad del otorgante, con objeto o causa ilícitos y con incumplimiento en su ejecución de las formalidades exigidas por la ley, producen nulidad procesal.

La nulidad procesal puede, como se dijo, invalidar todo el proceso, sus equivalentes o uno o más de los actos que lo integran cuando, en cualquier caso, les falte un requisito exigido por la ley para su validez, que se singulariza en la existencia de un vicio, que causa un perjuicio sólo reparable con la nulidad del acto.

Puede afirmarse que la nulidad procesal custodia el cumplimiento del ordenamiento pre establecido para la sustanciación y solución de los conflictos sometidos a proceso. La ley de procedimiento fija las reglas por las cuales deben tramitarse los procesos, cuando se aplica la jurisdicción de derecho, con la Constitución y la ley las que fijan y pre establecen las normas decisoria litis.

Hay dos tesis sobre la necesidad de distinguir entre los vicios que ocasionan nulidad en el proceso y las simples irregularidades. La primera estima que dado el carácter extremo del remedio de la nulidad, que en principio era contra la economía procesal, deben limitarse las causas que la produzcan a los casos expresa y taxativamente señalados en la ley, de acuerdo con el principio consagrado en el Código de Procedimiento francés, según el cual, "sin norma expresa no hay nulidad". La segunda considera que si bien es indispensable limitar la nulidad a los vicios esenciales, el legislador no puede contemplarlos taxativamente y, por tanto, salvo que exista una norma como la indicada del Código francés, debe aceptarse que los casos señalados en la ley no son taxativos y que el remedio debe ser igual cuando se incurra en otros vicios de similar importancia, principalmente cuando se desconozcan los principios del derecho de defensa y de la debida contradicción o audiencia bilateral.

Por lo tanto, sobre el particular hay dos alternativas. La primera, basada en la legislación francesa, estipula que ninguna diligencia ni acto del procedimiento podrá ser declarado nulo si el vicio que genere la nulidad no está formalmente establecido por la ley. La segunda nos muestra un principio contrapuesto, llamado inquisitivo en la legislación alemana, que da libertad al juez para ordenar de oficio la práctica de las medidas que crea necesarias para juzgar con más acierto y guardar las garantías debidas a las partes en el juicio. Por consiguiente, en esta alternativa quedan a la apreciación de los tribunales las consecuencias de los vicios, de forma tal que pueden anularlos o declararlos válidos. Si nos preguntan qué criterio haya de presidir tal distinción, la respuesta no puede ser más que ésta: en todo acto existen requisitos *necesarios*, porque sin ellos no puede lograr su finalidad, y existen, requisitos simplemente *útiles*. Los primeros son aquellos cuya falta ocasiona la nulidad del acto.

Este ha sido, sustancialmente, el camino seguido por la ley.

En Chile, más adelante veremos que la tendencia francesa se recoge en la regulación del recurso de casación, siendo en cambio de inspiración alemana las nuevas normas que existen sobre la nulidad procesal en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal.

La nulidad procesal se presenta así como el instrumento que permite restablecer el imperio de las garantías constitucionales y la vigencia real del derecho cuando en el proceso se han cometido vicios o infracciones que violentan la igualdad ante la ley o desequilibran la igual protección en el ejercicio de sus derechos.

Para su análisis, deben distinguirse las siguientes situaciones:

a. La igualdad procesal se violenta o quebranta cuando la norma decisoria litis no se aplica uniformemente por el tribunal en la solución de conflictos similares. En tal caso, el juez que así lo decida infringe la ley, su voluntad es errada. Esta —como se dijo— es la infracción de ley que influye sustancialmente en la parte resolutiva de la sentencia y que se traducirá en la nulidad de la sentencia.

Toda persona tiene las garantías de ser juzgada por las mismas leyes en casos similares.

b. El juez debe tramitar el proceso de acuerdo a las normas de procedimiento aplicables a la solución del conflicto, que son las que contienen las garantías de un justo y racional mecanismo de solución. Es el derecho constitucional al *debido proceso*.

El desajuste del proceso, al procedimiento autoriza al perjudicado para anular actos procesales o todo el proceso en tanto corresponda.

Son las formalidades del proceso las que contienen las garantías procesales que dan plena eficacia la igualdad ante la justicia.

El artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política consagra la garantía del debido proceso. La ley procesal desarrolla la garantía constitucional al establecer los procedimientos y señalar las reglas de competencia. En los primeros se consagra el principio de la bilateralidad y en las reglas orgánicas el de la radicación, destinado a proporcionar certeza al tribunal competente al fijar su competencia específica, protegiéndose además los intereses de las partes a través de las sanciones de nulidad por ultra o extrapetita.

La violación de la garantía constitucional del debido proceso es considerada por la doctrina como un motivo de nulidad importante. Como observa con acierto Eduardo Couture, ni siquiera la ley puede desconocer el derecho de defensa sin quedar viciada de inconstitucionalidad.

*****Presupuestos de la nulidad procesal*****

Son los antecedentes fácticos que deben existir para que sea posible la declaración de una nulidad procesal total o parcial.

Ellos son los siguientes:

1. Que exista un proceso, actos procesales singulares o algún equivalente legitimado.

"Un acto o negocio jurídico existe como tal'. Esto implica afirmar que en él han concurrido los elementos esenciales sin los cuales estaríamos en presencia de un acto tentado o incompleto. Por ende, la nulidad sólo alcanza a los actos que se han perfeccionado (que han nacido) y que forman parte del sistema normativo. Todo acto o negocio jurídico conforma una regla de derecho de valor relativo que gobierna la conducta de quienes lo han forjado y de sus causahabientes o continuadores. Para que tal ocurra, es necesario que el acto se haya *'integrado al sistema jurídico'*, lo que ocurre cuando, para su

gestación, se ha respetado el '*principio de legitimidad*'. En otras palabras, el acto existe, en el campo del derecho, cuando ha sido celebrado respetando formal y materialmente las normas que lo regulan.

Cabe preguntarse ¿desde cuándo existen el proceso, actos procesales y equivalentes que puedan estar viciados de nulidad?

En materia civil, hay proceso desde que se traba la relación procesal simple.

También se da la posibilidad de que existan los llamados procesos preparatorios, en los que igualmente puede generarse algún tipo de nulidades procesales.

En materia civil, los procesos preparatorios típicos son las medidas prejudiciales. En el juicio ejecutivo, las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva.

Los equivalentes jurisdiccionales, como actos procesales que son, pueden ser atacados por la vía de la nulidad procesal.

La transacción en el Código Civil está normada especialmente, señalándose que en los aspectos civiles de la transacción, podrá solicitarse su invalidación por las normas del derecho civil, y en los aspectos procesales, podrá atacarse por la vía de carácter procesal. Aquí hay un doble ámbito de nulidad: puede atacarse como contrato y como equivalente jurisdiccional.

La conciliación procesal se ataca sólo como acto procesal. El vicio normal es la falta de capacidad: el mandatario judicial no tiene, generalmente, facultad para conciliar, y si concilia sin capacidad o si no es notificado válidamente, el acto es nulo.

Finalmente, el avenimiento no autorizado por el tribunal podría perfectamente ser nulo, si es que paramos de la base que la autorización del juez es un requisito habilitante; si se precisa que no lo es, no va a prosperar esta nulidad. Además, puede anularse por aplicación de las normas generales, como acto procesal concreto.

2. Que existe un vicio.

Vicio equivale a infracción de ley.

Los vicios, en materia procesal, tienen dos ámbitos perfectamente claros y diferenciados que ya han sido latamente expuestos en este trabajo. Sólo por una medida de buen orden reiteramos que cuando los actos procesales no se ejecutan de acuerdo con la ley de procedimiento, incurren en infracción de la ley ordenatoria litis, y que el juez viola la norma decisoria litis cuando la aplica mal a la solución del conflicto. El primero es el vicio *in procedendo* y el segundo es el vicio *in iudicando*.

Ambos vicios autorizan la petición de nulidad de los actos procesales contaminados.

Estos vicios pueden afectar a todo el proceso o pueden referirse a actos procesales determinados. Los que inciden en el proceso como un acto jurídico complejo, normalmente caen en el ámbito de la infracción de la norma ordenatoria litis, en cambio los segundos se referirán a actos jurisdiccionales completos, fundamentalmente a la sentencia definitiva. Siempre lo que se anula

es un acto procesal, pero, a veces, tratándose de vicios de forma, ese acto arrastra a todo el proceso.

El axioma en materia de nulidad es "SIN VICIO NO HAY NULIDAD PROCESAL".

3. El vicio debe causar un perjuicio sólo reparable con la invalidación de la sentencia. De tal modo que si existe el vicio pero él no causa perjuicio, los tribunales no podrán declarar la nulidad, aunque aquél persista. Este principio, que antes estaba consignado en la reglamentación del recurso de casación, hoy día se ha generalizado para toda nulidad procesal, con la modificación del Código de Procedimiento Civil, que consignó el principio de que no hay nulidad sin perjuicio.

Alsina, en su definición de nulidad procesal, incorpora este presupuesto al expresar que ella es procedente cuando se demuestra la existencia de un perjuicio para la defensa.

4. Debe existir una relación causal entre el vicio y el perjuicio, ya que pueden existir ambos pero derivar de elementos distintos. Para que proceda la declaración de nulidad procesal, el vicio es el que debe haber causado el perjuicio.

5. La nulidad procesal debe ser declarada. En esto se asimila a todas las nulidades. Por ende, los actos procesales serán válidos hasta tanto no sean declarados nulos. La nulidad procesal puede ser declarada a petición de parte o de oficio, lo que la distingue nuevamente de la nulidad reglada por el Código Civil.

Para los efectos de la nulidad procesal la ley contempla causales genéricas y causales específicas.

Las causales genéricas son aquellas reguladas en el artículo 84, relativas a vicios que anulen el proceso o circunstancias esenciales para la ritualidad o la marcha del juicio; la prevista en el N° 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, y la causal de casación en el fondo en materia civil.

Las causales específicas son las contempladas en los ocho primeros números del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, y en el N° 9, en cuanto dice relación con los artículos 795 y 800, que nos señalan los trámites esenciales en la primera y segunda instancia del proceso civil, y las nulidades específicas reglamentadas en los artículos 79 y 80 del Código de Procedimiento Civil, que regulan la situación del litigante rebelde y la fuerza mayor.

Características de la nulidad procesal

La nulidad procesal presenta las siguientes características:

a) La nulidad procesal es una sanción de ineeficacia que ataca exclusivamente a los actos procesales.

Recuerdo nuevamente que son actos procesales el proceso, los actos que lo integran y los equivalentes jurisdiccionales.

La nulidad puede afectar a los actos del tribunal, de las partes y de los terceros que pueden actuar en el proceso.

b) La nulidad procesal se rige por normas procesales y no le son aplicables las disposiciones del derecho común. Así se deduce de su concepto y características y de lo resuelto reiteradamente por la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores; o sea, la nulidad procesal se rige por las disposiciones que estamos examinando y no le son aplicables directamente las disposiciones que señala el Código Civil para la nulidad común.

"La nulidad procesal es autónoma en su naturaleza, en sus consecuencias, en su configuración jurídica.

La jurisprudencia es la que se ha encargado de sentar la teoría acerca de la nulidad procesal en nuestro derecho, puesto que, ante la legislación inorgánica e incompleta, han sido las sentencias dictadas a propósito de la casación en la forma y el incidente del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, las que han configurado en la esencia esta institución.

El legislador, mediante las últimas reformas, se ha limitado básicamente a introducir en los códigos del ramo los principios ya sustentados por la jurisprudencia.

c) La nulidad procesal requiere de una declaración judicial. El tribunal que puede hacerlo, varía según la forma en que sea solicitada.

Si se hace uso de la facultad que confiere el artículo 84, deberá hacerlo el tribunal ante el cual está radicada la causa, ya sea de oficio o a petición de parte interesada. Si se declara por la vía de la casación en la forma, lo hará el tribunal superior a aquel que conoció del proceso donde el vicio se cometió. Por último, si se trata del incidente especial del artículo 80, en concordancia con el artículo 182, lo debe hacer el tribunal que conoció del asunto por aplicación de la regla de la extensión de la competencia.

Tratándose de la nulidad procesal impulsada a través de los recursos de casación en el fondo y de la acción de revisión, será competente, privativamente para declararla, la Corte Suprema.

En suma, mientras el acto procesal, llámese sentencia, notificación u otro, no sea declarado nulo por sentencia judicial, tiene una aparente y supuesta validez.

Los actos procesales viciados se consideran válidos mientras su nulidad no se decrete por resolución judicial, principio, por lo demás, común a la mayor parte de las nulidades, lo que se traduce en la característica negativa de expresar que las nulidades procesales no lo son virtuales, o sea, requieren de una declaración judicial.

Más aún, en aquellos casos en que el tribunal puede decretar la nulidad de oficio, mientras ello no ocurra, los actos se reputan válidos. De lo anterior se deducen consecuencias importantes: Los efectos de la relación procesal son válidos y producen sus consecuencias; existen partes en el proceso que pueden sufrir cargas, gravámenes y prestaciones. La sentencia nula incluso puede cumplirse según nuestras reglas de la casación, y la nulidad procesal, como se dirá, se sanea con la dictación de la sentencia de término ejecutoriada.

d) La nulidad procesal requiere que al acto procesal impugnado le falten requisitos de validez. La inobservancia de las leyes en el proceso no siempre está sancionada con la nulidad. La preclusión, la inoponibilidad, son también sanciones diferentes a la nulidad; de allí que para que un acto procesal pueda anularse, se requiere la concurrencia de dos factores: la existencia de un vicio, que surge cuando al acto procesal le faltan requisitos de validez, y que esté sancionado con nulidad.

El Código, en las oportunidades que corresponde, señala qué vicios producen la nulidad (ej.: artículos 768, 40, 54, del Código de Procedimiento Civil).

El problema de la nulidad como sanción a la inobservancia de los requisitos del acto procesal, es motivo de una política procesal que cada legislación reglamentará en la forma que más estime conveniente. Algunas entregan al juez la facultad de decidir qué vicios anulan el proceso; otras la contemplan en la misma ley.

La nulidad procesal requiere, para que opere, de una causal. En nuestro derecho no recibe aplicación el principio de la especificidad o especialidad, esto es, que no existe nulidad procesal sin que una ley específica la establezca.

e) No hay nulidad sin perjuicio: El proceso no es un fin; es un medio que la ley coloca a disposición de las partes para que hagan efectivos sus derechos, y del juez para que pueda ejercer la función jurisdiccional.

Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aun aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo de sus primeros tiempos, *una misa jurídica*, ajena a sus actuales necesidades.

Por tanto, si se incurre en un vicio que en nada altera los resultados finales, o sea, que no produzca un perjuicio, no se podrá pedir la nulidad aun cuando el vicio exista, como ya se precisó en este trabajo.

Nuestra legislación consagra este principio como regla general en los mecanismos establecidos para solicitar la nulidad.

Cristián Maturana concluye que ello se traduce en que "la nulidad procesal debe ser declarada sólo en el caso que el vicio que la genera hubiere causado un perjuicio. En esta materia, debemos tener presente que rige en toda ordenación procesal de la eficacia o ineficacia de los actos procesales el principio informador de la máxima conservación de los mismos como manifestación del principio de economía procesal. En razón de este principio se entienden las siguientes reglas: 1°. Los defectos han de corregirse si procede la subsanación antes de declarar la nulidad de todas las actuaciones o de algún acto en particular; 2°. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquel ni la de aquellos cuyo contenido ha permanecido invariable; 3°. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo que sea independientes de aquélla. Además, en doctrina, se ha establecido respecto de la nulidad procesal el principio de la trascendencia o protección. Este se enuncia en una forma muy simple y escueta, pero tremadamente categórica: no hay nulidad sin perjuicio, esto es, la nulidad sin perjuicio no opera".

En efecto, el artículo 768, que establece los vicios que producen nulidad de la sentencia, en su penúltimo inciso expresa: "No obstante lo dispuesto en este artículo, el tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación (nulidad) del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo".

Por su parte, el artículo 767 al señalar la procedencia genérica de la casación en el fondo expresa que tendrá lugar contra sentencia dictada con infracción de la ley siempre que esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

Si el error de derecho en que incurrió el juez no altera la solución del conflicto, que es el objeto del proceso, no puede anularse la sentencia.

"Finalmente, es menester hacer presente que el legislador a propósito del incidente de nulidad recogió este principio de la protección y trascendencia ya sustentado con anterioridad al prescribir en el inciso primero del artículo 83 que 'la nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte, en los casos que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que exista un vicio que irroga a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad'. Por su parte, el artículo 71 bis del Código de Procedimiento Penal establece que 'las nulidades quedan subsanadas, cuando, no obstante el vicio de que adolezca el acto, éste haya conseguido su fin respecto de todos los interesados'.

Para dar aplicación a este principio se requeriría que quien alegue la nulidad: 1°. Mencione expresamente el daño o perjuicio sufrido, puesto que la sanción anulatoria debe tener un fin práctico y no meramente teórico; 2°. Acredite la existencia del perjuicio cierto que debe ser reparado con la nulidad. El perjuicio es el daño procesal que ha ocasionado el acto viciado, impidiendo efectuar un acto o cumplir con una carga procesal. El perjuicio debe ser cierto, concreto y real, ya que las normas procesales sirven para asegurar la defensa

en juicio y no para dilatar los procesos; 3º. Se tenga un interés jurídico a ser satisfecho con la declaración de nulidad.

Excepcionalmente, bastaría la existencia del vicio para declarar la nulidad en los casos en que ella se declara de oficio por el tribunal, puesto que el juez debe limitarse a verificar la irregularidad y a presumir la existencia del perjuicio.

f) La nulidad procesal se convalida transcurridos los plazos y oportunidades fijados por la ley para pedir su declaración judicial. Esta no puede solicitarse posteriormente, ya que opera los efectos del desasimiento y de la cosa juzgada y, consecuentemente, los derechos emanados de la sentencia resultan inamovibles. El fundamento de esta característica es muy simple: la ley señala la oportunidad en que la parte debe alegar el vicio; si no recurre, se entiende que abandona esa posibilidad y no podrá hacerlo después.

"Siendo el recurso la forma principal de impugnación, su no interposición en el tiempo y en la forma requeridos, opera la ejecutoriedad del acto.

Adquiriendo la sentencia la fuerza de cosa juzgada se subsanan todos los defectos procesales. Más aún, en ciertos casos, vicios ocurridos durante la substanciación del proceso, si no son alegados inmediatamente, no pueden alegarse después, conforme a las reglas de la preparación del recurso de casación de forma.

La unanimidad de la doctrina acepta este principio. No obstante, nuestro sistema positivo consagra dos excepciones a lo menos: la acción de revisión y la petición de nulidad de todo lo obrado hecha por el rebelde en los casos de los artículos 79 y 80 del Código de Procedimiento Civil. Sirvan los anteriores comentarios para explicarlos.

A propósito de la "convalidación de los actos procesales de los órganos jurisdiccionales y de las partes, ya hemos indicado. Que los actos procesales ineficaces pueden hacerse eficaces siempre que no se trate de su inexistencia.

Los modos como un acto viciado puede hacerse eficaz son dos:

a) La consecución de la finalidad del acto, que aun careciendo de un requisito sustancial haya cumplido igualmente con su función. Por ejemplo, una citación en que esté equivocado el nombre del demandado, pero éste se haya constituido con posterioridad en el proceso.

Este principio, en virtud del cual se *subsana* el acto, está sancionado a propósito de la citación, acto para el cual la constitución sanea todo vicio de la citación, salvo los derechos adquiridos y la falta de emplazamiento.

b) Hemos dicho ya que para los vicios que implican anulabilidad, la nulidad no puede pronunciarse sino a instancia de parte.

Se trata, en este caso, de vicios relativos a un requisito exigido en el exclusivo interés de la parte, de manera que si no es alegado por ella en la primera instancia o defensa subsiguiente al acto, se entiende que hace aquiescencia al acto.

En cuanto a los actos de los órganos jurisdiccionales, y en particular a la sentencia, la aceptación expresa o tácita de ella importa *aquiescencia*, y por tanto, saneamiento de los eventuales vicios. La *aquiescencia* a la sentencia puede ser expresa, cuando haya una declaración explícita de voluntad de que se quiere aceptar la sentencia; es tácita cuando haya una manifestación de voluntad totalmente incompatible con la voluntad de querer impugnarla (por ejemplo, ejecución voluntaria e inequívoca de la sentencia).

Sobra decir que no puede hablarse de aquiescencia, cuando, por ejemplo, la ejecución de la sentencia no se haga voluntariamente, sino a consecuencia de una orden del magistrado (por ejemplo, con base en una sentencia que se declaró provisionalmente ejecutable) “.

La nulidad del acto procesal por un vicio de fondo no puede ser pronunciada cuando el acto ha alcanzado la finalidad a que está destinado. Esta norma está dictada por una exigencia de economía procesal, esto es, de no desperdiciar una actividad desarrollada en el proceso cuando la misma sea, idónea para alcanzar la finalidad a la que la actividad misma está dirigida, según el esquema típico formal previsto por el legislador.

Como consecuencia de esta característica puede afirmarse que "la nulidad procesal se sanea. Nuestra legislación contempla diversas causas o maneras de sanear la nulidad:

1) En primer lugar, la nulidad procesal se sanea mediante la resolución que la deniega. Ejecutoriada que sea la resolución, y que normalmente tiene el carácter de sentencia interlocutoria, va a producir el efecto de cosa juzgada y con ello se producirá la máxima purga de la nulidad procesal.

2) En segundo lugar, la nulidad procesal se sanea por la preclusión de la facultad establecida por la ley para hacerla valer. Así, a partir de la última reforma, en el proceso civil el incidente de nulidad procesal debe promoverse dentro del plazo de cinco días contados desde que aparezca o se acredite que quien debe reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio (artículo 83, inciso 2, del Código de Procedimiento Civil). Transcurrido dicho plazo, se extingue la facultad de hacerla valer, a menos que se trate de la incompetencia absoluta del tribunal.

3) En tercer lugar, la nulidad se purga cuando la parte ha originado el vicio o concurrido a su materialización. Al efecto, establece la parte final del inciso segundo del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal que la parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización no podrá demandar la nulidad. Principio semejante consagra su artículo 70 al establecer que 'no puede pedir la nulidad la parte que sea causante del vicio'.

Con estas disposiciones se ha consagrado la existencia de una circunstancia impeditiva para hacer valer la nulidad, semejante a la contemplada en el artículo 1683 del Código Civil, que establece que no puede

alegarse la nulidad por aquel que contrató sabiendo o debiendo saber el vicio que invalidaba el acto o contrato. Se consagra así el principio de que nadie puede alegar su propia torpeza, pues en tal caso no ha de ser oído (*nemo auditir propiam turpitudinem allegans*).

4) En cuarto lugar, la nulidad se purga por la convalidación expresa o tácita del acto nulo (artículo 83 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil). El principio de la convalidación es aquel que establece que toda nulidad se convalida con el consentimiento expreso o tácito del afectado. Este principio se encuentra consagrado en la segunda parte del inciso segundo del artículo 83 al señalarnos que la parte 'que ha convalidado tácita o expresamente el acto nulo, no podrá demandar la nulidad' y en el artículo 71 bis del Código de Procedimiento Penal al expresar que las nulidades quedan subsanadas cuando las partes que tengan derecho a oponerlas hayan aceptado expresa o tácitamente los efectos del acto'. Desde este punto de vista, se puede señalar que la convalidación o confirmación es la renuncia de la parte a pedir la nulidad del acto, que de esta manera se subsana.

Existe una **convalidación expresa** o por confirmación cuando se ejecutan actuaciones que manifiesta e inequívocamente demuestran que el perjudicado con el acto irregular prescinde de invocar la nulidad.

La **convalidación tácita** se produce cuando la parte legitimada para solicitar la nulidad, en conocimiento del acto defectuoso, realiza cualquiera actuación que importe reconocer la validez del acto, dejando pasar las oportunidades prescritas por la ley para hacer valer la nulidad. Ello acaece, por ejemplo, en el caso de la notificación tácita del artículo 55 del Código de Procedimiento Civil y en el de la prórroga de la competencia del artículo 187 del Código Orgánico de Tribunales.

El fundamento de la convalidación tácita radica en que si no se reclama la anulación del acto irregular en tiempo hábil, precluye el derecho a solicitarla, pues de lo contrario se lesionarían el orden y estabilidad de los procedimientos.

g) La nulidad procesal puede ratificarse: Los actos viciados pueden ratificarse por la parte a quien el vicio afecta. Esta característica se deduce de diversas disposiciones procesales. Corno ejemplo: el artículo 55 del Código de Procedimiento Civil, refiriéndose a la notificación tácita expresa que se producirá tal efecto si el sujeto hace cualquier gestión que no sea reclamar la falta o nulidad de la notificación. El artículo 187 del Código Orgánico de Tribunales, al referirse a la prórroga tácita de la competencia, consagra igual principio.

h) Renovación de los actos procesales de parte y de los órganos jurisdiccionales. La ley reconoce, además de la posibilidad de ratificar los actos procesales irregulares, la de poderlos *renovar*.

El instituto de la renovación atañe, sobre todo, a los actos procesales de parte, al tenor de los artículos 162 y 354 del Código de Procedimiento Civil italiano. El Código alude también a la renovación de la citación introductoria del juicio, cuando haya un vicio relevante, fijando un plazo perentorio para la renovación del acto. Sin embargo, también los órganos jurisdiccionales pueden renovar algunos de sus actos; por ejemplo, nueva audición de los testigos ya interrogados por el juez instructor, para corregir irregularidades (artículo 257, ap. 2²)".

En Chile los actos nulos pueden renovarse cuando no quedan afectados por la cosa juzgada y los jurisdiccionales, además, por el desasimiento.

Categorías de nulidad procesal

La nulidad procesal es única, no admite clasificaciones, más sí categorías. Podemos distinguir las siguientes:

a) Nulidad y anulabilidad procesal.

Hay nulidad cuando el juez puede declarar la nulidad de oficio o a petición de parte. Hay anulabilidad cuando el juez puede hacer tal declaración sólo a petición de parte interesada.

Son casos de nulidad la incompetencia absoluta, la implicancia, la nulidad incidental del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil son las casaciones de oficio, las que hemos expresado anteriormente, las excepciones dilatorias y la nulidad de ciertos actos de los auxiliares judiciales;

b) Nulidad propia y extensiva o derivada.

Nulidad propia es la que vicia un acto procesal determinado; Ejemplo: la declaración de un testigo inhábil, la nulidad de una notificación por cédula, etc.

Nulidad extensiva o derivada es aquella que, producida la nulidad de un acto procesal, acarrea, como consecuencia, la nulidad de todos los actos posteriores. La nulidad por error en el emplazamiento o la incompetencia produce la nulidad de "todo lo obrado". Ello es una manifestación del efecto propio de las nulidades de retrotraer sus efectos hasta el momento en que el vicio se cometió. Las reglas sobre casación en la forma aclaran perfectamente estos conceptos.

No existen nulidades del proceso, sino de los actos que lo componen, pero con diversos efectos derivados de los cuales surge esta distinción.

Principios de la Nulidad Procesal.

La nulidad procesal está formada por una serie de principios, que son principios de carácter general. Estos principios generales se reconocen en el campo de la doctrina y en algunos casos se reconocer y se aceptan en el ámbito de nuestra legislación, y estos principios le conceden a la nulidad procesal una uniformidad y armonía.

Estos principios son los siguientes:

1.- El principio de especificidad:

Se enuncia este principio por la siguiente expresión "no hay nulidad procesal sin ley específica que la establezca", y ello porque la nulidad procesal es una sanción excepcional y por lo tanto no puede operar sino en aquellos casos en que la ley expresamente lo establece. De acuerdo a esto la ley debería entonces señalar en forma expresa que vicios acarrea la nulidad procesal, un verdadero catálogo de vicios que trae la nulidad procesal, como es el caso del recurso de casación en la forma.

Basta un apartamiento de cierta magnitud, para que un acto pueda ser anulado en virtud de la institución de la nulidad procesal, incluso es posible decir que cualquier vicio acarrea la nulidad procesal, salvo que la ley expresamente lo excluya, como menciona en varios casos el CPC (Art. 46, 50).

Viéndolo de otro punto de vista si no existieran estas disposiciones que señala el código serían actos que perfectamente puedan ser anulados. Esta regla general tiene una excepción que es el recurso de casación en la forma, ya que en ella se señala taxativamente los vicios que permiten la anulación de la sentencia.

2.- El principio de la extensión.

Este principio consiste en que la nulidad de un acto del proceso comunica su ineficacia a todas las actuaciones del mismo que sean una consecuencia directa del acto anulado. Conforme a lo que hemos recién expresado bien puede darse la siguiente situación: Un acto puede haber sido regularmente verificado, sin ningún vicio, pero también quedara nulo porque se contagia con la nulidad de un acto anterior que es un antecedente inmediato, y directo y necesario; en consecuencia de un acto anterior, necesario e inmediato. Esto es porque los actos del proceso están encadenados unos a otros, por lo cual uno es el antecedente y consecuencia de un acto posterior.

Podría ser que el efecto de la nulidad procesal, pueda ser ¿la ineficacia de todo un proceso?, la respuesta es afirmativa como ocurre en el caso del vicio que incide en el emplazamiento, cuando este falta o está ausente en el acto. En otras ocasiones la nulidad significara la ineficacia de una parte del proceso, como es el caso de la nulidad de la prueba de testigos si se omite la notificación de la resolución que recibe la causa a prueba. En otras ocasiones significara la nulidad del acto mismo, porque no hay ningún otro acto construido sobre él, como sería por ejemplo la declaración de un testigo que presta declaración en el proceso sin formular el respectivo juramento.

Este principio está reconocido en nuestra legislación en el Art. 83 inc. final del CPC, ya que el tribunal al declarar la nulidad, deberá establecer precisamente cuales actos quedan nulos en razón de su conexión con el acto anulado.

3.- El principio de la trascendencia.

La nulidad procesal solo puede ser declarada cuando causa un agravio que es reparable solo con la nulidad del acto viciado. Entonces si la irregularidad es intrascendente porque no provoca una injusticia o no causa un agravio no debe ser declarada la nulidad procesal, porque no cumple con las características señaladas. Este principio está reconocido expresa y categóricamente en el Art. 83 del CPC, cuando menciona "en todos aquellos en que exista un vicio que irroga a alguna de las partes un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad"

4.- Requisito de la Convalidación.

De acuerdo con él, "la nulidad procesal sólo puede ser alegada y declarada durante la etapa procesal correspondiente" y en todo caso "in limini litis". Si así no sucede los vicios quedan saneados y convalidadas las actuaciones respectivas. La ley es precisa para determinar las oportunidades en que debe invocarse la nulidad de un acto del proceso de manera que transcurridas estas oportunidades sin declararse la nulidad procesal, el principio de preclusión cierra el camino para hacerlo. El código reconoce la convalidación definitiva de los actos nulos por medio del efecto de la autoridad de cosa juzgada. Esto quiere decir que si el proceso ha terminado por sentencia ejecutoriada se estiman convalidados por el efecto de la autoridad de cosa juzgada, los actos irregulares cometidos durante su curso, así lo reconoce el Art. 175 del CPC. Pero también el código acepta la convalidación anticipada durante el curso del juicio a través del principio procesal de la preclusión, esta convalidación anticipada es reconocida en el código en el Art. 83 inc. penúltimo, al mencionar "la parte que ha convalidado tácita o expresamente el acto nulo, no podrá demandar la nulidad". Y existe esta convalidación tacita si el legitimado o habilitado, para solicitar una nulidad, deja pasar las oportunidades para hacerlo, y, por supuesto, no lo hace. Existe convalidación expresa, en que la parte afectada por el vicio realiza actuaciones que demostrando pleno y manifiesto conocimiento del contribuye en que el acto en que incide cumpla a su respecto los fines para uno correcto así por ejemplo, la parte que sin haber sido notificada de la resolución que recibe la causa a prueba, presenta la lista de testigos y la nómina de los puntos sobre los que depondrán, coincidiendo con los hechos a probar señalados en la referida resolución. El Art. 83 es la norma que reconoce el principio de la convalidación.

5.- Principio de la finalidad.

Las actuaciones procesales persiguen la obtención de determinados objetivos, y cuando la finalidad perseguida por determinada actuación se ha logrado, no puede considerarse nula esa actuación bajo el pretexto de que fue irregularmente ejecutada

FORMA DE ALEGAR LA NULIDAD PROCESAL.

Debe ser alegada por regla general por las partes, y de oficio por el tribunal. Esto es mencionado en el Art. 83 inc. 1 del Código de Procedimiento Civil.

Para que las partes puedan alegar la nulidad procesal es necesario que tenga un interés en su declaración y lo tiene aquella parte que ha sufrido un agravio, susceptible de ser reparado solo a través de la declaración de nulidad.

Sin embargo puede ocurrir que alguna de las partes sufra un agravio con una determinada irregularidad que sea cierto que ha sufrido un agravio, y no obstante no puede alegar la nulidad procesal, y esto ocurre cuando esa parte es la que ha ocasionado el vicio, la que ha ocasionado la irregularidad, o a concurrido a su materialización.

Queda entonces vedado impetrar la nulidad que causa, que origina la anormalidad y sea como recién se dijo por originar el vicio o por concurrir a su materialización, así entonces provoca la anormalidad el litigante que individualizó defectuosamente al testigo de que quería valerse, y al percatarse que sus dichos eran desfavorables intenta alegar la irregularidad.

En cambio, concurre a la materialización del vicio la parte que, si bien no lo comete, no lo evita, pudiendo hacerlo. Sería el caso de la parte que concurre a la audiencia en que declaran testigos del contendor sin hacer presente que ella se verifica en fecha diversa fijada por el tribunal, aunque dentro del término probatorio. Su presencia contribuyó o ayudó a materializarse la irregularidad; ello fundado en aquel principio que señala que "Nadie puede aprovecharse de su propio dolo".

Los medios para declarar la nulidad procesal.

Existen medios directos e indirectos.

Directos son aquellos cuya única y precisa finalidad es obtener una declaración de ineeficacia de los actos procesales, estableciéndose con este único sentido, atacando derechamente el acto que se pretende invalidar y son los siguientes:

- Facultad de los tribunales para declararla de oficio.
- Incidente de nulidad procesal.
- La casación en la forma.
- Excepciones dilatorias.

Indirectos son aquellos cuya finalidad no es la declaración de nulidad procesal pero mediante ellos pueden llegar a declararse:

- La reposición.
- La apelación
- El recurso de queja.

Ahora la elección de un medio directo o indirecto no está al arbitrio de las partes sino que está en la naturaleza del acto viciado, y por la oportunidad en que se solicita la declaración de nulidad o incluso por el mandato expreso de la ley.

A) Declaración de Nulidad Procesal de Oficio:

Es una facultad establecida para el recurso de casación en la forma de oficio. De acuerdo al **Art. 84** el juez puede corregir de oficio los errores que encuentre en la tramitación del juicio, además esta norma habilita no solo para declarar la nulidad de oficio, sino también para que el juez tome las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento.

La redacción del artículo consagra una facultad, es decir, queda entregada al arbitrio de los tribunales la declaración de oficio de la nulidad. Así mismo esta facultad es amplísima porque dice "para corregir los errores que observe en la totalidad del proceso" sin establecer ninguna limitación.

La jurisprudencia y la doctrina han limitado esta facultad, la han circunscrito a sólo ciertos actos del proceso dejando otros fuera de la actividad oficiosa del tribunal.

¿Cuáles son los actos que pueden ser declarados nulos por el tribunal?

Aquellos que miren el interés público, el orden público, el interés social, porque esto es lo que el Estado está obligado a cautelar y, en este caso lo hace por intermedio del juez y a estas actuaciones respecto de las cuales el juez puede declarar su actividad oficiosa, se le denomina actos esenciales y, estas son aquellas que constituyen los presupuestos esenciales, indispensables para que el proceso sea idóneo, resolviendo un conflicto.

La ley no ha señalado cuales son estos actos esenciales para que el proceso pueda dirimir, resolver el conflicto, ha sido la jurisprudencia la que ha entendido que entre estos actos se encuentra:

- La competencia absoluta del tribunal.
- El emplazamiento de las partes en la 1era. y 2da. Instancia.
- La capacidad de las partes.

Los demás actos que no tienen el carácter de esenciales miran preferentemente el interés particular y su nulidad solo puede ser declarada a solicitud de parte.

En una correcta técnica legislativa se debería señalar cuales son los actos que permiten al juez declarar de oficio la nulidad.

Esta facultad de los tribunales también tiene ciertas limitaciones para ejercerla de oficio, aun cuando el acto sea esencial. Estas limitaciones son las siguientes:

1º) El desasimiento del tribunal, una vez producido se limita la competencia.

2º) Aplicación del principio "In Limini Litis", mientras dure la tramitación del juicio el juez puede ejercer su facultad.

3) El tribunal no puede anular actos ya saneados porque en este caso la actuación viciada se ha convalidado.

4º) Aplicación del principio establecido en el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, "los hechos o antecedentes que sirven de base para declarar la nulidad procesal deben constar en el proceso".

Si los hechos no constan en el proceso, por ejemplo el conocimiento privado del juez no sirve para declarar la nulidad procesal.

Declarada la nulidad procesal el juez debe indicar que diligencias deben practicarse para que el proceso siga su curso normal.

B. El Incidente de Nulidad.

A este incidente el legislador no le dedicó un título especial, por tanto, se tramita conforme a las reglas generales. Además es un incidente de previo y especial pronunciamiento.

En el Art. 83 del C.P.C se establecen sus características más destacadas que lo hacen diferente de los incidentes comunes. Entre las reglas se destacan en lo referente a la oportunidad en que deben promoverse los incidentes de nulidad procesal.

Esta norma en su inciso segundo sostiene que "la nulidad sólo podrá impetrarse dentro de 5 días, contados desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio, a menos que se trate de la incomparecencia absoluta del tribunal. La parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización o que ha convalidado tácita o expresamente el acto nulo, no podrá demandar la nulidad".

De esta norma se puede distinguir:

a) Una Regla General: la nulidad procesal puede impetrarse dentro de 5 días, contados desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio. Esta regla es general porque se aplica a más supuestos, a todos los incidentes de la Nulidad Procesal, sin distinguir la magnitud del vicio ni la importancia del acto en que recae;

b) Una Regla Especial: Se limita a la "Incompetencia Absoluta".

¿Respecto de la regla general puede impugnar el conocimiento que el incidentista dice tener del vicio?

Si, se puede impugnar al contestar el incidente la contraparte puede señalar que si bien existe el vicio, no puede declararse la nulidad porque ya ha transcurrido el plazo que señala el Art. 83, porque el incidentista tuvo conocimiento antes del vicio que invoca.

El peso de la prueba recae sobre la contraparte, quién deberá probar que "el conocimiento aludido se adquirió en una oportunidad diferente a la requerida por el incidentista", esto porque el incidentista se encuentra amparado en la presunción de la Buena Fe.

La regla especial se refiere al incidente de Incompetencia Absoluta del tribunal, la nulidad podrá invocarse en cualquier momento del proceso incluso después de citadas las partes para oír sentencia, hasta que surja la autoridad de Cosa Juzgada que lo convalidará.

Esta nulidad es una nulidad procesal de todo lo obrado, porque se trata de una nulidad absoluta.

El problema surge en cuanto a la distinción o clasificación que se hace atendiendo a la oportunidad en que se plantea el hecho que origina el incidente:

- Incidente que nace de un hecho anterior al juicio o coexistente con su principio; (Art. 84)

- Incidente originado de un hecho que acontezca durante el juicio; (Art. 85)
- Incidentes cuyas causas existan simultáneamente. (Art. 86).

1) Incidente de Nulidad fundado en hechos ocurridos antes o coetáneos con la iniciación del juicio.

Si se relaciona el Art. 83 con el Art. 84 la claridad de la primera norma citada tiende a atenuarse.

El Art. 84 trata de los incidentes que se originan en un hecho anterior al juicio o coexistente con su principio, estos deben promoverse antes de hacer cualquier gestión principal en el pleito, si así no se hiciere será rechazado de oficio por el tribunal, salvo que se trate de un vicio que anule TODO el proceso, en cuyo caso se estará a lo dicho por el Art. 83 o que se trate de una circunstancia esencial para la ritualidad o marcha del juicio.

Recordemos que el Art. 83 exige conocimiento del vicio, si no se alega la nulidad por el habilitado para hacerlo, y realiza una gestión principal en el pleito, se produce "la convalidación", ello si conocía de la irregularidad que produce la nulidad procesal.

Así por ejemplo: si el demandado sabedor de la incapacidad del demandante, contesta derechamente la demanda sin alegar cuestión alguna sobre la incapacidad ; pero si al hacer la gestión principal a que se refiere el inciso 3º del Art. 84, se ignora la irregularidad o vicio, creemos que "perdura el derecho para solicitar la nulidad correspondiente, hasta que venza el plazo de 5 días contados desde que tal conocimiento se adquiera o se acredite que existe, a menos de que antes de que ello ocurra se realice alguna gestión que demuestre dicho conocimiento, es decir, que dentro de esos 5 días haya efectuado alguna gestión que demuestre que sabía de ello.

Si la parte sabe del vicio, y no obstante no pide la nulidad ni realiza gestión de ninguna clase, creemos que "mantiene el derecho a invocar la nulidad hasta practicar esa gestión", en este caso, no procede la remisión al Art. 83, remisión que solo cabe en el evento en que el titular de la nulidad haya realizado la gestión a que alude el inciso 3 del Art. 84 sin alegarla

2) Incidentes originados en vicios ocurridos en el curso del proceso.

Cualquiera sea el efecto que en él se produzcan, caen de lleno en las normas del Art. 83 que tiene el carácter de especial frente al Art. 85 que se refiere a los incidentes en general. Deben alegarse dentro de los 5 días que señala el Art. 83, salvo que realice alguna gestión que demuestre conocimiento del vicio (convalidación).

Cabe tener presente que el Art. 85 en su inciso final se refiere a vicios que anulan el proceso y circunstancias esenciales para su ritualidad, lo que hace renacer la oscuridad ya señalada en los Art. 83 y 84.

3) Incidente de nulidad fundado en hechos que ocurren simultáneamente.

Los incidentes de nulidad de cuyas causas la respectiva parte tomó conocimiento a la vez, deberán promoverse por mandato del Art. 86, conjuntamente, dentro del plazo de 5 días que señala el Art. 83.

Si antes de los 5 días se hace una gestión que suponga conocimiento del vicio sin alegar la nulidad, habrá convalidación del acto irregular.

El Art. 86 se remite al Art. 84 en lo referente a las incidencias basadas en vicios que anulan el proceso y, en circunstancias esenciales, para su ritualidad y ocurridas simultáneamente.

4) Casos especiales de Nulidad Procesal

A) Situación de Nulidad procesal por falta de emplazamiento Art. 80.⁸

Pareciera que la regla de que la nulidad procesal solo puede reclamarse en "limini litis" tiene una excepción en el art. 80 que se refiere a la nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento del demandado.

Este Art. requiere de 2 supuestos:

1) Que al demandado no se haya hecho saber en forma alguna de las providencias libradas en el juicio, en atención a que por un hecho que no le es

⁸ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION, CAUSA Nº 1315/2014, DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2014

Considerando 14: Que "el emplazamiento es el llamado hecho a las partes para comparecer a un tribunal a formular su defensa" (Corte Suprema, 22 de abril de 1957. En Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 54, segunda parte, sección cuarta, página 42).

El emplazamiento es un acto procesal de máxima importancia y su ejecución imperfecta o indebida puede comportar la indefensión del convocado al juicio.

Considerando 15: Que este llamamiento al juicio se realiza a través del acto procesal de la notificación de la demanda hecha en forma legal al demandado, cuyo propósito es dar a conocer una resolución; comunicar al tribunal con las partes y a éstas entre sí.

La "correcta notificación de la demanda al demandado es la base fundamental de la relación procesal entre las partes, o sea, el legal emplazamiento de la persona contra quien se dirige la acción, siendo tal emplazamiento el trámite esencial por excelencia en todo juicio, sin el cual toda la substancialidad adolece de nulidad" (Corte Suprema, 30 de junio de 1971. En Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 68, segunda parte, sección primera, página 197).

Considerando 26: Que "el conocimiento de causa con que debe proceder el tribunal antes de autorizar la notificación por aviso es un requisito de validez, cuya omisión es causal de nulidad de la notificación realizada por este medio (L.R.F.. "Notificaciones y Receptores Judiciales", Socolibros Ediciones, 2003, página 159).

Nuestros tribunales han declarado que el conocimiento de causa con que debe procederse es un elemento indispensable para que pueda decretarse la notificación por avisos; si de hecho se decreta sin él, la diligencia es nula y no produce efecto alguno la resolución notificada, conforme al artículo 41 (hoy 38) del Código" (V.V.G., obra citada, página 224).

El conocimiento de causa con el que debe proceder el tribunal antes de autorizar la notificación por avisos es un requisito de validez, cuya omisión, por tanto, es causal de nulidad de la notificación realizada por ese medio" (J.R.C.C., obra citada, página 362).

En torno a la materia la Excmo. Corte Suprema ha dicho que "Comete falta o abuso en el ejercicio de sus funciones el árbitro de derecho que por la sola consideración de ser muchos los interesados en el juicio, dispone la notificación por avisos de la resolución que los cita a comparendo, sin contar previamente con el "conocimiento de causa" exigido por la ley (...)" (Corte Suprema, 14 de abril de 1947. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLIV, segunda parte, sección primera, página 505). 27.- Que, así las cosas, de conformidad con lo reflexionado en los motivos precedentes es dable concluir que: la sucesión hereditaria no es persona jurídica; que por no ser persona jurídica, el artículo 8º del Código de Procedimiento Civil no le da un representante legal para comparecer en juicio; que entre los indivisarios no existe el mandato tácito y recíproco de administración que el artículo 2081 del Código Civil reconoce a los socios de la sociedad; que el tribunal a quo ordenó la notificación por avisos sin obrar con conocimiento de causa y que autorizar una notificación por avisos sin conocimiento de causa es causal de nulidad de la notificación realizada por ese medio, y que el incidente de nulidad de todo lo obrado ha sido formulado dentro de plazo legal.

imputable, han dejado de llegar a sus manos las copias a que se refieren los Arts. 40 y 44 o porque ellas no son exactas en su parte substancial;

2) Y que por tal razón el juicio se ha seguido sin su comparecencia, es decir, en rebeldía.

Concurriendo estos dos supuestos, la ley permite al demandado solicitar la rescisión de todo lo obrado dentro del plazo fatal de 5 días, contados desde que aparezca o se acredite que tuvo conocimiento personal del juicio. Si dicho conocimiento lo tiene el demandado mientras subsiste el juicio, la nulidad la hará valer mediante el respectivo incidente o el recurso que competá y se habrá concretado el principio "in limini litis".⁹

Hasta aquí no hay ningún problema con el principio señalado.

Pero si el conocimiento lo adquiere después que el juicio ha concluido por sentencia de término, surge la siguiente interrogante ¿Puede o no pedir la nulidad procesal de todo el proceso ya feneido por falta de emplazamiento? ¿Lo impedirá la cosa juzgada?

A esta interrogante la doctrina responde que sí, se puede pedir la nulidad procesal de todo lo obrado, así lo dispone el Art. 182 inciso 2º y el Art. 234 inciso final, ambos del Código de Procedimiento Civil. Por esta razón de texto, se puede pedir la nulidad procesal por falta de emplazamiento y no lo impide la cosa juzgada.

⁹ CORTE SUPREMA CAUSA Nº 1097/2015 DE 23 DE ABRIL DE 2015

Considerando 6º: Que en este punto del análisis resulta atingente considerar que toda declaración de nulidad producirá efectos relevantes en la serie procedural y respecto de los sujetos de la relación procesal, razón por la cual el tribunal tiene el deber de examinar retrospectivamente el interés afectado, que dice relación con el "perjuicio causa" y prospectivamente el fin propuesto "perjuicio efecto", a partir del análisis de sus efectos, de modo tal que la declaración misma no ocasione una afectación al interés de la parte cuya garantía se ha vulnerado.

En la especie tales elementos, a la luz de la imposibilidad absoluta de ejercer el demandado una defensa oportuna en los términos que contempla el legislador civil en la materia, máxime si ningún plazo había principiado en su contra, atendido que legalmente no había sido emplazado, conducen necesariamente a concluir que se está en presencia de una inobservancia que debe necesariamente ser sancionada con la nulidad, toda vez que no debe perderse de vista que la primera finalidad del requerimiento es la notificación de la demanda, hecho que desencadena el transcurso del plazo para ejercitarse la respectiva defensa, habida cuenta de la ampliación contemplada en la ley por la vía de aguardar la conclusión del trámite del requerimiento de pago.

Luego, si el término de emplazamiento -diligencia de mayor trascendencia en el juicio, por cuanto define el momento en que se ejerce la primera defensa en el procedimiento- no ha cumplido su objetivo primordial, desde que el ejecutado no pudo deducir dentro de la gama de defensas que contempla la ley en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil excepción alguna, en tanto no fue debidamente notificado ni mucho menos contó con la totalidad del plazo legal para desplegar las alegaciones que creyera correspondientes, máxime si no puede considerarse que aquel día que le restaba para oponer sus defensas sea suficiente para estimar inexistentes los perjuicios que se reclaman, toda vez que además de la falta de emplazamiento legal, resulta imposible entender que operó una especie de notificación tácita con la admisión que el propio demandado hace de haber tomado conocimiento del juicio el día de su regreso a Chile -22 de mayo de 2013-, puesto que en esa oportunidad ya no contaba con la garantía de la integridad del plazo que la ley contempla para oponer las excepciones que correspondan;

Considerando 7º: Que aparece palmario que la sanción de ineeficacia ante la situación descrita, y que el sentenciador se negó aplicar, constituye la única forma de reconducir válidamente el proceso, a fin de evitar, en este caso, la indefensión del demandado, puesto que las actuaciones procesales desplegadas con la finalidad de ponerlo en conocimiento de la acción dirigida en su contra, para luego conminarlo al pago de la acreencia, no cumplieron a cabalidad su objetivo, lo que impidió resguardar su derecho a defensa y su ejercicio en tiempo y forma, en tanto se vio impedido de oponer excepciones a la ejecución, única actuación que en la ritualidad normal del juicio ejecutivo le era permitida, de manera tal que correspondía acoger la solicitud de nulidad planteada en lo principal de fojas 22 de los autos traídos a la vista;

En síntesis el Art. 80 en realidad NO es una excepción al principio - in limini litis", porque la falta de emplazamiento del demandado rebelde significa que no hubo una relación procesal válida, es más, ni siquiera se formó relación procesal alguna, elemento que es de la esencia de todo proceso. No hay relación procesal sin emplazamiento, por lo tanto, hubo una apariencia de cosa juzgada porque el demandado no fue emplazado al juicio. Además no existe una sentencia ejecutoriada, sino que sólo una apariencia de ella, lo que no le impediría pedir la nulidad procesal de todo lo obrado en su contra.¹⁰

La jurisprudencia ha entendido que las notificaciones de los Arts. 40 y 44 a que se refiere el Art. 80, son por vía de ejemplo; de modo que la situación prevista en el Art. 80 se puede extender a cualquier situación en que se haya omitido el emplazamiento al demandado rebelde o tal trámite sea defectuoso.

*Se ha estimado en doctrina, que para alegar la presente incidencia de nulidad, debe existir un vicio de nulidad en la realización misma de la diligencia de notificación, pues si no existe un vicio en tal sentido, sino que derechamente no existe notificación, lo que procedería alegar no sería la nulidad, sino que más bien la inoponibilidad.

B. Situación del Art. 79 Nulidad procesal por fuerza mayor.¹¹

El derecho que tiene el litigante rebelde de pedir la nulidad de lo obrado por estar impedido por fuerza mayor sólo podrá reclamarse dentro de 3 días, contados desde que cesó el impedimento y pudo hacerse valer ante el tribunal que conoce del negocio".

La norma se refiere a situaciones de "Fuerza Mayor" y no de caso fortuito, pues en la jurisprudencia se distingue entre fuerza mayor y caso fortuito.

La fuerza mayor puede probarse por cualquier medio, incluso mediante la prueba de testigos porque se trata de un hecho. Este es un derecho que el Art. 79 confiere no solo al demandado sino también al demandante al señalar "podrá un litigante", a diferencia del Art. 80 que solo mira al demandado.

* En ambos incidentes especiales, se puede concluir que no existe un vicio procesal propiamente tal, sino que más el legislador le ha dado ese

¹⁰ CAUSA Nº 7312/2009 (CASACIÓN). RESOLUCIÓN Nº 50749 DE CORTE SUPREMA, SALA PRIMERA (CIVIL) DE 30 DE DICIEMBRE DE 2010. ES DABLE REFLEXIONAR QUE EL PROCESO SEGUIDO POR LAS PARTES NO HA OBTENIDO AÚN DE LOS TRIBUNALES UN PRONUNCIAMIENTO QUE SE ENCUENTRE EJECUTORIADO, DEBIENDO CONSIDERARSE QUE LA PROMOCIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE TODO LO OBRADO POR FALTA DE EMPLAZAMIENTO, CONSTITUYE UNA CUESTIÓN ACCESORIA AL ASUNTO CONTROVERTIDO PRINCIPAL QUE, PESE A HABER REQUERIDO UN PRONUNCIAMIENTO ESPECIAL DE PARTE DEL TRIBUNAL, CON AUDIENCIA DE LAS PARTES, NO PUEDE SER CALIFICADA DE JUICIO. SE DESESTIMA LA CASACIÓN.

¹¹ Causa nº 2125/2015 (Civil). Resolución nº 28351 de Corte de Apelaciones de San Miguel, de 11 de Abril de 2016. **Considerando Tercero:** Que el sustento jurídico de la nulidad impetrada, se ubica en el artículo 79 del Código Civil que señala "Podrá un litigante rebelde pedir la rescisión de todo lo obrado en el juicio en rebeldía suya, ofreciendo probar que ha estado impedido por fuerza mayor.

Este derecho sólo podrá reclamarse dentro de tres días, contados desde que cesó el impedimento y pudo hacerse ante el tribunal que conoce del negocio".

Considerando Cuarto: Que la referida regla legal contempla el denominando incidente de nulidad por fuerza mayor, que requiere un estándar probatorio más alto que el que establece el artículo 80 del referido texto legal. Concretamente, el incidentista invocó la declaratoria de quiebra de la empresa que representa como la fuerza mayor que le habría impedido defenderse.

Considerando Quinto: Que de conformidad a la situación fáctica establecida por el tribunal de primer grado en su motivo sexto, el articulista no puede ser considerado litigante rebelde, desde que se acreditó que con fecha 28 de junio de 2013, compareció personalmente a la audiencia de estilo.

carácter a circunstancias diversas que se regulan en los artículos 79 y 80 del Código de Enjuiciamiento Civil, para efectos de su alegación. Al respecto cabe señalar que en doctrina se ha entendido que estos casos de “nulidad especial”, constituyen casos de preclusión procesal, tal como se analizará al momento de abordar la referida sanción procesal.

HEMOS TERMINADO EL ANÁLISIS CLÁSICO DE LA NULIDAD PROCESAL. AHORA DAREMOS CUENTA DE NUEVAS TEORÍAS QUE SOBRE DICHA INSTITUCIÓN SE HAN ELABORADO EN EL ÚLTIMO TIEMPO.¹²

Al comienzo de este capítulo, ya adelantábamos noticia sobre la nueva visión que existe sobre la nulidad procesal, veremos además, la manera en que está considerada dicha institución en el proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil.

LA NULIDAD COMO VICIO DEL ACTO. EL CARÁCTER INTRÍNSECO DE LA NULIDAD.¹³

Analizar la nulidad como un vicio del acto nos obliga a poner el punto de partida en el acto procesal sano y, por ende, comprobar si este cumple con todos los requisitos que son necesarios para que sea perfecto, es decir, para que produzca sus efectos.

La doctrina suele relacionar la nulidad procesal con la vulneración infracción los requisitos de los actos procesales. Algunos centran su atención en la transgresión de un requisito de forma y otros en el quebrantamiento de un requisito de fondo del acto.

De ésta manera, hemos visualizado la nulidad procesal conforme a lo que llevamos del presente capítulo.

Ahora, este intento por estudiar la nulidad como categoría intrínseca del acto procesal se hace sin base positiva en nuestro sistema, ya que no se encuentran regulados de manera general o sistemática los requisitos de los actos y, por ende, invita a utilizar figuras que corresponden a la teoría general de los actos jurídicos civiles, que atendida la autonomía y finalidad del Derecho procesal no calzan por completo.

El autor concluye que: *Finalmente, a nuestro entender, esta teoría no permite explicar las diversas limitaciones que actualmente existen en nuestro*

¹² Para tales efectos, estaremos al trabajo del profesor Jaime Carrasco Poblete, Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Los Andes, quien dictó la cátedra de Tutela de Derecho, tratando la nulidad procesal en el Magister en Derecho Privado de la UCSC, en el cual participé como alumno en el año 2015.

¹³ CARRASCO POBLETE, JAIME, “LA NULIDAD PROCESAL COMO TÉCNICA PROTECTORA DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PARTES EN EL DERECHO PROCESAL CHILENO”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios Año 18 - Nº 1, 2011 pp. 49-84*

derecho positivo para evitar la declaración de nulidad de un acto procesal como lo son los principios de convalidación, subsanación, buena fe, trascendencia, extensión, etc., sino que solo atiende a la nulidad del acto por falta de algún requisito de aquél.

La visión que se entrega en remplazo del carácter intrínseco de la nulidad, es la siguiente:

LA NULIDAD COMO SANCIÓN. EL CARÁCTER EXTRÍNSECO DE LA NULIDAD.

El carácter extrínseco de la nulidad fue idea del jurista francés Japiot, refiriéndose a los actos jurídicos en general, al cual siguen posteriormente, con ciertos matices y avances, entre otros, en el ámbito administrativo y en el procesal.

Esta teoría explica la nulidad como una sanción y ello quiere decir que frente a una determinada irregularidad en el ejercicio de un acto procesal, que causa un perjuicio importante a alguna de las partes, el ordenamiento reacciona y elimina los efectos del acto viciado.

Exponer la nulidad como una categoría extrínseca al acto procesal resulta apreciable y denota un avance para el Derecho procesal toda vez que constituye una consecuencia prevista por la ley para los actos procesales que presenten desajustes importantes con el modelo normativo.

A nivel jurisprudencial consideramos que la categoría extrínseca de la nulidad ha sido reconocida. En efecto, el juez ha debido valorar la irregularidad cometida en el desarrollo de un determinado acto procesal y, por ende, ha rechazado la declaración de nulidad en diversos casos a saber: un simple error de copia en el mandamiento de ejecución y embargo no es esencial para anular el proceso; es improcedente declarar la nulidad de la notificación efectuada a una de las demandadas fundada en que el receptor certificó en forma incompleta que dicha demandada había sido notificada si en forma posterior, dentro del plazo legal y en el mismo escrito comparece y en lo principal alega la nulidad y en un otrosí, a la vez, contesta la demanda interpuesta en su contra; si la demandante presenta un escrito antes de formular la solicitud de nulidad entonces está convalidando tácitamente el presunto vicio y, en consecuencia, se ve impedida de demandar la nulidad.

DEJANDO EL ÁMBITO DOCTRINAL, vamos a referirnos al proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil.

Aceptamos que actualmente dicho proyecto se encuentra detenido, y más cerca de la oscuridad que de la luz del avance legislativo, pero nunca está demás analizar la forma en que se ha considerado la nulidad procesal.

Nulidad de los actos procesales en el PCPC

La nulidad en el Proyecto es tratada con bastante detalle y concordancia con otras disposiciones del PCPC. Se incluyen categorías independientes, con una regulación específica, que facilita la comprensión de instituciones similares en cuanto a sus efectos, pero distintas en cuanto a su estructura, como sucede con la conservación, subsanación y convalidación de los actos procesales:

1. Definición de la nulidad procesal de un acto

Una definición que se estima concordante con la regulación propuesta por el PCPC, es la seguida por Otero, quien la define como “una sanción que impone la ley a todo acto que no cumpla con los requisitos que ésta ha establecido para que éste produzca plenos efectos legales, cualquiera sea la materia de que se trate”¹⁴.

Anulabilidad de los actos procesales¹⁵

El PCPC establece que aquellos actos procesales que son verificados sin cumplir con las formalidades y exigencias que la ley contempla, causando un perjuicio, serán anulables. Lo serán, también, aquellos en que la ley disponga expresamente esta sanción¹⁶.

Ahora bien, sin perjuicio de la regla que establece el artículo 117 del PCPC, es posible sostener a partir de la regulación que tiene la nulidad en el Proyecto, que los actos anulables, producirán todos sus efectos mientras no exista una declaración judicial en el sentido contrario. Ello, con independencia si esta declaración es provocada por una solicitud hecha por la parte interesada¹⁷ en la misma o el tribunal procede de oficio a este respecto.

¹⁵Artículo 117 PCPC.

¹⁶ Un ejemplo de sanción expresa de nulidad en el PCPC, es el artículo 7: “Las audiencias se realizarán siempre con la presencia del juez, a quien queda prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones”.

¹⁷ Por la regulación que realiza el PCPC, debemos entender que parte interesada es aquella a la que el vicio le genera un perjuicio y además no ha concurrido ella a la generación de dicho defecto (salvo aquella parte que, aun habiendo concurrido a la generación del vicio, puede pedir su nulidad, por tratarse de un vicio no convalidable).

Existencia del perjuicio, o trascendencia del mismo, como requisito de la nulidad de un acto procesal¹⁸

Para que un acto sea anulable por una declaración judicial, no basta con la inobservancia a las formas o requisitos legales. Dicha infracción debe generar un perjuicio en quien alega la existencia del vicio.

Así, se entiende que existe perjuicio cuando, a propósito de la inobservancia de las formas y requisitos legales, una de las partes se ha visto impedida de ejercer sus derechos en el procedimiento, y ello ha afectado su garantía al debido proceso o le ocasiona indefensión.

La exigencia de este requisito, se manifiesta en que el interesado, al alegar la nulidad de un acto procesal, debe señalar con precisión el perjuicio sufrido y la forma en que debe ser reparado.

Subsanación, convalidación y conservación de los actos procesales¹⁹

Estas tres instituciones tratadas en el PCPC, se refieren a situaciones de actos procesales que adolecen de vicios que harían factible su anulación. Sin embargo, en estos casos se prevén posibilidades diversas de actuación, por las razones que a continuación exponemos.

4.1 Subsanación

Supone que existieron hechos que no le son imputables a una parte, y por ello se ha visto impedida de ejercer un derecho o de realizar una actuación dentro del plazo que fija la ley.

El PCPC, señala como ejemplos de este tipo de hechos no imputables, defectos en la notificación, fuerza mayor y caso fortuito²⁰. Asimismo, establece una cláusula genérica señalando que puede alegarse cualquier otro hecho que no fuere imputable a quien lo invoca. En estos casos, el afectado solicitará que estos actos sean subsanados²¹.

La solicitud de que un acto se subsane, de acuerdo a la regulación contenida en el artículo 119 del PCPC, debe efectuarse:

- En caso de falta de notificación de la demanda al demandado, en el plazo de 10 días desde que aparezca o que se acredite que tuvo conocimiento personal del juicio o;
- Desde el día en que cesa el impedimento.

¹⁸Artículo 118 PCPC.

¹⁹Artículos 119, 120 y 121 del PCPC.

²⁰Se hace presente que a falta de definición legal en el PCPC, se debe estar a la del Código Civil, que por lo demás, en su artículo 45, los hace sinónimos: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc". Disponible en: <http://bcn.cl/4vb1> (Octubre, 2012).

²¹ Subsanar: "Reparar o remediar un defecto", o bien, "Resarcir un daño". Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=subsanar> (Octubre, 2012).

Las posibilidades que tiene el tribunal ante la solicitud que un acto se subsane son:

- Declarar la nulidad de los actos que correspondan.
- Otorgar un nuevo plazo para que el acto se realice. Este nuevo plazo no puede ser superior al original previsto para dicha actuación.

4.2 Convalidación

En el artículo 120 PCPC, se distingue, para efectos de la convalidación²², entre actos que adolezcan de vicios saneables o insaneables.

Respecto de los vicios insaneables, no procede la convalidación.

Ahora bien, si el acto procesal tiene un vicio que es saneable, se estimará convalidado cuando:

- La parte perjudicada no impetra oportunamente la solicitud de declaración de nulidad.
- Cuando la parte perjudicada acepta, expresa o tácitamente, los efectos del acto.

4.3 Conservación

El supuesto o hipótesis del artículo 121 del PCPC, es que estamos frente a un acto que, a pesar de que no se cumplieron todas las exigencias legales para su validez, ha cumplido su finalidad respecto de los interesados. En este caso, se considera eficaz.

La parte final de la regulación propuesta, señala que el acto sólo generará que el funcionario responsable, quede sujeto a las sanciones disciplinarias que correspondan²³.

Titularidad y oportunidad de la solicitud y la declaración de nulidad²⁴

En cuanto a la oportunidad para que la nulidad procesal sea declarada, el artículo 123 del PCPC, establece que se podrá declarar mientras el proceso no haya terminado.

Ahora bien, establecida la regla general, hay dos situaciones particulares en relación a la oportunidad en que la declaración de nulidad puede hacerse o solicitarse:

²² Convalidar: "Confirmar o revalidar, especialmente los actos jurídicos". Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=convalidar> (Octubre, 2012).

²³ Título XVI, COT: De la jurisdicción disciplinaria y de la inspección y vigilancia de los servicios judiciales.

²⁴ Artículos 122 y 123 del PCPC.

- Cuando la declaración es de oficio, solo puede efectuarse si el acto anulable no ha sido convalidado por las partes.
- En el caso que la solicitud sea hecha por la parte, de acuerdo al artículo 123 inciso segundo, tendrá los cinco días posteriores al que el perjudicado hubiere tomado conocimiento fehaciente²⁵ del acto de cuya invalidación se trate.

Por su parte, en relación a los titulares de la declaración o la solicitud de nulidad, el PCPC establece que la nulidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte. Por ello, para efectos del análisis, y sus reglas particulares, estudiaremos estas posibilidades por separado:

5.1 Declaración de oficio de la nulidad de un acto procesal

El inciso final del artículo 122, establece que sólo la nulidad que no haya sido convalidada podrá ser declarada de oficio.

Entonces, el vicio respecto del que recae la declaración de nulidad de oficio debe ser uno saneable y no debe haber operado alguno de los supuestos de convalidación del artículo 120 PCPC.

Sin embargo, el Proyecto no impone al juez la obligación de declarar la nulidad respecto de este vicio saneable no convalidado. La afirmación se sustenta en lo siguiente:

- El artículo 124 inciso primero del PCPC, permite que el hecho (vicio que aún no se ha saneado) se ponga en conocimiento de las partes para que procedan como creyeren conveniente a sus derechos²⁶.
- Se impone al tribunal el deber de corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y que adopte medidas que tiendan a evitar la nulidad. Es decir, tal como señala el encabezado del artículo 124, respecto de la nulidad, el tribunal tiene una labor eminentemente preventiva más que sancionatoria. Ello, cuando sea posible, es decir, se debe tratar de un vicio convalidable.
- El artículo 125 del PCPC, se pone en la situación en que la declaración de nulidad es inminente. Sin embargo, cuando a criterio del tribunal sea posible, respecto de los actos anulables por su conexión con el acto declarado nulo, podrá ordenar su: renovación, rectificación o ratificación.

²⁵ Fehaciente: “Que hace fe, fidedigno”. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=fehaciente> (Octubre, 2012).

²⁶ Podrían pedir que se subsane el defecto, o bien, convalidar el acto.

5.2 Solicitud de parte para la declaración de nulidad de un acto procesal

En cuanto a la forma y tramitación de la solicitud de nulidad efectuada por la parte, se debe distinguir si el vicio que afecta al acto se produce en uno verificado en audiencia o fuera de ella:

- Acto anulable verificado en audiencia: Se realiza de forma verbal, antes de que finalice la audiencia, y se resuelve dentro de ella.
- Acto anulable verificado fuera de audiencia: La solicitud debe hacerse por escrito²⁷, señalando con precisión el perjuicio que se ha generado y la forma como éste debe remediarse²⁸. La tramitación que se le dará a la solicitud es incidental²⁹.

Efectos de la declaración de nulidad de un acto procesal³⁰

La declaración de nulidad, conlleva la nulidad de los actos que de él emanen o dependan. Es decir, se exige por el PCPC, que exista una conexión originaria o de dependencia. Si ella no existe, se establece como consecuencia la subsistencia de los actos anteriores o posteriores que sean independientes del anulado.

El tribunal deberá señalar con precisión cuáles son los actos a los que se extiende la nulidad en razón de su conexión, por origen o dependencia, con el declarado nulo.

Finalmente, el tribunal, aún en este momento, puede ordenar que los actos se renueven, rectifiquen o ratifiquen.

Resolución e impugnación de la resolución que declara la nulidad de un acto procesal

La regulación específica de la nulidad en el PCPC, no hay pronunciamiento respecto a la naturaleza jurídica de la resolución que la declara, como tampoco a las posibilidades de impugnación en contra de la misma. Sin embargo, de las disposiciones generales en estas dos materias, podemos señalar lo siguiente:

1. La naturaleza jurídica de la resolución que declara la nulidad es la de sentencia interlocutoria. Ello se desprende de los siguientes artículos:

- Artículo 280 N° 5, que indica que el juez dictará una sentencia interlocutoria, entre otras finalidades, para declarar la nulidad³¹.

²⁷ Artículo 123 inciso segundo del PCPC.

²⁸ Artículo 118 inciso segundo del PCPC.

²⁹ La tramitación incidental, está regulada en el PCPC en los artículos 126 a 133.

³⁰ Artículo 125 del PCPC.

- Artículo 200 inciso final del PCPC que, al regular la naturaleza jurídica de las resoluciones judiciales, señala que aquellas que resuelven un incidente, tienen el carácter de sentencia interlocutoria³².

2. Régimen de impugnación de la resolución que declara la nulidad:

- La resolución que declara la nulidad es inapelable, ya que constituye una sentencia interlocutoria que no cumple las características requeridas para ser apelable. Si bien resuelve un incidente, no pone término al juicio ni hace imposible su continuación³³.
- Si la resolución que declara la nulidad se dicta en audiencia, y es precedida de debate, no sería recurrible por la vía de la reposición³⁴.
- Sería susceptible de reposición, la sentencia interlocutoria que se pronuncia sobre la declaración de nulidad solicitada fuera de audiencia, y aquella promovida y resuelta dentro de audiencia, pero sin debate como sucedería, por ejemplo, con el traslado evacuado en rebeldía.

³¹ Artículo 280 Nº 5 PCPC: “El tribunal dictará la correspondiente sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso, resolverá las nulidades denunciadas o las que el tribunal hubiere advertido y decidirá, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión sobre el fondo del asunto”.

³² Artículo 200 inciso final PCPC: “Es sentencia interlocutoria la resolución que falla un incidente, la que resuelve sobre algún trámite que vaya a servir de base en el pronunciamiento de la sentencia definitiva o de otra interlocutoria y en general, toda aquella no comprendida en los incisos anteriores”.

³³ Artículo 380 PCPC: “El recurso de apelación sólo tendrá lugar en contra de las sentencias definitivas, de las sentencias interlocutorias que pusieren término al juicio o hagan imposible su continuación, las que se pronunciaren respecto de la admisión o denegación de la intervención de un tercero, las que ordenen el pago de costas por un monto superior a cien Unidades Tributarias Mensuales, las que desechen la incompetencia del tribunal, las que resuelvan acerca de la inhabilidad del juez o de falta de debido emplazamiento del demandado y las que se pronuncien sobre el otorgamiento, alzamiento, modificación, sustitución o cualquiera otra materia en relación con una medida cautelar, todas ellas pronunciadas por el tribunal de primer grado jurisdiccional. Todas las demás resoluciones serán inapelables, amenos que la ley disponiere lo contrario”.

³⁴ Artículo 376 PCPC: “El recurso de reposición de una resolución pronunciada en una audiencia sólo será admisible cuando su dictación no hubiere sido precedida de debate. Deberá interponerse verbalmente, señalándose someramente sus fundamentos y peticiones concretas. La tramitación se efectuará asimismo verbalmente, de inmediato, y de la misma manera se pronunciará el fallo”.

CAPITULO IV OTRAS SANCIONES PROCESALES.

LA PRECLUSIÓN.

Concepto de preclusión

La preclusión puede definirse como: la sanción legal de ineficacia que afecta a los actos verificados fuera de los límites indicados por la ley del procedimiento para su realización. En el sistema del orden consecutivo legal, ésta señala procedimientos, que a su vez, deben llevar un orden de desarrollo: iniciación, prueba, sentencia, recursos y cumplimiento.

Dentro de cada procedimiento, hay señalado un orden que debe respetarse para la verificación de actos procesales, tanto por las partes como por el tribunal.³⁵

En la preclusión, el acto no se ejecutó en la forma debida, por lo cual la ley impide que se realice con posterioridad. En el caso de la nulidad, el acto se verificó, pero en forma viciosa, que es lo que permite dejarlo sin efecto.

Además, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad, la preclusión es un concepto propio del derecho procesal, que sanciona con la imposibilidad de ejecución a los actos que la generan. Si bien es cierto que tanto la preclusión como la cosa juzgada tienen por objeto mantener la estabilidad de ciertas resoluciones judiciales, no es menos cierto que entre ambas existen las siguientes diferencias, que las hacen inconfundibles:

1) La preclusión es inherente a la inmutabilidad de ciertos y determinados actos jurídico-procesales, la cosa juzgada se refiere a la irrevocabilidad del mandato que se pronuncia sobre el fondo (mérito) del objeto litigioso ("cuestión controvertida", como se acostumbra decir en Chile).

2) Por la preclusión se hacen intangibles los actos en el mismo proceso en que aquellos ocurren. Por la cosa juzgada, en cambio, esa inmutabilidad opera fuera del proceso y para cualquier otro proceso posterior (cosa juzgada substancial), esto es, que la cosa juzgada permite establecer la certeza, mientras que la preclusión sólo constituye su presupuesto: la preclusión de los medios de impugnación (acciones, recursos, etc.) hace posible la cosa juzgada. Esta no existiría sin la primera, que, repetimos, es su supuesto ineludible (presupuesto, supuesto previo).

3) La preclusión permite sostener la intangibilidad de los autos y decretos (artículo 181 del Código de Procedimiento Civil), para así permitir, en estadios posteriores, que esas resoluciones de tramitación pura o que resuelven determinados incidentes, hagan que el proceso avance hacia su

³⁵ Causa nº 1406/2015 (Casación). Resolución nº 118788 de Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta) de 18 de Agosto de 2015. Séptimo: Que de lo razonado necesariamente se colige, entonces, que las resoluciones del tribunal de primer grado que resolvieron, a fojas 51, que D. es un órgano del Estado cuya representación corresponde al Fisco de Chile, y luego, a fojas 74, cuando expresó que el "tribunal ya se había pronunciado" sobre la excepción de falta de legitimación pasiva, ordenando que el demandado –Consejo de Defensa del Estado- contestara la demanda, produjeron el efecto de cosa juzgada respecto de la discusión sobre dicha excepción, puesto que, efectivamente el tribunal reconoció que se "pronunció", en su oportunidad, sobre aquélla e incluso fue excluida como un hecho a probar de manera que, en estas condiciones procesales, ya no podía volver a discutirse sobre la concurrencia de la falta de legitimación pasiva y, por esto, el tribunal al dictar sentencia definitiva debió decidir derechamente sobre el fondo del asunto controvertido.

meta, que es la sentencia definitiva (en el sentido del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil).

La finalidad de la preclusión es mantener el orden en el proceso, que se rige por un procedimiento que regula la actividad del juez, de las partes y, eventualmente, de los terceros que actúan en él. En cambio, la cosa juzgada es el efecto final que producen las sentencias, que se genera justamente cuando el proceso está concluido.

La preclusión es una institución de carácter general en el proceso, el cual se sirve de ella para obtener todos sus avances y término. Su radio de acción es el propio proceso³⁶. La cosa juzgada, en cambio, por definición produce efecto fuera del proceso, y dentro de él sólo para impedir que se vuelva a plantear lo resuelto o para ejercitar la acción derivada de ella.

Para conocer el límite de la preclusión es fundamentalmente necesario saber si la sentencia es atacable por medio de los recursos o no. Si no lo es, opera de inmediato la preclusión por el solo hecho de haberse notificado la sentencia, y si lo es, viene todo el tema de la posibilidad de ser revisada por un tribunal en la misma o en otra instancia.

La importancia de su examen es máxima en los procedimientos ordinarios y menor en los concentrados o sumarios, en que no se dan tantas etapas que hacen posible y necesaria la preclusión.

Fundamentos de la preclusión

Los fundamentos de la preclusión pueden sintetizarse en la siguiente forma:

1. Cumplimiento de las leyes de procedimiento. Si la ley regula el orden del proceso, debe señalar una sanción para quienes no hacen uso oportunamente de las facultades que la ley les otorga. Esta sanción es precisamente la imposibilidad de ejecución posterior, que se llama preclusión.

³⁶ CORTE SUPREMA, CAUSA ROL N° 22267/2014, 11 SEPTIEMBRE 2014, Considerando Séptimo: Que no obstante lo reflexionado en el motivo anterior, la misma Corte de Apelaciones de Valparaíso en audiencia convocada para resolver sobre el fondo de la apelación ya concedida, después de haber escuchado los alegatos de ambas partes, decidió declarar inadmisible el recurso de apelación, es decir, encontrándose la causa en estado de que resolviera lo sustancial de la cuestión debatida, el tribunal declinó su intervención sobre la base de examinar la concurrencia de requisitos propios de una etapa ya superada.

En este punto se halla imbricada la cosa juzgada que dimana de la sentencia interlocutoria firme y ejecutoriada que se contiene en estos autos, concerniente al fallo del recurso de hecho que concedió la apelación con la institución de la preclusión, pues encontrándose el proceso dividido en etapas continuas que permiten llegar ordenadamente a su meta final, el tribunal debe velar porque éstas se respeten sancionando o corrigiendo las actuaciones irregulares. Sin embargo, traspasada cada una de las etapas sin que las partes insten por la revisión de las formas, dicho estadio procesal queda clausurado, máxime si en el caso de autos la controversia quedó zanjada por la propia Corte de Apelaciones de Valparaíso mediante fallo firme.

Así bajo la modalidad de cosa juzgada formal dentro del procedimiento –que no es más que la máxima preclusión- se produce una especie de cosa juzgada procesal, que en el caso bajo análisis no fue respetada cabalmente por la propia Corte de Apelaciones al dictar una sentencia absolutamente contradictoria con aquella firme y ejecutoriada emitida por el mismo tribunal de alzada que ya había resuelto la admisibilidad del recurso de apelación entablado en autos, cuestión que importa una falta grave que han cometido los jueces recurridos que justifica la adopción de medidas conducentes a poner pronto remedio al agravio denunciado a través de la presente vía.

2. Permite el avance del proceso y así cumplir su finalidad constitucional como forma de solución de conflicto.³⁷

3. Produce como resultado la irrevocabilidad de los actos procesales.

Sus requisitos son básicamente dos: que se reglamente el curso del proceso mediante una norma de procedimiento, y que alguno de los sujetos no haga uso o agote la facultad de hacerlo en el período o estación fijado para la realización de un acto procesal determinado.

Casos de preclusión

Las situaciones procesales que producen preclusión se desprenden de su concepto y son:

a) Preclusión por vencimiento del plazo³⁸. Plazo es el término que la ley o el tribunal otorga a las partes para la realización de un acto procesal.

³⁷ **CORTE SUPREMA CAUSA ROL N° 14416/2013, DE 7 DE MAYO DE 2014, Considerando Octavo:** Que los llamados principios formativos o rectores del proceso tienden a determinar las reglas lógicas y racionales destinadas a darle unidad, continuidad y coherencia al referido instituto, conformados, según la doctrina, por ciertas ideas fundamentales que han de inspirarlo y que en sus respectivos ámbitos deben observarse tanto por el legislador al elaborar las leyes como por el juez, en su rol de conductor del proceso; ideas directrices entre las que, por su vinculación con el incidente de abandono del procedimiento sobre el que versa el recurso materia de examen, se destacan las del orden consecutivo legal, la de impulsión procesal y la de preclusión.

Considerando Décimo: Que, a su turno, el principio de la preclusión o de plazo preclusivo cuyo enlace con el antes consignado del orden consecutivo legal resulta incuestionable, se manifiesta en la pérdida, extinción o caducidad de facultades procesales, fenómeno que ocurre por diversas circunstancias: 1. Por no haberse ejercido éstas dentro de los plazos establecidos para tal efecto por la ley; 2. Por haberse ejercido efectiva y válidamente tales facultades dentro de esos plazos; 3. Por haberse realizado actos incompatibles con el ejercicio de las mismas.

Considerando Quinto: Que del tenor de la última norma transcrita, se advierte que el referido instituto, también concurre dentro de la tramitación del procedimiento, lo que se explica, en palabras del autor B., porque: "Va de suyo que para que las diversas etapas del proceso puedan desarrollarse de un modo serial, gradual, consecutivo y progresivo será necesario disponer la clausura definitiva de cada una de aquéllas por medio de la preclusión, evitando así el retorno a etapas procesales ya extinguidas o consumadas" (A.E.C.B., "Principios procesales". MAVE Editor. Corrientes. República Argentina. Año 2003. Página 113). En este mismo sentido, el profesor E.J.C., expresó que: "Transcurrida la oportunidad, la etapa del juicio se clausura y se pasa a la subsiguiente, tal como si una especie de compuerta se cerrara tras los actos, impidiendo su regreso" ("Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Ediciones D.. Buenos Aires. Año 1978. Página 197) y L. refuerza lo expuesto, al señalar que la preclusión busca "asegurar al proceso un desarrollo expedito y libre de contradicciones y de retrocesos y garantizar la certeza de las situaciones procesales"(Manual de Derecho Procesal Civil. EJEA, trad. S.S., B. Aires, 1980, p. 176.).

Considerando Sexto: Que, en consecuencia, bajo la modalidad de cosa juzgada formal dentro del procedimiento, se produce una especie de cosa juzgada procesal, que reconoce como principio subyacente a la institución de la preclusión, conforme a la cual, dividido el procedimiento en etapas continuas que permiten llegar ordenadamente a la sentencia, las partes y el tribunal pueden instar porque éstas se respeten, sancionando o corrigiendo las actuaciones irregulares, a través de los medios procesales pertinentes; si ello no ocurre, quedan firmes, salvo que se afecte la esencia del procedimiento y/o la ley disponga un motivo de nulidad expreso.

Considerando Séptimo: Que de lo razonado necesariamente se colige, entonces, que las resoluciones del tribunal de primer grado que resolvieron, a fojas 51, que D. es un órgano del Estado cuya representación corresponde al Fisco de Chile, y luego, a fojas 74, cuando expresó que el "tribunal ya se había pronunciado" sobre la excepción de falta de legitimación pasiva, ordenando que el demandado –Consejo de Defensa del Estado- contestara la demanda, produjeron el efecto de cosa juzgada respecto de la discusión sobre dicha excepción, puesto que, efectivamente el tribunal reconoció que se "pronunció", en su oportunidad, sobre aquélla e incluso fue excluida como un hecho a probar de manera que, en estas condiciones procesales, ya no podía volver a discutirse sobre la concurrencia de la falta de legitimación pasiva y, por esto, el tribunal al dictar sentencia definitiva debió decidir derechamente sobre el fondo del asunto controvertido.

³⁸ **CORTE SUPREMA, 21/07/2016, Rol: 32261-2015, Considerando DECIMOTERCERO:** "Que a mayor abundamiento, no existe controversia en autos respecto a que la demandada fue notificada personalmente de la demanda en el lugar que, conforme al mérito del proceso, constituye su domicilio laboral, sin que gestionara lo pertinente para los efectos de alegar la supuesta incompetencia que cree ver, por lo que es dable concluir que siempre y en todo momento, se encontró en posición de exponer en juicio lo pertinente a

Si el plazo es legal y fatal, la oportunidad precluye por el solo ministerio de la ley a su vencimiento, si no es fatal, requiere de la actividad de la contraparte para que expire.

Esta es la manifestación más importante de la institución y nuestros Códigos procesales están llenos de ejemplos que se producen cada vez que se señala un plazo para el ejercicio de un derecho en el proceso.

De lo señalado precedentemente se desprende que toda facultad que tiene una parte litigante para evacuar un traslado precluye por el vencimiento del plazo fatal que tiene para hacerlo, y si se tratase de un término no fatal, por el acuse de rebeldía que haga la parte contraria; es decir, todo plazo fatal constituye un término preclusivo, y el no fatal llega a serlo por el pedido de la contraria de la correspondiente rebeldía.

Plazos fatales. El artículo **64 del Código de Procedimiento Civil** establece que los plazos que señala este Código son fatales, cualquiera que sea la forma en que se exprese, salvo aquellos establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal, y agrega que, como consecuencia, la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extinguirán a su vencimiento.

Los artículos 64 a 68 del Código de Procedimiento Civil, en el Título Séptimo del Libro I, entre las disposiciones comunes a todos los procedimientos y regulando las actuaciones judiciales, se refieren extensamente a los plazos y a sus efectos, y en lo que más nos interesa es el propio artículo 64 el que plantea el efecto preclusivo al señalar: "En consecuencia, la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento del plazo". Esto significa que operada la preclusión se pierde la oportunidad procesal para hacer uso del derecho correspondiente.

Plazos judiciales. Son aquellos que puede señalar el juez, cuando la ley de procedimiento expresamente así lo autoriza, y están contemplados en los artículos 67 y 68 del Código de Procedimiento Civil. Este último es el que señala que el plazo expira cuando la parte no ha practicado la actuación dentro del término señalado por la ley. A petición de parte o de oficio, podrá dictarse una resolución declarando la rebeldía y proveyendo lo que corresponda para la prosecución del juicio. Se diferencia, por lo tanto este plazo del anterior en que la preclusión no opera por el solo ministerio de la ley, sino en virtud de una resolución judicial que así lo determine.

Nulidad especial del artículo 79 del Código de Procedimiento Civil. Esta disposición establece la facultad que tiene un litigante para pedir la nulidad procesal de lo que se haya obrado en el juicio en su rebeldía,

sus derechos, de manera que cualquier alegación de nulidad como es aquella que involucra el recurso en examen resulta improcedente, atendido que no ha existido perjuicio a su respecto reparable únicamente con la declaración que por esta vía se pretende, sino por el contrario, la conducta de la demandada es posible encuadrarla en la hipótesis del inciso 2º del artículo 187 del Código Orgánico de Tribunales, pues esa norma en relación con lo preceptuado en el citado artículo 305 inciso 2º, solo cabe sostener que en la especie operó la preclusión respecto de la excepción de incompetencia cuyo acogimiento insiste a través del presente arbitrio".

ofreciendo probar que ha estado impedido de concurrir al tribunal por fuerza mayor.

Este derecho, señala la disposición, sólo podrá reclamarse dentro de tres días contados desde que cesó el impedimento y pudo hacerse valer ante el tribunal que conoce del negocio. Si así no se hace, precluye la oportunidad legal y estamos en presencia de otro caso claro de preclusión establecido por el sistema de enjuiciamiento chileno.

Nulidad procesal del artículo 80 del Código de Procedimiento Civil.

Esta disposición regula la nulidad procesal basada en la existencia de dos vicios. El primero, cuando por un hecho no imputable han dejado de llegar a manos del litigante las copias a que se refieren los artículos 40 y 44, sea la notificación personal propiamente tal o la subsidiaria, y la segunda cuando las copias no son exactas en su parte sustancial.

En este caso estamos en presencia de una preclusión, toda vez que el Código en el inciso 2º del artículo 80 señala que este derecho no podrá reclamarse sino dentro de los cinco días contados desde que aparezca o se acredite que el litigante tuvo conocimiento personal del juicio.

Opera así, transcurrido el quinto día, una preclusión y quedará convalidado todo lo actuado en ese proceso si no se hace uso de este derecho en los términos previstos por el citado artículo 80.

No obstante, debemos mantenerse la reserva en cuanto a que para que juegue este artículo 80 se requiere de una **notificación viciada**, porque si no existe notificación de ninguna especie, su sanción no sería la preclusión sino que sería la inoponibilidad, como veremos más adelante.

Oportunidad para responder a los incidentes. El artículo 89 del Código de Procedimiento Civil otorga a la parte contraria el plazo de tres días para responder a las peticiones incidentales, y agrega el Código que vencido este plazo, haya o no contestado la materia, resolverá el tribunal la cuestión, a menos que haya necesidad de prueba. Por lo tanto, aquí precluye la oportunidad procesal para defenderse en el incidente si no se ha hecho uso del derecho dentro del plazo de tercer día.

Incidente general de nulidad procesal. El artículo 83 del Código consagra la nulidad procesal que ya examinamos y sólo interesa en estos momentos expresar que deberá ser reclamada dentro de los cinco días contados desde que aparezca o se acredite que quien debió reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio. Se excepciona de esta regla la incompetencia absoluta del tribunal. Transcurrido este plazo, queda convalidado el vicio y, por lo tanto, precluye la oportunidad de reclamar de la nulidad procesal por esta vía.

b) Realización de un acto incompatible con el ejercicio del derecho.

Frente a una posibilidad, la parte debe escoger. Al elegir una solución abandona la otra, la que no podrá ejecutar posteriormente, en virtud de la preclusión. Por ejemplo, frente al emplazamiento el demandado tiene una serie de alternativas. Si contesta la demanda, no puede luego oponer excepciones

dilatorias. Si el Juez dicta sentencia condenatoria y acoge la pretensión, no puede negar lugar a la demanda, etc.

c) Preclusión por consumación. Si se hace uso del derecho, no puede luego repetirse el acto. El principio de la consumación procesal, consiste en que la facultad se pierde con el ejercicio, se consuma con el uso. No es posible, por lo tanto, volver a comenzar, extinguidas las oportunidades que la ley otorga para el ejercicio de las facultades procesales. Luego, la tercera forma de manifestarse la preclusión consistiría en la imposibilidad de volver a ejercitar una facultad procesal, una vez que haya sido ejercida aunque exista plazo pendiente para ello.

Como conclusión puede decirse que la preclusión es una sanción a los actos jurídicos procesales que se da en los casos analizados, ya sea por el ejercicio o no ejercicio de la facultad y que sólo produce efectos dentro del proceso, a diferencia de la cosa juzgada que también los produce fuera del mismo.

INOPONIBILIDAD DEL ACTO PROCESAL

Concepto y antecedentes generales de la inoponibilidad procesal

El acto procesal es oponible cuando produce efectos en relación a las personas a quienes está destinado; es inoponible en todos los demás casos. La inoponibilidad de los actos procesales es la regla general.

La inoponibilidad debe examinarse dentro del esquema de ineficacia de los actos procesales, puesto que impide que el acto produzca sus efectos normales.

La inoponibilidad tiene su fundamento en los efectos relativos del proceso y de la sentencia que en él se dicte y, como consecuencia, la protección de los terceros que no pueden verse afectados por lo decidido por el órgano jurisdiccional.

La inoponibilidad es, en sus efectos, eminentemente relativa, ya que no ataca al acto mismo, que es válido y produce todos sus efectos para las partes que lo celebraron, sino que únicamente lo priva de ciertos efectos perjudiciales para los terceros cuyos intereses no se consideraron en su celebración.

"La inexistencia es la falta de un elemento constitutivo del acto que lo priva de efectos erga omnes, tanto para las partes, como con respecto a terceros. La inexistencia impide la formación del acto, que no existe para todo el mundo, y en tal circunstancia, todos pueden invocar la inexistencia del acto. En cambio, para que se produzca la inoponibilidad es necesario que exista un acto y que éste sea válido, plenamente eficaz para los contratantes. La inoponibilidad es una sanción que sólo pueden hacer valer los terceros en cuyo interés está establecida, y supone un acto perfecto, porque, de otra manera, no se concebiría cómo el tercero podría rechazar los efectos de un acto cuando éste no existe para nadie; ella es 'la ineficacia, respecto de terceros, de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico.

Para el análisis de la oponibilidad e inoponibilidad de los actos procesales debe distinguirse entre la oponibilidad del proceso y de la sentencia y recordar el concepto de partes y de terceros absolutos.

En cuanto a las partes la inoponibilidad procesal está fuertemente vinculada a los efectos de las sentencias jurisdiccionales. Concordante con este presupuesto, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que contiene los requisitos de la cosa juzgada, establece que la sentencia sólo afectará a las personas en cuanto hayan litigado en un proceso con un objeto y con una causa determinados. En otras palabras, es el conflicto sometido a proceso y los sujetos vinculados a él lo que hace que los efectos de la sentencia les sean oponibles.

Sujetos de la inoponibilidad procesal

Sujeto activo de la acción de inoponibilidad es aquel que puede hacerla efectiva jurisdiccionalmente, y sujeto pasivo, aquel en contra del cual se puede dirigir el proceso. En lo que se refiere al sujeto activo, la primera consecuencia de esta noción es el hecho de que la inoponibilidad es una

sanción establecida en consideración a terceros, y por consiguiente, sólo éstos podrán invocarla y nunca podrán hacerlo las partes involucradas. Estando la inoponibilidad prevista en interés de ciertos terceros, éstos pueden renunciarla, como se verá al tratar sus características.

En relación al titular de esta acción, debe tenerse presente que "la inoponibilidad es una sanción eminentemente relativa. Esta relatividad presenta dos aspectos: según el primero, la inoponibilidad sólo beneficia al tercero que la invoca y no pueden aprovecharse de ella otros terceros que no la han alegado o que la han renunciado; de acuerdo con el segundo, que es otro derivado de la separación del acto de sus efectos, la inoponibilidad autoriza a los terceros para rechazar la eficacia del acto a su respecto sólo en la medida que éste es perjudicial a sus intereses. El acto mismo, los efectos que se producen para las partes y los otros que no perjudican al tercero, quedan subsistentes en cuanto es posible.

Las partes solo podrán impetrarla en el caso de la sentencia dictada de extra petita.

En cuanto a los sujetos pasivos de la inoponibilidad, o sea, aquellas personas contra quienes se puede invocar. Entre las partes, el acto, teóricamente, produce sus efectos como si la inoponibilidad no existiese. Sin embargo, considerando el punto con un criterio práctico, puede constatarse que la ineffectuación influye en las relaciones jurídicas de las partes, porque si bien es cierto que pueden distinguirse y separarse los efectos que el acto jurídico produce inter partes, de aquellos que se realizan con relación a los terceros, no es menos cierto que las partes al contratar tuvieron en vista la totalidad de los efectos sin hacer distingos. La inoponibilidad las privará de muchas ventajas a que aspiraban y en otros casos el acto mismo desaparecerá.

Características de la inoponibilidad procesal.

La inoponibilidad procesal presenta las siguientes características:

a) Es una sanción de ineffectuación de los actos procesales. La inoponibilidad procesal es una sanción de ineffectuación porque evita que los actos procesales produzcan sus efectos normales.

Para que opere la inoponibilidad se presupone la existencia de un proceso y de actos procesales válidos, los que no podrán hacerse exigibles sino en relación a las personas ligadas al proceso y al conflicto sometido a juicio.

La inoponibilidad procesal, como sanción de ineffectuación de los actos procesales, es completamente diferente a la inoponibilidad del derecho común, toda vez que las partes del proceso y especialmente el demandado o sujeto pasivo, no deben manifestar su consentimiento para quedar afectados por el proceso y la sentencia que en él se dicte. A diferencia de lo que sucede en materia de nulidades, entre el autor del acto fraudulento y su beneficiario, el acto no se destruye, subsiste y produce, en consecuencia, todos sus efectos. Esto se deduce del objeto mismo de la acción en estudio: introducida en el

mecanismo jurídico en solo y exclusivo interés de los terceros, no altera en nada las relaciones entre las partes que son indiferentes para los primeros.

b) La inoponibilidad da eficacia al principio del debido proceso. Para que el proceso sea debido es de la esencia que el sujeto pasivo que quedará afectado por la sumisión a la jurisdicción sea debidamente emplazado, como única forma de optar por el derecho a defenderse. Esta es una de las principales consecuencias derivadas de la aplicación del principio de la bilateralidad, en virtud del cual la cosa juzgada sólo alcanza a los sujetos del proceso.

Ni los terceros ni otro conflicto pueden jamás quedar afectados por lo actuado en el proceso ni por los efectos de la sentencia, todo lo cual les es inoponible.

c) Para reclamar la inoponibilidad no hay plazos y los actos no se convalidan con el transcurso del tiempo. Es característico en la inoponibilidad que no existan plazos posibles para reclamarla, puesto que al tercero al que el acto le es inoponible, no puede afectarle plazo ni oportunidad alguna para hacerlo.

d) La inoponibilidad puede ser ratificada. La ratificación es el acto en virtud del cual quien lo hace manifiesta su voluntad para que el acto procesal le sea oponible.

La inoponibilidad puede renunciarse en todos los casos que se presente mediante la ratificación por la cual el tercero hace suyo el acto celebrado sin su autorización, pasando a tener la calidad de parte en ese acto que le era inoponible.

e) La inoponibilidad está vinculada a los límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada. Así lo disponen los artículos 177 y 170 del Código de Procedimiento Civil.

Esta característica "se traduce en que la cualidad de inmutable de la sentencia definitiva o interlocutoria firme alcanza solamente a las partes y objeto del litigio, sin perjuicio de la eficacia refleja de la misma sentencia (cuestión ajena a la cosa juzgada), que se despliega respecto de algunos terceros, que, si bien no litigaron, se encuentran en situaciones jurídicas materiales o substanciales dependientes de la relación decidida o conexa con ella. Un ejemplo de esta última situación se da en el caso de un segundo acreedor hipotecario, cuya hipoteca pasa a ser de primer grado si se anula la que investía esta última calidad: aquí el que era segundo acreedor hipotecario no ha sido parte en el juicio en que se anulara la primera hipoteca y, no obstante, aprovecha de la eficacia (refleja) de la sentencia dictada en aquél".⁴⁸⁸

f) Se encuentra reconocida por nuestro sistema procesal. No obstante que no está reglamentada sistemáticamente, la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales superiores han dado pleno reconocimiento a la inoponibilidad en nuestro sistema procesal.

Por lo tanto, su ubicación en nuestro derecho debe deducirse de los principios generales y de las escasas normas legales que la contemplan.

Los preceptos que sustentan la construcción de la teoría de la inoponibilidad procesal en nuestro sistema son -fundamentalmente: el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política y 177 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con diversas disposiciones referidas a la acción y al emplazamiento.

Reiteramos que en nuestro derecho el principio fundante se encuentra claramente consagrado por el artículo 3 del Código Civil, en cuanto expresa que: "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren". Esta disposición no hace otra cosa que reiterar la eficacia del efecto relativo de la cosa juzgada tanto en relación al conflicto como a las partes.

Casos de inoponibilidad previstos por nuestro sistema procesal.

Analizaremos a continuación algunos casos contemplados por nuestro sistema procesal.

1. Efectos de la sentencia en relación a las partes y al conflicto³⁹. Es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que las sentencias sólo afectan a las partes vinculadas en un proceso por una relación procesal válida y, como tal, oponible, y a la controversia en litis.

Si la ley protege a un tercero, sustrayéndolo a los efectos generales del mecanismo jurídico, es porque se le va a causar un perjuicio injusto.

Las disposiciones que a continuación recordamos apoyan esta afirmación:

La primera de ellas es el ya citado artículo 3 inciso 2 del Código Civil, que consagra el principio de los efectos relativos de la sentencia. Esta disposición debe complementarse con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que expresa al regular la cosa juzgada: "La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya: 1) identidad legal de personas; 2) identidad de la cosa pedida; y 3) identidad de la causa de pedir. Se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido enjuicio".

Para configurar a las partes como elementos de la cosa juzgada deben precisarse con exactitud quiénes son los sujetos del proceso, para lo cual debemos distinguir entre procesos civiles.

En el proceso civil el demandante es quien inicia la relación procesal con la presentación de su demanda, que de acuerdo al artículo 254 debe

³⁹ CORTE DE APPELACIONES DE VALPARAISO, ROL CAUSA N° 1113/2015, DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2015, Considerando 20º: Que, en cuanto a la inoponibilidad procesal de la sentencia, el tercerista ha de estarse a lo resuelto, esto es, una vez desechada la nulidad del contrato de compraventa de que se trata, no procede el alzamiento de la inscripción de la hipoteca que lo beneficia. Sin embargo, no es posible declarar la inoponibilidad de lo sentenciado en este juicio respecto del tercero. Esto porque, como se dijo en el considerando octavo de ésta sentencia, la comparecencia en juicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, necesariamente determina el sometimiento del contradictor a la sentencia definitiva, cuando esta queda en condiciones de ser cumplida.

contener su exacta individualización. La ley faculta al propio juez de oficio para no darle curso cuando no cumple con estas circunstancias, según lo previene el artículo 256. Por su parte el artículo 303 N° 2 autoriza al demandado a oponer excepción dilatoria cuando, a su juicio, falta la capacidad del demandante, o la personería o representación legal del que comparece en su nombre. Esta disposición la reitera el artículo 464 N° 2, en el juicio ejecutivo.

Fijadas las partes en la fase de discusión, corresponde al juez identificarlas con toda precisión en la sentencia definitiva. Dispone el artículo 170 que el sentenciador en su parte expositiva debe indicar: "La designación precisa de las partes litigantes, su domicilio y profesión u oficio".

A estas personas perfectamente individualizadas les afectan los resultados de la sentencia que, de acuerdo al artículo 175, produce la acción y la excepción de cosa juzgada. El objeto y la causa del proceso se identifican con la competencia específica del Tribunal.

Las disposiciones transcritas dan eficacia a los principios de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del debido proceso, ambos contemplados como garantías constitucionales en el artículo 19 N° 2 y 3 de la Constitución Política.

2. La inoponibilidad en el procedimiento ejecutivo incidental. Dispone el artículo 234 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil que "el tercero en contra de quien se pida el cumplimiento del fallo podrá deducir, además, la excepción de no empecerle la sentencia y deberá formular su oposición dentro del plazo de diez días".

3. La inoponibilidad en la agencia oficiosa procesal. El artículo 6 del Código de Procedimiento Civil contempla la agencia oficiosa procesal al expresar "que el que comparezca en juicio a nombre de otro, en desempeño de un mandato o en ejercicio de un cargo que requiera especial nombramiento, deberá exhibir el título que acredite su representación". Agrega que "podrá sin embargo, admitirse la comparecencia al juicio de una persona que obre sin poder en beneficio de otra, con tal que ofrezca garantía de que el interesado aprobará lo que se haya obrado en su nombre. El tribunal, para aceptar la representación, calificará las circunstancias del caso y la garantía ofrecida, y fijará un plazo para la ratificación del interesado".

Si la parte no ratifica lo actuado por su agente oficioso, todo ello le será inoponible en el proceso.

4. Acción de desposeimiento contra terceras poseedores de la finca hipotecada o acensuada. El Código de Procedimiento Civil estableció un procedimiento especial para afectar al tercer poseedor de un bien raíz gravado con hipoteca, lo que significa un reconocimiento a la inoponibilidad, puesto que no basta la sentencia dictada contra el deudor principal para que éste proyecte sus efectos hacia el tercero dueño del bien hipotecado.

DERECHO PROCESAL IV.

PARTE SEGUNDA: MEDIOS DE IMPUGNACIÓN PROCESAL.

CAPÍTULO I: MEDIOS DE IMPUGNACIÓN. GENERALIDADES.

1. CONCEPTO DE IMPUGNACIÓN

El proceso es la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión.

Todos los actos del proceso tienen una finalidad u objetivo (fines) y deben desarrollarse conforme a reglas predeterminadas.

Al legislador es a quien le corresponde establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento, para el desarrollo de los diversos actos del proceso.

Si los actos que se desarrollan en el proceso son irregulares, o injustos, se habrá incurrido en una incorrección o defectuosidad en el actuar procesal.

Las partes deben actuar para sanear las incorrecciones o defectos de los actos procesales mediante el ejercicio del poder de impugnación.

En este sentido, podemos señalar que la impugnación es la acción y efecto de atacar o refutar un acto judicial, un documento, la declaración de un testigo, el informe de un perito, etc., con el fin de obtener su revocación o invalidación.

De acuerdo con ello, la impugnación se nos aparece como el género, puesto que se puede comprender dentro de su concepto toda acción destinada a obtener el saneamiento de la incorrección o defecto del cual puede adolecer un acto procesal. El recurso, en cambio, es una de las especies de impugnación. Lo veremos de inmediato.

El principal acto procesal que emana del proceso es la sentencia, puesto que está destinada a resolver el conflicto mediante una decisión del órgano jurisdiccional.

En el evento que la sentencia se hubiere dictado en forma injusta o irregular, es procedente que sea impugnada, puesto que el proceso debe tender al logro de la justicia.

LOS RECURSOS PROCESALES.

Al existir la posibilidad cierta de error o injusticia en las resoluciones judiciales, la justicia del caso concreto queda mejor garantizada si el propio juez que dictó la resolución puede revisarla -mediando petición del interesado perjudicado-; y además las garantías aumentan cuando el nuevo examen de la cuestión ya decidida se confía a un Tribunal distinto, de jerarquía superior y generalmente colegiado, que tiene facultades para sustituir la decisión pronunciada por el inferior.

Los errores denunciados a través de los medios de impugnación abarcan tanto el error in procedendo (interpretación y aplicación de la ley procesal) como el error in iudicando (interpretación y aplicación de la ley material).

Desde el ángulo de la injusticia causada en juicio a la parte por la resolución judicial objeto de impugnación, los recursos aparecen como salvaguarda de los intereses particulares, tanto de las partes como del propio juez.

Así es, ya que si resulta fácil comprender cómo la parte afectada por el posible error recurre a la impugnación en busca de la remoción de la resolución injusta, respecto al órgano jurisdiccional, la posibilidad existente de que otro Tribunal superior (unipersonal o colegiado) pueda revisar su sentencia genera una saludable presión -no coactiva- sobre los jueces inferiores, que les impulsa a analizar todos los aspectos de la cuestión que deben resolver, y a motivar sólidamente la resolución que en definitiva adopten.

Ahora bien, el tomar como fundamento de los medios de impugnación la exclusiva referencia al posible error o injusticia de las resoluciones judiciales, plantea con frecuencia el problema de no poder traducir dicho error en términos objetivos; de ahí que resulte preferible atender a la idea de gravamen como base objetiva que obra a la vez como presupuesto del recurso. En este sentido, una resolución es recurrible, fundamentalmente, por resultar gravosa para la o las partes, con independencia de consideraciones subjetivas, como el considerarla errónea o no ajustada a derecho.

Desde el punto de vista externo a los efectos que causa la resolución objeto de la impugnación para la parte que recurre, los medios de impugnación son, además, un instrumento útil para la unificación de la jurisprudencia.

Algunos de los medios que el legislador nacional prevé para los efectos de impugnar una sentencia son los siguientes:

- a) El incidente de alzamiento de medidas precautorias;
- b) La oposición respecto de la actuación decretada con citación;
- c) El incidente de nulidad procesal del rebelde (art. 80 del CPC);
- d) La oposición de tercero (art. 234 inciso penúltimo del CPC);
- e) El juicio ordinario posterior a la sentencia en las querellas posesorias (art. 581 CPC);
- f) La renovación de la acción ejecutiva (art. 477 del CPC);
- g) El recurso de revisión, o más bien, la acción impugnativa autónoma de una determinada resolución judicial por concurrir las causales legales (arts. 810-816 del CPC);
- h) Los recursos.

En doctrina se han distinguido las siguientes posibilidades de impugnación en el proceso civil:

Medios de impugnación consistentes en un nuevo proceso por haber adquirido firmeza la sentencia contra la que se dirigen, aquí se incluirían la

rescisión de sentencias dictadas en rebeldía y la revisión, de sentencias firmes. También podría entenderse que abarca los juicios declarativos posteriores en juicios sumarios y las tercerías de dominio y mejor derecho;

-Medios de impugnación consistentes en incidentes de oposición a una resolución concreta, como son la oposición a las medidas cautelares acordadas sin previa audiencia del demandado;

-Medios de impugnación dirigidos a producir una nueva cognición de cuestiones ya resueltas mediante resoluciones que no son firmes y que se han dictado con las ordinarias posibilidades de audiencia previa de las partes. En esta categoría se incluyen los recursos en sentido estricto, si bien no podemos olvidar que parte de la doctrina desgaja esta especie en dos subgrupos: recursos propiamente dichos y remedios, atendiendo a que gocen o no de efecto devolutivo; es decir, de los recursos conocerá el órgano superior jerárquico de aquel que dictó la resolución impugnada, mientras que en el remedio será el mismo órgano que revise su propia decisión.

Pese a la disparidad de instituciones que integramos en la categoría de medios de impugnación, resulta que como sustrato común se encuentra la necesidad de combinar la estabilidad de cosa juzgada con la satisfacción de los intereses de las partes vencidas. Siendo esto así, su fundamento será complejo y deberá coordinar ambos elementos:

- Por un lado, servir como control a la actividad del juez. El órgano puede incurrir en un error en el desempeño de su actividad, de modo que el nuevo examen, especialmente cuando es realizado por un Tribunal superior, garantiza en cierta medida el acierto de la resolución;

- Y por otro, asegurar el derecho de defensa del perjudicado por la resolución, de modo que entra en juego el término gravamen justificándose la impugnación por ser la resolución objeto de la misma gravosa para la parte.

Esto quiere decir que se articulan estos mecanismos para asegurar el buen fin del proceso, permitiendo que se revisen las resoluciones subsanando posibles errores y autorizando a la parte respecto de la cual la resolución no es favorable a que solicite una nueva reflexión a los órganos jurisdiccionales, asegurándose de que se ha tomado la decisión correcta. La idea es que se vuelva a trabajar sobre el asunto, pero con limitaciones garantistas del principio de seguridad jurídica.

CAPÍTULO II. LOS RECURSOS PROCESALES.

1. CONCEPTO

El recurso es el acto jurídico procesal de parte o de quien tenga legitimación actual; mediante el cual impugna una resolución judicial no ejecutoriada, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su pronunciamiento.

El recurso es el medio técnico que ejerce una parte dentro del proceso en que se dictó una resolución, que no ha alcanzado el carácter de firme o ejecutoriada, para la impugnación y subsanación de los errores que ella eventualmente pueda adolecer, dirigido a provocar la revisión de la misma, ya sea por el mismo juez que la dictó o por otro de superior jerarquía.

La existencia de los recursos nace de la realidad de la falibilidad humana, que en el caso de la sentencia recae en la persona del juez, y en la pretensión de las partes de no aceptar la resolución que les cause un perjuicio por no haber acogido las peticiones formuladas en el proceso.

Los recursos judiciales satisfacen la pretensión de las partes de ver revisada una resolución ya sea por el mismo Tribunal que la ha dictado o bien por el superior jerárquico, según el caso, normalmente en este último caso ante un órgano de carácter colegiado.

2. ELEMENTOS:

Para que nos encontremos en presencia de un recurso es menester que concurran conjuntamente todos y cada uno de los siguientes elementos:

- a) Debe estar previsto por el legislador, determinando el Tribunal que debe conocer de él y el procedimiento que debe seguirse para su resolución;
- b) Es un acto jurídico procesal de parte o de quien tenga legitimación para actuar;
- c) Debe existir un agravio para el recurrente;
- d) Debe impugnarse una resolución judicial no ejecutoriada, dentro del mismo proceso en que se dictó;
- e) Persigue la revisión de la sentencia impugnada.

3. ANÁLISIS DE LOS REFERIDOS ELEMENTOS.

Cada uno de los elementos antes señalados debe concurrir para encontrarnos en presencia de un recurso. Ellos son los que procederemos a analizar a continuación.

a) **La existencia del recurso debe ser prevista por el legislador**, determinando el Tribunal que debe conocer del mismo y el procedimiento que debe seguirse para su resolución

La existencia de todo recurso debe ser contemplada por parte del legislador, por cuanto ello implica reconocerle atribuciones a los tribunales para conocer de él, resolviendo los asuntos que la ley ha entregado a su conocimiento.

Al efecto, de conformidad a lo previsto en el art. 77 de la Constitución Política, "una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República".

En consecuencia, debe establecerse mediante una ley orgánica constitucional el Tribunal a quien le corresponde conocer de un determinado recurso; por cuanto ello importa concederle a éste determinadas atribuciones. Esta materia, como regla general, se regula específicamente en el Código Orgánico de Tribunales, al tratar de la competencia que corresponde al pleno y a las salas de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, sin perjuicio de las leyes orgánicas constitucionales especiales que puedan establecerse sobre esta materia.

Por otra parte, en lo que dice relación con la oportunidad y con la forma que debe seguirse para la tramitación y resolución de un determinado recurso, atendido a que éste forma parte del procedimiento que debe seguirse para la solución de un conflicto, debe también ser establecido por el legislador. ,

Al efecto, debemos recordar que conforme a lo previsto en el art. 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República, toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Correspondrá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

Estos principios han sido expresamente reconocidos por nuestro legislador procesal penal en el art. 352 del C. Procesal Penal, titulado Facultad de recurrir, al prescribir que "podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el ministerio público y los demás intervenientes agraviados por ellas, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley" (énfasis añadido).

b) Acto jurídico procesal de parte o de quien tenga legitimación para actuar.

El recurso, como la generalidad de los actos jurídicos procesales que se realizan en el proceso, es esencialmente unilateral.

Además, la mayoría de los recursos presentan diversas solemnidades que deben ser cumplidas en su interposición, bajo sanción de ser declarados inadmisibles.

Como regla general, la parte es el sujeto que se encuentra en una posición que lo legitima especialmente para impugnar la injusticia de una determinada resolución judicial.

Sin embargo, el recurso puede ser deducido excepcionalmente no sólo por quien haya sido parte formal en el proceso, sino también por quien habría podido ser parte en el procedimiento en que se pronunció la sentencia.

Se comprende así que también un tercero puede estar facultado para recurrir, el que no es un tercero cualquiera, sino que es aquel tercero que a título de tercero principal, coadyuvante, independiente o como sustituto procesal, haya podido actuar en el proceso en que se dictó la resolución respectiva.

En la misma situación se encuentra la víctima que no hubiere deducido una querella, haciendo valer la acción penal pública o un delito de acción penal pública previa instancia particular en el nuevo proceso penal, la que no es parte, sino que tan sólo un interviniente, y no obstante ello se encuentra facultado para impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo y la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el respectivo procedimiento.

Este principio ha sido expresamente reconocido por nuestro legislador procesal penal en el referido art. 352 del C. Procesal Penal, titulado Facultad de recurrir, al prescribir que "podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el ministerio público y los demás intervinientes agraviados por ellas, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley".

c) Agravio para el recurrente.

El agravio existe cuando hay una diferencia entre lo pedido al juez, por una parte, y lo que éste concede al peticionario, por la otra, perjudicando a éste la diferencia existente entre lo pedido y lo que en definitiva es concedido en la resolución pronunciada por el juez.

El agravio no sólo es material o se refiere a la distinta manera de entender la aplicación de la ley material al caso concreto; igualmente existe gravamen cuando la diferencia de lo pedido y lo conseguido se concreta a cuestiones o peticiones de orden procesal.

El agravio propiamente tal se entiende que concurre cuando no se obtiene todo lo que se ha pedido en el proceso. En otras palabras, una resolución causará agravio a una parte cuando ésta le ha sido desfavorable por no haberse acogido íntegramente las pretensiones o defensas hechas valer por ella en el proceso.

El agravio o perjuicio es toda diferencia existente en perjuicio de la parte recurrente, y que tratándose de la sentencia definitiva podemos identificarlo por la diferencia existente entre lo pedido en los escritos de demanda y contestación, principalmente, y lo otorgado en la resolución judicial.

El agravio o perjuicio se determina y debe existir fundamentalmente en la parte dispositiva de la resolución sujeta a impugnación, y no en la parte considerativa de ella, en la que se contienen los fundamentos de hecho y de derecho de la resolución, puesto que es aquella parte en la cual el Tribunal se

pronuncia acerca de las peticiones de las partes. De acuerdo con lo anterior, no nos será posible hablar de la existencia de un perjuicio o agravio cuando la diferencia sólo existe entre los argumentos en los que las partes han fundado sus peticiones y la parte considerativa de la resolución, mas no entre las peticiones de una de ellas y lo resuelto en la parte dispositiva de la sentencia.

Además, es menester tener presente que el agravio o perjuicio puede existir no sólo respecto de una parte, sino que respecto de todas las partes en el proceso con motivo de la dictación de una resolución judicial, puesto que ella puede no haber acogido en su parte dispositiva íntegramente las peticiones de todas las partes. En tal caso, la sentencia causará agravio o perjuicio a ambas partes, y las dos se encontrarán facultadas para recurrir. La existencia de este tipo de resoluciones es importante, puesto que además son las que generan la posibilidad de que exista la institución de adhesión a la apelación, y el recurso de nulidad en el nuevo proceso penal.

Ahora bien, en doctrina procesal se suele distinguir entre dos agravios diferentes: el llamado agravio objetivo y el denominado agravio subjetivo.

El agravio objetivo es aquel que surge de comparar la posición del sujeto a quien la sentencia se le aplica, debiendo existir una diferencia entre lo que en ella se decide, y que naturalmente es el sustento del concepto mismo de recurso, con lo pretendido por la parte en su demanda o defensa.

Este agravio no provoca inmediata y automáticamente la existencia de un recurso procesal, ya que es necesario que el agraviado objetivamente decida interponer el respectivo recurso, impulsándolo en la forma dispuesta por la ley de procedimiento, puesto que si se conforma, o no hace uso de él en la oportunidad correspondiente, precluye su derecho a recurrir. Con ello, el agravio subjetivo debe concretarse y especificarse por el recurrente respecto de la parte de la sentencia que estima que le perjudica y que se invoca como el fundamento y el objeto específico de su recurso.

En definitiva, el agravio subjetivo, que se concreta en la petición que formula el recurrente, es el que otorga competencia al Tribunal superior, aun cuando el agravio objetivo hubiere sido mayor para el recurrente. Tal sería el caso, por ejemplo, en que una sentencia condene a pagar una determinada indemnización de perjuicios y el recurrente, en lugar de pedir su revocación, se limita solamente a solicitar la rebaja del monto de dicha indemnización. En tal caso, el Tribunal sólo poseerá competencia para pronunciarse respecto de la rebaja de la indemnización, aun cuando el agravio objetivo hubiere sido mayor, por lo que habría podido solicitar la revocación del fallo para generar el rechazo íntegro de la demanda.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha previsto en forma específica el agravio objetivo para establecer los casos en que una sentencia definitiva causa agravio o perjuicio a una de las partes. Al efecto, el art. 751 del CPC nos señala que existe agravio -dentro del llamado juicio de hacienda- en caso de que:

- i) La sentencia no acoge totalmente la demanda (agravio para el demandante).

fi) La sentencia no acoge totalmente la reconvención (agravio para el demandado).

iii) La sentencia no desecha en todas sus partes la demanda (agravio para el demandado).

iv) La sentencia no desecha en todas sus partes la reconvención (agravio para el demandante).

Este agravio es propio de todo recurso y tiene especial aplicación respecto del recurso de apelación en materia civil.

En el nuevo sistema procesal penal no se contempla tan sólo el agravio como fundamento para deducir el recurso de apelación, lo que se justifica atendida la consagración de la precedencia específica del recurso de apelación sólo en contra de ciertas y determinadas resoluciones judiciales.

No obstante, tratándose de otros recursos, como son los que persiguen en forma extraordinaria la invalidación del fallo, el agravio es más complejo, puesto que no basta con el hecho de ser parte y que el fallo resulte desfavorable a ésta, sino que además se requiere que debe afectarle al recurrente la causal en que se basa su petición de declaración de nulidad.

Así por ejemplo, en el recurso de casación en la forma, que sólo puede ser deducido basado en algunas de las causales que la ley establece, dado su carácter de derecho estricto, es menester para que se configure el agravio que concurran los siguientes elementos:

- Ser parte en el juicio;
- Que la sentencia sea desfavorable;
- Que el recurrente invoque un vicio que lo afecta a él;
- Que el recurrente no hubiere consentido en el vicio, habiendo preparado el recurso en los casos previstos por la ley.

En el nuevo sistema procesal penal excepcionalmente la anterior regla se rompe tratándose del recurso de nulidad sólo cuando él se interpone basado en las causales denominadas motivos absolutos de nulidad (art. 374 del C. Procesal Penal), dado que basta la concurrencia de la causal y que la sentencia cause agravio al recurrente para que sea procedente dicho medio de impugnación, sin que sea necesario exigir que el vicio le haya generado un perjuicio al recurrente por haberse efectuado esa calificación por parte del legislador, la que posee un carácter vinculante para el Tribunal que debe pronunciarse acerca de la admisibilidad del recurso.

d) Impugnación de una resolución judicial no ejecutoriada, dentro del mismo proceso en que se dictó.

El recurso no es más que una emanación del derecho de acción que se ha ejercido dentro del mismo proceso en que se dictó la resolución.

"La facultad de obtener, en mayor o menor medida, nuevos juicios sobre una o más cuestiones que han sido objeto de un primer juicio contenido en una sentencia, la conceden las normas procesales, por cuanto, estando la potestad de juzgar encomendada a los órganos del Estado, encarnados por hombres, y siendo el conocimiento humano relativo, subjetivo y falible, a

través de dicho aparato el derecho tiende a conseguir un producto de la actividad intelectual y volitiva de tales órganos que corresponda lo más posible a la verdad, a la justicia y a la legalidad.

Mas, para obtener este resultado, no es suficiente una pura revisión del producto final de la actividad del órgano al cual se acudió una primera vez, sino que para mayor garantía de la justicia, de la verdad y de la legalidad de la decisión, es necesario que esa obra de revisión vaya acompañada de todo un procedimiento que en mayor o menor medida consienta el reexamen de las cuestiones ya decididas, a fin de apreciar la conformidad de ellas con la justicia, la verdad y la legalidad.

De acuerdo con lo expuesto, podemos señalar que existe una relación del todo a parte entre la acción y el recurso, siendo éste el medio para que la parte continúe con su actividad dentro del proceso a través de una nueva fase, para los efectos de obtener una resolución que resuelva el conflicto. En este sentido, se podría señalar que el recurso no viene a ser más que el medio para pasar de una a otra fase del proceso, sin romper la unidad de éste.

La cosa juzgada contiene en sí misma la preclusión de cualquier cuestión futura. La institución de la preclusión es la base práctica de la eficacia de la sentencia; quiere decir que la cosa juzgada substancial (obligatoriedad en los juicios futuros) tiene por presupuesto la cosa juzgada formal (preclusión de las impugnaciones)".

De allí que el recurso se interpone siempre en contra de una resolución que no ha alcanzado el estado de ejecutoriedad o de firmeza, y por ello no se ha producido la cosa juzgada formal, puesto que se, trata de un proceso que no ha terminado por restar una fase recursiva.

El término del proceso se produce por la cosa juzgada formal, la que ocurre con la preclusión de los recursos en contra de la resolución que decide el conflicto.

e) Revisión de la sentencia impugnada

El objeto que se persigue mediante el recurso es la eliminación del agravio generado en la sentencia.

Ello se puede lograr mediante la reforma de una resolución judicial: -La nulidad de una resolución judicial.

Se persigue la reforma de una sentencia cuando ha sido dictada dando cumplimiento a los requisitos previstos por la ley, pero se estima por la parte que recurre que ella, en su totalidad o en una parte, no ha resuelto en forma justa el conflicto de acuerdo con lo pedido dentro del proceso, solicitando por ello su revocación o enmienda. La eliminación del perjuicio o agravio puede obtenerse mediante la revocación del fallo o mediante su modificación parcial, según si el agravio causado por la resolución impugnada hubiere sido total o parcial. Los recursos que persiguen este objetivo son los de reposición y apelación.

Se persigue la nulidad o invalidación de una sentencia cuando ella ha sido dictada sin darse cumplimiento a los requisitos previstos por la ley, por lo

que se requiere por la parte perjudicada su invalidación por las causales específicas previstas por el legislador para los efectos de eliminar el agravio que se le ha causado con su dictación.

Los recursos en que se persigue este objetivo son los de casación en la forma y en el fondo, tanto en el procedimiento civil como en el antiguo procedimiento penal, y el recurso de nulidad, en el nuevo sistema procesal penal.

Debemos hacer presente que en el recurso de casación en la forma, cuando el vicio se comete en la dictación de la sentencia, y en el recurso de casación en el fondo no sólo existe la sentencia de casación en la que se anula el fallo, sino que debe dictarse también una sentencia de reemplazo en la cual se resuelva correctamente el asunto.

En el nuevo sistema procesal penal la regla general es que el Tribunal superior que conoce del recurso anule la sentencia y/o el juicio oral, sin que pueda dictar una sentencia de reemplazo, debiendo por ello realizarse un nuevo juicio oral ante el Tribunal de juicio oral integrado por nuevos jueces.

4. FUENTES DE LOS RECURSOS

Las fuentes de los recursos son:

- Constitución Política de la República;
- Código Orgánico de Tribunales;
- Código de Procedimiento Civil;
- Código de Procedimiento Penal;
- Código Procesal Penal;
- Recursos de carácter especial contemplados fuera de los Códigos procedimentales de aplicación general;
- Sistema de los recursos respecto de los tribunales arbitrales.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

La Constitución Política puede ser considerada de dos formas como fuente:

A) Fuente directa

Nos encontramos con situaciones en que nuestra Carta Fundamental es fuente directa respecto de todos aquellos recursos que la propia Constitución crea y cuya reglamentación está generalmente entregada a una ley posterior.

La Constitución Política, para que las personas se defiendan de los demás individuos frente a acciones u omisiones que las amenazan, perturban o privan de los derechos y garantías más esenciales, ha consagrado acciones para permitirles acudir a los órganos jurisdiccionales de mayor jerarquía en busca de una pronta protección o amparo.

Con tal objeto, nuestra Carta Fundamental contempla cuatro acciones a las que denomina recursos:

a) Recurso de protección

Este recurso se prevé en el art. 20 de la Constitución Política.

b) Recurso de amparo

Este recurso se encuentra previsto en el art. 21 de la C. Pol. Se reglamentan dos clases de acción de amparo:

- Acción preventiva: establecida en el inciso final del referido art. 21. Señala la posibilidad de amparo para evitar las amenazas en contra de la garantía de la libertad.

-Acción curativa o correctiva: se refiere al caso en que la garantía recién referida ya hubiere sido violada.

B) Fuente indirecta

Se refiere a todas las normas que se vinculan a instituciones generales del derecho procesal y entre las cuales deben considerarse los recursos.

a) Bases de la institucionalidad

El art. 7º establece la órbita de acción de los órganos del Estado, entre los que se encuentran los tribunales. De este artículo se deduce que el sistema de recursos forma parte de la limitación de la órbita de las funciones de los organismos del Estado.

b) Derechos y deberes constitucionales

El art. 19 N° 3 establece que la Constitución Política asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Esta norma lleva envuelta la idea de debido proceso, para lo cual es indispensable un sistema adecuado de recursos. El recurso responde a la idea de que el proceso sea racional y justo.

c) El art. 19 N° 7 establece que la Constitución Política asegura a todas las personas el derecho a la libertad y a la seguridad individual. De estas normas han nacido el recurso de amparo y el recurso de protección.

CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES

Fuente directa. El Código Orgánico de Tribunales es fuente directa

a) El art. 278 establece el recurso de reposición en carácter administrativo que procede sólo respecto de resoluciones que versan sobre la calificación de los jueces. Asimismo, establece el recurso de apelación por esta misma causa.

b) El Código Orgánico de Tribunales también reglamenta el recurso de queja. Este recurso se interpone ante una grave falta o abuso de carácter ministerial que se produce al dictar una sentencia definitiva o interlocutoria que pone término al juicio o hace imposible su continuación, contra la que no proceden otros recursos. Se dirige contra la persona del juez o jueces que la hubieren pronunciado, a diferencia de la apelación y los otros recursos jurisdiccionales, que se dirigen directamente contra la resolución. Puede importar modificar la resolución dictada con grave falta o abuso y además conllevar a la aplicación de una medida disciplinaria al juez o jueces que la hubieren pronunciado, lo que se justifica en atención a que procede sólo en caso de no poderse interponer otros recursos ordinarios o extraordinarios en contra de la resolución.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El CPC reglamenta inorgánicamente los recursos procesales, al referirse a ellos tanto en el libro I (Disposiciones comunes a todo procedimiento) como en el libro III (Procedimientos especiales).

La forma de regular algunos de los recursos en el libro I, sobre las normas comunes a todo procedimiento, es conveniente, porque así ellos pueden aplicarse a todo procedimiento general y especial del CPC, salvo norma expresa en contrario.

Los recursos que reglamenta este Código son:

a) El recurso de reposición (art. 181) en su doble aspecto. Habitualmente se denominan reposición ordinaria o extraordinaria según tenga que interponerse en un plazo determinado o no.

b) El recurso de aclaración, rectificación o enmienda (art. 182). Este mal denominado recurso es una excepción a la institución del desasimiento del Tribunal.

c) El recurso de apelación (arts. 186 y ss.).

d) El recurso de hecho, tanto el denominado verdadero (arts. 203 y ss.) como el falso recurso de hecho (art. 196).

e) El recurso de casación (arts. 764 y ss., título XIX del libro III). En dicho título se establecen normas comunes al recurso de casación en el fondo y forma; y se contemplan normas especiales respecto de cada uno de ellos.

f) El denominado recurso de revisión (arts. 810 y ss.).

Las disposiciones comunes que se contemplan para la regulación de los recursos presentan como característica que ellas pueden ser alteradas, en ciertos casos específicos, por normas especiales.

Un claro ejemplo respecto de esta materia lo encontramos en la forma de conceder el recurso de apelación, dado que se contemplan normas de excepción por sobre las normas generales en diversos preceptos contenidos a lo largo del CPC y leyes especiales, las que últimamente se han extendido de forma tal que han revertido la regla general a situaciones excepcionales, como veremos al analizar el recurso de apelación.

CÓDIGO PROCESAL PENAL

El C. Procesal Penal realiza una regulación orgánica de los recursos en su libro III.

En dicho libro III, denominado Los recursos, se prevén en su título I las Disposiciones generales que deben regir respecto de la interposición de cualquier recurso, salvo norma especial diversa.

- En el título II se regula el recurso de reposición;
- En el título III se regula el recurso de apelación;
- En el título IV se regula el recurso de nulidad;

- En el párrafo III, del título VIII, del libro IV, se regula la acción de revisión de sentencias firmes condenatorias.

Los recursos que se reglamentan en el C. Procesal Penal se rigen:

a) En primer lugar, por las reglas especiales que con relación a cada recurso se contienen en los títulos II y siguientes de su libro III;

b) En segundo lugar, por las reglas generales previstas en el título I de su libro III;

c) Finalmente, los recursos en el nuevo sistema procesal penal se rigen supletoriamente por las reglas del título III (Del juicio oral) de su libro II, según lo señala expresamente el art. 361.

Por otra parte, debemos tener presente que el art. 52 del C. Procesal Penal hace aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento del libro I del CPC, por lo que debería tener aplicación lo que se contempla en éste respecto de la aclaración, rectificación o enmienda.

5. CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS:

Los recursos procesales suelen clasificarse atendiendo a los siguientes puntos de vista:

I.- ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS.-

1.- Ordinarios.- Son aquellos que tienen causas genéricas de admisibilidad y proceden en contra de toda clase de resoluciones, siendo el más característico de ellos el de apelación.-

2.- Extraordinarios.- Proceden en contra de ciertas y determinadas resoluciones establecidas por la ley, y, por causales específicamente señaladas por ella misma;

II.- RECURSOS DE RETRACTACIÓN Y DE REFORMA.-

1.- Retractación.- Son aquellos cuyo conocimiento y resolución corresponde al tribunal que dictó la resolución recurrida, verbi gracia: el recurso de reposición;

2.- Reforma.- Son los que se intentan ante el juez que pronunció la resolución que se impugna, para que sea conocida y decidida por el superior jerárquico;

III.- DE NULIDAD Y DE CORRECCIÓN.-

1.- De nulidad.- Son aquellos en que la parte recurrente pretende obtener la declaración de nulidad de la resolución impugnada mediante el respectivo recurso: ej. Casación y revisión.-

2.- De corrección.- La parte recurrente, mediante la interposición del recurso no pretende la invalidez de la resolución sino que busca la modificación o revocación de la decisión contenida en la resolución.-

IV.- RECURSO DE ACLARACIÓN, RECTIFICACIÓN O ENMIENDA.-

Aparentemente, el objetivo de este recurso parece ser único, no obstante, fácil es advertir una diferencia substancial y así tenemos:

a.- Aclaración.- La resolución en este evento no contiene errores, pero es confusa lo que dificulta su aplicación;

b.- Rectificación o enmienda.- En esta situación, la resolución contiene errores de cálculos numéricos, de copia o de referencia.

Esta distinción sólo adquiere relevancia en cuanto a la posibilidad que tiene el tribunal de actuar oficiosamente y que solamente se le reconoce cuando se trata de la rectificación o enmiende.

Este recurso es necesario vincularlo al principio del desasimiento a que alude el artículo 182 inciso 1º del Código de Procedimiento Civil, que impide al tribunal que dictó una sentencia definitiva o interlocutoria introducirle alteración o modificación alguna, desde el instante de su notificación a alguna de las partes, de manera que nos encontramos en presencia de una excepción al referido instituto del desasimiento, siempre y cuando se pretenda:

- a.- Aclarar una sentencia oscura, o
- b.- Rectificar ciertos errores.

V.- DE ACUERDO CON EL TRIBUNAL ANTE EL QUE SE INTERPONEN Y POR QUIEN SE CONOCE Y FALLA

Atendiendo a este aspecto, podremos distinguir las siguientes clases de recursos:

- a) Recursos que se interponen ante el mismo Tribunal que dictó la resolución para que el mismo los falle;
- b) Recursos que se interponen ante el mismo Tribunal que dictó la resolución para que los falle el superior jerárquico;
- c) Recursos que se interponen ante el mismo Tribunal que dictó la resolución para que los falle con competencia per saltum no su superior jerárquico, sino que el Tribunal de superior jerarquía de éste;

A continuación nos referiremos brevemente a cada una de estas categorías.

- a) Recursos que se interponen ante el Tribunal que dictó la resolución para que el mismo los falle

En doctrina estos recursos reciben el nombre de "recursos de retractación" o remedios procesales.

En nuestro ordenamiento jurídico pertenecen a este grupo el denominado recurso de aclaración, rectificación o enmienda y el recurso de reposición.

- b) Recursos que se interponen ante el mismo Tribunal que dictó la resolución para que los falle el superior jerárquico.

En nuestro ordenamiento jurídico pertenecen a esta categoría los recursos de apelación y de casación en la forma.

En el nuevo sistema procesal penal, por regla general se encuentra dentro de esta categoría el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva pronunciada por los tribunales oral en lo penal, el que es conocido por la Corte de Apelaciones respectiva.⁷²

- c) Recursos que se interponen ante el mismo Tribunal que dictó la resolución para que los falle con competencia per saltum no su superior jerárquico, sino que el Tribunal de superior jerarquía de éste

El caso de competencia per saltum para el conocimiento de un recurso lo encontramos en el recurso de nulidad en contra de una sentencia definitiva pronunciada por un Tribunal oral o por un juez de garantía en un procedimiento simplificado" en el que si se interpone por algunas de las causales y concurriendo las circunstancias específicas previstas en la ley, es conocido excepcionalmente por la Corte Suprema y no por la Corte de Apelaciones respectiva.

Además, debemos tener presente que esta competencia per saltum tiene una fuerza atractiva, dado que la Corte Suprema no sólo es competente para conocer esas dos causales del recurso, sino que también puede conocer conjuntamente con ellas de las otras causales en que se hubiere fundamentado el recurso y cuyo conocimiento sería de competencia de la Corte de Apelaciones de no haberse hecho valer alguna de las dos causales antes referidas.

d) Recursos que se interponen directamente ante el Tribunal que la ley señala para los efectos que los falle el mismo

Normalmente, en estos casos, los recursos se interponen ante el superior jerárquico. Pertenecen a esta clasificación los recursos de revisión, de queja y de hecho.

Tratándose de los árbitros, el Tribunal superior jerárquico para los efectos de la interposición de un recurso de queja es la Corte de Apelaciones respectiva.

VI. CLASIFICACIÓN EN RELACIÓN CON EL EFECTO DEVOLUTIVO QUE PRODUCE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO.

El efecto devolutivo es aquel que confiere competencia a un Tribunal de superior jerarquía al que dictó la resolución impugnada para que conozca y se pronuncie acerca del recurso interpuesto.

Nos encontraremos en presencia de un recurso que no comprende el efecto devolutivo, denominado también remedio procesal, cuando el recurso deberá ser conocido y resuelto por el mismo Tribunal que dictó la resolución impugnada. Ejemplo típico de esta clase de recursos es la reposición.

En este caso, tendremos un solo Tribunal competente para conocer de la causa, como lo es el que está conociendo del asunto, y a quien le corresponderá también fallar la reposición deducida en contra de la resolución impugnada por él pronunciada.

En cambio, nos encontraremos en presencia de un recurso que comprende el efecto devolutivo, denominado también propiamente recurso procesal, cuando el recurso deberá ser conocido y resuelto por un Tribunal de superior jerarquía al que dictó la resolución impugnada. Ejemplo típico de esta clase de recursos es el recurso de apelación, casación en la forma y fondo y recurso de nulidad.

En este caso, tendremos dos tribunales competentes, como lo son el que está conociendo del asunto, ante quien se interpone normalmente el recurso, y el Tribunal superior, a quien le corresponderá conocer y fallar el recurso deducido en contra de la resolución impugnada.

VII.- CLASIFICACIÓN EN RELACIÓN CON EL EFECTO SUSPENSIVO QUE PRODUCE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO.

En los procesos escritos y de lato conocimiento, la regla general es que se prevea por el legislador que la sola interposición del recurso genera la suspensión de la tramitación del asunto y la imposibilidad de cumplimiento de la resolución impugnada.

En estos casos, se señala que el recurso se concede en ambos efectos -devolutivo y suspensivo- y produce el efecto de suspender el cumplimiento de la resolución impugnada, encontrándonos en presencia por ello de una resolución que no causa ejecutoria y respecto de la que no es posible por ello pedir su cumplimiento provisional.

Ejemplo típico de ello es el recurso de apelación en el proceso civil. Sin embargo, esta regla general encuentra hoy limitada su procedencia en la práctica por las modificaciones posteriores introducidas a la apelación en contra de la sentencia definitiva dictada en un juicio ordinario de mayor cuantía en el proceso civil y en contra de la sentencia definitiva dictada en contra del ejecutante en el juicio ejecutivo o demandante de cumplimiento incidental. Otro ejemplo sería el recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria en el nuevo sistema procesal penal.

En los procesos orales y concentrados, la regla general es que se prevea por el legislador que la sola interposición del recurso no genera la suspensión de la tramitación del conocimiento y por ello es posible solicitar el cumplimiento de la resolución impugnada, salvo que nos encontremos ante una sentencia condenatoria penal.

En estos casos, se señala que el recurso comprende el solo efecto devolutivo mediante el cual se otorga competencia al superior para conocer del recurso, pero no comprende el efecto suspensivo para, como su nombre lo indica, provocar la suspensión del cumplimiento de la resolución impugnada. Aquí nos encontramos en presencia de una resolución que causa ejecutoria que puede cumplirse provisionalmente. En este caso, tendremos dos tribunales competentes: i) el que está conociendo del asunto, ante quien se interpone normalmente el recurso, que continuará conociendo del mismo, pudiendo incluso pedirse ante él el cumplimiento provisional del fallo; ii) y el Tribunal superior, a quien le corresponderá conocer y fallar el recurso deducido en contra de la resolución impugnada.

Ejemplo típico de ello son los recursos de casación en la forma y en el fondo, el recurso de apelación y el recurso de nulidad en contra de una sentencia absolutoria en el nuevo sistema procesal penal. El recurso de apelación en el proceso civil contempla, como principio general, su procedencia en ambos efectos, pero en la práctica procede respecto de la mayoría de las resoluciones en el solo efecto devolutivo después de las diversas modificaciones introducidas a ese Código.

6.- PRINCIPIOS APLICABLES AL SISTEMA DE RECURSOS CHILENOS

Por lo que se refiere al sistema de recursos podemos distinguir claramente la primacía de algunos principios respecto de ellos, como son los principios de jerarquía, doble instancia y preclusión que veremos a continuación.

A) PRINCIPIO JERÁRQUICO

Este principio se aplica preferentemente para determinar el Tribunal competente para conocer de un recurso, existiendo muy escasas excepciones que son señaladas expresamente por la ley.

De acuerdo con esta regla, el recurso interpuesto siempre lo debe conocer y fallar el superior jerárquico del Tribunal que pronunció la resolución que se impugna.

Hacen excepción a la regla de la jerarquía el recurso de reposición y el recurso de nulidad en los casos de competencia per saltum de la Corte Suprema, para conocer del mismo cuando se deduce en contra de la sentencia pronunciada por un Tribunal oral o por el juez de garantía en el procedimiento simplificado.

B) PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA

Tanto en materia civil como en el antiguo procedimiento penal, el legislador establece como regla general el principio de la doble instancia para la garantía del debido proceso.

En el antiguo sistema procesal penal se ve reforzada la existencia de la revisión superior, en caso de no apelarse, al contemplarse el trámite de la consulta respecto de un gran número de resoluciones.

En el nuevo sistema procesal penal la regla general la constituye la única instancia, dado que no es procedente el recurso de apelación en Contra de las sentencias definitivas pronunciadas en el juicio oral y en el procedimiento simplificado, y se suprimió el trámite de la consulta.

Además, se establece como principio general la improcedencia del recurso de apelación en contra de las resoluciones dictadas por el Tribunal oral en lo penal, y respecto de las sentencias dictadas por el juez de garantía sólo es procedente en los casos expresamente previstos por la ley.

Respecto de las sentencias definitivas que se pronuncian en el nuevo sistema procesal penal, sólo se prevé la procedencia del recurso de apelación en contra de aquella que se pronuncia en el procedimiento abreviado.

C) PRINCIPIO DE LA PRECLUSIÓN

La mayoría de los recursos tienen una oportunidad o plazo fatal dentro de los cuales pueden hacerse valer, por lo que si ellos se deducen fuera de ese plazo, deberán ser declarados inadmisibles, por haberse extinguido la facultad. Transcurrida que sea dicha oportunidad, la facultad de recurrir se extingue o precluye por el solo ministerio de la ley.

Para los efectos de deducir los recursos se establece por regla general plazo de días, el que es individual y no común para las partes.

Excepcionalmente, sin embargo, existen casos en los cuales el legislador, más que un plazo, contempla un instante preciso para deducir el recurso, como ocurre en el nuevo proceso penal con el recurso de reposición en contra de las resoluciones dictadas en audiencias orales, en las cuales éste es procedente sólo si no hubiere precedido un debate, debiendo deducirse el recurso tan pronto se dictare.

Por otra parte, debemos tener presente que en los recursos se expone otra modalidad muy importante de preclusión, como es aquella denominada de la consumación, consistente en que la facultad de recurrir se agota o extingue cuando ella se ha ejercido. En consecuencia, deducido que sea un recurso, se agota la posibilidad de ejercer ese medio de impugnación, cualesquiera fueren los motivos que se hubieren omitido en la interposición del recurso primitivamente deducido, o de efectuar modificaciones posteriores respecto de las causales invocadas por el recurrente al deducir el recurso.

Una clara consagración de este principio la encontramos en el recurso de casación, respecto del cual se contempla que interpuesto el recurso no podrá hacerse variación de ningún género. Por consiguiente, aun cuando en el progreso del recurso se descubra alguna nueva causal en que haya podido fundarse, la sentencia recaerá únicamente sobre las causales alegadas en tiempo y forma.

7.- TRIBUNALES ANTE LOS CUALES SE INTERPONEN Y CONOCEN LOS RECURSOS.

Desde este punto de vista podemos distinguir dos tribunales: Tribunal a quo y Tribunal ad quem.

El Tribunal a quo es el Tribunal que dictó la resolución que se pretende impugnar y ante el cual se presenta un recurso.

El Tribunal ad quem es el Tribunal que falla el recurso interpuesto en contra de la resolución pronunciada por otro órgano jurisdiccional de inferior jerarquía.

A continuación nos referiremos someramente a los tribunales que intervienen en los recursos que se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico.

-Recurso de aclaración, rectificación o enmienda: este recurso se interpone ante el mismo Tribunal que dictó la resolución para que lo resuelva el mismo.

-Recurso de reposición, este recurso se interpone ante el mismo Tribunal que dictó la resolución para que lo resuelva el mismo.

-Recurso de apelación, este recurso se interpone ante el Tribunal que dictó la resolución para ante su superior jerárquico, a quien corresponde su conocimiento y fallo.

-Recurso de hecho, se interpone directamente ante el superior jerárquico de aquel Tribunal que dictó la resolución denegando o concediendo en forma irregular un recurso de apelación.

-Recurso de casación en la forma, se interpone ante el Tribunal que dictó la resolución para que lo conozca y falle el superior jerárquico.

-Recurso de casación en el fondo, se interpone ante la Corte de Apelaciones o ante un Tribunal de árbitros de derecho que conoce asuntos propios de la Corte de Apelaciones para que lo conozca y falle la Corte Suprema.

-Recurso de nulidad, este recurso que se contempla en el nuevo sistema procesal penal se interpone siempre ante el Tribunal de juicio oral o ante el juez de garantía si la sentencia definitiva se hubiere dictado en el procedimiento simplificado.

Por regla general, dicho recurso debe ser conocido y resuelto por la Corte de Apelaciones respectiva.

Excepcionalmente, el recurso de nulidad es conocido en un caso de competencia per saltum por la Corte Suprema, según ya lo hemos explicado, cuando se hubiere deducido basándose en una de las dos causales referidas con anterioridad.

-Recurso de revisión, se interpone directamente ante la C. Suprema para que lo conozca y falle ella misma.

-Recurso de amparo, se interpone directamente ante la Corte de Apelaciones respectiva para que lo resuelva ella misma.

-Recurso de protección, se interpone directamente ante la Corte de Apelaciones respectiva para que lo resuelva ella misma.

-Recurso de amparo económico, se interpone ante la Corte de Apelaciones respectiva para que lo resuelva ella misma.

-Requerimiento de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, se interpone directamente ante el Tribunal Constitucional para que lo conozca y falle el mismo.

-Reclamación por cancelación de nacionalidad, se interpone directamente ante la C. Suprema para que lo resuelva ella misma.

-Recurso de queja, se interpone ante el superior jerárquico de aquel Tribunal que dictó una resolución con flagrante falta o abuso para que lo resuelva el mismo en sala, sin perjuicio de ser facultad del pleno la aplicación de la sanción disciplinaria.

8.- RESOLUCIONES JUDICIALES Y LOS RECURSOS.

La ley chilena común establece un recurso propio para cada tipo de resolución.

El art. 158 del CPC clasifica las resoluciones distinguiendo entre sentencias definitivas, sentencias interlocutorias, autos y decretos. Este artículo no es completo, puesto que dentro del mismo no es posible comprender algunas resoluciones judiciales.

A continuación nos referiremos a cada resolución judicial, conforme a su naturaleza jurídica, para determinar el recurso que respecto de ellas ha previsto nuestro legislador.

a) Sentencia definitiva

En contra de esta resolución, salvo que se hubiere pronunciado en única instancia, procede el recurso de apelación. Además proceden en contra de las sentencias definitivas otros recursos, como son los de casación en el fondo y forma, el de revisión, etc., pero como se trata de recursos extraordinarios, deben concurrir adicionalmente las causales y demás requisitos previstos en la ley para su interposición.

En materia civil y penal nunca procede el recurso de reposición contra esta resolución.

En el nuevo sistema procesal penal la regla general la constituye la única instancia, dado que no es procedente el recurso de apelación en contra de las sentencias definitivas pronunciadas en el juicio oral y en el procedimiento simplificado.

Respecto de las sentencias definitivas que se pronuncian en el nuevo sistema procesal penal, sólo se contempla la procedencia del recurso de apelación en contra de aquella que se pronuncia en el procedimiento abreviado.

b) Sentencias interlocutorias

Hay que distinguir entre material civil y penal:

b.1. Materia civil

El recurso propio de las sentencias interlocutorias es el de apelación.

El recurso de reposición no es procedente por regla general en contra de las sentencias interlocutorias, salvo que la ley expresamente lo señale, como ocurre, por ejemplo, respecto de la resolución que recibe la causa a prueba y la resolución que declara desierto⁴⁰ el recurso de apelación, entre otras.

b.2. Materia penal

-En el antiguo procedimiento penal.

El recurso propio de las sentencias interlocutorias es el de reposición. -

En el actual sistema procesal penal.

Se prevé la misma regla anterior, pero debe distinguirse para determinar la procedencia y oportunidad de su interposición respecto de aquellas que se dictan fuera o durante las audiencias orales.

El recurso de reposición en contra de una sentencia interlocutoria pronunciada en audiencia oral sólo es procedente cuando su dictación no hubiere sido precedida de debate en la audiencia. La reposición de una interlocutoria dictada fuera de audiencia debe deducirse en el plazo de tres días (art. 362 del C. Procesal Penal).

Ahora bien, más allá de esta distinción entre materias civiles y penales, existe una especie de sentencia interlocutoria que reviste particular importancia para determinar la procedencia de algunos recursos. Nos referimos a aquellas interlocutorias que ponen término al juicio o que hacen imposible su continuación.

El art. 54 del CPP, por su parte, establece como regla general la apelabilidad de estas resoluciones y el art. 766 del CPC permite, por

⁴⁰ Actualmente derogada en todos aquellos procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.886.

excepción, la procedencia del recurso de casación en la forma y fondo en contra de ellas.

En el art. 370 letra a) del C. Procesal Penal se prevé expresamente la procedencia del recurso de apelación en contra de las resoluciones que ponen término al procedimiento, hacen imposible su prosecución o lo suspendieren por más de treinta días.

Finalmente, es procedente el recurso de queja en contra de las sentencias interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, siempre que concurran los demás requisitos legales.

Se entienden por interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, aquellas resoluciones que simplemente concluyen el juicio y el procedimiento o lo suspenden si no se puede continuar.

Ahora bien, en la práctica, tratándose del recurso de casación, la jurisprudencia ha querido restringir la aplicación de los recursos de casación en la forma y fondo respecto de las sentencias interlocutorias. Esto debido a que la mayoría de las interlocutorias dictadas en los juicios ordinarios son de segundo grado.

Recordemos que las sentencias interlocutorias de segundo grado son aquellas que resuelven sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria.

Ninguna de las sentencias interlocutorias de segundo grado reviste las características de aquellas interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación.

Es por esto que debemos quedarnos con las sentencias interlocutorias de primera clase para poder dilucidar en qué casos ponen término al juicio o hacen imposible su continuación.

Debemos, en primer término, desechar una multitud de sentencias interlocutorias que fallan cuestiones accesorias, porque no ponen término al juicio ni hacen imposible su continuación, sin perjuicio de resolver un incidente y establecer derechos en favor de las partes. Ejemplo: la sentencia interlocutoria que resuelve sobre las tachas, denegándolas, establece derechos en favor de las partes, pero no pone término al juicio ni hace imposible su continuación.

Por lo tanto, la interlocutoria que pone término al juicio o hace imposible su continuación se refiere a incidentes especiales que puedan tener por su naturaleza la característica de establecer derechos permanentes en favor de las partes.

Ejemplos que permiten verificar la existencia de estas interlocutorias.

i) Incidente de nulidad procesal:

La resolución que rechaza la nulidad no es una interlocutoria que ponga término al juicio.

La resolución que acoge la nulidad tampoco pone término al juicio.

Dentro de la actual reglamentación, el Tribunal al acoger un incidente de nulidad procesal debe establecer el punto en que queda el procedimiento para continuar adelante con su tramitación. Por lo tanto no se trata de una

interlocutoria que ponga término al juicio, sino que, por el contrario, determina la etapa a partir de la cual debe éste reiniciarse.

Son aquellas que fallan un incidente, estableciendo derechos permanentes para las partes:

ii)- Abandono del procedimiento:

La resolución que acoge el abandono hace perder el procedimiento e impide la continuación del juicio.

Por lo tanto, la resolución que acoge el abandono del procedimiento es una sentencia interlocutoria, porque falla un incidente estableciendo derechos permanentes en favor de las partes, y hace imposible la continuación del juicio, siendo procedente por ello en su contra el recurso de casación.

La sentencia que rechaza el abandono se ha sostenido que no reviste la naturaleza de una sentencia interlocutoria, pero además inequívocamente no pone término al juicio ni hace imposible su continuación.

iii) Incidente de incompetencia:

Si por la vía de la excepción dilatoria se acoge la incompetencia absoluta de un Tribunal, habrá que interpretar que la voz juicio (de sentencia interlocutoria) se refiere al procedimiento en que se dicta y por lo tanto se trataría de una interlocutoria que pone término al juicio o hace imposible su continuación, y sería procedente en su contra el recurso de casación.

La jurisprudencia ha aceptado la procedencia del recurso de casación en el abandono del procedimiento y en el desistimiento. Por lo tanto, quiere decir que son casos en que se pone término al juicio y se trataría entonces de una especie de interlocutoria.

En cambio, tratándose de la incompetencia al decir que igual puede iniciarse un nuevo juicio ante el juez competente, la mayoría de las veces la jurisprudencia no ha aceptado la casación en la forma o fondo, por sostener que no ponen término al juicio. No estamos de acuerdo con esta última posición, por los argumentos antes señalados y además porque la primera causal de casación es la incompetencia del Tribunal que dicta la sentencia definitiva.

iv) Resolución que se pronuncia sobre medidas precautorias:

La jurisprudencia ha sido vacilante en cuanto a calificar la naturaleza de esta resolución. Sin embargo, en este caso nunca nos encontraremos ante un juicio, sino que ante un incidente, y por lo tanto, nunca va a tener influencia la resolución de la precautoria en cuanto a la prosecución del juicio o procedimiento en que ella se decreta o rechaza la medida cautelar.

c) Autos y decretos

Materia civil

El recurso propio de los autos y decretos es el recurso de reposición. Excepcionalmente los autos y decretos son apelables en subsidio del recurso de reposición (nunca en forma directa) y para el evento que sea rechazado, siempre que alteren la substancialización del juicio o recaigan sobre trámites que no están ordenados por la ley.

CAPÍTULO III. RECURSOS ORDINARIOS.

1- EL RECURSO DE ACLARACIÓN, AGREGACIÓN, RECTIFICACIÓN O ENMIENDA.

Introducción.

Recordemos que de acuerdo a lo señalado en el Art. 182 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias definitivas e interlocutorias producen el llamado ***desasimiento*** del tribunal, vale decir, notificadas legalmente a cualquiera de las partes, el tribunal que las dictó no puede alterarlas o modificarlas de manera alguna.⁴¹

No se produce el desasimiento del tribunal respecto de los autos y de los decretos, los cuales podrán ser modificados por el superior jerárquico del tribunal que los dictó, a petición de partes, mediante el recurso de reposición, según lo señala el Art. 182 inciso 1º.

Definición.

“Es el medio establecido por la ley para que las partes puedan solicitar y obtener del mismo tribunal que dictó una sentencia definitiva o interlocutoria a fin de que aclare sus puntos oscuros o dudosos, omisiones, o errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia”.

El recurso de aclaración, agregación, rectificación o enmienda constituye una excepción al principio del desasimiento.

A través de este recurso se pretende que el mismo tribunal que dictó una sentencia definitiva o interlocutoria que ya se encuentra notificada, le introduzca modificaciones, en caso que presente puntos oscuros o dudosos, omisiones, o errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia.

Por razones de economía procesal, estos errores u omisiones leves o mínimos podrán ser subsanados o modificados por el mismo tribunal, sin necesidad que lo haga el tribunal superior jerárquico.

Cabe señalar que según algunos autores el recurso de aclaración, rectificación o enmienda no constituye una excepción al desasimiento del tribunal al no verse modificados aspectos de fondo de la sentencia.

⁴¹ Causa nº 4725/2003 (Casación). Resolución nº 1387 de Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 19 de Enero de 2005. El artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, denominado de aclaración, rectificación o enmienda, sólo permite al tribunal aclarar puntos oscuros y dudosos, salvar omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la sentencia y por consiguiente, por esta vía no es posible cambiar la decisión del fallo que se rectifica, pues a este respecto ha operado el desasimiento del tribunal, principio por el cual tiene vedado el órgano jurisdiccional, una vez dictado el fallo, alterarlo o modificarlo de manera alguna. La resolución que rectifica la sentencia no constituye una nueva sentencia definitiva, sino que se trata precisamente de una rectificación de la dictada.

Requisitos para que proceda el recurso de aclaración, rectificación o enmienda.

- 1- Que se presenten en la sentencia puntos oscuros o dudosos, omisiones, o errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos.
- 2- Que tales puntos, omisiones o errores aparezcan de manifiesto en la misma sentencia.

Titular de este recurso.

1- *A petición de partes.*

Señala en este sentido el propio Art. 182 del Código de Procedimiento Civil, que: “Notificada una sentencia definitiva o interlocutoria a alguna de las partes, no podrá el tribunal que la dictó alterarla o modificarla en manera alguna.

Podrá, sin embargo a solicitud de parte, aclarar los puntos oscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia”.

2- *De oficio por el tribunal.*

El juez podrá de oficio aclarar, rectificar o enmendar puntos oscuros o dudosos, omisiones, o errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesta en la sentencia.

Dispone el Art. 184 que los tribunales, en el caso del artículo 182, podrán también de oficio rectificar, dentro de los 5 días siguientes a la primera notificación de la sentencia, los errores indicados en dicho artículo.

Resoluciones impugnables.

Las sentencias definitivas e interlocutorias, según lo señala el Art. 182 del Código de Procedimiento Civil, no procede respecto de los autos y de los decretos, los cuales no producen el desasimiento del tribunal.

Plazo de interposición del recurso.

La ley no señala un plazo para que las partes hagan uso de este recurso, de forma tal que las partes pueden interponer este recurso incluso luego que la sentencia definitiva o interlocutoria se encuentre notificada.

Las aclaraciones, agregaciones o rectificaciones mencionadas, podrán hacerse no obstante la interposición de recursos sobre la sentencia a que aquéllas se refieren, según lo señala el Art. 185 del Código de Procedimiento Civil.

Efectos de la interposición del recurso respecto de la resolución recurrida.

En este sentido entenderemos por efectos de un recurso, a la situación en que se encuentra la resolución impugnada en el curso del proceso, en el

sentido, si se puede o no cumplir lo resuelto por el tribunal, el que en todo caso será un cumplimiento condicional.

Respecto al efecto del recurso de aclaración, agregación, rectificación o enmienda; mientras el recurso se tramita quedará entregada a la decisión del juez suspender o no los trámites del juicio o la ejecución de la sentencia, según la naturaleza de la reclamación, según lo señala el Art. 183 del Código de Procedimiento Civil.

Tramitación del recurso aclaración, agregación, rectificación o enmienda.

El Art. 183 deja a la decisión del tribunal una vez interpuesto el recurso el pronunciarse sobre ella sin más trámite o darle la tramitación de incidente.

Recordemos que también el juez podrá de oficio aclarar, rectificar o enmendar puntos oscuros o dudosos, omisiones, o errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesta en la sentencia, dentro de los 5 días siguientes a la primera notificación de la sentencia, según lo señala el Art. 184 del CPC.

¿COMENTARIOS SOBRE EL RECURSO DE RECTIFICACIÓN O ENMIENDA, ¿SE TRATA O NO DE UN RECURSO?

Ya expuestos los principales y clásicos lineamientos del citado recurso, resulta oportuno abordar diversas cuestiones que permiten criticar la denominación de recurso de este instituto, y develar ciertas situaciones que lo desnaturalizan.

Para comenzar, basta tener en vista el concepto que hemos dado sobre recursos procesales. Se ha referido que dichos medios de impugnación son entregados por la Ley a las partes, con el objeto de reclamar de la actuación judicial, materializada a través de una resolución judicial; y con la rectificación se va más allá, se cruza el límite antes señalado, desde que se permite que el mismo tribunal pueda proceder a rectificar sus sentencias, incluso pasando por encima del principio de pasividad de los tribunales y en específico, del principio de desasimiento.

Esta característica, sirve de argumento para estimar que no se trata de un recurso propiamente tal. Al respecto, se ha calificado de un incidente propio de la etapa de formación de la sentencia,⁴² dicha solución nos permite encuadrar aquella facultad oficiosa del tribunal en el ordenamiento procesal.

⁴² CAUSA Nº 281/2011 (CIVIL). RESOLUCIÓN Nº 12059 DE CORTE DE APELACIONES DE ARICA, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2011, En fecha más reciente existe una dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 13 de marzo de 1986, en la que se dijo que si se atiende a la **naturaleza** y características de la aclaración, debe concluirse que esa petición no constituye propiamente un recurso procesal destinado a modificar o anular resoluciones judiciales. Esta sentencia fue confirmada por la Excmo. Corte Suprema el 3 de junio de 1986.(Gaceta Jurídica. Año XI- 1986/Nº 72 Pg. 25). Posteriormente, en sentencia de 6 de agosto de 1986, la Excmo. Corte Suprema, en los mismos términos anteriores, negó a la solicitud de aclaración la **naturaleza** de un verdadero recurso procesal. (Gaceta Jurídica Año XI- 1986/Nº 74 Pg. 27.) El autor M.L.T., en su artículo “**Naturaleza Jurídica de la Aclaración, Rectificación o Enmienda de Sentencia**”, sostiene que la solicitud de aclaración o **rectificación** de sentencias no constituye en nuestra legislación propiamente un recurso procesal, sino que debe ser considerada como un incidente en el proceso de formación de la sentencia,

Otra característica de la institución que la desnaturaliza aún más, es que a diferencia de lo que ocurre con todos los recursos procesales, en el presente caso las partes no tienen plazo para la interposición del recurso de rectificación o enmienda. Por el contrario, el plazo de 5 días fijado en la ley, está establecido respecto del tribunal para efectos de la corrección oficiosa que se le permite.

Luego, otra situación que complejiza este denominado recurso de aclaración, rectificación o enmienda, es lo relativo a los límites que se tiene para llevar a cabo esas correcciones o complementaciones, pues se puede estimar que el tribunal puede vulnerar el desasimiento, acudiendo al **recurso de aclaración, rectificación y enmienda** para rectificar graves errores de fondo, absolutamente imposibles de enmendar por esa vía. Lo anterior, nos lleva a preguntarnos, ¿hasta qué punto podemos corregir o enmendar errores de copia, cálculo u omisiones, sin modificar el fondo de lo resuelto?; dicha interrogante no es antojadiza, sino que por el contrario muy relevante, pues ciertas incongruencias en la sentencia, en su parte resolutiva en relación con la considerativa, pueden dar lugar a infracciones que sólo pueden ser corregidas a través de una apelación o derechamente por medio de una casación formal, fundamentada en la existencia de decisiones contradictorias.

Una sentencia que ejemplifica ésta compleja y limítrofe situación, es la dictada en los autos ROL N° 509-2013 Reforma Laboral, de la ICA de Santiago. En dicha causa, respecto de las sentencia definitiva, ambas partes recurrieron de nulidad.

El recurso de la demandante, se fundó:

En que se corrigió de oficio la sentencia definitiva, invocando la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, infracción de garantías constitucionales, en relación al artículo 19 N°3 de la Constitución Política del Estado y en el mismo artículo 477 citado, esta vez por infracción de ley que influyó en lo dispositivo del fallo, en relación a los **artículos 182 del Código de Procedimiento Civil y 429 del Código del Trabajo**.

El detalle del problema es el siguiente: “*la parte interpuso un recurso de aclaración o enmienda de la sentencia, entendiendo que al ordenar el pago de una indemnización por años de servicio equivalente a 4 años, el sentenciador había incurrido en un mero error de cálculo, atendido que las consideraciones previas (que individualiza), basadas en la prueba testimonial, indicaban que lo que correspondía era una indemnización por 5 años de servicio. No obstante aquello, señala, el sentenciador, sin pronunciarse sobre su recurso de rectificación, e invocando los artículos 182 del Código de Procedimiento Civil y 429 del Código del Trabajo, rectifica de oficio la sentencia, modificando el considerando noveno en el sentido de establecer que con la testimonial de la señora Rosales se logró acreditar la relación laboral a partir de octubre de 2008 y en la parte resolutiva agrega que la*

relación laboral se inició el 1º de octubre de 2008, cuestión que no se había indicado en la sentencia original.

El recurrente sostiene que ninguna de las normas citadas por el sentenciador lo autorizan para hacer la señalada rectificación de oficio, desde que el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil sólo lo faculta para aclarar puntos oscuros o dudosos a solicitud de parte, en la medida que ha operado el desasimiento del tribunal y el artículo 429 del Código del Trabajo se refiere a la facultad para corregir errores que el juez observe en la tramitación del juicio, lo que dice relación con cuestiones procedimentales y no con el contenido de la sentencia, pues con su dictación ha operado el desasimiento del tribunal. Señala que al actuar como lo ha hecho, adicionando un elemento que no estaba presente en la sentencia, el sentenciador ha alterado la legalidad del procedimiento y afectado la garantía constitucional al debido proceso (artículo 19 N°3 de la Constitución Política), ya que había agotado su jurisdicción, no pudiendo volver a conocer del litigio que había resuelto, salvo las situaciones que prevé el inciso primero del artículo 182 citado.

Sobre dicha problemática el sentenciador, se hace cargo de la naturaleza jurídica del recurso de aclaración, rectificación o enmienda, como una excepción al principio de desamiento del tribunal.⁴³ Agrega que dicha excepción se fundamenta en claras razones de economía y celeridad procesal.

Para que pueda operar la facultad de corregir errores materiales cometidos en la sentencia, como cálculos numéricos, errores de copia o de referencia, éstos deben aparecer de manifiesto en el fallo, puesto que en caso contrario lo que se estaría persiguiendo es una modificación a la voluntad real manifestada en él.

En el caso en estudio, se concluyó que: “*Con todo, pareciera que la solicitud de rectificación del recurrente permitió advertir al tribunal que había omitido pronunciarse formalmente sobre una de las cuestiones debatidas, específicamente, sobre la fecha de inicio de la relación laboral, teniendo presente que la demandada había reconocido el vínculo sólo por el período de los últimos 10 meses y la actora reclamaba cerca de 8 años. En razón de lo anterior, la sentenciadora optó por completar el fallo del modo que ya se ha dicho, si bien el establecimiento de un determinado monto de*

⁴³ Considerando Quinto: “Dicho recurso constituye una excepción al principio de desamiento del tribunal, en virtud del cual una vez notificada una sentencia a alguna de las partes no podrá el tribunal que la dictó alterarla o modificarla en manera alguna, según establece el artículo 182 citado, en la primera parte del inciso primero. El desamiento importa una verdadera preclusión respecto del juez, ya que pronunciada y notificada una sentencia a alguna de las partes, ha cumplido con su deber esencial de administrar justicia, concluye su actividad jurisdiccional respecto del objeto de la litis y ya no puede sustituir o modificar su decisión. Como recuerda Couture, la razón de ser este principio viene de textos clásicos, cuando se decía “el juez que una vez pronunció la sentencia, deja de ser juez; el que una vez condenó en más o menos, no puede ya corregir su sentencia, porque ya una vez desempeñó mal o bien su oficio”.

indemnización por años de servicio del actor, suponía un pronunciamiento indirecto acerca de la cuestión”.

Sobre dicho actuar la Corte refiere que el Juez A Quo: *excedió lo permitido excepcionalmente a través de este instituto, porque si bien el artículo 184 del Código de Procedimiento Civil autoriza al juez para rectificar de oficio los errores a que alude el artículo 182 antes citado, le impone un plazo fatal para ejercer dicha facultad, cual es el de 5 días siguientes a la primera notificación de la sentencia, lo que en el caso de autos no se cumple.*

Con todo lo señalado, podemos concluir que el límite que existe entre una simple corrección formal y la enmendadura sobre el fondo del asunto, a veces no es tan fácil de determinar.

Estimamos que para compatibilizar la existencia de este medio de impugnación, con los demás recursos procesales y sus objetivos, debe limitarse a los términos fijados en la Ley, a su tenor literal, simple errores de copia, cálculo etc., pues cuando la corrección implica modificar un razonamiento y con ello la decisión, estamos en el campo de aplicación de los recursos que tienen las partes para corregir o anular la sentencia.

2- **EL RECURSO DE REPOSICIÓN.** (Art. 181 CPC)

“Es medio de impugnación de los autos y los decretos destinados a obtener que sean modificados o dejados sin efecto por el mismo tribunal que los pronunció, a petición de la parte agraviada con ellos”, concepto que se deduce del Art. 181 del CPC.

Características del recurso de reposición:

- 1- Es un recurso ordinario, para su procedencia sólo vanta la existencia del agravio para el recurrente.
- 2- Es un recurso por vía de la retractación, son conocidos por el mismo tribunal que pronunció la resolución que se impugna.

¿Qué resoluciones judiciales son impugnables a través de este recurso?

Son impugnables por esta vía sólo los autos y los decretos, los cuales no producen el desasimiento del tribunal, según el Art. 181 del CPC.

Los autos y los decretos encontrándose firmes se ejecutarán y mantendrán desde que adquieran este carácter, sin perjuicio de la facultad del tribunal que los haya pronunciado para modificarlos o dejarlos sin efecto, si se hacen valer nuevos antecedentes que así lo exijan.

Aun sin estos antecedentes, podrá pedirse, ante el tribunal que dictó el auto o decreto, su reposición, dentro de 5 días fatales después de notificado.

- a- Auto: Según el Art. 158 “Se llama auto la resolución que recae en un incidente sin establecer derechos permanentes en favor de las partes”.
- b- Decreto: Según el Art. 158 “Se llama decreto, providencia o proveído el que, sin fallar sobre incidentes o sobre trámites que sirvan de base para el pronunciamiento de una sentencia, tiene sólo por objeto determinar o arreglar la substanciación del proceso”.

En principio no procede el recurso de reposición en contra de sentencias definitivas o interlocutorias.

No sucede lo mismo con las sentencias definitivas e interlocutorias, los cuales si producen el desasimiento del tribunal que las pronunció.

Excepcionalmente hay sentencias interlocutorias susceptibles de reposición, no obstante, a producir el desasimiento del tribunal; pero sólo en los casos expresamente señalados en la ley:

- a) Tratándose de la resolución que recibe la causa a prueba, cuando una o ambas partes difieren de la declaración del juez, en cuanto a los hechos en que deba recaer la prueba.

La o las partes solicitan la modificación de los hechos controvertidos fijados por el tribunal y sobre los cuales debe recaer la prueba, o que se eliminen algunos hechos o que se agreguen otros hechos controvertidos, dentro de tercero día, según lo señala el Art. 319 del CPC.

- b) La resolución que cita a las partes a oír sentencia, según el Art. 430 del CPC. En contra de esta resolución sólo podrá interponerse recurso de

reposición, el que deberá fundarse en error de hecho y deducirse dentro de tercero día. La resolución que resuelva la reposición será inapelable.

Objetivo que persigue el recurso de reposición.

Se persigue que el tribunal que pronunció el auto o el decreto, lo modifique o lo deje sin efecto, según lo señala el propio Art. 181 del CPC.

Titular del recurso de reposición.

El titular del recurso de reposición es la parte del respectivo proceso que resulta agraviada con el contenido del auto o del decreto que se impugna, de allí que se trate de un recurso ordinario.

Clasificación del recurso de reposición.

Se debe distinguir entre el:

1- Recurso de reposición extraordinario: Ocurre cuando se interpone recurso de reposición en contra de un auto o un decreto **invocando nuevos antecedentes** que no se consideraron en la decisión del tribunal, en este caso no hay plazo para interponer el recurso de reposición, como se extrae del Art. 181 inciso 1º del CPC.

¿Qué se debe entender por nuevos antecedentes?

La ley no lo dice, aplicando las reglas generales, se debe concluir que los nuevos antecedentes deben ser de hecho; debe tratarse de nuevos hechos desconocidos por el tribunal al pronunciar la resolución.

Antecedentes nuevos respecto del derecho no se incluyen dentro de la expresión “Nuevos antecedentes”, pues el derecho se presume conocido por todos.

2.- Recurso de reposición ordinario:

Se trata del caso en que se interpone recurso de reposición en contra de un auto o un decreto sin invocar nuevos antecedentes, en este caso podrá pedirse, ante el tribunal que lo dictó su reposición, dentro de 5 días fatales después de notificado, según lo señala el Art. 181 inciso final.

3.-Recurso de reposición especial: es aquel que procede excepcionalmente contra sentencias interlocutorias, y el plazo de interposición es de 3 días. Ejemplos:

- a- Tratándose de la resolución que recibe la causa a prueba, las partes podrán pedir reposición dentro de tercero día, contados desde su notificación por cédula, como lo señala el Art. 319 del CPC.
- b- Tratándose de la resolución que cita a las partes para oír sentencia, podrá interponerse recurso de reposición cuando se funda en un error de hecho y deducirse dentro de tercero día, como lo señala el Art. 430 del CPC.

- c- La resolución que declara inadmisible el recurso de casación, artículo 778 inciso segundo del CPC/ Artículo 781 inciso final.

Efectos de la interposición del recurso de reposición.

En este sentido entenderemos por efectos de un recurso, a la situación en que se encuentra la resolución impugnada en el curso del proceso, en el sentido, si se puede o no cumplir lo resuelto por el tribunal, el que en todo caso será un cumplimiento condicional.

Respecto al efecto del recurso de reposición, nada dice el legislador. La suspensión del procedimiento mientras se resuelve la reposición dependerá de la naturaleza de la resolución recurrida y/o del incidente a que ha dado lugar, si se trata o no de aquellos que requieren de un previo y especial pronunciamiento.

Tramitación del recurso de reposición.

Una vez interpuesto el recurso de reposición ocurre lo siguiente:

- 1- Respecto del recurso de reposición interpuesto en contra de un auto o un decreto. Se debe distinguir entre:

a- Se interpone recurso de reposición en contra de un auto o un decreto invocando nuevos antecedentes que no se consideraron en la decisión del tribunal, en este caso el tribunal deberá proceder a dar traslado a la contraparte.

Lo anterior, resulta de toda lógica, pues el recurrente ha acompañado nuevos antecedentes, respecto de los cuales no ha existido discusión en el juicio, y por ende, la contraparte debe tener la posibilidad de objetarlos.

b- Se interpone recurso de reposición en contra de un auto o un decreto sin invocar nuevos antecedentes, en este caso el tribunal se pronunciará de plano y la resolución que niegue esta solicitud será inapelable, como lo señala el Art. 181 inciso final. En todo caso, no existe obstáculo para conceder traslado y darle tramitación incidental, según el criterio del Juez y el mérito del proceso. (dependerá de la complejidad del asunto).

- 2- Respecto del recurso de reposición interpuesto en contra de una sentencia interlocutoria, en aquellos casos en que excepcionalmente procede.

Todo dependerá de lo que señale la ley en cada caso, así por ejemplo del recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución que recibe la causa a prueba, el tribunal se pronunciará de plano la reposición o la tramitará como incidente, como lo señala el Art. 319 inciso 2º.

Fallo del recurso de reposición.

Tramitado el recurso de reposición, según sea el caso, el tribunal deberá pronunciarse, dictando una resolución, pudiendo distinguirse:

- 1- Si la resolución no acoge la reposición sin nuevos antecedentes, ese fallo es inapelable, como lo señala el Art. 181 inciso final. Pero si la reposición se funda en nuevos antecedentes ese fallo va a ser apelable pues recae sobre un incidente.

- 2- Si la resolución acoge el recurso de reposición con o sin nuevos antecedentes que se hagan valer, será esa resolución apelable, por la parte agravada con la concesión del recurso, porque el Art. 181 sólo hace inapelable la resolución que desecha un recurso de reposición, ello sin perjuicio de la procedencia de la apelación de la resolución que a su vez fue recurrida de reposición (La resolución que recibe la causa a prueba por ejemplo).

Situación de la resolución reponible y apelable en subsidio.

Cabe tener en cuenta que el término para apelar no se suspende por solicitud de reposición a que hace referencia el Art. 181 del CPC, de ahí la necesidad de la apelación subsidiaria por coincidencia de plazos. Art. 190 inciso. 1º.

Para evitar el transcurso del plazo, para hacer valer el recurso de apelación, en contra de la resolución apelable y reponible, dicho recurso debe interponerse en forma subsidiaria. Ejemplo la resolución que recibe la causa a prueba podrá ser impugnada mediante el recurso de reposición y de apelación en subsidio, como lo señala el Art. 319 del CPC.

En todo caso, la lógica del razonamiento anterior, ha sido recogido en los artículos 188 y 189 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto establece que los autos y decretos son apelables, bajo las hipótesis contenidas en la primera de las normas citadas, y luego, para efectos de su interposición, y en razón de que la reposición es el recurso natural respecto de dicho tipo de resoluciones, la apelación deberá siempre ser interpuesta de manera subsidiaria a la reposición respectiva.

En este punto, cabe mencionar que existen diversas discusiones sobre la procedencia de la apelación subsidiaria, pues como se dijo, tratándose de autos y decretos, dicho recurso es excepcional, pero en la práctica es un medio de impugnación utilizado por los abogados para reclamar de casi todas las resoluciones, incluso de aquellas que no cumplirían en la especie con las exigencias del artículo 188 del Código ya citado.

3- RECURSO DE APELACIÓN.

Se reglamenta en el título XVIII del libro I del CPC, entre los Artículos 186 al 230 del CPC.

El legislador no define a este recurso, limitándose señalar en el Art. 186 del CPC que *“El recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior”*.

Definición.

El recurso de apelación puede ser definido de la siguiente forma: *“Es aquel medio de impugnación cuyo titular es la parte agraviada por una resolución judicial, destinado a obtener una segunda revisión de los puntos de hecho y de derecho que comprende el asunto, por el tribunal superior al que lo dictó, con el fin de que éste la revoque o modifique con arreglo a derecho, subsanando los agravios que le cause a la parte que lo entabla.”*

Características del recurso de apelación.

1- Es un recurso ordinario: Procede en contra de la generalidad de las resoluciones judiciales, bastando únicamente la existencia de un agravio.

2- Es un recurso por vía de reforma: Es conocido por el tribunal superior a aquel que pronunció la resolución que se impugna.

3- Es un medio para provocar la segunda la instancia: En este sentido la segunda instancia no se producirá en forma automática, pues no todos los asuntos van a tener una doble revisión y se requiere que la parte agraviada provoque la segunda instancia precisamente por medio del recurso de apelación.

Excepcionalmente se podrá provocar la segunda instancia por medio de la llamada “consulta”, a través de la cual, el tribunal de alzada en forma obligatoria y por mandato de la ley, revisa la validez y pertinencia de la resolución elevada en consulta.

La ley exige la consulta en materia civil en aquellos juicios en que se vea involucrado el interés social, como ocurre por ejemplo en los juicios de hacienda.

Resoluciones judiciales que son apelables.

1- Las sentencias definitivas de primera instancia.

Según lo señala el Art. 187 del CPC, de forma tal que no son apelables, las sentencias definitivas de única instancia y las de segunda instancia.

2- Las sentencias interlocutorias de primera instancia.

Según lo señala el Art. 187 del CPC, de forma tal que no son apelables:

a- Las sentencias interlocutorias de única instancia.

b- Las sentencias interlocutorias dictadas durante la segunda instancia, pues puede haber por ejemplo en segunda instancia incidentes, las cuales de acuerdo a lo señalado en el Art. 210 del CPC son inapelables.

3- Los autos y los decretos, por regla general, no son apelables, excepcionalmente lo son cuando reúnen las siguientes características, según lo señala el Art. 188 del CPC.

- 1- Que sean de primera instancia.
- 2- Que alteren la substanciación regular del juicio, lo que puede ocurrir cuando el tribunal en el procedimiento ordinario, proveyendo la réplica cita a las partes a la audiencia de conciliación, no obstante que correspondía dictar el traslado para la dúplica.
- 3- O que recaiga sobre trámites que no están expresamente ordenados por la ley. Ello ha ocurrido, por ejemplo, cuando se pide un informe a una institución pública, como medio de prueba, pero sin que el mismo sea procedente.

Titular del recurso de apelación.

El titular del recurso de apelación debe cumplir con los siguientes requisitos copulativos:

- 1- Que sea parte en el respectivo proceso.
- 2- Que esta parte resulte agraviada con la resolución que se impugna, vale decir, que no haya obtenido todo lo que pedía.

La parte que apela recibe el nombre de apelante y el que no apela se denomina apelado. Una parte podrá ser apelante y apelada simultáneamente, cuando ambas partes resulten agraviadas por la resolución que se impugna.

Plazo para interponer el recurso de apelación.

El legislador distingue según cual sea el tipo de resolución impugnada:

1- Tratándose de las sentencias definitivas de primera instancia.

La apelación deberá interponerse en el término fatal de **10 días**, contados desde la notificación de la parte que entabla el recurso, según lo señala el Art. 189 del CPC. El mayor plazo se explica debido al hecho que la apelación de una sentencia definitiva requiere de un estudio más detallado.

2- En los demás casos:

La apelación deberá interponerse en el término fatal de **5 días**, contados desde la notificación de la parte que entabla el recurso, según lo señala el Art. 189 del CPC.

3.- Plazos excepcionales:

a.- Cuando el recurso de apelación debe ser deducido como subsidiario de la **reposición especial**, el plazo será de tres días, como ocurre por ejemplo en la disposición del artículo 319 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, pues la resolución del tribunal cuando procede a determinar los puntos de prueba, se puede pedir reposición, y subsidiariamente, impugnarla mediante apelación, debiendo esta plantearse dentro de tercer día.

b.- En las disposiciones contenidas en los artículos 664 y 666 del Código de Procedimiento Civil, respecto al laudo y ordenata que pronuncia el juez partidor, en que el plazo para apelar es de **15** días.

Características del plazo de apelación.

- 1- Se trata de un plazo fatal, según lo señala el propio Art. 189 del CPC.
- 2- Se trata de un plazo individual, corre para todas las partes desde la notificación de la parte que entabla el recurso.
- 3- Se trata de un plazo de días, por ello es discontinuo según el Art. 66 del CPC.
- 4- No se suspende de manera alguna, aun cuando las partes hayan entablado otros recursos en contra de la resolución apelada.

La regla general nos señala que debe apelarse por escrito.

La regla general nos señala que debe apelarse por escrito, al ser este el sistema fundamental de expresión ante el tribunal, presentando el escrito dentro del plazo correspondiente, es decir, en el término fatal de cinco días, contados desde la notificación de la parte que entabla el recurso, el cual se aumentará a diez días tratándose de las sentencias definitivas.

Excepcionalmente se permite apelar verbalmente en aquellos casos en que la ley permite esta forma de expresión, como ocurre en el procedimiento sumario, salvo que las partes hagan uso de minuta.

En este sentido dispone el Art. 189 inciso 3º: “En los procedimientos o actuaciones para las cuales la ley establezca la oralidad, se podrá apelar en forma verbal siempre que *someteramente* se señalen los fundamentos de hecho y de derecho del recurso y se formulen peticiones concretas, de todo lo cual deberá dejarse constancia en el acta respectiva”.

En la práctica, en materia civil, se apela siempre por escrito.

Requisitos que debe reunir el escrito de apelación:

El escrito de apelación debe cumplir con los siguientes requisitos:

- 1- Debe reunir los requisitos generales de todo escrito.
- 2- Debe reunir los requisitos específicos que señala el Artículo 189 del CPC:
 - 1- Deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya el recurso, se refiere a los fundamentos de hecho y derecho debatidos en primera instancia, Estos fundamentos se extraerán del proceso de primera instancia.
 - 2- Deberá contener las peticiones concretas que se formulan.

Según la jurisprudencia se entiende por peticiones concretas:

- 1- Que se revoque o confirme la sentencia de primera instancia.
- 2- Indicar la manera en que debe resolverse el asunto –esta vez- por la Corte de Apelaciones en segunda instancia.

Por ejemplo, si en primera instancia se resolvió acoger la demanda de resolución de contrato con indemnización de perjuicios, y el demandado apela,

deberá además de pedir la revocación de ese fallo, que se resuelva en segunda instancia, rechazar la demanda en todas sus partes.

Situaciones especiales.

1- La ley se coloca en aquellos casos en que en lo principal se interpone el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, como por ejemplo, tratándose de la impugnación de la resolución que recibe la causa a prueba.

En este sentido dispone el Art. 189 inciso 3º que: “En aquellos casos en que la apelación se interponga con el carácter de subsidiaria de la solicitud de reposición, no será necesario fundamentarla ni formular peticiones concretas, siempre que el recurso de reposición cumpla con ambas exigencias.”

2- En los procedimientos o actuaciones para las cuales la ley establezca la oralidad, como ocurre en el procedimiento sumario, se podrá apelar en forma verbal.

En este caso la ley exige que sólo *someteramente* se señalen los fundamentos de hecho y de derecho del recurso y se formulen peticiones concretas, de todo lo cual deberá dejarse constancia en el acta respectiva, según lo señala el Art. 189 inciso 3º.

No se exige que el recurrente, para la procedencia de la apelación, señale fundamentos de hecho y derecho y peticiones concretas, en la situación consagrada en el Art. 189 inciso final.

Señala el Art. 189 inciso final que: “Las normas de los incisos anteriores no se aplicarán en aquellos procedimientos en que las partes, sin tener la calidad de letrados, litiguen personalmente y la ley faculte la interposición verbal del recurso de apelación.

En estos casos el plazo para apelar será de cinco días fatales, salvo disposición especial en contrario.”

¿Ante qué tribunal se entabla el recurso de Apelación?

La apelación se presentará, ya sea en forma escrita o verbal, ante el mismo tribunal que pronunció la resolución que se impugna, para que sea conocido por el tribunal superior a éste, elevando los antecedentes correspondientes.

I.- TRAMITACIÓN ANTE EL TRIBUNAL “A QUO”, ES DECIR, ANTE EL TRIBUNAL QUE PRONUNCIÓ EL RECURSO QUE SE IMPUGNA.

La ley encomienda al tribunal que pronunció la resolución que se impugna constatar que la apelación cumpla con los siguientes requisitos formales, sin necesidad, de dar traslado a la contraparte:

1- Que la resolución apelada sea susceptible de ser impugnada por vía del recurso de apelación.

2- Que el recurso haya sido interpuesto dentro del plazo señalado en la ley para tal efecto, contados en todos los casos desde la notificación de la resolución impugnada.

El tribunal, que pronunció la resolución que se impugna, frente a este examen, puede adoptar alguna de las siguientes actitudes:

1- Si estima, en base a este examen, que la apelación cumple con los requisitos formales antes señalados, el tribunal ad quo pronunciará una resolución en que “Concede el recurso de apelación”, disponiendo que los antecedentes correspondientes sean elevados al tribunal superior encargado de conocer el recurso.

Esta resolución será notificada por el estado diario tanto al apelante como al apelado.

Recursos que proceden en contra de esta resolución que declara que la apelación cumple con los requisitos formales señalados:

Siendo el agraviado el apelado, proceden los siguientes recursos:

- 1- Reposición, dentro del plazo de 3 días.
 - 2- Recurso de hecho.
- 2- Si estima, en base a este examen, que la apelación no cumple con los requisitos formales antes señalados, el tribunal ad quo pronunciará una resolución que señale aquello; como por ejemplo cuando la resolución no es susceptible de ser impugnada por vía de la apelación:

Recursos que proceden en contra de esta resolución que declara que la apelación no cumple con los requisitos formales señalados:

- 1- Reposición, dentro del plazo de 3 días.
- 2- Recurso de hecho.

Concedido el recurso de apelación por el tribunal ad quo, ordenando elevar los antecedentes correspondientes al tribunal superior, se producirán los siguientes efectos:

Se entiende por efectos de un recurso procesal, la situación en que permanece la resolución impugnada en cuanto a su ejecución o cumplimiento, pendiente el fallo del respectivo recurso.

El recurso de apelación comprende dos efectos:

- 1- Efecto devolutivo:
- 2- Efecto suspensivo:

1- *El efecto devolutivo:*

Este efecto nunca podrá faltar, siempre que el tribunal ad quo conceda el recurso de apelación; de forma tal que nunca se producirá con la sola interposición del recurso por el apelante.

Puede ser definido como aquel efecto propio y de la esencia del recurso de apelación, en virtud del cual se otorga competencia al tribunal superior, para conocer y resolver el asunto controvertido por vía de la apelación.

Origen del término “Efecto devolutivo”: Se remonta a la antigua legislación Española, en donde el órgano inferior devuelve el conocimiento del asunto al órgano superior, el que delegaba la función jurisdiccional en un órgano inferior, al encontrarse atareado con funciones políticas.

Competencia que el efecto devolutivo otorga al tribunal superior.

Se debe hacer la siguiente distinción:

- A) Competencia en relación con las materias objeto de la litis de primera instancia.
- B) Competencia en relación a las partes del litigio.

A. Competencia en relación con las materias objeto de la litis de primera instancia.

1) **Regla general:** Dicha competencia comprende el pronunciamiento de todas las acciones y excepciones opuestas por las partes oportunamente y resueltas en los fallos de primera instancia.

La regla general nos dice que no podrá el tribunal de segunda instancia pronunciarse sobre acciones o excepciones respecto de las cuales no se haya pronunciado el tribunal de primera instancia o que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes.

2) **Excepción a la regla general:** Excepcionalmente dicha competencia comprende el pronunciamiento de acciones no opuestas oportunamente y no resueltas en los fallos de primera instancia. Ello sucede en los siguientes casos:

1- En el caso que se hubieran opuesto en primera instancia acciones o excepciones incompatibles entre sí, dando lugar a la principal sin fallar las subsidiarias, pues el tribunal de primera instancia se encuentra facultado según el Art. 170 N°6 para omitir la resolución de las acciones y excepciones incompatibles con las aceptadas.

El tribunal de segunda instancia podrá, excepcionalmente, pronunciarse sobre las acciones o excepciones subsidiarias opuestas por las partes, pero no falladas en primera instancia, según lo señala el Art. 208 CPC.

2- En el procedimiento sumario, aplicado según la naturaleza del asunto que se trate, en que se requiere una tramitación rápida para dar eficacia a la acción de que se trate.

Según el Art. 692 Se permite que el tribunal de segunda instancia, por vía de la apelación, a solicitud de parte, pueda pronunciarse por vía de apelación sobre todas las cuestiones que se hayan debatido en primera para ser falladas en definitiva, aun cuando no hayan sido resueltas, en la sentencia apelada.

3.- Lo normal es que las acciones o excepciones se opongan en primera instancia con anterioridad a la contestación de la demanda,

excepcionalmente la ley permite oponer algunas excepciones perentorias, luego de contestada la demanda o en segunda instancia inclusive antes de la vista de la causa.

Estas excepciones según el Art. 310 del CPC son los siguientes:

- 1- La excepción de prescripción.
- 2- La excepción de cosa juzgada.
- 3- La excepción de transacción.
- 4- La excepción de pago efectivo de la deuda cuando se fundamente en un antecedente escrito.

Se permite excepcionalmente y en forma expresa por la ley al tribunal de segunda instancia, en algunas materias, realicen declaraciones de oficio, sin que las partes hayan hecho formulaciones o hayan sido falladas por el tribunal de primera instancia.

Art. 209 CPC. Ello ocurre por ejemplo en materia de nulidad absoluta o de incompetencia absoluta.

El apelante al interponer su recurso, puede limitar la competencia del tribunal de segunda instancia.

El apelante al interponer su recurso, puede limitar la competencia del tribunal de segunda instancia a ciertos agravios y no respecto de otros puntos en que no existe.

B) Competencia en relación con las partes del litigio.

La apelación produce efectos personales, el tribunal sólo podrá entrar a conocer los agravios que el apelante se le ha causado y no así respecto de los agravios del apelado, es decir, de la parte que no apeló.

Ejemplo: El demandante pide 100 y el juez sólo concede 80, en este caso tanto el demandante como el demandado son agravados, ambos son titulares del recurso de reposición:

- Si apela el demandante, el tribunal de segunda instancia, solo conoce de los agravios del demandante, es decir, solo de 80 a 100.
- Si apela el demandado, el tribunal de segunda instancia, solo conoce de los agravios del demandado, es decir, solo de 0 a 80.
- Si apelan el demandante y demandado, el tribunal de segunda instancia, conoce de ambos agravios tanto del demandante como del demandado, es decir, de 0 a 100.

Problema: Se suscita en caso que existan varios demandantes y varios demandados y sólo uno de los demandantes apela, la apelación sólo podrá favorecer al demandante que apeló y no así a los demás. Excepcionalmente la apelación de una parte puede abarcar el agravio de los demás, cuando la cosa objeto del juicio es indivisible o se trata de una obligación solidaria.

2- El efecto suspensivo.

Este efecto no es de la esencia del recurso de apelación, a diferencia de lo que ocurre con el efecto devolutivo. Para el profesor Julio Salas Vivaldi, dicho efecto constituye la regla general.

Su objeto es hacer perder al tribunal de primera instancia su competencia para conocer del negocio, paralizando su tramitación o el cumplimiento del fallo mientras no se decida el recurso por los medios que señala la ley, según se deduce del Art. 191 del CPC.

Cuando la apelación se concede en el efecto devolutivo hay dos tribunales conociendo del asunto, y cuando se concede en ambos efectos, devolutivo y suspensivo, sólo el tribunal de segunda instancia tendrá competencia para seguir conociendo del asunto, suspendiéndose la competencia del tribunal inferior para seguir conociendo de la causa, como lo señala el Art. 191 del CPC.

¿Cómo llegan a la conclusión que el efecto suspensivo es la regla general?

Llegamos a esta conclusión en base a 2 disposiciones ellas son:

- a- El Art. 195 del CPC, que señala que: “Fuera de los casos determinados en el artículo precedente, la apelación deberá otorgarse en ambos efectos”.
- b- El Art. 193 del CPC, que señala que: “Cuando se otorga simplemente apelación, sin limitar sus efectos, se entenderá que comprende el efecto devolutivo y el suspensivo”.

Casos en que el legislador señala que la apelación debe concederse sólo en el efecto devolutivo.

De esta forma, en estos casos señalados en el Art. 194 del CPC, no se suspende la competencia del tribunal de primera instancia para conocer del asunto. Cuando la apelación se concede sólo en el efecto devolutivo hay dos tribunales conociendo del asunto.

Dispone el Art. 194 del CPC: “Sin perjuicio de las excepciones expresamente establecidas en la ley, se concederá apelación sólo en el efecto devolutivo”:

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

Se detecta entonces una contradicción con el inciso primero del artículo 691 del Código de Procedimiento Civil (a propósito del Proced. Sumario), que señala expresamente: “*La sentencia definitiva y la resolución que dé lugar al procedimiento sumario en el caso del inciso 2º del artículo 681, serán apelables en ambos efectos, salvo que, concedida la apelación en esta forma, hayan de eludirse sus resultados*”.

La norma en comento, se encuentra contenida en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, el cual trata sobre el procedimiento Sumario, por lo que ha de estarse al mismo, por sobre lo que dispone el artículo 194 N° 1 del mismo cuerpo legal, por cuanto la primera de las reglas

en comento tiene carácter de especial por sobre la segunda, y por cuanto hace especial referencia al supuesto de que la resolución apelada sea una sentencia definitiva.

- 2- *De los autos, decretos y sentencias interlocutorias;***
- 3- *De las resoluciones pronunciadas en el incidente sobre ejecución de una sentencia firme, definitiva o interlocutoria;***
- 4- *De las resoluciones que ordenen alzar medidas precautorias;***
- 5- *De todas las demás resoluciones que por disposición de la ley sólo admitan apelación en el efecto devolutivo,*** son ejemplos de esta clase de resoluciones las señaladas en el Art. 550 del CPC que trata de las apelaciones en los juicios posesorios.

El Art. 606 señala que: “Las sentencias en que se ratifique el desahucio o se ordene el lanzamiento, las que den lugar a la retención, y las que dispongan la restitución de la cosa arrendada, en los casos de los dos artículos anteriores, sólo serán apelables en el efecto devolutivo, y la apelación se tramitará como en los incidentes”.

De lo anterior podemos concluir, que no obstante la argumentación dada para entender a éste efecto como la regla general, es que la mayoría de las resoluciones son apelables en el sólo efecto devolutivo, teniendo en especial consideración el número de resoluciones que se contienen en el artículo 194.

¿Qué sucede si se da cumplimiento a la resolución apelada pronunciada por el tribunal ad quo, y luego es revocada por el tribunal superior, conociendo del recurso de apelación?

En aquellos casos en que la apelación se concede sólo en efecto devolutivo, no se suspende la competencia del tribunal de primera instancia para seguir conociendo del asunto, pudiendo éste, a petición de partes y nunca de oficio, ordenar el cumplimiento condicional de la resolución apelada.

- a- Se trata este de un cumplimiento condicional;** de forma tal que si el tribunal de segunda instancia confirma la sentencia apelada, esta quedará firme, cuando se devuelva el expediente al tribunal de primera instancia, éste tribunal dictará una resolución denominada “Cúmplase”, cuando se notifique esta resolución a las partes, se entenderá que la sentencia se encuentra firme o ejecutoriada.
- b- En caso contrario,** deberá dejarse sin efecto lo cumplido, cuando el tribunal superior, conociendo del recurso de apelación revoque la sentencia apelada.

En este caso se deberá indemnizar al apelado todos los perjuicios que el cumplimiento de la sentencia apelada, que se dejó sin efecto, le causó. Sólo se debe pedir el cumplimiento condicional de la sentencia apelada, cuando se tiene un total convencimiento, de obtener también en segunda instancia.

La orden de no innovar.

El legislador se encuentra consciente de los perjuicios que puede ocasionar el cumplimiento condicional de una sentencia apelada que luego es revocada por el tribunal superior que conoce del recurso de apelación, cuando se concede ésta solo en el efecto devolutivo.

Para evitar perjuicios a los apelantes se les permite solicitar una orden de no innovar, Art192 inc. 2, la cual deberá ser formulada por el apelante. La orden de no innovar, que es pronunciada por el tribunal superior, suspende los efectos de la resolución recurrida o paraliza su cumplimiento, según sea el caso. El tribunal podrá restringir estos efectos por resolución fundada.

La orden de no innovar es una verdadera orden.

La orden de no innovar es una resolución judicial dictada por un órgano jurisdiccional en cuya virtud se ordena a un tribunal inferior que está conociendo de un asunto, paralizar el procedimiento y no llevar a efecto gestión alguna que tienda a proseguir la tramitación de la causa o a cumplir la resolución objetada.

Tramitación de la orden de no innovar:

- 1- Esta petición de no innovar debe formularla el apelante y la ley no señala la oportunidad para hacer uso de esta facultad. De allí que pueda ejercerse desde el momento que ingresan los autos en secretaría y hasta antes de la vista de la causa.
- 2- Las peticiones de orden de no innovar serán distribuidas por el Presidente de la Corte, mediante sorteo, entre las salas en que esté dividida y se resolverán en cuenta. Los fundamentos de las resoluciones que se dicten en relación a la orden de no innovar no constituyen causal de inhabilidad.

Radicación de la orden de no innovar una vez decretada.

Decretada una orden de no innovar, quedará radicado el conocimiento de la apelación respectiva en la sala que la concedió y el recurso gozará de preferencia para figurar en tabla y en su vista y fallo, según lo señala el Art. 192 inciso final.

Esta orden de orden de no innovar produce radicación únicamente cuando se concede, pero no cuando se deniega y además esa orden de no innovar sólo va a operar únicamente en relación con el recurso de apelación en que ella recayó (Principio de la personalidad).

Otros trámites posteriores a la declaración de admisibilidad del recurso en primera instancia. (Antes de la vigencia de Ley N° 20.886).

Una vez concedido el recurso de apelación por el tribunal ad quo, una vez que constate que se cumplen los requisitos formales pertinentes ¿Qué

antecedentes son elevados al tribunal superior jerárquico? Habrá que distinguir las siguientes situaciones:

1) **Si la apelación se concede en ambos efectos, devolutivo y suspensivo.** En este caso se suspende la competencia del tribunal inferior para seguir conociendo del asunto, debiendo remitir éste al tribunal superior todos los antecedentes.

En este sentido dispone el Art. 198 inciso 1º (anterior a la modificación de la Ley N° 20.886) del CPC que: *La remisión del proceso se hará por el tribunal inferior en el día siguiente al de la última notificación, se trata de la remisión de los antecedentes originales.*

2) **Si la apelación se concede sólo en el efecto devolutivo.** En este caso seguirá el tribunal inferior conociendo de la causa hasta su terminación, incluida la ejecución de la sentencia definitiva, habrá, por tanto, dos tribunales conociendo de la misma causa, pero con diversos objetos, pues el de primera instancia seguirá tramitando la causa según las reglas del procedimiento respectivo y el de segunda, dará tramitación a la apelación hasta su conocimiento y resolución.

En este caso habrá que distinguir 2 situaciones:

a- Cuando se apela una sentencia definitiva, y el recurso se concede sólo en el efecto devolutivo.

Dispone en este sentido el **Art. 197 inciso 1º** (anterior a la modificación de la Ley N° 20.886) que: *Si se trata de una sentencia definitiva la resolución que conceda una apelación sólo en el efecto devolutivo deberá determinar las piezas del expediente que, además de la resolución apelada, deban compulsarse o fotocopiarse para continuar conociendo del proceso.*

En este caso el tribunal ad quo ordena elevar al tribunal superior el expediente original y además ordena la elaboración de fotocopias o compulsas de la sentencia definitiva, y demás piezas del expediente, las cuales quedarán en poder del tribunal ad quo para continuar conociendo del proceso.

b- Cuando se apela una resolución judicial diferente a la definitiva, y el recurso se concede sólo en el efecto devolutivo.

Dispone en este sentido el Art. 197 inciso 1º que en este caso el tribunal ad quo ordena la elaboración de fotocopias o compulsas de la resolución recurrida y demás piezas del expediente, las cuales serán remitidas al tribunal superior. Por ende, en este segundo caso, el expediente original se mantendrá en el tribunal a quo.

¿En qué oportunidad el tribunal ad quo procederá a remitir al tribunal superior el expediente, fotocopias o compulsas en su caso?

a- Si la apelación se concede en ambos efectos, dispone el Art. 198 inciso 1º del CPC que: La remisión del proceso, es decir, del expediente original se hará

por el tribunal inferior en el **día siguiente al de la última notificación**, se trata de la remisión de los antecedentes originales.

b- Si la apelación se concede en el sólo efecto devolutivo, dispone el Art. 198 del CPC que podrá ampliarse el plazo para la remisión del expediente, fotocopias o compulsas en su caso, por todos los días que, atendida la extensión de las copias que hayan de sacarse, estime necesario dicho tribunal.

Gastos necesarios para la elaboración de las fotocopias o compulsas.
Obligación del recurrente.

Dispone el Art. 197 inciso 2º (anterior a la modificación de la Ley N° 20.886) que el apelante, dentro de los 5 días siguientes a la fecha de notificación de esta resolución deberá depositar en la secretaría del tribunal la cantidad de dinero que el secretariado estime necesaria para cubrir el valor de las fotocopias o de las compulsas respectivas.

El secretario deberá dejar constancia de esta circunstancia en el proceso, señalando la fecha y el monto del depósito.

Sanción en caso de incumplimiento de esta obligación:

Dispone el Art. 197 inciso 3º (anterior a la modificación de la Ley N° 20.886) que: si el apelante no da cumplimiento a esta obligación, se le tendrá por desistido del recurso, sin más trámite. Sin embargo, en este caso, la sanción puede ser calificada, más que un desistimiento como la deserción de recurso al incumplirse una obligación señalada en la ley. Lo anterior, puesto que las normas que regulan el desistimiento en nuestro Código de Procedimiento Civil, requieren de una manifestación expresa en orden a no perseverar en la acción o recurso y en este caso estamos en presencia de una calificación y sanción establecida por la ley.

TRAMITACIÓN DE LA APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL A QUO. **MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY N°20.886 SOBRE** **TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA:**

No está de más recordar que las modificaciones legales introducidas por la citada ley, serán aplicables a las causas iniciadas ya sea por medio de una medida prejudicial o directamente a través de la vía ordinaria, desde el 18 de junio de 2016. Todas las anteriores se mantendrán bajo el alero de la antigua normativa del Código de Procedimiento Civil.

Respecto del recurso de apelación se han realizado diversas modificaciones que se expondrán a continuación y que deberán ser estudiadas haciendo el paralelo respectivo con la legislación anterior:

1) Ya hemos hecho referencia a la resolución que resuelve sobre la admisibilidad de la apelación. Sobre la misma, modificándose el artículo **197 del Código**, se ha hecho expresa mención a que la misma se entenderá notificada a las partes conforme al **artículo 50**, esto es, conforme al **estado diario**. Esto no es novedad, pues siempre se ha entendido que esa es la forma de notificación aplicable en la especie, ahora eso sí, está dicho de manera expresa.

Tenemos que recordar que el **artículo 50** también ha sido modificado, en el sentido de que las resoluciones que no tengan una forma especial de notificación se entenderán notificadas a las partes desde que se incluyan en un estado que deberá formarse electrónicamente, el que estará disponible diariamente en la página web del Poder Judicial con las indicaciones que el inciso siguiente expresa. Con ello, ya no resulta necesario concurrir a diario a revisar el antiguo estado diario publicado en cada tribunal, sino que basta con hacer su revisión de manera digital y conectado a internet desde cualquier dispositivo, inclusive desde cualquier Smartphone.

2) **Se ha modificado la obligación de remisión del expediente, compulsas o fotocopias.** Con la LTD se **eliminó el artículo 198** de CPC, y con ello la mención sobre el plazo que existía para remitir el expediente y su posible ampliación en caso de ser necesarias las compulsas. Conforme a la **nueva redacción del artículo 197**, el tribunal deberá remitir electrónicamente al tribunal de alzada copia fiel de la resolución apelada, del recurso y de todos los antecedentes que fueren pertinentes para un acabado pronunciamiento sobre éste.

La remisión digital se materializa a través del sistema de interconexión digital que existe entre los diferentes tribunales de justicia. Este sistema no es nada nuevo, pues se comenzó a utilizar el año 2000 con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal. Igual sistema se aplicó a las reformas en materias de familia, laboral y cobranza. A través de la interconexión, el tribunal de alzada, puede ingresar a la causa apelada y acceder a todos los trámites de la misma, como usuario interno, visualizando la causa de la misma manera que lo hace el tribunal a quo.

Sobre la materia, resulta oportuno observar que como actualmente la carpeta digital no se encuentra numera por fojas, sino que sólo se individualiza cada trámite o gestión a través de su fecha y la nomenclatura que se le asigna a cada uno de ellos, es que puede resultar engoroso el estudio del expediente por el tribunal de alzada, cuando hay varias diligencias o incidencias deducidas en igual o fechas cercanas, los documentos que se han acompañado respecto de cada alegación etc. Ello implica ciertas complicaciones a la hora de revisión del expediente digital, para efectos de determinar si se encuentra o no en estado de relación o poder detectar más fácilmente algún vicio de nulidad en la tramitación del procedimiento; por tal motivo, es que resulta de gran importancia, que se respete y bien utilicen las nomenclaturas correctas a la hora de individualizar cada trámite y además cuando se haga la remisión digital de la causa, indicarse con toda precisión cual es la resolución recurrida, el recurso respectivo y todas las diligencias y pruebas que dicen relación con la incidencia.

En caso de que la apelación se conceda en ambos efectos, además de la visualización de la carpeta electrónica, el tribunal de alzada continuará en la misma la tramitación de la causa.

3) Se ha eliminado la obligación de pagar las compulsas o fotocopias y su sanción. Consecuentemente con lo anterior, ya no pesa sobre el recurrente de apelación, la obligación de pagar las compulsas o fotocopias del expediente a remitir al tribunal de alzada. Con esta supresión desaparece el desistimiento de la apelación en primera instancia, o como de mejor se ha calificado, se ha eliminado la única causal de deserción del recurso de apelación ante el tribunal a quo.

II. TRAMITACIÓN DEL RECURSO ANTE EL TRIBUNAL AD QUEM. (ANTES DE LA LEY N° 20.886)

Una vez remitidos e ingresados en la Corte los antecedentes correspondientes, entiéndase, expediente, fotocopias o compulsas, en su caso, el secretario de la Corte deberá realizar los siguientes trámites:

- 1- El Secretario de la Corte, actuando como ministro de fe, deberá dejar constancia en la causa de la fecha en que el expediente, fotocopias o compulsas en su caso, han ingresado a la secretaría de la Corte. La ley no es clara, se han señalado distintas formas en que el secretario de la Corte puede dar cumplimiento a esta obligación.
 - a- A través de la emisión de un certificado.
 - b- A través de la anotación de la fecha en el expediente.
 - c- A través de un timbre fechado.
- 2- Luego el expediente, fotocopias o compulsas en su caso será ingresado al libro de causas del tribunal, asignándole luego un rol. De forma tal que la causa tendrá 2 roles distintos, el rol del tribunal ad quo y el del tribunal superior.
- 3- El secretario deberá dar cuenta a la sala tramitadora del contenido del expediente, esta es la forma como los tribunales colegiados conocen del asunto. Recordemos que la cuenta es una comunicación sin formalidades, no se requiere la previa vista de la causa.

En este sentido dispone el Art. 380 N°1 del COT que: Son funciones de los secretarios: Dar cuenta diariamente a la Corte o juzgado en que presten sus servicios de las solicitudes que presentaren las partes.

¿A qué sala el secretario deberá dar cuenta del contenido del expediente?

Deberá dar cuenta a la sala tramitadora, cuando exista más de una sala. La sala tramitadora será la primera sala, sea que esté o no integrada por el presidente de la Corte, según lo señala el Art. 70 del COT.

Corresponderá luego a la sala tramitadora realizar un nuevo estudio de los requisitos formales de la apelación.

En este sentido dispone el Art. 213 que “Elevado un proceso en apelación, el tribunal superior examinará en cuenta si el recurso es admisible y si ha sido interpuesto dentro del término legal.”

Además, conforme al artículo 201, si la apelación se ha interpuesto fuera de plazo o respecto de resolución inapelable o no es fundada o no contiene peticiones concretas, el tribunal correspondiente **deberá declararla inadmisible de oficio**.

De forma tal que como consecuencia de este estudio que realiza la sala tramitadora puede ocurrir lo siguiente:

1- Considerar que el recurso no cumple con los requisitos formales necesarios para la apelación, declarándole inadmisible o que simplemente no ha sido interpuesto dentro del término legal.

Como consecuencia de ello:

- 1- Según el Art. 213 del CPC, si la sala trasmisora considera inadmisible o extemporáneo el recurso, lo declarará sin lugar desde luego o mandará traer los autos en relación sobre este punto.
- 2- Según el Art. 214 del CPC, Si el tribunal superior declara no haber lugar al recurso, ya sea porque lo declarará sin lugar desde luego o llega a esta conclusión luego de mandar a traer los autos en relación, devolverá el proceso al tribunal inferior para el cumplimiento del fallo.
- 2- Considerar que el recurso cumple con los requisitos formales necesarios para la apelación, declarándole admisible. Ello producirá los siguientes efectos:

- 1- Si la sentencia es definitiva se mandará a que se traigan los autos en relación.
- 2- Si la sentencia no es definitiva, dispone el Art. 199 del CPC (Antes de la vigencia de la Ley N° 20.886), que 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.

En este caso se entrará a conocer el fondo del asunto por alguna de las salas.

De las resoluciones que se pronuncien sobre la admisibilidad o inadmisibilidad, podrá pedirse reposición dentro de tercer día.

Apartado: La Situación de las partes en segunda instancia.

Las partes tienen la obligación de comparecer en segunda instancia.

En segunda instancia las partes, en específico el apelante, tiene la obligación de comparecer a la instancia, es decir, ante la Corte de Apelaciones competente, haciéndose parte. El apelado, si quiere realizar actuaciones o solicitudes, también debe hacerse parte, pero a diferencia del recurrente, su rebeldía no tiene sanción legal.

A esta obligación se le suele denominar comparecer en segunda instancia o hacerse parte en la causa.

En la práctica se da cumplimiento a esta obligación mediante un escrito en que se consagra que la parte respectiva se hace parte, es decir, comparece en segunda instancia.

Forma como se comparece en segunda instancia.

Haremos un paralelo entre la forma de comparecencia de primera y segunda instancia:

- a- En primera instancia se comparece por regla general representado por procurador y patrocinado por abogado, los cuales figurarán en el escrito de demanda o contestación de la demanda, según sea el caso.

- b- En segunda instancia se comparece personalmente o por medio de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, según lo señala el Art. 398 del COT, de lo cual se dejará constancia en el escrito en que la parte se hace parte o comparece en segunda instancia.

Debe tenerse en cuenta en todo caso, que conforme al artículo 527 del Código Orgánico de Tribunales: “Las defensas orales ante cualquier tribunal de la República sólo podrán hacerse por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. No obstante, los postulantes que estén realizando su práctica para obtener el título de abogado en las Corporaciones de Asistencia Judicial creadas por la Ley N° 17.995, podrán hacer tales defensas ante las Cortes de Apelaciones y Marciales en favor de las personas patrocinadas por esas entidades. Para estos fines el representante de ellas deberá otorgar al postulante un certificado que lo acredite como tal.”

Plazo para comparecer en segunda instancia.

Según lo señala el Art. 200 del CPC Las partes tendrán el plazo de 5 días para comparecer ante el tribunal superior a seguir el recurso interpuesto, contado este plazo desde que se reciba el expediente, fotocopias o compulsas en su caso, en la secretaría del tribunal de segunda instancia.

Dicho plazo se aumentará, según el Art. 200, en el siguiente caso:

Dicho plazo se aumentará cuando el expediente, fotocopias o compulsas en su caso se remitan desde un tribunal de primera instancia que funcione fuera de la comuna en que resida el de alzada.

Dicho aumento será de 3 días, como lo señala el Art. 258, más el número de días que contemple la tabla de emplazamiento según sea el lugar de que se trate, según el Art. 259 del CPC.

Características del plazo para comparecer en segunda instancia:

- 1- Se trata de un plazo de días y por tanto, discontinuo.
- 2- Se trata de un plazo fatal, se extingue a la media noche del último día del plazo.
- 3- Se trata de un plazo improrrogable.
- 4- Se cuenta desde un hecho, como lo es el que se reciba el expediente, fotocopias o compulsas en su caso, en la secretaría del tribunal de segunda instancia, y no desde una notificación como es la regla general.

Sanción en caso que las partes no cumplan su obligación de comparecer en segunda instancia dentro del plazo señalado en la ley.

1- Si el que no comparece es el apelante.

En este caso el tribunal de oficio o a petición verbal o escrita del apelado declarará desierto el recurso, de conformidad a lo señalado en el Art. 201 inciso 1° del CPC. Esta declaración por parte del tribunal se realiza mediante una sentencia interlocutoria, pues se establecen derechos permanentes respecto de las partes.

Esta sentencia interlocutoria presentará las siguientes particularidades:

- 1- 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, según lo señala el Art. 201 inciso 2º, haciendo excepción a lo señalado en el Art. 38 del CPC.
- 2- De esta sentencia interlocutoria podrá pedirse reposición dentro de tercer día, según lo señala el Art. 201 inciso 2º del CPC.

2- Si el que no comparece es el apelado.

Si no comparece el apelado, 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, según lo señala el Art. 202 del CPC.

Sin embargo, el rebelde podrá comparecer en cualquier estado del recurso, haciéndose parte allí, representado por el procurador del número, o abogado habilitado, según lo señala el Art. 202 del CPC y 398 del COT.

A- Si se trata de una Sentencia definitiva.

Una vez pronunciada la resolución “Autos en relación” comienza la vista de la causa.

En este momento el expediente pasa al Presidente de Corte, el que debe confeccionar la tablas para cada una de las salas de la Corte.

Colocada la causa en la tabla y llegado el día en que la causa deba ser vista, comenzará la vista de la causa, la que se compone de 3 trámites distintos, de los cuales el anuncio y la relación son imprescindibles, a diferencia de los alegatos, los cuales pueden ser omitidos.

1- El anuncio: El anuncio es el aviso que se da a los interesados de que el tribunal va a empezar a conocer de una causa. Se efectúa este anuncio colocando en un lugar visible de la Corte, el número de orden de la causa, este número se mantiene fijo hasta que se pasa a conocer de otro asunto. Art. 163 Inc. 2 CPC.

2- La relación: Exposición razonada y metódica que el Relator debe hacer al tribunal de los asuntos sometidos a su conocimiento, de manera que la Corte quede instruida de la cuestión.

Según señala el Art. 223 inc. 1º CPC, la relación es un trámite privado, el que se realizará en presencia de los abogados de las partes que se hubieren anunciado para alegar. Una vez iniciada la relación no se permitirá el ingreso a la sala de los abogados que llegaren atrasados.

3- Alegatos: Es la exposición verbal que hacen los abogados en defensa de los derechos sus clientes ante los tribunales colegiados. Los alegatos se regulan entre los Arts. 223 al 225 del CPC.

Dispone el Art. 223 del CPC: Concluida la relación, se procederá a escuchar, en audiencia pública, los alegatos de los abogados que se hubieren anunciado.

- a- Alegará primero el abogado del apelante y enseguida el del apelado. Si son varios los apelantes, hablarán los abogados en el orden en que se hayan interpuesto las apelaciones. Si son varios los apelados, los abogados intervendrán por el orden alfabético de aquéllos.
- b- Los abogados tendrán derecho a rectificar los errores de hecho que se observaren en el alegato de la contraria, al término de éste, sin que les sea permitido replicar en lo concerniente a puntos de derecho.
- c- La duración de los alegatos de cada abogado se limitará a media hora. El tribunal, a petición del interesado, podrá prorrogar el plazo por el tiempo que estime conveniente.

Dispone el Art. 224 CPC. Si la apelación comprende dos o más puntos independientes entre sí y susceptibles de resolución aislada, podrá el tribunal alterar la regla del artículo precedente haciendo que los abogados aleguen separada y sucesivamente sobre cada punto.

Dispone el Art. 225 CPC. En la vista de la causa sólo podrá alegar un abogado por cada parte, y no podrán hacerlo la parte y su abogado.

Además agrega el Art. 226 del CC que se prohíbe presentar en la vista de la causa defensas escritas. Se prohíbe igualmente leer en dicho acto tales defensas, sin perjuicio que el Art. 223 inciso 6º señala que Al término de la audiencia, los abogados podrán dejar a disposición del tribunal una minuta de sus alegatos.

Una vez vista la causa, queda cerrado el debate y el juicio en estado de dictarse resolución.

Según señala el Art. 227 del CPC una vez vista la causa, queda cerrado el debate y el juicio en estado de dictarse resolución.

Si, vista la causa, se decreta para mejor resolver, alguna de las diligencias mencionadas en el artículo 159, no por esto dejarán de intervenir en la decisión del asunto los mismos miembros del tribunal que asistieron a la vista en que se ordenó la diligencia.

Puede suceder además, que la causa quede en acuerdo, a ello se refiere el Art. 82 del COT que señala que: “Cuando alguno de los miembros del tribunal necesite estudiar con más detenimiento el asunto que va a fallarse, se suspenderá el debate y se señalará para volver a la discusión y al acuerdo, un plazo que no exceda de treinta días, si varios Ministros hicieren la petición, y de quince días cuando la hiciere uno solo”.

B- Si se trata de un auto o un decreto.

Según lo señala el Art. 199 del CPC La apelación de toda resolución que no sea sentencia definitiva se verá en cuenta. 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.

¿A quién corresponde dar cuenta?

La cuenta se trata de un trámite privado y sin formalidades, que según el Art. 372 N°1 del COT corresponde a los relatores de las respectivas Cortes de Apelaciones.

Excepcionalmente se procederá a la previa vista de la causa.

No obstante que la ley señale que la apelación de toda resolución que no sea sentencia definitiva se verá en cuenta, cualquiera de las partes dentro del plazo para comparecer en segunda instancia, podrá solicitar alegatos, según lo señala el propio Art. 199 del CPC. Vencido este plazo, el tribunal de alzada ordenará traer los autos en relación, si se hubieren solicitado oportunamente alegatos, a fin de proceder a la vista de la causa.

Según lo señala el Art. 223 inciso final, el relator dará cuenta a la sala de los abogados que hubiesen solicitado alegatos o se hubiesen anunciado para alegar y no concurrieren a la audiencia respectiva para oír la relación ni hacer el alegato. El Presidente de la sala oirá al interesado, y, si encontrare mérito para sancionarlo, le aplicará una multa no inferior a una ni superior a cinco unidades tributarias mensuales.

Una vez tramitado el auto en relación el tribunal quedará en condiciones de proceder a dictar sentencia, procediendo también en este caso el acuerdo en conformidad al Art. 82 del COT.

Naturaleza jurídica de la resolución que pronuncie el tribunal conociendo del recurso de apelación.

La resolución que resuelva el recurso de apelación tendrá la misma naturaleza jurídica que la resolución apelada, debiendo cumplir todos los requisitos de ésta.

Así el Art. 170 del CPC tratando las sentencias definitivas señala que “Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: ...”, lo que pone de manifiesto que las sentencias que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva una sentencia definitiva deberá reunir los mismos requisitos de ésta.

Esta resolución, que falla un recurso de apelación, podrá ser de tres clases distintas:

1- Confirmatoria: Se confirma la materia apelada, la Corte en este caso, hace suyo todos los fundamentos de hecho y de derecho sustentados por el tribunal de primera instancia y que pronuncia la sentencia apelada.

2- Revocatoria: En este caso la corte sostiene una posición radicalmente opuesta al tribunal de primera instancia y que pronuncia la sentencia apelada.

3- Modificatoria: En este caso la corte coincide en algunos puntos, mientras que en otros no, respecto de la posición sostenida por el tribunal de primera instancia y que pronuncia la sentencia apelada.

(*) Las sentencias de segunda instancia se notifican por el estado diario.

(*) Luego de pronunciada la sentencia de segunda instancia se devuelven los antecedentes al tribunal de primera instancia, pero no de inmediato, sino que transcurrido un plazo de 15 días, plazo en el cual los antecedentes permanecen en la corte, se trata de un plazo destinado a la interposición del recurso de casación.

Una vez remitido los antecedentes ante el tribunal de primera instancia éste procederá a pronunciar una resolución “Cúmplase”, cuando se notifique esta resolución a las partes, se entenderá que la sentencia se encuentra firme o ejecutoriada.

Materias que pueden suscitarse en la tramitación del recurso de apelación.

1- Los informes en derecho.

La ley permite que cualquiera de las partes pueda solicitar al tribunal que se evague un informe en derecho elaborado por juristas generalmente reconocidos. En este sentido dispone el Art. 228 del CPC: “Los tribunales podrán mandar, a petición de parte, informar en derecho”.

a- Sin embargo, se trata de un derecho cuyo ejercicio por regla general resulta bastante oneroso.

El costo de estos informes en derecho dependerá de la materia de que se trate y deberán ser costeados por la parte que la solicita.

b- En cuanto al plazo para la evacuación de este informe el Art. 229 señala que “El término para informar en derecho será el que señale el tribunal y no podrá exceder de sesenta días, salvo acuerdo de las partes”

c- Según lo señala el Art. 230 del CPC: “Un ejemplar impreso de cada informe en derecho, con las firmas del abogado y de la parte o de su procurador, y el certificado a que se refiere el número 5- del artículo 372 del Código Orgánico de Tribunales, se entregará a cada uno de los ministros y otro se agregará a los autos”

2- La prueba en segunda instancia.

La regla general nos señala que la prueba se rinde en primera instancia, cualquiera sea el procedimiento e incluso en los incidentes, excepcionalmente la ley permite rendir prueba en segunda instancia, esta prueba puede ser a iniciativa de:

a- Del propio tribunal ad quo, es decir, del tribunal que conoce del recurso de apelación.

b- De partes.

a- A iniciativa del propio tribunal ad quo, es decir, del tribunal que conoce del recurso de apelación.

Recordemos que, en primera instancia, excepcionalmente, los tribunales pueden decretar medidas para mejor resolver, estando la causa en estado de sentencia, todo ello de acuerdo a lo señalado en el Art. 159 del CPC.

La regla general nos señala que, en segunda instancia, no se admitirá prueba alguna; sin embargo, el propio legislador permite al tribunal en segunda instancia, estando la causa en estado de sentencia y luego de la cuenta o vista de la causa, decretar mediadas para mejor resolver.

Resulta enteramente aplicable lo señalado a propósito de las medidas para mejor resolver en primera instancia.

Variación en materia de prueba testimonial.

a) Tratándose de la producción de este medio de prueba en primera instancia señala el Art. 159 N°5 que el tribunal podrá decretar como medida para mejor resolver la comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos obscuros o contradictorios.

Mientras que en segunda instancia se podrá provocar este medio de prueba cumpliéndose los siguientes requisitos señalados en el Art. 207 del CPC:

- 1- Que existan hechos controvertidos que no figuren en la prueba rendida en autos.
- 2- Que la prueba testimonial no se haya podido rendir en primera instancia.
- 3- Que tales hechos sean considerados por el tribunal como estrictamente necesarios para la acertada resolución del juicio.

Se podrán por tanto, perfectamente, recurrir a testigos nuevos, que no hayan intervenido en primera instancia.

b) Cumpliéndose los requisitos antes señalados la corte deberá pronunciar una resolución debiendo allí señalar determinadamente los hechos sobre que deba recaer y abrir un término especial de prueba por el número de días que fije prudencialmente y que no podrá exceder de ocho días.

c) La lista de testigos deberá presentarse dentro de segundo día de notificada por el estado la resolución respectiva.

En todo lo demás regirán las reglas generales antes vistas.

b- A iniciativa de partes.

Según lo señala el Art. 207 En segunda instancia, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 310 y en los artículos 348 y 385, no se admitirá prueba alguna. De acuerdo a lo señalado, excepcionalmente se admite la producción de medios de pruebas a iniciativa de partes, en segunda instancia en los siguientes casos:

- 1- Se trata de las llamadas “excepciones perentorias” reguladas en el Art. 310 del CPC, las cuales podrán ser opuestas después de contestada la demanda, en cualquier estado de la causa e incluso por primera vez en segunda instancia. Estas excepciones son las de prescripción, cosa

juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda, cuando ésta se funde en un antecedente escrito.

Si se deducen en segunda instancia, se tramitarán como incidentes, pudiendo la corte si lo estima necesario y existen hechos controvertidos recibir el incidente a prueba.

En este caso el tribunal de alzada se pronunciará sobre ellas en única instancia y conjuntamente con la apelación, según lo señala el Art. 207 que se remite al Art. 310 CPC.

2- Se permite a las partes valerse de la prueba documental en cualquier estado del juicio hasta la vista de la causa en segunda instancia, según lo señala el Art. 348 del CPC. Si se trata de documentos públicos se acompañan con citación de la parte contraria, mientras que si se tratan de documentos privados se acompañarán con apercibimiento de la parte contraria.

La agregación de los que se presenten en segunda instancia no suspenderá en ningún caso la vista de la causa; pero el tribunal no podrá fallarla, sino después de vencido el término de la citación, cuando haya lugar a ella, según lo señala el Art. 348 inciso 2º del CPC.

3- Las partes podrán provocar la absolución de posiciones en segunda instancia hasta una vez.

Según lo señala el Art. 385 del CPC esta diligencia se podrá solicitar en cualquier estado del juicio y sin suspender por ella el procedimiento, hasta antes de la vista de la causa en segunda.

Este derecho sólo lo podrán ejercer las partes hasta una vez en segunda instancia; pero, si se alegan hechos nuevos durante el juicio, podrá exigirse una vez más.

Cabe destacar que la absolución de posiciones no suspende el proceso, de forma tal que incluso se podrá proceder a dictar sentencia.

3- *La adhesión a la apelación.*

Adherirse a la apelación es pedir la reforma de la sentencia apelada en la parte en que la estime gravosa el apelado, según lo señala el Art. 216 del CPC.

Puede suceder que ambas partes resulten agraviadas por la resolución de que se trate, y que una de ellas piense que la otra no apelará dejando transcurrir el plazo de apelación, sin apelar.

Puede suceder que esta parte equivoque su reflexión y que en definitiva la otra parte apele, y como el recurso de apelación tiene efectos personales, la corte sólo podrá conocer de los agravios de quien apela y no del agraviado que no apeló.

Frente a esta situación y a fin de mantener la igualdad entre las partes, la ley permite al agraviado que no apeló adherirse de apelación de quien lo ha hecho.

Definición de adhesión de la apelación: Es el derecho que tiene la parte apelada para pedir la enmienda del tribunal superior de la resolución impugnada por el apelante, en aquella parte que estima que le es gravosa, aprovechándose del recurso interpuesto por éste. Ello es lo que se deduce del Art. 216 inciso 2º del CPC.

Requisitos para la procedencia de la adhesión a la apelación.

- 1- Que la sentencia de primera instancia también cause agravio al apelado.
- 2- Que exista una apelación pendiente interpuesta por la parte contraria y que también resulta agraviada por la resolución que se impugna. Con ello se quiere significar que la apelación debe existir al momento de producirse la adhesión, de forma tal que no tendrá relevancia si la primitiva apelación luego se extingue, pues la adhesión adquiere vida propia.

No procederá la adhesión si al momento de intentarse ésta el recurso de apelación ya se encuentra fallado, declarado desierto o inadmisible, pues en este caso el recurso de apelación no se encuentra pendiente.

En caso que el apelante se desista del recurso, la ley señala que el secretario deberá dejar constancia del día y hora en que ello suceda, a fin de determinar hasta qué momento existió el recurso como pendiente. También señala el Art. 217 inciso 3º que deberá dejar constancia el secretario del día y hora de la adhesión a fin de determinar si está o no pendiente el recurso de apelación.

Tribunal competente y oportunidad para solicitar la adhesión a la apelación.

La adhesión a la apelación debe ser solicitada al tribunal ante el cual se está tramitando, en ese momento, el recurso de apelación, es decir:

- a- En primera instancia: La adhesión a la apelación puede efectuarse en primera instancia antes de elevarse los autos al superior; al adherirse se deben reunir los mismos requisitos que el apelante al apelar, todo ello de acuerdo al Art. 217 del CPC. “Vengo en adherirme de la apelación de la parte contraria”
- b- En segunda instancia: La adhesión a la apelación puede efectuarse en segunda instancia, dentro del plazo que establece el artículo 200, es decir cinco días; al adherirse se deben reunir los mismos requisitos que el apelante al apelar, todo ello de acuerdo al Art. 217 del CPC. “Vengo en adherirme de la apelación de la parte contraria”.

Tramitación de la adhesión.

La adhesión a la apelación se tramitará conjuntamente con la apelación haciendo las distinciones ya hechas con anterioridad.

La adhesión adquiere vida propia independiente del recurso de apelación que le da vida, de forma tal que una u otra podrán quedar en el camino, subsistiendo la otra; así podrá la apelación extinguirse, por cualquier motivo, subsistiendo la adhesión por otra parte.

4- Promoción de incidentes mientras se tramita el recurso de apelación.

- a- Si los incidentes se promueven mientras se tramita el recurso de apelación en primera instancia, habrá que estarse a las reglas generales contenidas entre los Artículos 82 al 91 del CPC.
- b- Si los incidentes se promueven mientras se tramita el recurso de apelación en segunda instancia, se tramitarán y fallarán como los incidentes en segunda instancia.

La ley señala que se rigen por regla general por las reglas dispuestas en título IX del libro I del CPC entre los Arts. 82 al 91 del CPC, con la innovación de que la sala respectiva se impondrá del asunto en cuenta, pudiendo a continuación la corte optar por:

- 1- Resolver el incidente de plano, sin darle traslado a la contraparte.
- 2- Darle una tramitación normal de incidente, dando traslado a la contraparte dentro de tercero día. Una vez terminada la tramitación el tribunal podrá:
 - 1- Pronunciar una resolución dese cuenta e imponerse del asunto en cuenta.
 - 2- Pronunciar una resolución autos en relación e imponerse del asunto previa vista de la causa; y en ambos casos resolver el incidente.

En todo caso según lo señala el Art. 210 del CPC Las resoluciones que recaigan en los incidentes que se promuevan en segunda instancia, se dictarán sólo por el tribunal de alzada y no serán apelables.

5- Las notificaciones en segunda instancia.

Regla general: La notificación de las resoluciones que se dicten por el tribunal de alzada se practicará en la forma que establece el artículo 50, es decir por el estado diario, según lo señala el Art. 221 del CPC.

Excepciones:

- 1- Salvo la primera resolución que deberá notificarse personalmente, pero normalmente no es así, pues la primera resolución se notifica cuando la parte concurre al despacho del secretario solicitando la notificación a fin de hacerse parte en segunda instancia.
- 2- Lo dispuesto en los Artículos 201 y 202 del CPC.
 - a- El Art. 201 señala que 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.
 - b- El Art. 202 señala que, si no comparece el apelado, 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.
- 3- Podrá, sin embargo, el tribunal ordenar que se haga por otro de los medios establecidos en la ley, cuando lo estime conveniente.

Formas de poner término al recurso de apelación.

Luego de tramitado el recurso de apelación trataremos las formas de poner término al recurso de apelación, distinguiendo entre formas normales y anormales.

1- Formas normales de poner término al recurso de apelación:

Ello sucede por medio de la respectiva sentencia que falla el recurso, que tendrá la misma naturaleza jurídica que la sentencia apelada, debiendo cumplir los mismos requisitos que ésta.

Así se impugna una sentencia definitiva, la sentencia que falla la apelación deberá contener tanto la parte expositiva como considerativa, mientras que la parte resolutiva podrá ser:

- a- Confirmatoria: En este caso la ley señala que basta que la sentencia que falla la apelación así lo diga.
- b- Revocatoria: Debe reunir los mismos requisitos señalados en el Art. 170 del CPC al tratar las sentencias definitivas, además de los requisitos señalados en el Auto acordado que regula la materia.
- c- Modificatoria: Debe reunir los mismos requisitos señalados en el Art. 170 del CPC al tratar las sentencias definitivas, además de los requisitos señalados en el Auto acordado que regula la materia.

¿Qué sucede luego con el expediente?

a- Si la sentencia apelada es definitiva o interlocutoria el expediente permanecerá en la Corte de Apelaciones respectiva por un plazo de 15 días a fin de que las partes pueden impugnarla mediante el recurso de casación en la forma o en el fondo. Este plazo se contará desde la notificación por el estado diario de la sentencia que falla la apelación, a menos que la corte disponga otra forma de notificación, en conformidad a lo señalado en el Art. 221 del CPC.

En caso que no se interponga recurso de casación en la forma o fondo, se devolverá el expediente al tribunal a quo una vez vencido este plazo de 15 días, de lo contrario en caso que se interponga dicho recurso se elevarán los antecedentes ante la Corte Suprema.

b- Si la resolución apelada es un auto o un decreto, una vez fallado el recurso, se devolverán inmediatamente los antecedentes al tribunal a quo, pues no procede en este caso el recurso de casación en la forma o en el fondo.

2- Formas anormales de poner término al recurso de apelación:

Nos encontramos en esta situación en los siguientes casos:

1- Cuando se declara inadmisible el recurso de apelación, lo que puede suceder tanto ante el tribunal de primera instancia, como ante el tribunal de segunda instancia.

El recurso de apelación se interpone ante el tribunal a quo el que deberá constatar que se reúnen los requisitos formales, de lo contrario el recurso será declarado inadmisible de oficio, según lo señala el Art. 201 del CPC.

Este mismo examen corresponderá realizarlo al tribunal ad quo, pues elevado un proceso en apelación, el tribunal superior examinará en cuenta si el recurso es admisible. Si encuentra mérito el tribunal para considerar inadmisible, lo declarará sin lugar desde luego o mandará traer los autos en relación sobre este punto, de acuerdo a lo señalado en el Art. 213 del CPC.

2- Cuando nos encontramos en frente de la deserción del recurso, esto es la sanción que la ley impone al apelante cuando no ha cumplido determinados requisitos que ella le señala en cada caso:

a) Ello sucede en primera instancia cuando el recurso de apelación se concede sólo en el efecto devolutivo y el apelante no costea las respectivas fotocopias o compulsas. En este caso el apelante tendrá un plazo de 5 días para depositar en manos del secretario la suma de dinero correspondiente a los gastos que se originen, de lo contrario se producirá la deserción del recurso de apelación, según lo señala el Art. 197 del CPC. El tribunal podrá declarar la deserción del recurso de apelación de oficio o a petición del apelado, la deserción producirá sus efectos desde la notificación por el estado diario de la resolución que así la declara.

Dispone el Art. 197 inciso 3º que si el apelante no da cumplimiento a esta obligación, se le tendrá por desistido del recurso, sin más trámite. Sin embargo, en este caso, la sanción es más bien la deserción de recurso al incumplirse una obligación señalada en la ley.

b) Ello sucede en segunda instancia cuando el apelante no cumple su obligación de comparecer en segunda instancia. Según lo señala el Art. 200 del CPC Las partes tendrán el plazo de 5 días para comparecer ante el tribunal superior a seguir el recurso interpuesto, contado este plazo desde que se reciba el expediente, fotocopias o compulsas en su caso, en la secretaría del tribunal de segunda instancia. Dicho plazo se aumentará cuando el expediente, fotocopias o compulsas en su caso se remitan desde un tribunal de primera instancia que funcione fuera de la comuna en que resida el de alzada. Dicho aumento será de 3 días, como lo señala el Art. 258, más el número de días que contemple la tabla de emplazamiento según sea el lugar de que se trate, según el Art. 259 del CPC.

En este caso el tribunal de oficio o a petición verbal o escrita del apelado declarará desierto el recurso, de conformidad a lo señalado en el Art. 201 inciso 1º del CPC. Esta declaración por parte del tribunal se realiza mediante una sentencia interlocutoria, pues se establecen derechos permanentes en favor de las partes.

Esta sentencia interlocutoria presentará las siguientes particularidades:

1- 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, según lo señala el Art. 201 inciso 2º, haciendo excepción a lo señalado en el Art. 38 del CPC.

- 2- De esta sentencia interlocutoria podrá pedirse reposición dentro de tercero día, según lo señala el Art. 201 inciso 2º del CPC.
- 3- Por la prescripción del recurso de apelación, en base al Art. 211 podemos definir a la prescripción del recurso de apelación como “la sanción que se impone a las partes en el recurso de apelación si han dejado de realizar durante cierto tiempo las gestiones necesarias para llevar a efecto el recurso y dejarlo en estado de fallo, extinguiéndolo”, se trata de una sanción ante la inactividad de las partes, bastando la gestión de una sola de ellas para interrumpir la prescripción del recurso.

Plazo de inactividad de las partes para producir la prescripción del recurso.

El Art. 211 del CPC realiza la siguiente distinción:

- a- Tratándose de una sentencia definitiva apelada: Si, concedida una apelación, dejan las partes transcurrir más de tres meses sin que se haga gestión alguna para que el recurso se lleve a efecto y quede en estado de fallarse por el superior, podrá cualquiera de ellas pedir al tribunal en cuyo poder exista el expediente que declare firme la resolución apelada.
- b- Tratándose de una sentencia interlocutoria, auto o decreto, el plazo será de un mes.

Agrega el Art. 211 inciso final que Interrúmpase esta prescripción por cualquiera gestión que se haga en el juicio antes de alegarla.

¿Cómo se provoca la prescripción del recurso?

- a- Según lo señala el Art. 211 cualquiera de las partes, que será generalmente el apelado, podrá pedir al tribunal en cuyo poder exista el expediente que declare firme la resolución apelada, sin perjuicio que el propio tribunal podrá declarar la prescripción del recurso de oficio.
- b- La declaración de prescripción⁴⁴ se solicitará al tribunal en cuyo poder exista el expediente, es decir el tribunal a quo en primera instancia o el tribunal ad quo en segunda instancia, dependiendo donde se produzca la inactividad de las partes.

Del fallo que declare admitida la prescripción podrá pedirse reposición.

De acuerdo a lo señalado en el Art. 212 del CPC del fallo que declare admitida la prescripción en el caso del artículo precedente, podrá pedirse reposición dentro de tercero día, si aparece fundado en un error de hecho.

En cuanto a los efectos de la prescripción del recurso será la de dejar firme la resolución apelada según se desprende del propio Art. 211 del CPC.

- 4- Por el desistimiento del recurso de apelación, se requiere en este caso la actividad del apelante en el sentido que manifieste expresamente su voluntad de no proseguir en el recurso.

⁴⁴ Actualmente derogada en todos aquellos procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.886.

Esta forma anormal de poner término al recurso de apelación no se consagra expresamente, sin embargo, puede deducirse de disposiciones tales como el Art. 217 inciso 2° y 3° y del Art. 768 N°8 del CPC. El Art. 217 inciso 3° señala que En las solicitudes de adhesión y desistimiento se anotará por el secretario del tribunal la hora en que se entreguen.

- a- Si el apelante de desiste en primera instancia el tribunal de plano dará por desistido el recurso.
- b- Si el apelante de desiste en segunda instancia el tribunal de plano dará por desistido el recurso.

Excepción: a menos que existan varios apelantes, en cuyo caso el desistimiento sólo producirá sus efectos respecto del apelante que se desiste y no respecto de los demás que no lo han hecho.

No debe confundirse el desistimiento del recurso con la renuncia del recurso.

La renuncia de un recurso implica un acuerdo de voluntades anticipado entre las partes en el sentido de interponer recurso alguno en contra de la resolución que se dicte, a ella hace referencia el Art. 7 inciso 2° del CPC, pues el mandatario requiere autorización expresa para proceder a la renuncia de un recurso.

El desistimiento implica que la actividad del apelante en el sentido que manifieste expresamente su voluntad de no proseguir en el recurso.

5- Otras formas anormales de poner término al recurso de apelación son la conciliación y el desistimiento de la demanda en estado de apelación.

TRAMITACIÓN DE LA APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL AD QUEM.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY N°20.886 SOBRE TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA:

Con la vigencia de la LTE N° 20.886, se ha modificado en numerosos aspectos la tramitación del recurso de apelación ante el tribunal ad quem.

1) Sobre el ingreso de los autos a la Corte de Apelaciones respectiva. Como ya se ha expuesto en el apartado respectivo, correspondía al Secretario de la Corte de Apelaciones, certificar el ingreso del expediente, compulsas o fotocopias desde el tribunal a quo al tribunal de alzada. Actualmente se mantiene dicha obligación, pero lo que se certifica es el ingreso digital de la causa al sistema digital de la Corte.

Al respecto, se reemplazó el artículo **200 del CPC**, por el que sigue: “*El tribunal de alzada deberá certificar en la carpeta electrónica la recepción de la comunicación a que se refiere el artículo 197 y su fecha.*”

Que, a su vez, la comunicación a la que se hace referencia consiste en la remisión electrónica de la copia fiel de la resolución recurrida y el recurso, además los antecedentes que fueren pertinentes, para un acabado pronunciamiento sobre dicha materia.

2) Formación de carpeta electrónica en el tribunal de alzada (Artículo 200). Recibidos los antecedentes electrónicos, la Corte de Apelaciones procederá a la asignación de un número de ingreso. Acto seguido, formará un cuaderno electrónico separado para el conocimiento y fallo del recurso cuando él haya sido concedido en el solo efecto devolutivo. En el caso que la apelación fuere concedida en ambos efectos, el tribunal de alzada continuará la tramitación en la carpeta electrónica, la que estará disponible en el sistema de tramitación electrónica del tribunal de alzada correspondiente.

3) Eliminación de la obligación de hacerse parte (Artículo 200). Quizás a muchos alumnos le surja la interrogante sobre la necesidad de hacerse parte en segunda instancia, no obstante que ya se encontraba constituido el respectivo patrocinio y poder, y con la interposición del recurso de apelación, claramente existe una manifestación de voluntad en orden a pedir la reforma del fallo en alzada.

Debe entenderse que la segunda instancia se tramita ante un tribunal diverso de aquel a quo donde se ha llevado a cabo el procedimiento. Por ello, resulta del todo procedente que el interesado concurra a la Corte de Apelaciones a hacerse parte. Esta obligación estaba contenida en el artículo 200 y establecía que “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.”

Actualmente, dicha obligación ha sido ELIMINADA.

4) Eliminación de la sanción de deserción del recurso de apelación (Artículo 201). Como obligada consecuencia de la supresión de la obligación de hacerse parte, se ha eliminado la sanción de deserción del recurso de apelación, por dicha falta de comparecencia.

Cabe recordar lo especial de la resolución que declaraba la deserción del recurso, pues se trataba de un inédito caso en el que una resolución judicial producía efectos desde su dictación y sin necesidad de previa notificación.

5) Derogación del artículo 202, sobre los efectos de la incomparcencia del apelado. Claramente, si ya no se exige la comparecencia del apelante para seguir adelante con la tramitación del recurso, con menor razón se podía exigir al apelado su comparecencia formal, ni tampoco sancionarlo como antes se hacía, en el sentido de darlo por notificado de todas las resoluciones desde su dictación.

6) Respeto de la apelación de resoluciones diversas a la sentencia definitiva. Asunto consagrado en el artículo *199 del CPC*, en el que si bien no se alteró la regla relativa a que dichos recursos serán resueltos en cuenta; se estableció que, respecto al derecho de las partes de solicitar alegatos, deberá hacerse también dentro del plazo de 5 días, pero esta vez, conforme a la nueva redacción del artículo 200, dicho plazo se contará desde la certificación en la carpeta electrónica de la recepción de la comunicación.

7) Se eliminó la institución de la prescripción del recurso de apelación (Artículos 211 y 212). Otra especial institución contenida en la regulación del recurso de apelación era la prescripción del mismo. Con anterioridad a la modificación legal en estudio, se establecía que: si, concedida una apelación, dejan las partes transcurrir más de tres meses sin que se haga gestión alguna para que el recurso se lleve a efecto y quede en estado de fallarse por el superior, podrá cualquiera de ellas pedir al tribunal en cuyo poder exista el expediente que declare firme la resolución apelada. El plazo será de un mes cuando la apelación verse sobre sentencias interlocutorias, autos o decretos.

Con la reforma legal y eliminación de la denominada prescripción del recurso de apelación, o mejor dicho abandono del citado recurso, se ha seguido la tendencia moderna que se ha recogido en las reformas de la legislación laboral y de familia, en cuanto a limitar la procedencia del abandono de procedimiento, no obstante, de entender vigente el principio de pasividad de los tribunales, en especial en materia civil, es que ahora existiendo un sistema digital que permite mantener estadísticas exactas sobre el tiempo de duración de las causas que ingresan al Tribunal de Alzada, y así evitar causas que se queden traspapeladas.

Difícil resulta hablar ahora de la pérdida de un expediente o de algún escrito o documento, si todo se encuentra digitalizado.

8) Se modificó la adhesión a la apelación. Respecto de la adhesión a la apelación, que se encuentra consagrada en el artículo 217 del CPC, se ha modificado de la manera siguiente:

Pretéritamente se permitía la adhesión a la apelación en primera y luego en segunda instancia.

Actualmente, con la Ley N° 20.886, la adhesión a la apelación puede efectuarse sólo en segunda instancia dentro del plazo de cinco días desde la fecha de la certificación a la que se refiere el artículo 200. El escrito de adhesión a la apelación deberá cumplir con los requisitos que establece el artículo 189. Se aplicará a la adhesión a la apelación lo dispuesto en el artículo 201.

Por razones obvias, ya no procede la prescripción de la adhesión de apelación.

No será, sin embargo, admisible desde el momento en que el apelante haya presentado escrito para desistirse de la apelación.

Otra innovación dice relación con que la hora de presentación de las solicitudes de adhesión y de desistimiento se registrarán por el sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial, o por el tribunal a través del timbre disponible ante el buzón dispuesto al efecto o mediante la anotación del correspondiente ministro de fe en los casos excepcionales en que se permite la presentación de los escritos en soporte papel.

9) En cuanto a las reglas sobre notificaciones (Artículo 221). Atendidas las modificaciones legales relativas a la comparecencia en segunda instancia, se estableció con la nueva ley que:

La notificación de las resoluciones que se dicten por el tribunal de alzada se practicará en la forma que establece el artículo 50, con excepción de la primera, eliminándose en consecuencia la remisión que se hacía a los excepcionales casos de la resolución que declaraba la deserción del recurso de apelación (Art. 201) y la situación del apelado rebelde (Art. 202).

10) Por último, se ha modificado la norma que regulaba los informes en derecho (Artículo 230). Esta norma se ha modernizado, ordenándose que, los informes en derecho, con las firmas del abogado y de la parte o de su procurador, y el certificado a que se refiere el número 6º del artículo 372 del Código Orgánico de Tribunales se agregarán a la carpeta electrónica para conocimiento de los ministros.

4- RECURSO DE HECHO.

Se reglamenta en el título XVIII del libro I del CPC. Es tratado en el Art. 196 del CPC y entre los Artículos 203 al 206 del CPC.

Introducción: La ley encomienda al tribunal que pronunció la resolución que se apela constatar que la apelación cumpla con los siguientes requisitos formales, sin necesidad, de dar traslado a la contraparte, tales como que:

- 1- Que la resolución apelada sea susceptible de ser impugnada por vía del recurso de apelación.
- 2- Que el recurso haya sido interpuesto dentro del plazo señalado en la ley para tal efecto, contados en todos los casos desde la notificación de la resolución impugnada.
- 3- Que el escrito de apelación cumpla con los requisitos especiales señalados en el Art. 189.

El tribunal a quo frente a este examen puede adoptar alguna de las siguientes actitudes:

- 1- Si estima, en base a este examen, que la apelación no cumple con los requisitos formales antes señalados, el tribunal a quo pronunciará una resolución que declare inadmisible el recurso.

Recursos que proceden en contra de esta resolución que declara que la apelación no cumple con los requisitos formales señalados, siendo el agraviado el apelante:

- 1- Reposición, dentro del plazo de 3 días.
 - 2- Recurso de hecho.
- 2- Si estima, en base a este examen, que la apelación cumple con los requisitos formales antes señalados, el tribunal a quo pronunciará una resolución en que “Concede el recurso de apelación”, disponiendo que los antecedentes correspondientes sean elevados al tribunal superior encargado de conocer el recurso.

Recursos que proceden en contra de esta resolución que declara que la apelación cumple con los requisitos formales señalados, Siendo el agraviado el apelado:

- 1- Reposición, dentro del plazo de 3 días.
- 2- Recurso de hecho.

Definición del recurso de hecho.

Es un recurso extraordinario establecido por la ley para obtener que el tribunal superior enmiende la resolución dictada por el tribunal a quo, que se ha pronunciado erróneamente sobre la concesión de la apelación en los casos determinados que establece la ley.

El objeto que persigue el recurso de hecho es la de reparar posibles agravios que la resolución del tribunal a quo produjo a alguna de las partes con la concesión o no concesión del recurso, sin perjuicio de la existencia del recurso de reposición.

Resoluciones en contra las que procede el recurso de hecho.

El recurso de hecho procede en 4 oportunidades que a continuación detallaremos, sin perjuicio de la procedencia en igual situaciones del recurso de reposición.

- 1- Cuando el tribunal inferior deniega un recurso de apelación que ha debido concederse, la parte agraviada podrá ocurrir al superior respectivo, siendo en este caso el agraviado el apelante, a este caso hace referencia el Art. 203 del CPC.
- 2- Cuando el tribunal inferior concede un recurso de apelación que ha debido denegar, la parte agraviada podrá ocurrir al superior respectivo, siendo en este caso el agraviado el apelado, a este caso hace referencia el Art. 196 inciso 2º del CPC.
- 3- Cuando el tribunal inferior concede un recurso de apelación sólo en el efecto devolutivo, debiendo concederlo en ambos efectos, la parte agraviada podrá ocurrir al superior respectivo, siendo en este caso el agraviado el apelante, a este caso hace referencia el Art. 196 inciso 1º.
- 4- Cuando el tribunal inferior concede un recurso de apelación en ambos efectos, debiendo concederlo sólo en el efecto devolutivo, la parte agraviada podrá ocurrir al superior respectivo, siendo en este caso el agraviado el apelado, a este caso hace referencia el Art. 196 inciso 2º.

Clasificación del recurso de hecho.

En Doctrina se suele distinguir entre:

- 1- El verdadero recurso de hecho.
- 2- El falso recurso de hecho.

1- El verdadero recurso de hecho.

Se refiere a la situación descrita en el **Art. 203 del CPC**, es decir, cuando el tribunal inferior deniega un recurso de apelación que ha debido concederse, la parte agraviada podrá ocurrir al superior respectivo, siendo en este caso el agraviado el apelante. A este caso se refiere el legislador extensamente entre los **Artículos 203 al 206 del CPC**.

2- El falso recurso de hecho.

Se refiere a los distintos casos previstos en el Artículo 196 del CPC. A diferencia del caso anterior el legislador destina a estos casos un solo artículo, el 196 del CPC.

La jurisprudencia y la doctrina, sin embargo, hace aplicable a estas situaciones las reglas previstas entre los artículos 203 al 206, relativas al verdadero recurso de hecho.

Tribunal ante el que se interpone el recurso de hecho.

El recurso de hecho se interpone y es conocido directamente ante el tribunal ad quo, es decir, directamente ante la Corte de Apelaciones respectiva, superior jerárquico del tribunal que pronuncia la resolución que se impugna, como lo deja claro tanto el propio Art. 203 como el Art. 196 del CPC.

Plazo de interposición del recurso de hecho.

El mismo plazo que tienen las partes para comparecer en segunda instancia, es decir, un plazo de 5 días. Dicho plazo se aumentará cuando el expediente, fotocopias o compulsas en su caso se remitan desde un tribunal de primera instancia que funcione fuera de la comuna en que resida el de alzada. Dicho aumento será de 3 días, como lo señala el Art. 258, más el número de días que contempla la tabla de emplazamiento según sea el lugar de que se trate, según el Art. 259 del CPC.

Este plazo se contará desde:

- a) Si se trata del verdadero recurso de hecho, este plazo de contará desde la notificación al apelante de la resolución denegatoria de su recurso, como lo señala el Art. 203 del CPC.
- b) Si se trata del falso recurso de hecho, todos estos casos suponen que el recurso ya se ha concedido, estando el expediente ya en poder del tribunal superior. En estos casos el plazo de interposición del recurso de hecho se contará desde que se reciban los autos en la secretaría del tribunal de segunda instancia, según lo señala el Art. 196. Se entiende que el plazo se cuenta desde la recepción total de los autos en secretaría del tribunal ad quem.

¿Cómo provee y tramita la Corte de Apelaciones respectiva el recurso de hecho?

1- El tribunal superior pedirá al inferior informe sobre los motivos o razones por las cuales se denegó o concedió el recurso según el caso, y con el mérito de lo informado resolverá si es o no admisible el recurso de hecho, según lo señala el Art. 204 inciso 1º del CPC.

La ley no impone al tribunal inferior un plazo para la elaboración del informe en cuestión, se entiende que se trata de un plazo breve, bajo apercibimiento de aplicación de alguna medida disciplinaria.

2- La sala tramitadora de la Corte de Apelaciones pronunciará una resolución “Autos en relación” disponiendo la vista de la causa en la sala correspondiente.

3- Puede la corte ordenar al tribunal inferior la remisión del proceso, siempre que, a su juicio, sea necesario examinarlo para dictar una resolución acertada, tratándose del verdadero recurso de hecho, según lo señala el Art. 204 inciso 2º del CPC. Tratándose del falso recurso de hecho el expediente ya se encuentra en poder del tribunal superior jerárquico.

Fallo del recurso de hecho.

a) Si se acoge el recurso de hecho.

- 1- Tratándose del verdadero recurso de hecho, si el recurso es declarado admisible, el tribunal superior ordenará al inferior la remisión del proceso, o lo retendrá si se halla en su poder, y le dará la tramitación que corresponda, según lo señala el Art. 205 inciso 2º del CPC.
- 2- Tratándose del falso recurso de hecho, se le comunicará al tribunal de primera instancia la decisión de la corte. La Corte de Apelaciones procederá en este caso según corresponda.

b) Si no se acoge el recurso de hecho.

Si el tribunal superior declara inadmisible el recurso, lo comunicará al inferior devolviéndole el proceso si se ha elevado, según lo señala el Art. 205 del CPC.

¿Qué sucede mientras el recurso de hecho se tramita, impide o no la interposición del recurso el cumplimiento de la resolución impugnada?

Por regla general la interposición del recurso no suspende el cumplimiento de la resolución impugnada, así si se acoge el recurso de apelación deberá dejarse sin efecto lo obrado.

Excepcionalmente el legislador previendo perjudiciales consecuencias permite al recurrente de hecho solicitar la orden de innovar a la corte respectiva, cuando haya antecedentes que justifiquen esta medida, según lo señala el Art. 204 inciso 3º del CPC. Siendo aplicable lo ya analizado a propósito de esta materia.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY N°20.886 SOBRE TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA, RESPECTO DEL RECURSO DE HECHO:

1) En cuanto al cómputo del plazo de interposición del falso recurso de hecho, se aclara en el inciso primero del artículo 196, que este será de **5 días** contado desde la fecha de la certificación a que se refiere el artículo 200.

En igual sentido se modificó el **artículo 203**, reemplazándose la frase relativa al plazo de interposición del verdadero recurso de hecho: “Si el tribunal inferior deniega un recurso de apelación que ha debido concederse, la parte agraviada podrá ocurrir al superior respectivo, *dentro del plazo de cinco días contado desde la notificación de la negativa, para que declare admisible dicho recurso.*”

2) Sobre la remisión de los antecedentes necesarios para resolver el recurso (Art. 204). En este punto, y conforme a la reforma digital establecida, se modificó la facultad del tribunal superior de ordenar al inferior la remisión del proceso, en el sentido de que podrá pedirse al juzgado informante que ponga a su disposición la carpeta electrónica correspondiente, siempre que, a su juicio, ello sea necesario para dictar una resolución acertada.

3) Por último, y en cuanto al fallo del recurso de hecho, se ha adecuado el artículo 205, en cuanto se establece que, si el tribunal superior declara inadmisible el recurso, lo comunicará al inferior.

Si el recurso es declarado admisible, el tribunal superior le dará al proceso la tramitación que corresponda y lo comunicará al inferior según proceda.

5. RECURSO DE CASACIÓN.

Este recurso se reglamenta en el título 19 del libro III del CPC, entre los Artículos 764 al 808. El legislador reglamenta, conjuntamente, en el mismo título, dos recursos distintos: El recurso de casación en la forma y el recurso de casación en el fondo, lo que dificultará en parte su análisis y estudio. Se critica también el hecho que el recurso de casación sea tratado en el libro III, pues debió haberse tratado en el libro I, conjuntamente con los demás recursos.

Definición de recurso de casación en la forma.

El Art. 764 del CPC sólo se limita a señalar que: “***El recurso de casación se concede para invalidar una sentencia en los casos expresamente señalados por la ley***”, esta disposición resulta aplicable a ambos recursos, el de casación en la forma y el fondo”.

Doctrinalmente, se ha definido como: “***Es un recurso extraordinario destinado a permitir a la parte agraviada por una resolución judicial, a solicitar y obtener que el tribunal superior respectivo, la invalide o anule, por haber sido dictada por el tribunal inferior con omisión de ciertos requisitos procesales establecidos para ella por la ley o por formar parte integrante de un proceso viciado, o por haberse incurrido en determinadas irregularidades en su ritualidad***”.

El recurso de casación se concede, como lo señala el Art. 764 del CPC, para invalidar una sentencia en los casos expresamente señalados por la ley, lo que deja de manifiesto que ya no se concede para obtener la modificación de una resolución judicial, como ocurría con el recurso de apelación; sino que simple y llanamente para obtener su invalidación.

El recurso de casación en la forma es un recurso extraordinario.

Pues procede frente a determinadas resoluciones, frente a determinados motivos señalados en la ley que denominaremos causales; ya no procede frente a un simple agravio.

Estas causales por las cuales procede el recurso de casación en la forma se consagran en el Art. 768 del CPC, y puede clasificarse del siguiente modo:

1- Aquellas cometidas en la tramitación del respectivo proceso, consagrada en el Art. 768 N°9.

2- Aquellas cometidas en la sentencia, consagrada en el Art. 768 Números 1 al 8.

Características que presenta el recurso de casación en la forma:

1- Se trata de un **recurso extraordinario**; se requiere la concurrencia de determinados motivos denominados causales para su interposición, ya no basta el mero agravio.

2- Es un recurso por **vía de la reforma**; es conocido por el tribunal superior respecto de aquel que pronunció la resolución que se impugna, según lo señala el Art. 771 del CPC, en relación al Art. 63 N° 1 letra a) del COT que trata del conocimiento del recurso por las Cortes de Apelaciones y al Art. 98 N°2 del COT que trata del conocimiento del recurso por la Corte Suprema.

3- Es un recurso de **derecho estricto**, pues no sólo basta para que prospere que se trate de ciertas y determinadas resoluciones y causales, sino que también es necesario el cumplimiento de ciertas condiciones que trataremos en su oportunidad.

4- **No constituye instancia**, pues la competencia del tribunal superior para conocer del recurso queda limitada exclusivamente a la o las causales invocadas y no a todos los puntos de hecho y de derecho involucrados en el asunto controvertido.

Resoluciones impugnables mediante el recurso de casación en la forma.

1- El recurso de casación en la forma se concede contra las **sentencias definitivas**, según lo señala el Art. 766 del CPC. Nosotros agregaremos que procede frente a sentencias definitivas **de única, primera y segunda instancia**.

Procederá tanto frente a sentencias definitivas pronunciadas en juicios ordinarios como de tramitación especial, pues la ley no distingue, salvo que la propia ley señale que una determinada sentencia definitiva no puede casarse, como ocurre con las sentencias definitivas pronunciadas por jueces de policía local. (Artículo 38 de la Ley N° 18.287).

2- El recurso de casación en la forma se concede contra las **sentencias interlocutorias cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación**, según lo señala el Art. 766 del CPC. Se requiere, por tanto, la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se trate de una sentencia interlocutoria; b) Que ponga término al juicio o hagan imposible su continuación, como ocurre con la sentencia interlocutoria que declara el abandono del procedimiento o la deserción de un recurso de apelación.

Se discute la situación de la sentencia interlocutoria que declara la sustitución del procedimiento sumario en ordinario y viceversa, ¿Se trata de una sentencia que ponga término al juicio o hace imposible su continuación? Los tribunales de justicia han señalado que se trata de una sentencia interlocutoria que pone término al juicio, pues pone término al sistema procedural anterior.

3- El recurso de casación en la forma se concede excepcionalmente, contra las **sentencias interlocutorias dictadas en segunda instancia sin previo emplazamiento de la parte agravada, o sin señalar día para la vista de la causa**, según lo señala el Art. 766 del CPC.

Requisitos copulativos para la procedencia del recurso de casación en la forma:

- 1- Que se trate de una sentencia interlocutoria.

2- Que sea dictada en segunda instancia; es una sentencia interlocutoria de segunda instancia aquella que falla la apelación de una sentencia interlocutoria de primera instancia o bien aquella que falla un incidente suscitado durante la tramitación de un recurso de apelación.

3- Que sea dictada sin previo emplazamiento de la parte agraviada, o sin señalar día para la vista de la causa.

Causales frente a las cuales procede el recurso de casación en la forma.

Se encuentran señaladas en el Art. 768 del CPC que señala que: “El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes”. Estas cuales pueden ser clasificadas del siguiente modo:

1- Aquellas cometidas en la tramitación del respectivo proceso, consagrada en el Art. 768 N°9.

2- Aquellas cometidas en la sentencia, consagrada en el Art. 768 Números 1 al 8.

3- Aquellas causales cometidas en la misma sentencia.

1- *En haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la ley, según lo señala el Art. 768 N°1.*

Dentro de esta causal podemos distinguir las siguientes subcausales:

a) El haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente, al no distinguir entre incompetencia absoluta o relativa debe entenderse que hace referencia a ambas.

b) El haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal integrado en contravención a lo dispuesto por la ley.

2- *En haber sido pronunciada por un juez, o con la concurrencia de un juez legalmente implicado, o cuya recusación esté pendiente o haya sido declarada por tribunal competente;* según lo señala el Art. 768 N°2 del CPC.

Dentro de esta causal podemos distinguir las siguientes subcausales:

a) El haber sido la sentencia pronunciada por un juez, o con la concurrencia de un juez, dentro de un tribunal colegiado, legalmente implicado. Implicancia que impedirá al juez o ministro conocer del asunto, y que procede en los casos señalados en los Art. 194 y 195 COT. A diferencia de las recusaciones las implicancias proceden de pleno derecho.

b) El haber sido la sentencia pronunciada por un juez, o con la concurrencia de un juez, dentro de un tribunal colegiado, cuya recusación esté pendiente. La recusación a diferencia de la implicancia no opera de pleno derecho, debe ser declarada frente a las causales consagradas en el Art. 196 del COT.

c) El haber sido la sentencia pronunciada por un juez, o con la concurrencia de un juez, dentro de un tribunal colegiado, cuya recusación haya sido declarada por tribunal competente.

3- *En haber sido acordada en los tribunales colegiados por menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley o con la concurrencia de jueces que no asistieron a la vista de la causa, y viceversa*; según lo señala el Art. 768 N°3 del CPC.

Dentro de esta causal podemos distinguir las siguientes subcausales:

- a) El haber sido acordada la sentencia, en los tribunales colegiados, por menor número de votos de los requeridos por la ley, es decir, no hay mayoría de votos.
- b) El haber sido la sentencia pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, es decir, la sala no está constituida por el quórum mínimo exigido por la ley.
- c) El haber sido la sentencia pronunciada con la concurrencia de jueces que no asistieron a la vista de la causa;
- d) El haber sido la sentencia pronunciada con la falta de jueces que concurrieron a la vista de la causa.

4- *En haber sido dada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley*; según lo señala el Art. 768 N°4 del CPC.

a) El haber sido la sentencia pronunciada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes. b) El haber sido la sentencia pronunciada extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley (extra petita).

5- *En haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170*; según lo señala el Art. 768 N°5 del CPC.

6- *En haber sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio*; según lo señala el Art. 768 N°6 del CPC.

Se refiere a aquel caso en que no se respeta la cosa juzgada, pese a haberse opuesto oportunamente en el juicio la autoridad de cosa juzgada.

7- *En contener decisiones contradictorias*; según lo señala el Art. 768 N°7 del CPC.

8- *En haber sido dada en apelación legalmente declarada desierta, prescrita o desistida*, según lo señala el Art. 768 N°8 del CPC.⁴⁵

Aquellas causales cometidas en la tramitación del respectivo proceso.

Dispone el Art. 768 N°9 “En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.”

⁴⁵ Actualmente modificada en todos aquellos procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.886.

- a- En general, son trámites o diligencias esenciales en la primera o en la única instancia en los juicios de mayor o de menor cuantía y en los juicios especiales los señalados en el Art. 795 del CPC y que son los siguientes:
- a) El emplazamiento de las partes en la forma prescrita por la ley;
 - b) El llamado a las partes a conciliación, en los casos en que corresponda conforme a la ley;
 - c) El recibimiento de la causa a prueba cuando proceda con arreglo a la ley;
 - d) La práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión;
 - e) La agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda respecto de aquella contra la cual se presentan;
 - f) La citación para alguna diligencia de prueba; y
 - g) La citación para oír sentencia definitiva, salvo que la ley no establezca este trámite.

En general, son trámites o diligencias esenciales en la segunda instancia de los juicios de mayor o de menor cuantía y en los juicios especiales los señalados en el Art. 800 del CPC y que son los siguientes:

- 1- El emplazamiento de las partes, hecho antes de que el superior conozca del recurso;
- 2- La agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda respecto de aquélla contra la cual se presentan;
- 3- La citación para oír sentencia definitiva;
- 4- La fijación de la causa en tabla para su vista en los tribunales colegiados, en la forma establecida en el artículo 163, y
- 5- Los indicados en los números 3, 4 y 6 del artículo 795 en caso de haberse aplicado lo dispuesto en el artículo 207.

Tribunal competente para conocer del recurso de casación en la forma:

Dispone el Art. 771 del CPC que el recurso debe interponerse por la parte agraviada ante el tribunal que haya pronunciado la sentencia que se trata de invalidar y para ante aquel a quien corresponde conocer de él conforme a la ley. Esta ley es el COT y debemos remitirnos a sus disposiciones.

a) **Dispone el Art. 63 N°2 letra a) del COT en relación a la competencia de las Cortes de Apelaciones:** Las Cortes de Apelaciones conocerán: En única instancia: De los recursos de casación en la forma que se interpongan en contra de las sentencias dictadas por los tribunales indicados en el número anterior y de las sentencias definitivas de primera instancia dictadas por jueces árbitros.

b) **Dispone el Art. 98 N°2 letra a) del COT en relación a la competencia de la Corte Suprema:** Las salas de la Corte Suprema conocerán: De los recursos de casación en la forma interpuestos contra las sentencias

dictadas por las Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes.

Condiciones de procedencia del recurso de casación en la forma o limitaciones establecidas por la ley al recurso.

Hemos señalado que el recurso de casación en la forma es un recurso de derecho estricto, pues no basta que estemos en presencia de una sentencia casable y la reunión de los requisitos señalados en la ley, sino que también es necesario la concurrencia de ciertos requisitos de procedencia. Estas condiciones de procedencia son menores luego del año 1995, estas son:

1- La preparación del recurso.

El Art. 769 inciso 1º impone como condición al recurrente de casación en la forma el preparar el recurso.

“La preparación del recurso de casación en la forma consiste en que quien pretende impugnar una sentencia por esta vía debe haber reclamado del vicio u omisión que le sirve de causal a través del ejercicio oportuno y en todos sus grados de los recursos establecidos en la ley para reparar este defecto”.

La ley por un principio de seriedad y de orden consecutivo legal, exige que la parte afectada por el vicio u omisión haga uso oportuno de los recursos establecidos por la ley para reparar aquel vicio u omisión, y sólo en caso de no darle la razón, luego del uso oportuno de estos recursos, podrá valerse del recurso de casación en la forma.

¿Cómo se prepara el recurso de casación en la forma?

El recurso de casación en la forma se prepara, como se ha señalado, a través del ejercicio oportuno y en todos sus grados de los recursos establecidos en la ley para reparar el defecto, lo que implica agotar estos recursos sin éxito para la parte agraviada.

Como se deduce de lo señalado en el Art. 769 inciso primera y de la definición dada de preparación del recurso casación en la forma se requiere un ejercicio oportuno y en todos sus grados de los recursos establecidos en la ley para reparar el defecto de que se trate.

En cuanto a la expresión “recurso” empleado por el legislador debe ser entendido en un sentido amplio, como todo medio destinado a subsanar un defecto en el curso del proceso, así por ejemplo se considerará recursos, gestiones que no son recursos en sentido estricto, como lo sería una excepción dilatoria.

Así por ejemplo si el juez se niega a la práctica de un nuevo medio de prueba, la resolución que así lo señala falta a un trámite o diligencia declarados esenciales por la ley, según lo señala el Artículo 768 N°9 en relación con el Artículo 795 N°4. La parte agraviada debe pedir la reposición de aquella resolución y si ésta es rechazada debe apelarse aquella resolución

que niega la reposición y si luego dicha apelación es rechazada se entenderá recién preparado el recurso de casación.

Casos en que no procede la preparación del recurso.

Se señalan en el Artículo 769 inciso 2° y 3° y son los siguientes:

1- Cuando la ley no admite recurso alguno contra la resolución en que se haya cometido la falta. Según el profesor Salas no hay casos en que no se admita recurso alguno contra la resolución en que se haya cometido la falta, haciendo alusión en último término al recurso de queja, que justamente exige para su procedencia que contra la resolución respectiva no proceda recurso alguno.

2- Cuando la falta haya tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se trata de casar.

3- Cuando la falta se haya producido antes del pronunciamiento de la sentencia, pero haya llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia.

4- Es igualmente innecesario preparar la casación en la forma 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 instancia, aun cuando hayan afectado también a ésta los vicios que lo motivan.

Se trata del caso de una sentencia de primera instancia a la que le afecta algún vicio u omisión del Art. 768 N° 4, 6, 7 y habiéndose apelado esta sentencia, la de segunda instancia confirma la sentencia viciada. En este caso la casación se dirigirá en contra la sentencia de segunda instancia que confirma la sentencia viciada.

En este caso no se requiere preparar la casación en la forma, pues no se han agotado todos los recursos, perfectamente se pudo haber interpuesto recurso de casación directamente en contra de la sentencia de primera instancia.

2- Se requiere que perjuicio causado por la causal sólo sea reparable con la invalidación del fallo, según se desprende de lo señalado en el Art. 768 inciso penúltimo. Se exige que no haya otro recurso que permita reparar al agraviado el perjuicio producido por la causal.

3- Que el vicio u omisión que le sirve de fundamento al recurso de casación en la forma influya en lo dispositivo del fallo, según se desprende de lo señalado en el Art. 768 inciso penúltimo.

Así por ejemplo si la sentencia fue pronunciada por la unanimidad de los tres ministros que integran una sala, y a uno de ellos le afectaba una causal de implicancia del Art. 768 N°2, el vicio no influirá en lo dispositivo del fallo, pues hay 2 votos válidos de un total de 3, configurándose igualmente mayoría.

Situación especial:

Se refiere a aquella situación que se produce cuando el vicio en que se funda el recurso sea la falta de pronunciamiento sobre alguna acción o excepción que se haya hecho valer oportunamente en el juicio, situación prevista en el Art. 768 inciso final.

Recordemos que según el Art. 170 N°6 del CPC Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas.

El no cumplimiento del Art. 170 del CPC hará procedente el recurso de casación en la forma por la causal prevista en el Art. 768 N°5 “En haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170”

Frente a lo anterior la corte podrá:

- 1- Casar la sentencia, en virtud de lo dispuesto en el Art. 768 N°5.
- 2- Devolver la sentencia al tribunal de primera instancia para que complete la sentencia. Se trata de una limitación al recurso de casación en la forma fundado en razones de economía procesal.

Interposición del recurso de casación en la forma.

1- Titular del recurso de casación en la forma:

El titular del recurso de casación es la parte agraviada, según se desprende del Art. 771 del CPC: ***“El recurso debe interponerse por la parte agraviada ante el tribunal que haya pronunciado la sentencia que se trata de invalidar y para ante aquel a quien corresponde conocer de él conforme a la ley”.***

Requisitos para ser titular del recurso de casación en la forma:

- 1- Ser parte.
- 2- Resultar agraviada. Resultará agraviada aquella parte que resulta agraviada con la sentencia y el vicio que le sirve de fundamento, se trata por tanto de un agravio doble.

Tanto demandante como demandado podrán ser titular del recurso de casación, incluso simultáneamente, como ocurre por ejemplo cuando ambas partes piden al tribunal que se reciba la causa a prueba y ello no ocurre y el demandante pide 100, el demandado 0 y el juez otorga 50.

2- ¿Ante qué tribunal, se interpone el recurso de casación en la forma?

Según señala el Art. 771 del CPC el recurso debe interponerse por la parte agraviada ante el tribunal que haya pronunciado la sentencia que se trata de invalidar, es decir, ante el mismo tribunal que pronuncia la sentencia afecta al vicio de casación en la forma, para que sea conocido por el tribunal a quien corresponde conocer de él conforme a la ley, previa elevación de los antecedentes correspondientes.

Plazo de interposición del recurso de casación en la forma.

La regla general está dada por el Art. 770 del CPC que señala: “El recurso de casación deberá interponerse dentro de los **15 días** siguientes a la fecha de notificación de la sentencia contra la cual se recurre”

Esta regla general tiene, sin embargo, una excepción contemplada en el Art. 770 inciso 2º, que señala que: *el recurso de casación en la forma contra sentencia de primera instancia deberá interponerse dentro del plazo concedido para deducir el recurso de apelación, y si también se deduce este último recurso, conjuntamente con él.*

Recordemos que según señala el Art. 189 del CPC: “. La apelación deberá interponerse en el término fatal de 5 días, contados desde la notificación de la parte que entabla el recurso, este plazo se aumentará a 10 días tratándose de sentencias definitivas”.

Características del plazo de casación.

- 1- Se trata de un **plazo fatal**, no es necesario ninguna declaración del tribunal. Además, según el Art. 64 del CPC los plazos del CPC son fatales.
- 2- Es un plazo de **días y por tanto discontinuo**, según señala el Art. 66 del CPC.
- 3- Es un plazo **legal y por tanto improrrogable**, según señala el Art. 67 del CPC.
- 4- Es un plazo **individual**, pues se cuenta desde la notificación de la parte que entabla el recurso, según se desprende del Art. 65 del CPC.

Requisitos del escrito de casación en la forma:

- 1- Requisitos generales de todo escrito.
- 2- Requisitos específicos del escrito de casación en la forma:
 - a) El escrito mencionará expresamente el vicio o defecto en que se funda, según señala el Art. 772 inciso 2º del CPC
 - b) El escrito mencionará expresamente la ley que concede el recurso por la causal que se invoca, según señala el Art. 772 inciso 2º del CPC.
 - c) El recurso deberá ser patrocinado por abogado habilitado, que no sea procurador del número, según señala el Art. 772 inciso 3º del CPC. Se entiende que ello otorga suficiente seriedad al recurso, basta que se indique la residencia o domicilio y firma del abogado que patrocina el recurso. Debe destacarse que es el propio recurso el que requiere del patrocinio de un abogado, se trata de un abogado distinto al que lleva la causa.

Importancia del escrito de casación en su presentación ante el tribunal a quo.

Con la presentación del escrito de casación en la forma queda fijada la competencia del tribunal de casación a fin de determinar si se configura o no la causal. Además, según se desprende de lo señalado en el Art. 774 inciso 2º la competencia del tribunal de casación queda reducida a las causales invocadas en el escrito de casación.

Importancia del escrito de casación desde el punto de vista del recurso.

Según señala el Art. 774 inciso 1º Interpuesto el recurso, no puede hacerse en él variación de ningún género.

Tramitación del recurso de casación.

Distinguiremos entre la tramitación ante el tribunal que pronuncia la sentencia afecta al vicio de casación en la forma y la tramitación ante el tribunal llamado a conocer del recurso de casación en la forma. Utilizaremos las expresiones propias del recurso de apelación “tribunal a quo” y “tribunal ad quem”, aunque en la casación no se conoce en instancia.

Tramitación del recurso de casación en la forma ante el tribunal que pronuncia la sentencia afecta al vicio de casación.

Al tribunal a quo sólo le corresponderá el estudio de aspectos formales del escrito de casación.

Según señala el Art. 776 del CPC Presentado el recurso, el tribunal examinará:

- 1- Si ha sido interpuesto en tiempo, es decir, dentro del plazo legal.
- 2- Si ha sido patrocinado por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

En el caso que el recurso se interpusiere ante un tribunal colegiado, el referido examen se efectuará en cuenta.

Actitudes que puede adoptar el tribunal a quo frente a este examen formal:

1- Si el recurso no cumple con los requisitos establecidos en el inciso primero del artículo 776, el tribunal lo declarará inadmisible, sin más trámite.

En contra del fallo que se dicte y que declare inadmisible el recurso sin más trámite (artículo 778) , sólo podrá interponerse el recurso de reposición, el que deberá fundarse en error de hecho y deducirse en el plazo de tercer día. La resolución que resuelva la reposición será inapelable, según lo señala el Art. 778 inciso 2º del CPC.

2- Si el recurso cumple con los requisitos establecidos en el inciso primero del artículo 776, el tribunal procederá a realizar 2 declaraciones, según el Art. 776 inciso 2º.

1- Si el recurso reúne estos requisitos, el tribunal concederá el recurso y dará cumplimiento a lo establecido en el inciso primero del artículo 197 para los efectos del cumplimiento de la sentencia. Es decir, se determinará la elevación de los autos al tribunal superior para que conozca del recurso.

2- Ordenará elevar los autos originales al tribunal superior para que conozca del recurso y devolver las fotocopias o compulsas respectivas al tribunal que deba conocer del cumplimiento del fallo. Todo ello permite la ejecución condicionada de la sentencia impugnada por parte del tribunal a quo.

Obligaciones del recurrente:

1- El recurrente, dentro de los **5 días siguientes a la fecha de notificación de la resolución que concede el recurso** deberá depositar en la secretaría del tribunal la cantidad de dinero que el secretariado estime necesaria para cubrir el valor de las fotocopias o de las compulsas respectivas. Si el recurrente de casación no da cumplimiento a esta obligación, se le tendrá por desistido del recurso, sin más trámite, según lo señala el Art. 776 en relación con el Art. 197 del CPC.

2- **Deberá el recurrente dejar en secretaría del tribunal a quo, la cantidad de dinero que este determine para el franqueo que implica la remisión del expediente.** El incumplimiento de esta obligación traerá como consecuencia la declaración de deserción del recurso luego de ser apercibido por el tribunal, según lo señala el Art. 777 del CPC.

Efectos de la concesión del recurso de casación en la forma por el tribunal que pronunció la sentencia afecta al vicio de casación.

Se entiende por efectos de un recurso procesal, la situación en que permanece la resolución impugnada en cuanto a su ejecución o cumplimiento, pendiente el fallo del respectivo recurso.

El recurso de casación comprende dos efectos:

3- **Un efecto similar al efecto devolutivo en la apelación:** Puede ser definido como aquel efecto propio y de la esencia del recurso de casación en la forma, en virtud del cual concedido el recurso por el tribunal a quo y notificado de ello a las partes, se otorga competencia al tribunal superior llamado a conocer del recurso, pero sólo respecto de los vicios que sirven de fundamento a éste. Recordemos que el recurso de casación en la forma es un recurso extraordinario.

4- **Un efecto similar al Efecto suspensivo en la apelación:** Dice relación con la posibilidad o imposibilidad de dar cumplimiento a la sentencia impugnada mientras se tramita el recurso de casación en la forma.

Por regla general la interposición y concesión del recurso de casación en la forma no impide la ejecución de la sentencia impugnada, ejecución que en todo caso será condicional al resultado del proceso, según se desprende de lo señalado en el Art. 773 inciso 1º “El recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia” y de lo señalado en el Art. 776 inciso 2º “Si el recurso reúne estos requisitos, dará cumplimiento a lo establecido en el inciso primero del artículo 197 para los efectos del cumplimiento de la sentencia”

Excepción a la regla general: Se contempla en el Art. 773 inciso 1º “...salvo cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso, como sería si se tratara de una sentencia que declare la nulidad de un matrimonio o permita el de un menor”

Cumplimiento de la sentencia impugnada por el recurso de casación en la forma:

Para el cumplimiento de la sentencia impugnada se requiere la petición de la parte que haya obtenido en aquella sentencia, es decir petición de la parte vencedora.

La parte vencida podrá exigir que no se lleve a efecto la sentencia mientras la parte vencedora no rinda fianza de resultas a satisfacción del tribunal que haya dictado la sentencia recurrida, frente a los eventuales perjuicios que implique el cumplimiento de la sentencia impugnada. La fianza se fijará en proporción a los posibles perjuicios causados, según lo señala el Art. 773 inc. 2º

El recurrente deberá ejercer este derecho conjuntamente con interponer el recurso de casación, pero en escritos distintos que se agregará al cuaderno de fotocopias o de compulsas que deberá remitirse al tribunal que deba conocer del cumplimiento del fallo, según lo señala el Art. 773 inc. 3º

El tribunal a quo se pronunciará de plano y en única instancia a su respecto y fijará el monto de la caución antes de remitir el cuaderno respectivo a dicho tribunal.

Excepciones al derecho que tiene el recurrente para solicitar la fijación de fianza de resultas.

Según el Art. 773 inciso 2º el derecho a solicitar la fijación de fianza de resultas por parte del recurrente no procederá en aquellos casos en que recurso se interponga por el demandado contra la sentencia definitiva pronunciada en:

- 1- El Juicio ejecutivo,
- 2- En los juicios posesorios,
- 3- En los juicios de desahucio

Tramitación del recurso de casación en la forma ante el tribunal llamado a conocer del recurso.

El Secretario de la Corte, actuando como ministro de fe, deberá dejar constancia en la causa de la fecha en que el expediente, ha ingresado a la secretaría de la Corte.

Esta constancia consistirá en un timbre o un certificado, la que revestirá importancia para los efectos del cómputo del plazo para el cumplimiento de la obligación de comparecer ante el tribunal de casación en la forma.

Obligación del recurrente de comparecer ante el tribunal llamado a conocer del recurso de casación en la forma.

El recurrente de casación en la forma debe hacerse parte ante el tribunal llamado a conocer del recurso dentro del plazo de 5 días contados desde la recepción de los autos ante la secretaría de aquel tribunal. Cuando los autos se remitan desde un tribunal que funciona fuera de la comuna en que resida el llamado a conocer el recurso de casación el plazo de 5 días se entenderá aumentado en 3 días más lo que señale la tabla de emplazamiento, según se deduce de lo señalado 779 del CPC en relación a los artículos 200 y 201 del CPC.

Luego el expediente, fotocopias o compulsas en su caso será ingresado al libro de causas del tribunal, asignándole luego un rol. De forma tal que la causa tendrá 2 roles distintos, el rol del tribunal a quo y el del tribunal superior llamado a conocer del recurso.

El secretario deberá dar cuenta a la sala tramitadora del contenido del expediente, esta es la forma como los tribunales colegiados conocen del asunto. Recordemos que la cuenta es una comunicación sin formalidades, no se requiere la previa vista de la causa.

Deberá dar cuenta a la sala tramitadora, cuando exista más de una sala. La sala tramitadora será la primera sala, sea que esté o no integrada por el presidente de la Corte. En el caso que el recurso de casación deba ser conocida por la Corte Suprema la cuenta deberá hacerse ante la sala de la especialidad correspondiente.

La sala correspondiente, en cuenta, examinará los siguientes aspectos formales, según señala el Art. 781 del CPC.:

- 1- Que la sentencia recurrida es de aquellas que la ley permite impugnar mediante el recurso de casación en la forma.
- 2- Si se reúnen los requisitos generales y particulares del escrito en que se interpuso el recurso de casación en la forma.
- 3- Si el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo señalado en la ley y si ha sido patrocinado por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

Actitudes que puede adoptar la sala correspondiente luego de este examen formal:

- 1- Estimar inadmisible el recurso de casación en la forma al faltar todos o algunos de los aspectos formales antes señalados, todo ello por resolución fundada, según lo señala el Art. 781 inciso 2º.

La resolución por la que el tribunal de oficio declare la inadmisibilidad del recurso, sólo podrá ser objeto del recurso de reposición, el que deberá ser fundado e interponerse dentro de tercero día de notificada la resolución, según lo señala el Art. 781 inciso final. Este recurso de reposición será conocido por la misma sala.

2- Estimar admisible el recurso de casación en la forma, en este caso la sala ordenará traer los autos en relación sin más trámite, a fin de que sea conocido el fondo del asunto, según señala el Art. 781 inciso 3°.

3- Estimar inadmisible el recurso de casación en la forma y no obstante ello ordenar traer los autos en relación, cuando estime posible una casación de oficio, según señala el Art. 781 inciso 3°. En contra de esta resolución también procede la reposición del Art. 781 inciso 4° del CPC.

En caso que se estime admisible el recurso de casación en la forma:

En este caso la sala ordenará traer los autos en relación sin más trámite, a fin de que sea conocido el fondo del asunto previa vista de la causa. Una vez pronunciada la resolución “Autos en relación”, la causa queda en estado de ser puesta en tabla para su posterior vista y resolución. En este momento el expediente pasa a la Presidencia de la Corte, el que debe confeccionar la tabla, según el orden de conclusión de las causas y no según su orden de ingreso.

Colocada la causa en la tabla y llegado el día en que la causa deba ser vista, comenzará la vista de la causa, la que se compone de 3 trámites distintos, de los cuales el anuncio y la relación son imprescindibles, a diferencia de los alegatos, los cuales pueden ser omitidos.

En relación a los alegatos: La duración de las alegaciones de cada abogado se limitará, a una hora en los recursos de casación en la forma y a dos horas en los de casación en el fondo. El tribunal podrá, sin embargo, por unanimidad, prorrogar por igual tiempo la duración de las alegaciones.

Con todo, si se tratare de una materia distinta de la casación, el tribunal podrá prorrogar el plazo por simple mayoría, según señala el Art. 783 inciso 2° y 3°.

Las partes hasta el momento de la vista de la causa pueden presentar por escrito observaciones al recurso:

Las partes podrán, hasta el momento de verse el recurso, consignar en escrito firmado por un abogado, que no sea procurador del número, las observaciones que estimen convenientes para el fallo del recurso, según señala el Art. 783 inciso final.

Por lo demás agrega el Art. 799 del CPC que cuando la causa alegada necesite de prueba, el tribunal abrirá para rendirla un término prudencial que no exceda de 30 días.

Modos de poner término al recurso de casación en la forma:

1- Modos normales de poner término al recurso de casación en la forma:

Cuando el recurso sea de casación en la forma, dispondrá el tribunal que se traigan los autos en relación, y fallará la causa en el término de 20 días

contados desde aquel en que terminó la vista, según lo señala el Art. 806 del CPC.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la resolución que falla el recurso de casación en la forma se trata de una sentencia “Sui Generis” que se asimila en cuanto a sus requisitos formales a una sentencia definitiva pese o no serlo, pues consta de una parte expositiva, considerativa y resolutiva, así lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia.

Alternativas de la sentencia que falla el recurso de casación en la forma:

1- La sentencia que falla el recurso de casación en la forma acoge el recurso.

La sentencia por la cual, la Corte acoge el recurso de casación en la forma deberá contener las siguientes declaraciones:

- 1- Que acoge el recurso de casación en la forma señalando los fundamentos pertinentes.
- 2- Como consecuencia de lo anterior que se invalida la sentencia objeto del recurso.
- 3- Deberá determinar el estado en que queda el proceso atendiendo la causal invocada, es decir, si se trata de una causal cometida en la tramitación del respectivo proceso o si se trata de aquellas causales cometidas en la misma sentencia, según lo señala el Art. 786 del CPC.

Así si el vicio u omisión que se produce en la tramitación del respectivo proceso consiste en la no recepción de la causa a prueba la sentencia que acoge el recurso de casación en la forma dispondrá que el proceso se encuentra en estado de recibir la causa a prueba.

Si el vicio u omisión se produce en la sentencia misma, la sentencia que acoge el recurso de casación en la forma sólo invalidará la sentencia impugnada.

- 4- La sentencia que acoge el recurso de casación en la forma ordenará remitir el proceso al tribunal que debe subrogar al que pronunció la sentencia casada, según lo señala el Art. 786 inciso 3º del CPC. La función del tribunal que subroga al que pronunció la sentencia casada será tomar el proceso en el estado en que se encuentre, en aquellos casos en que la causal de casación se produce en la tramitación del proceso.

¿Qué tribunal será al que le corresponde subrogar al que pronunció la sentencia casada?

Este tribunal es aquel a quien tocaría conocer del negocio en caso de recusación del juez o jueces que pronunciaron la sentencia casada, pues el tribunal que pronuncia la sentencia casada ya ha dado su opinión sobre el asunto. El COT señala el orden de subrogación, tanto ante los juzgados de letras como de las cortes en caso de recusación del juez o jueces.

Excepción: Sin embargo, esta remisión del proceso no será necesaria en caso que la causal de casación se haya producido en la misma sentencia y se trate

de las causales establecidas en los números 4, 5, 6 y 7 del artículo 768, pues en este caso el mismo tribunal que pronuncia la sentencia casada deberá pronunciar la llamada “*sentencia de reemplazo*”, según se desprende de lo señalado en el Art. 786 inciso 3º. La sentencia de reemplazo sustituye la sentencia invalidada y tiene su misma naturaleza jurídica.

Importancia del hecho de saber cuándo se produce el vicio que motiva la interposición del recurso de casación en la forma:

- 1- Para los efectos establecidos en el Art. 786 inciso 3º.
- 2- No será necesario la preparación del recurso cuando los vicios que motivan la interposición del recurso de casación se producen en la sentencia misma.

2- *La sentencia que falla el recurso de casación en la forma no acoge el recurso.*

La sentencia en que la corte niega el recurso de casación en la forma deberá contener las siguientes declaraciones:

- 1- Que niega el recurso de casación en la forma señalando los fundamentos pertinentes.
- 2- Ordena la devolución del expediente al tribunal que pronuncio la sentencia impugnada.
- 3- Dispone la condena en costas del recurrente, según el caso.

2- *Modos anormales de poner término al recurso de casación en la forma:*

1- Cuando el tribunal a quo, es decir, el que pronuncia la sentencia impugnada, declara el recurso inadmisible luego del examen formal a que se refiere el Art. 776 del CPC. Cuando el tribunal llamado a conocer el recurso luego del examen formal del Art. 781 del CPC, le declara inadmisible.

2- En caso de desistimiento del recurso por parte del recurrente.

3- En caso de declaración de deserción del recurso, que debe entenderse como una sanción frente al incumplimiento de determinadas obligaciones impuestas por la ley. Las causales de deserción del recurso de casación son las siguientes:

a) Cuando el recurrente, dentro de los 5 días siguientes a la fecha de notificación de la resolución que concede el recurso por el tribunal a quo no deposite 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 según lo señala el Art. 776 del CPC.

b) Cuando el recurrente no deje en secretaría del tribunal a quo la cantidad de dinero que este determine para el franqueo que implica la remisión del expediente, luego de ser apercibido por el tribunal, según lo señala el Art. 777 del CPC.

c) En caso que el recurrente de casación no se haga parte ante el tribunal llamado a conocer del recurso dentro del plazo de 5 días contados desde la recepción de los autos ante la secretaría de aquel tribunal. Cuando los autos se remitan desde un tribunal que funciona fuera de la comuna en que resida el llamado a conocer el recurso de casación el plazo de 5 días se entenderá aumentado en 3 días más lo que señale la tabla de emplazamiento, según se deduce de lo señalado 779 del CPC en relación a los artículos 200 y 201 del CPC.

4 Por la prescripción del recurso de casación en la forma, así la sentencia recurrida es una sentencia definitiva y las partes dejan de hacer trámites útiles durante 3 meses se declarará prescrito el recurso de casación en la forma, tratándose de las sentencias interlocutorias éste plazo será de 1 mes, según se desprende del Art. 779 en relación con el Art. 211 del CPC.

Impugnación de una sentencia mediante los recursos de casación en la forma y de apelación.

¿Qué resoluciones pueden ser impugnadas por medio de los recursos de casación en la forma y de apelación? Según se desprende de los Artículos 187 y 766 del CPC que son resoluciones que pueden ser impugnadas por medio de los recursos de casación en la forma y de apelación simultáneamente:

- 1- **Sentencias definitivas de primera instancia.**
- 2- **Sentencias interlocutorias de primera instancia que pongan fin al juicio o que hagan imposible su continuación.**

Reglas de armonización frente a la interposición simultánea de los recursos de casación en la forma y de apelación:

No se trata de una cuestión fácil pues ambos recursos son incompatibles en principio, pues persiguen objetivos distintos:

a- El recurso de apelación busca la revocación o modificación de una resolución judicial, según se desprende de lo señalado en el Art. 186 del CPC.

b- El recurso de casación en la forma busca la invalidación de una resolución judicial, según se desprende de lo señalado en el Art. 764 y 768 del CPC.

POR ESTE MOTIVO, Y CONFORME AL ARTÍCULO 770 DEL CPC, LA APELACIÓN DEBE SER INTERPUESTA DE MANERA “CONJUNTA” A LA CASACIÓN, jamás de manera

subsidiaria, pues como se dijo, no son medios procesales similares que atacan un mismo vicio por una misma razón, sino que todo lo contrario.

UN ALTO NÚMERO DE RECURSOS DE APELACIÓN SON DECLARADOS INADMISIBLES, ATENDIDA LA ERRÓNEA FORMA DE INTERPOSICIÓN.

En cuanto a las reglas de armonización entre ambos recursos estas son las siguientes:

1- Según señala el Art. 770 inciso 2º que en el caso en que proceda en contra de la sentencia que se intenta impugnar recurso de apelación también, el recurso de casación en la forma debe deducirse dentro del plazo concedido para la interposición del recurso de apelación. Ambos recursos deberán interponerse conjuntamente y en el mismo escrito.

Recordemos que según señala el Art. 189 del CPC: “. La apelación deberá interponerse en el término fatal de 5 días, contados desde la notificación de la parte que entabla el recurso, este plazo se aumentará a 10 días tratándose de sentencias definitivas”

La ley no señala cual es el orden de interposición de los recursos, pero se ha estimado que es el siguiente “En lo principal se pide casación en la forma y conjuntamente apelación”

2- Dispone el Art. 776 inciso 3º que, si se concede apelación en ambos efectos, devolutivo y suspensivo, no será necesario la elaboración de fotocopias o compulsas para los efectos de la casación en la forma.

3- Dispone el Art. 798 del CPC que El recurso de casación en la forma contra la sentencia de primera instancia se verá conjuntamente con la apelación, es decir, serán tramitados conjuntamente al ser conocidos por un mismo tribunal.

Cumpliéndose los requisitos formales del recurso de casación en la forma y de apelación, cuyo examen corresponderá al tribunal a quo, éste ordenará elevar los antecedentes, conforme a las reglas antes vistas, al tribunal llamado a conocer ambos recursos.

Tramitación del recurso de casación en la forma y de apelación ante el tribunal superior llamado a conocer de ambos recursos.

1- El Secretario de la Corte, actuando como ministro de fe, deberá dejar constancia en el expediente la fecha en que el expediente, ha ingresado a la secretaría de la Corte.⁴⁶

2- Luego el expediente, fotocopias o compulsas en su caso será ingresado al libro de causas del tribunal, asignándole luego un rol.

⁴⁶ Actualmente obligación modificada en todos aquellos procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.886.

3- El secretario deberá dar cuenta a la sala tramitadora del contenido del expediente, esta es la forma como los tribunales colegiados conocen del asunto.

4- La sala correspondiente, en cuenta, examinará nuevamente el cumplimiento de aspectos formales del recurso de casación en la forma y de apelación, según señala el Art. 781 del CPC y el Art. 213 del CPC.

5- La sala respectiva luego del estudio de los aspectos formales antes señalados podrá estimar admisible ambos o sólo uno de los recursos. Así si sólo estima admisible el recurso de casación en la forma y no el de apelación, se tendrá como no interpuesto el recurso de apelación, como lo señala el Art. 798 del CPC, lo mismo sucede a la inversa.

6- En caso que la sala respectiva estime admisible uno o ambos recursos ordenará traer los autos en relación sin más trámite, a fin de que sea conocido el fondo del asunto, según señala el Art. 781 inciso 3º y el Art. 199 el CPC.

Sin embargo, se produce un problema, pues según el Art. 199 del CPC en el caso que se admita el recurso de apelación se mandarán a traer los autos en relación, para conocer el fondo del asunto, sólo tratándose de las sentencias definitivas, pues tratándose de las sentencias interlocutoria el asunto se verá en cuenta.

En este caso se ha estimado que pese a tratarse de la apelación de una sentencia interlocutoria, la que también se casa, el fondo del asunto será conocido previa vista de la causa.

Orden en que se verán y fallarán los recursos de casación en la forma y de apelación.

En cuanto a la vista de la causa, debe tenerse en cuenta que la Corte se pronunciará sobre el recurso de casación y sólo si éste es rechazado procederá a pronunciarse de la apelación, según se desprende de lo señalado en el Art. 798 CPC.

Por ende, es del todo lógico que se inicie la vista de la causa respecto de la casación deducida y luego se procederá a realizar las alegaciones sobre la apelación deducida de manera conjunta.

Casación en la forma de oficio.

La regla general es que el recurso de casación proceda a instancia de partes, sin embargo, el legislador, excepcionalmente, saca a ciertos tribunales de su rol pasivo y les permite casar de oficio una sentencia en determinadas oportunidades.

Definición de casación de oficio: “Es la facultad que la ley confiere a ciertos tribunales para invalidar o casar por propia iniciativa determinadas sentencias dictadas por el tribunal inferior, cuando los antecedentes traídos a la vista demuestran fehacientemente que se ha cometido vicios que autorizan interponer recurso de casación en la forma”

La casación en la forma de oficio tiene por objeto el resguardo de las normas de procedimiento.

Tribunal llamado a conocer de la casación de oficio: El tribunal superior de aquel que dicta la resolución que adolece de un vicio de casación.

Oportunidad en que procede la casación en la forma de oficio:

El tribunal, llamado a conocer de la casación en la forma de oficio, debe conocer del vicio presente en el proceso por 4 vías distintas, según señala el Art. 775 del CPC, ellas son:

1- Por vía de la apelación.

2- Por vía de la consulta, como sucede en los juicios de hacienda, según señala el artículo 751 del CPC.

3- Por vía de la casación en la forma, cuando la sala correspondiente estime inadmisible el recurso de casación en la forma y no obstante ello ordenar traer los autos en relación, cuando estime posible una casación de oficio, según señala el Art. 781 inciso 3º.

4- Por vía de los incidentes.

Requisito para la procedencia del recurso de casación de oficio.

Que el tribunal en base a los antecedentes traídos a su vista, por alguna de las vías antes señalada, se percate que “manifestamente” ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma, según lo señala el Art. 775 del CPC.

¿Cómo procede la casación en la forma de oficio?

Según señala el Art. 313 del COT. “Antes de hacer la relación deben los relatores dar cuenta a la Corte de todo vicio u omisión substancial que notaren en los procesos”, de esta forma la corte se impondrá de los vicios que adolece el proceso y que hacen procedente el recurso de casación de oficio.

La Corte debe oír a los abogados que concurren a alegar en la vista de la causa e indicar a los mismos los posibles vicios sobre los cuales deberán alegar, según señala el Art. 775 del CPC. La Corte invitará a alegar a los abogados sobre los posibles vicios y los abogados no están preparados para ello.

EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO.

Definición del recurso de casación en el fondo:

En base a los artículos 764, 765 y 767 del CPC podemos definir al recurso de casación en el fondo de la siguiente forma:

“Es un recurso extraordinario destinado a invalidar, a petición de la parte agraviada, determinadas resoluciones judiciales por haber sido dictadas con infracción a la ley y siempre que dicha infracción haya influido en lo dispositivo de ella”.

Objeto del recurso de casación en el fondo:

El recurso de casación en el fondo está destinado a invalidar, a petición de la parte agraviada, determinadas resoluciones judiciales por haber sido dictadas con infracción a la ley sustantiva (como el CC, C de Comercio, etc.) y siempre que dicha infracción haya influido en lo dispositivo de ella.

Fundamento del recurso de casación en el fondo:

El recurso de casación en el fondo busca la protección de la ley sustantiva, garantizando de esta forma, una garantía constitucional como es la de igualdad ante la ley, la que pudiera verse vulnerada a través de la diversa interpretación que de la ley sustantiva hacen los tribunales de justicia. Se hace necesario la uniformidad de la interpretación de la ley sustantiva realizada por los tribunales de justicia y el tribunal llamado a realizar esta uniformidad de interpretación es la Corte Suprema de Justicia por medio del recurso de casación en la forma.

Características del recurso de casación en el fondo:

1- Se trata de un recurso extraordinario; se requiere la concurrencia de determinados motivos denominados causales para su interposición, ya no basta el mero agravio.

2- Es un recurso por vía de la reforma; es conocido por el tribunal superior a aquel que pronunció la resolución que se impugna, según lo señala el Art. 771 del CPC, en relación al Art. 63 del COT que trata del conocimiento del recurso por las cortes de apelaciones y al Art. 98 N°2 del COT que trata del conocimiento del recurso por la Corte Suprema.

3- Es un recurso de derecho estricto, pues no sólo basta para que prospere que se trate de ciertas y determinadas resoluciones y causales, sino que también es necesario el cumplimiento de ciertas condiciones que trataremos en su oportunidad.

4-

Resoluciones impugnables mediante el recurso de casación en el fondo.

Según señala el Art. 767 del CPC el recurso de casación en el fondo tiene lugar contra de:

1- Sentencias definitivas inapelables.

2- Sentencias interlocutorias cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

1- **Que sean inapelables,** así son sentencias inapelables las dictadas por una Corte de Apelaciones en segunda instancia, las sentencias interlocutorias dictadas por una Corte de Apelaciones en segunda instancia y aquella que falla un incidente suscitado en segunda instancia, según señala el Art. 210 del CPC.

2- **Que sean dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia** constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes.

El árbitro de derecho fallará con arreglo a la ley y se someterá, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida, según señala el Art. 223 del COT y 628 del CPC.

Las partes podrán designar un árbitro de derecho de 1º o de 2º instancia, así procederá el recurso de casación en la forma en contra de las Sentencias definitivas o interlocutorias inapelables dictadas por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes.

Causales o motivos que permiten la interposición del recurso de casación en el fondo:

El Art. 767 señala que la interposición del recurso de casación éste debe tener como causal:

- 1- Una infracción de ley.
- 2- Que esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

1- Infracción de ley.

Se ha entendido que hay infracción de ley en los siguientes casos:

1- Cuando se contraviene formalmente el texto de la ley. En estos casos se altera el texto de la ley al aplicarlo a un caso concreto.

2- Cuando se aplica la ley falsamente, lo que puede ocurrir en los siguientes casos:

a) En sentido negativo: Cuando no se aplica la ley al caso en que en ella se contempla, ejemplo no se aplican las reglas del mutuo al mutuo.

b) En sentido positivo: Cuando se aplica la ley a un caso a que no ha debido hacerlo, a un caso distinto al reglamentado por ella, ejemplo se aplican las reglas del mutuo al contrato de compraventa.

3- Cuando se interpreta erróneamente la ley, lo que sucede cuando no se ha dado aplicación o se aplican erróneamente las reglas de hermenéutica legal.

¿Qué se entiende por ley en la expresión “infracción de ley” utilizada por el legislador en el Art. 767?

Con la expresión ley se hace referencia al derecho en general, la que comprende:

1- La ley definida en el Art. 1º del Código Civil.

2- La Constitución Política del Estado.

3- Los tratados internacionales, al sujetarse a los mismos procedimientos de aprobación parlamentarios que una ley.

4- La costumbre cuando tiene fuerza de ley, es decir, cuando la ley se remite a la costumbre como ocurre en el Art. 2 del CC, o cuando suple el silencio de la ley como en el 4 del C de C.

5- En el caso de los DFL, pues hay una delegación de facultades legislativas en el ejecutivo y los DL, pues si bien son normas dictadas en períodos de anormalidad constitucional, debe entenderse que tienen la fuerza de una ley.

Este aspecto del recurso tiene importancia, en atención, a que en el escrito en que se deduce el recurso, la parte debe explicar la forma en que se produjo la infracción, que fundamentalmente puede consistir:

a.- Cuando no se aplique el derecho que corresponda;

b.- Cuando se hace una mala aplicación del derecho, y

c.- Cuando se utiliza un principio de derecho que no corresponda,

y

d.- Cuando se cometa un error en la interpretación del derecho pertinente.

Alcance que tiene el concepto de ley para estos efectos.

Sabido es que para que proceda el recurso de casación debe haberse pronunciado una resolución con infracción de derecho, y que dicha infracción influya substancialmente en lo dispositivo del fallo.

Pues bien, nos corresponde ahora precisar la extensión que debe darse a la expresión derecho:

1º.- En primer término, comprende la ley cuya definición encontramos en el artículo primero del Código Civil, que expresa sic: “La ley

es una manifestación de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.”

2º.- Los tratados internacionales, que son normas de derecho que ligan a dos o más estados en sus relaciones como tales, requiriéndose de normas adicionales para que se conviertan en normas de derecho interno - artículo 5º de la Constitución- que dice: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” Inciso 2º. De tal forma que la infracción de los tratados internacionales que se encuentren en esta situación, para los efectos del recurso de casación en el fondo, permite invocarlo como causal genérica;

3º.- La costumbre en materia civil, no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella, así lo prescribe el artículo 2º del Código Civil. En materia mercantil, en cambio, la situación es diferente, pues el artículo 4º del Comercio de Comercio, consigna: “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que la constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio.” De forma que reuniendo la costumbre, las exigencias legales, su infracción en una resolución judicial, puede atacarse mediante la interposición del recurso de casación en el fondo.

4º.- El contrato, sobre lo pertinente el artículo 1545 del Código Civil, manifiesta:” “ todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales “ por lo que la infracción de lo que se denomina la “ ley del contrato “ autorizaría la interposición de la casación en el fondo, al respecto la jurisprudencia en un fallo ha emitido el siguiente pronunciamiento: “ La casación por quebrantamiento de la ley del contrato es procedente cuando la sentencia desnaturaliza el convenio atribuyéndole una calificación y efectos distintos de los que le corresponden, porque entonces se infringe la ley general” Repertorio de legislación y jurisprudencia. Tomo IV página 26.

5º.- La ley extranjera, pues en algunos casos la Ley Chilena ordena aplicar la ley extranjera en Chile, como sucede en el Art. 1027 del CC en relación al testamento otorgado en el extranjero. En materia de ley extranjera la Corte Suprema ha señalado 3 casos en que procede la casación en el fondo:

- 1- Cuando se aplica la ley extranjera debiendo aplicarse la ley nacional.
- 2- Cuando se aplica la ley Chilena debiendo aplicarse la ley extranjera.

3- Cuando se interpreta la ley extranjera en aquellos casos en que la ley Chilena así lo dispone, pero se interpreta erróneamente. En este caso se discute:

a) No procede la casación en el fondo, pues el recurso de casación en el fondo tiene como fundamento la protección de la ley sustantiva Chilena.

b) Si procede, según lo ha señalado gran parte de la jurisprudencia actual, pues en este caso se entiende que se infringe la ley chilena al interpretar erróneamente la ley extranjera en aquellos casos que la ley Chilena dispone la interpretación.

6º.- Decretos Leyes.- Son expresiones de gobiernos de facto, no obstante, se les reconoce la misma eficacia de una ley; en cuanto a los decretos con fuerza de ley, la Constitución actual consagra su vigencia en el artículo 50 nº1, inciso tercero de la Constitución al disponer: “ “ En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento....” y más adelante en el artículo 61, prescribe: “ El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de una ley...”

7º.- Decretos Supremos, Reglamentos, Ordenanzas, etc. Su infracción no puede utilizarse como fundamento de un recurso de casación en el fondo.

2- Que esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

Hemos estudiado la forma en que puede producirse la infracción a la ley, y además, el alcance que debe dársele a este vocablo – ley -. Pero, resulta evidente que no es suficiente su sola infracción, sino que ésta debe influir substancialmente en lo dispositivo de la sentencia, debiendo existir una relación de causa a efecto entre la infracción y la decisión que se materializa en la resolución impugnada, de tal manera que se pueda sostener que de no haberse producido la infracción, el mandato de la sentencia sería totalmente diferente.

Competencia del tribunal de casación, Corte Suprema.

Se limita exclusivamente a determinar si existe o no infracción de ley que se señala como motivo del recurso. Se trata de un recurso extraordinario, la competencia del tribunal de casación no se extiende a todos los puntos de hecho y de derecho, sino a los que el recurrente estima infringidos.

Además, el tribunal de casación no podrá proceder a modificar los hechos tal como se dieron por establecidos por el tribunal que dictó la resolución impugnada, según lo señala el Art. 785 del CPC. Todo lo anterior se confirma con lo señalados en el artículo 807 del CPC, en cuanto establece: “En el recurso de casación en el fondo, no se podrán admitir ni decretar de oficio para mejor proveer pruebas de ninguna clase que tiendan a establecer o

esclarecer los hechos controvertidos en el juicio en que haya recaído la sentencia recurrida”

Sin embargo, siendo la anterior la regla general, hay situaciones en que se permite a la Corte Suprema modificar los hechos tal como se dieron por establecidos por el tribunal que dictó la resolución impugnada:

Cuando se modifican las leyes que consagran las normas reguladoras de la prueba, modificándose, por tanto, indirectamente los hechos establecidos por el tribunal que pronunció la resolución impugnada. Según ha señalado la Corte Suprema, reiteradamente en jurisprudencia, como es el caso de la sentencia dictada en los autos ROL N°45802-2016, con fecha 24 de noviembre de 2016, en su considerando décimo se consigna: “*..como lo ha reconocido reiteradamente esta Corte, que aquellas (normas reguladoras de la prueba) se entienden vulneradas, fundamentalmente, cuando los sentenciadores invierten el onus probandi, rechazan las pruebas que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley le asigna uno determinado de carácter obligatorio o alteran el orden de precedencia que la ley les diere.*

Se ha repetido que ellas constituyen normas básicas de juzgamiento, que contienen deberes, limitaciones o prohibiciones a que deben sujetarse los sentenciadores. Luego, los jueces del fondo son soberanos para apreciar las pruebas, dentro del marco establecido por las normas pertinentes.”

Interposición del recurso de casación en el fondo.

Titular del recurso de casación en el fondo.

El titular del recurso de protección es la parte agraviada, según se desprende del Art. 771 del CPC: “*El recurso debe interponerse por la parte agraviada ante el tribunal que haya pronunciado la sentencia que se trata de invalidar y para ante aquel a quien corresponde conocer de él conforme a la ley”*

Requisitos para ser titular del recurso de casación en el fondo:

- 1- Ser parte.

Resultar agraviada. Resultará agraviada aquella parte que resulta perjudicada con la sentencia y la infracción de ley que ha influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia, se trata por tanto de un agravio doble.

¿Ante qué tribunal, se interpone el recurso de casación en el fondo?

Según señala el Art. 771 del CPC el recurso debe interponerse por la parte agraviada ante el tribunal que haya pronunciado la sentencia que se trata de invalidar, es decir, ante las Cortes de Apelaciones o Tribunal Arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho, para que sea conocido por la Corte Suprema.

Plazo de interposición del recurso de casación en el fondo.

La regla está dada por el Art. 770 del CPC que señala: “El recurso de casación deberá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de notificación de la sentencia contra la cual se recurre”.

Características del plazo de casación.

- 1- Se trata de un plazo fatal, no es necesario ninguna declaración del tribunal. Además según el Art. 64 del CPC los plazos del CPC son fatales.
- 2- Es un plazo de días y por tanto discontinuo, según señala el Art. 66 del CPC.
- 3- Es un plazo legal y por tanto improprio, según señala el Art. 67 del CPC.
- 4- Es un plazo individual, pues se cuenta desde la notificación de la parte que entabla el recurso, según se desprende del Art. 65 del CPC.

Requisitos del escrito de casación en el fondo:

- 1- Requisitos generales de todo escrito.
- 2- Requisitos específicos del escrito de casación en el fondo. Según señala el Art. 772 del CPC El escrito en que se deduzca el recurso de casación en el fondo deberá:
 - 1- Expresar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida.
El legislador utiliza la expresión “errores de derecho”, lo que nos permite concluir que en el Art. 767 del CPC se refiere al derecho en general.
 - 2- Señalar de qué modo ese o esos errores de derecho influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo.
 - 3- El recurso deberá ser patrocinado por abogado habilitado, que no sea procurador del número, según señala el Art. 772 inciso 3º del CPC.

Se entiende que ello otorga suficiente seriedad al recurso, basta que se indique la residencia o domicilio y firma del abogado que patrocina el recurso. Debe destacarse que es el propio recurso el que requiere del patrocinio de un abogado, se trata de un patrocinio distinto al que lleva la causa, aunque puede ser el mismo abogado en ambos casos.

Importancia del escrito de casación desde el punto de vista del recurso.

Según señala el Art. 774 inciso 1º Interpuesto el recurso, no puede hacerse en él variación de ningún género.

Tramitación del recurso de casación en el fondo.

Distinguiremos entre la tramitación ante el tribunal que pronuncia la sentencia impugnada y la tramitación ante el tribunal llamado a conocer del recurso de casación en el fondo. Utilizaremos las expresiones propias del recurso de apelaciones “tribunal a quo” y “tribunal ad quem” .

Tramitación del recurso de casación en el fondo ante el tribunal que pronuncia la sentencia afecta al vicio de casación.

Al tribunal a quo sólo le corresponderá el estudio de aspectos formales del escrito de casación.

Según señala el Art. 776 del CPC Presentado el recurso, el tribunal examinará en cuenta:

- 1- Si ha sido interpuesto en tiempo, es decir, dentro del plazo legal.
- 2- Si ha sido patrocinado por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

Actitudes que puede adoptar el tribunal a quo frente a este examen formal:

1- Si el recurso no cumple con los requisitos establecidos en el inciso primero del artículo 776, el tribunal lo declarará inadmisible, sin más trámite, según lo señala el Art. 778 inciso 1°.

En contra del fallo que se dicte y que declare inadmisible el recurso sin más trámite, sólo podrá interponerse el recurso de reposición, el que deberá fundarse en error de hecho y deducirse en el plazo de tercero día. La resolución que resuelva la reposición será inapelable, según lo señala el Art. 778 inciso 2° del CPC.

2- Si el recurso cumple con los requisitos establecidos en el inciso primero del artículo 776, el tribunal procederá a realizar 2 declaraciones, según el Art. 776 inciso 2°.

1- Si el recurso reúne estos requisitos, el tribunal concederá el recurso y dará cumplimiento a lo establecido en el inciso primero del artículo 197 para los efectos del cumplimiento de la sentencia. Es decir, se determinará la elevación de los autos al tribunal superior para que conozca del recurso.

2- Ordenará elevar los autos originales al tribunal superior para que conozca del recurso y devolver las fotocopias o compulsas respectivas al tribunal de primera o de única instancia que deba conocer del cumplimiento del fallo. Todo ello permite la ejecución condicionada de la sentencia impugnada por parte del tribunal a quo.

Obligaciones del recurrente:

1- El recurrente, dentro de los 5 días siguientes a la fecha de notificación de la resolución que concede el recurso deberá depositar en la secretaría del tribunal la cantidad de dinero que el secretariado estime necesaria para cubrir el valor de las fotocopias o de las compulsas respectivas. Si el recurrente de casación no da cumplimiento a esta obligación, se le tendrá por desistido del recurso, sin más trámite, según lo señala el Art. 776 en relación con el Art. 197 del CPC.

2- Deberá el recurrente dejar en secretaría del tribunal a quo, es decir de la Corte, la cantidad de dinero que este determine para el franqueo que implica la remisión del expediente. El incumplimiento de esta obligación traerá como consecuencia la declaración de deserción del recurso luego de ser apercibido por el tribunal, según lo señala el Art. 777 del CPC.

Tramitación ante el tribunal ad quem.

Elevado el proceso ante el tribunal que debe pronunciarse sobre el recurso, este practica un nuevo examen en cuenta, sobre la admisibilidad, que evidentemente es más profundo y extenso que el que realiza el “a quo” y de este modo debe verificar si reúne, las siguientes exigencias:

1º.- Si la sentencia objeto del recurso, es de aquellas contra las cuales lo concede la ley;

2º.- Si en el recurso se expresan en qué consisten el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida;

3º.- Si se señala de qué modo ese o esos errores de derecho influyen substancialmente en lo dispositivo del fallo;

4º.- Si se ha interpuesto dentro de plazo, y

5º.- Si está patrocinado por abogado habilitado.

Si el tribunal encuentra mérito para considerarlo inadmisible, lo declarará sin lugar desde luego, por resolución fundada. La que será susceptible de reposición, recurso que será fundado y deberá interponerse en el plazo de tres días.

La misma sala que se pronuncia sobre la admisibilidad del recurso, aun cuando reúna las exigencias legales, podrá rechazarlo de inmediato si, en opinión unánime de sus integrantes, adolece de manifiesta falta de fundamento.

En caso de no declararlo inadmisible ordenará traer los autos en relación, sin más trámite.

Cabe señalar, que aun cuando la Corte Suprema, declare inadmisible el recurso, puede ordenar traer los autos en relación, cuando estime posible una casación de oficio.-

Tenemos entonces, que ingresados los autos al tribunal “ad quem”, se certifica por el secretario la fecha de ingreso del expediente, enseguida se practica el segundo control de admisibilidad al cual nos hemos referido precedentemente, y luego, declarado admisible el recurso, se ordena traer los autos en relación lo que significa que deben cumplirse las siguientes etapas:

- A.- Inclusión de la causa en tabla
 - B.- Anuncio el día señalado para la vista
 - C.- Relación
- D.- Alegatos, con respecto a éstos, su duración es de dos horas prorrogables por igual lapso si se acuerda por unanimidad.

Tribunal que conoce del recurso de casación en el fondo.

Sabido es que en nuestro país el único tribunal competente para conocer de este recurso es la Corte Suprema, que de conformidad con lo que dispone el artículo 98 nº 1 del Código Orgánico de Tribunales, corresponde a las salas. Esta es la regla general.

No obstante, puede llegar a ser de conocimiento del *tribunal pleno*, para ello es indispensable, cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 780 del CPC:

- 1º.- Debe ser solicitado por cualquiera de las partes;*
- 2º.- La solicitud debe hacerse dentro del plazo de cinco días que la ley les acuerda para hacerse parte en el tribunal ad quem, más el aumento de la tabla de emplazamiento;*
- 3º.- la petición debe fundarse en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido diversas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso.*

La Corte Suprema se pronunciará sobre este requerimiento, al tiempo de examinar en cuenta si declara o no la admisibilidad del recurso de casación en el fondo.

Efectos de la interposición del recurso en el cumplimiento de la sentencia.

En lo pertinente se aplican las mismas reglas establecidas para el recurso de casación en la forma, vale decir, por regla general no suspende la ejecución de la sentencia, en los términos que dispone el artículo 773 del Código de procedimiento Civil.

EXCEPCIONES:

A.- Cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto lo que se resuelva si se acoge el recurso, y

B.- Cuando el recurrente vencido en el juicio exija que no se lleve a efecto la sentencia, mientras la ganadora no rinda fianza de resultas a satisfacción del tribunal que haya dictado la sentencia recurrida. Esta facultad no puede ejercerla esta parte en los siguientes juicios:

- I.- Ejecutivos
- II.- Posesorios
- III.- De alimentos, y
- IV.- Desahucio.-

En la tramitación de este recurso está vedado en forma absoluta, rendir prueba de cualquier clase.

Sentencia.

La sentencia, puede:

1º.- Rechazar el recurso, en tal evento, se devuelve la causa al tribunal a quo, para que se proceda a la ejecución de la sentencia.

2º.- Acogerlo, en esta situación se pronuncian dos sentencias sucesivas, en el mismo acto y con igual fecha:

a.- El fallo de casación, que debe contener las razones o motivos que tuvo la Corte Suprema para acoger el recurso, y como consecuencia de lo anterior, declarará nula la sentencia recurrida;

b.- La sentencia de reemplazo, que es aquella como su nombre lo indica, se dicta en lugar de la anulada y que es la que se estima conforme a derecho y al mérito de los hechos como se han dado por establecidos en el fallo recurrido, reproduciendo los fundamentos de derecho de la resolución anulada que no se refieran a los puntos que hayan sido materia del recurso y la parte del fallo no afectada por éste.

Otras formas de extinción del recurso.

Se aplican al recurso de casación en el fondo, las otras formas de extinción del recurso de apelación, en virtud de lo que dispone el artículo 779, en la parte que se remite a lo señalado por los artículos 200, 202 y 211, todos del Código de Procedimiento Civil, esto es:

- a.- La deserción;
- b.- la prescripción; y
- c.- también por ser de aplicación general el desistimiento.

Sobre estas materias nos remitimos a lo expuesto anteriormente con ocasión del estudio de los recursos de apelación y casación en la forma.

Casación en el fondo de oficio. (Artículo 785).

Se otorga a la Corte Suprema la facultad de casar de oficio la sentencia recurrida, cuando desecharé el recurso de casación en el fondo por defectos de formalización, siempre que haya sido dictada con infracción de derecho y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo del fallo.

En esta situación, la Corte Suprema deberá hacer constar esta circunstancia en el fallo de casación y los motivos que la determinan, y acto seguido emitirá sentencia de reemplazo en la forma como lo hemos señalado anteriormente.

Interposición conjunta de los recursos de casación de forma y fondo. (Artículo 808).

Es perfectamente posible, y así ocurre muy a menudo que se interpongan conjuntamente en contra de una misma resolución, los recursos de casación en la forma y en el fondo. Y en tal acontecer, los recursos deben ser ejercidos en un mismo escrito e igual plazo.

Por su parte la Corte Suprema conoce de ambos en una misma vista y los falla conjuntamente, lo que ocurre cuando rechaza el recurso de casación

en la forma y acto seguido se pronuncia sobre la casación en el fondo, pues como advertimos anteriormente, en el caso que se acoja la casación en la forma, no emite pronunciamiento sobre el recurso de casación en el fondo.

Cuando se deducen ambos recursos, el escrito correspondiente, deberá cumplir las exigencias legales que la ley formula, respecto de cada uno de ellos.

COMPARENCIA DE LAS PARTES

Recibe aplicación todo lo relativo al recurso de apelación 200, 201 y 211.- (art. 779).

En todo lo demás se aplican las mismas normas que regulan, en el mismo título por lo demás a la casación en la forma.

TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY N°20.886 SOBRE TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA:

1) Respecto de las causas de la casación formal, sólo resultó modificada la del N° 8 del artículo 768, suprimiéndose la referencia a la deserción y prescripción del recurso de apelación. En consecuencia, la causal de casación, actualmente dice relación con que la sentencia ha sido dada en apelación legalmente declarada desistida.

2) En cuanto a las fianzas de resultas, se adecuó el artículo 773 del CPC, estableciéndose que el recurrente deberá ejercer este derecho conjuntamente con interponer el recurso de casación y en solicitud separada que se agregará a la carpeta electrónica a que se refiere el artículo 29.

Si bien se mantiene en esencia la misma obligación del recurrente y solicitante de fianzas de resultas, esta vez la petición se tramitará íntegramente en la carpeta digital, y además, se formará un cuaderno electrónico separado con las piezas necesarias.

3) En lo que dice relación con la admisibilidad del recurso de casación, se modificó el artículo 776, el cual, según lo que se estudió en su momento, contiene el primer examen de admisibilidad que debe realizarse respecto del recurso de casación. Se ha eliminado la obligación de remisión de los antecedentes originales y la de devolución de las copias o compulsas al tribunal encargado de la ejecución, para efectos de la ejecución del fallo.

Así como en el caso de la apelación, en el recurso de casación, se eliminó la obligación del recurrente de consignar el dinero suficiente para las respectivas fotocopias o consultas.

4) En la misma línea anterior, se eliminó otra obligación que antiguamente resultaba procedente, como es la de franquear la remisión del expediente material. Lo que resulta del todo, muy lógico. Ya no se remite nada, sino que a través de la carpeta digital. (Artículo 777).

5) Por último, se eliminó del recurso de casación la obligación de comparecencia y sus sanciones, modificándose el artículo 779, en cuanto a la referencia que se hacía respecto de la apelación, respecto de la aplicación de los artículos 200 (antigua comparecencia); 201 (sanción por la incomparecencia) y de la prescripción del recurso.

De todo lo dicho, es que se puede concluir que respecto del recurso de casación, en sus dos variantes, se ha eliminado la obligación de comparecencia al tribunal “Ad Quem”, además de aquellas relativas al pago de las compulsas o fotocopias y de franqueo o remisión del expediente. En todo caso, existen algunos puntos que no fueron considerados por el legislador, como es el caso del artículo 780 del CPC que permite que: *interpuesto el recurso de casación en el fondo, cualquiera de las partes podrá solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el tribunal ad quem, que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno del tribunal. La petición sólo podrá fundarse en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso.* Si se ha eliminado la obligación de comparecencia del recurrente, si ya no existe plazo para tales efectos, es que en principio se podría también entender que se ha eliminado consecuencialmente el plazo para realizar la solicitud a que se hace referencia en el citado artículo 780.

RECURSO DE QUEJA

Tiene consagración constitucional art. 82 que le atribuye a la Corte Suprema la potestad correccional o disciplinaria sobre todos los tribunales de la República, salvo aquellos que la propia disposición señala:

“La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales.

Los tribunales superiores de justicia, en uso de sus facultades disciplinarias, sólo podrán invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.”

En el Código Orgánico de Tribunales, se regula en los artículos 535, 536, 541, 545, 548, 549, 550 y 551.-

Existe además un Auto Acordado de la Excmo. Corte Suprema, dictado con fecha 01 de diciembre de 1972 sobre la materia.

A. OBJETO

Que se sancione disciplinariamente a su autor y se deje sin efecto la resolución dictada con falta o abuso grave.

B. CONCEPTO Es el medio de impugnación procesal de que disponen los afectados por la falta o abuso grave en que haya incurrido un tribunal en el pronunciamiento de un resolución de carácter jurisdiccional, sea que se trate de una sentencia definitiva o interlocutoria que ponga término al juicio o haya imposible su continuación, siempre que no sean susceptibles de ser impugnadas por medio de algún recurso ordinario o extraordinario para obtener que el superior jerárquico respectivo, para el caso de acogerlo disponga las medidas conducentes a remediar esa falta o abuso grave, sin perjuicio de que el tribunal, haciendo uno de las facultades que le asisten para actuar de oficio, pueda además dejar sin efecto o modificar la resolución en cuestión debiendo en este último caso obligatoriamente disponer la aplicación de medida disciplinaria.

C. EL RECURSO DE QUEJA ES DIFERENTE A LA QUEJA DISCIPLINARIA.

Es el medio procesal con el cual cuenta cualquier afectado por una falta o abuso en que haya incurrido un funcionario judicial en el desempeño de su cargo y que no se haya cometido en la dictación de una resolución determinada, para recurrir ante el superior jerárquico respectivo, a fin de que este ponga pronto remedio al mal y sancione disciplinariamente al funcionario que incurrió en dicha falta o abuso.

Se encuentra regulado en el artículo 536 y siguientes Código Orgánico de Tribunales.

Estas quejas:

- a) son conocidas por el tribunal pleno
- b) Pueden interponerse verbalmente o por escrito
- c) El plazo para hacerlo es de 60 días contados desde la fecha en que ocurrieron los hechos que lo motivan.

D. CARACTERISTICAS RECURSO DE QUEJA.

1.- Tiene por exclusiva finalidad corregir FALTAS O ABUSOS GRAVES cometidos en el pronunciamiento de resoluciones jurisdiccionales.

2.- Es un recurso extraordinario solo procede en los casos en que se ha cometido falta a abusos grave en la Dictación de una sentencia definitiva o interlocutoria de aquellas que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación.

3.- se dirige EN CONTRA DEL JUEZ que dictó la resolución incurriendo en falta o abusos grave.

4.- Su conocimiento y resolución corresponde al superior jerárquico.

5.- Su interposición no suspende la substanciación de la causa, sin perjuicio de la orden de NO INNOVAR.

6.- Procede en contra de sentencia definitiva o interlocutorias, siempre que no sean susceptibles de algún otro recurso ordinario o extraordinario.

E. Casos concretos en que se produce dicha infracción según jurisprudencia:

1) Cuando ha contravenido formalmente la ley, esto es, cuando al dictar una resolución se ha apartado del texto claro y expreso de la ley

2) Cuando al aplicar la ley ha interpretado en un sentido distinto de aquel que emanaría de la correcta aplicación de las normas legales.

3) Cuando el juez ha apreciado indebidamente los antecedentes del proceso para la Dictación de la resolución.

F. Requisitos:

1.- El recurrente debe ser parte en el juicio en que se dictó la resolución.

2.- Debe deducirse dentro de plazo 5 días hábiles artículo 548 C.O.T. más el aumento de la tabla emplazamiento, pero el plazo no puede exceder 15 días desde notificación.

3.- Se deduce por escrito y patrocinado abogado habilitado:

- a) Debe indicar los nombres de los miembros tribunal recurrido.
- b) Debe transcribirse si es interlocutoria o copia si es definitiva.

4.- Debe acompañarse:

I.- Certificado secretario “a quo” en que conste:

- a) Número, Rol y carátula del expediente
- b) Nombre Juez o Jueces
- c) Fecha resolución y notificación
- d) Nombre mandatario y abogado

e) La foja en que rola en el expediente.

5.- Debe señalarse clara y específicamente las faltas o abusos que se imputan a los funcionarios recurridos.

G. ORDEN DE NO INNOVAR

ARTÍCULO 548 C.O.T.

El artículo 548 del C.O.T. concede a la recurrente la posibilidad de obtener orden de no innovar. Solicitada dicha orden el Presidente del Tribunal designara la sala para tal efecto.

Si se concede:

- a) Términos amplios: Se dispone la paralización de todo el proceso.
- b) Restringidos: solo paraliza los efectos de la resolución recurrida.

El artículo 8 del auto acordado dispone que si el recurso se paraliza por más de 15 días, concedida la orden de no innovar, el recurso se declara desistido, ya sea de oficio o a petición de parte.

H. TRAMITACIÓN:

Presentado el recurso, la sala de cuenta examina:

- I.- Si se ha interpuesto dentro de plazo
- II.- Si se ha acompañado el certificado.
- III.- Si el escrito reúne los requisitos
- IV.- Si reviste fundamento plausible
- V.- Si la resolución no puede ser atacada por otro recurso.

Si se cumplen los requisitos se le da curso y se ordena al Juez o Jueces recurridos que informen dentro de 8 días hábiles.

Si no cumple con las exigencias se declara inadmisible sin más trámites.

El Juez dejará constancia en el expediente respectivo de la petición de informe la que se notificará por el estado diario a las partes. La parte que haya tomado conocimiento del recurso podrá comparecer en cualquier momento.

Vencido 8 días hábiles, háyase o no recibido el informe, se procederá a su vista y sólo podrán disponerse medidas para mejor resolver después de la vista.

Si no se ha acompañado el certificado respectivo, por causa justificada, el tribunal dará un nuevo plazo fatal e improrrogable para ello, el cual no podrá exceder de 6 días hábiles.

I. FALLO DEL RECURSO

1º.- SE ACOGE: LA SENTENCIA DEBE CUMPLIR REQUISITOS ARTÍCULOS 545 INCISO 2º C.O.T.

A.- Consideraciones que dejen de manifiesto la falta o abuso, los errores u omisiones manifiestos y graves que constituyen falta o abuso y en los cuales se fundó la resolución recurrida.

- B.- Las medidas necesarias para poner remedio al agravio causado;
- C.- Si el tribunal, actuando de oficio, podrá dejar sin efecto o modificar la resolución abusiva.
- D.- Poner los antecedentes a disposición del tribunal pleno para determinar la medida disciplinaria que se estime del caso, que ha de aplicarse al juez o jueces recurridos.

2º.- SE RECHAZA EL RECURSO

Si no existe falta o abuso grave, la sentencia señala este hecho y desecha la queja.

J. RECURSOS

Procede recurso de apelación – artículo 551 – precepto legal que señala la improcedencia de reposición. Este recurso deberá ser resuelto por el superior jerárquico de plano, sin otra formalidad que esperar la comparecencia del recurrente y si es colegiado en cuenta, salvo que estime conveniente traerlo en relación.

K. Formas anómalas de poner fin al recurso:

- Desistimiento: La parte que interpuso la queja puede desistirse de ella.
- Deserción: por paralizarse por más de **15 días**, en los casos que se ha concedido orden de no innovar.

QUEJA DE OFICIO

De conformidad artículo 538 C.O.T., Las Cortes de Apelaciones pueden ejercer de oficio las atribuciones disciplinarias, de modo que, si toman conocimiento de cualquier falta o abuso cometido por un juez con motivo del pronunciamiento de una resolución, puede de oficio, dejarla sin efecto o modificarla, poniendo pronto remedio a esa falta o abuso. Asimismo, y con mayor razón la Corte Suprema puede hacer uso de esta facultad.

Las resoluciones que impongan medidas disciplinarias de conformidad con lo que dispone el artículo 538 del COT, tan pronto como queden ejecutoriadas, deberán ser transcritas al Ministerio de Justicia a La Corte Suprema y a las Cortes de Apelaciones.

EL RECURSO DE QUEJA, EL OLVIDADO POR LA REFORMA DE LA LEY 20.886 SOBRE TRAMITACIÓN DIGITAL.

Conforme se ha detallado a lo largo de éste apunte, las principales modificaciones que se han realizado en la tramitación de los diversos recursos procesales, dicen relación con la eliminación de la obligación de hacerse parte y de la deserción de los respectivos recursos, como sanción procesal por el incumplimiento de obligaciones como la consignación del valor de las compulsas o fotocopias, del franqueo del expediente, de hacerse parte, entre otras. Por otro lado, se ha adecuado la remisión del expediente, y su tramitación a través de la actual carpeta digital.

Para tales efectos, el recurso de queja no fue considerado por la reforma legal, no hubo intención del legislador en tal sentido.

Problemáticas que se pueden suscitar:

1) Para efectos de la interposición del recurso, se requiere contar con un certificado emitido por el Secretario del Tribunal A Quo, y en él se debe individualizar la resolución recurrida, incluso con el señalamiento de las fojas en las que se encuentra en el expediente. Lo anterior, conforme a la tramitación digital actual, no resulta posible desde que los diferentes trámites de la carpeta electrónica, ya no se encuentran numerados por fojas, sino que tan sólo por fecha.

2) Respecto de la apelación de la resolución que falla el recurso de queja, conforme al artículo 551 del COT, El tribunal superior resolverá la apelación de plano, sin otra formalidad que esperar la comparecencia del recurrente y si se trata de un tribunal colegiado, en cuenta, salvo que estime conveniente traer los autos en relación.

Si tenemos en cuenta la eliminación de la obligación de comparecencia del apelante, atendida la reconfiguración del artículo 200 del CPC, cómo se dará por cumplido dicho requisito, en especial, teniendo en cuenta que también se eliminó la sanción establecida en caso de incomparecencia, esto es, la deserción del recurso de apelación.

RECURSO DE REVISIÓN

Es un recurso extraordinario que tiene por objeto que la Corte Suprema revea una sentencia firme o ejecutoriada en los casos expresamente establecidos por la Ley.

1) CARACTERISTICAS

- 1.- Es un recurso extraordinario solo procede en casos excepcionales expresamente determinados por ley.
- 2.- Es un recurso de competencia exclusiva de la Corte Suprema artículo 810 inciso 1º siendo de conocimiento de la sala artículo 98 N° 4 C.O.T.
- 3.- Solo se concede en contra de sentencia definitiva que se encuentre ejecutoriada ello se desprende del inc. 2º del artículo 815 del C.P.C. o sea, en caso de acogerse el recurso, no puede subsistir la sentencia definitiva.
- 4.- En virtud de este recurso se persigue la nulidad de la sentencia artículo 815 inc. 1º C.P.C.
- 5.- Solo procede por las causales taxativamente mencionadas por la ley ellas están referidas en el artículo 810 del Código de Procedimiento Civil.

2) CAUSALES ARTÍCULO 810 C.P.C.

I.- Si se ha fundado en documentos declarados falsos por sentencia ejecutoria, dictada con posterioridad a la sentencia que se trata de rever.

Nos encontramos ante la impugnación de una sentencia fraudulenta. La ley, no exige que los documentos constituyan la única prueba que se tuvo en cuenta para fallar; y que los documentos pueden ser declarados falsos, sea por sentencia civil o criminal,

II.- Si pronunciada en virtud de prueba de testigos han sido éstos condenados por falso testimonio dado especialmente en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. En este evento se exige una sentencia criminal pronunciada con posterioridad y los testigos deben constituir el único elemento de convicción en que se funda la sentencia impugnada.

III.- Si la sentencia se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término.

IV.- Si se ha pronunciado contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y que no se alegó en el juicio en que la sentencia fue dictada.

Respecto de la última causal, se requiere que no se haya invocado la cosa juzgada en el respectivo juicio, puesto que de haberlo sido significa que fue desechada por sentencia ejecutoriada.

En caso de que no procediera la revisión por este capítulo, surgen dos sentencias contradictorias y no revisables.

Plazo de interposición: El plazo es de un año contado desde la última notificación.

Debe acotarse que en las causales 1, 2 y 3 se exige un procedimiento posterior a la sentencia de cuya impugnación se trata, y es posible que se extienda por un lapso superior al año requerido por la ley, en tal situación el inciso 3º del artículo 811 del C.P.C. permite interponerlo durante el año haciendo presente esa circunstancia, y se continúa la tramitación del recurso después de obtenerse sentencia en ese juicio.

3) TRAMITACIÓN

A) Presentada la solicitud El tribunal Corte Suprema- ordena traer a la vista todos los antecedentes del juicio en que se dictó la sentencia impugnada.

B) Además citará a las partes para que concurran dentro del término de emplazamiento, debe procederse mediante notificación personal o substitutiva de la misma. El término de emplazamiento, es el referido en el artículo 258 del C.P.C.

C) Transcurrido el término de emplazamiento con la presencia o en rebeldía de las partes, el proceso sigue de acuerdo a las normas de los incidentes, y concluido el período de prueba si procede este trámite se pide informe al Ministerio Público y se continúa el procedimiento conforme a la vista de la causa.

4) EFECTO SUSPENSIVO DEL RECURSO

El artículo 814 consigna la regla general de que el recurso no suspende la ejecución de la sentencia.

Sin embargo, el inc. 2º contempla excepción a petición del recurrente, siempre que éste dé fianza suficiente para satisfacer el valor de lo litigado y los perjuicios que se cambien con la inejecución de la sentencia tomándose para ello en cuenta las circunstancias del caso y oyendo al Ministerio Público.

5) LA SENTENCIA EN EL RECURSO DE REVISIÓN

Si la sentencia acoge el recurso declara la nulidad de la sentencia en todo o en parte.

Además, se puede ordenar o no un nuevo juicio.

Se ordena un nuevo juicio, se determina; El estado en queda el proceso, remitiéndose para su conocimiento al tribunal que corresponda.

Servirán de base al nuevo juicio las declaraciones que se hayan hecho en el recurso de revisión, las cuales no podrán ser ya discutidas.

Si se rechaza se condena en costas al que lo haya promovido.

6) Naturaleza Jurídica del recurso de revisión.

La limitación de los recursos ordinarios en cuanto a que no pueden interponerse una vez firme o ejecutoriada la resolución, es respecto al recurso de revisión uno de sus presupuestos. Lo anterior nos llama a preguntarnos cuál es la naturaleza jurídica del recurso de revisión. Se dice entonces que para poder interponer el recurso de revisión es indispensable que la acción por la cual se inició el juicio esté totalmente extinguida y se haya resuelto la cuestión debatida. Respecto a los recursos ordinarios, es necesario para su procedencia el que la acción no se encuentre extinguida y además lo resuelto no haya adquirido ejecutoriedad. Así, es posible postular la posibilidad de que el recurso de revisión no es un recurso de revisión, sino más bien una acción destinada a anular la sentencia viciada. Se trataría entonces de una acción con una determinada pretensión impugnativa de la sentencia firme, que se encuentra apoyada en una base fáctica diferente de la que fue tratada en el proceso anterior.

El recurso de revisión, en consecuencia, no constituye una excepción a la cosa juzgada. En caso de dejarse sin efecto la sentencia recurrida, debemos entender que el fundamento radica en que la primera sentencia fue dictada en razón de pruebas falsas, en virtud de una concepción errónea de la realidad fáctica de tal magnitud que puede decirse que no se ha ejercido debidamente la jurisdicción, no se ha resuelto en definitiva el asunto controvertido. Esta es una forma de poder encuadrar los efectos del recurso de revisión en un ordenamiento jurídico en el que la cosa juzgada aparece como el límite a toda revisión judicial posterior de un asunto ya fallado.