

NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE RECURSOS PROCESALES

GONZALO CALVO CASTRO
Universidad Católica de Valparaíso

1. En esta misma Revista, en la edición del año 1977, escribí un artículo a propósito del recurso de queja¹, señalando la cada vez mayor aplicación en desmedro de los medios de impugnación tradicionales. En esta ocasión deseo referirme a un tópico, que tiene relación con el anteriormente mencionado y que considero reviste un interés manifiesto, puesto que evidencia una situación real dentro del medio jurídico nacional. Se trata, como indica el título de este trabajo, de lo que ocurre en materia de recursos procesales en la actualidad, que, indudablemente, representa una nueva forma de considerar el significado y aplicación consiguiente de dichos medios de impugnación en virtud de normas modificatorias o de los dictados de la jurisprudencia.

2. Las disposiciones legales aludidas son, principalmente, las contenidas en el decreto ley 1.682, de 4 de enero de 1977, publicado en el Diario Oficial del día 25 de dicho mes y año, y la jurisprudencia se refiere, específicamente, a la que corresponde a los recursos de queja y de protección.

El decreto ley 1.682, como es sabido, modifica diversos Códigos, entre ellos los de Procedimiento Civil y Penal en materia de recurso de casación, estableciendo la casación

¹ "Algunos aspectos del recurso de queja", T. I., año 1977, pág. 267.

en el fondo de oficio en el proceso civil “en los casos en que, la Corte Suprema, desechare el recurso de casación en el fondo por defectos en su formalización . . .”, y suprimiendo el reenvío al acogerse la casación en la forma por determinadas causales: las 4ª, 5ª, 6ª y 7ª del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil y las número 9ª, 10ª y 11ª del artículo 544 del de Procedimiento Penal.

3. Las dos innovaciones mencionadas no tienen, en mi opinión, una significación igual en el plano de los principios procesales, puesto que la casación de oficio, en la situación prevista por el legislador, resulta plenamente justificada, al no alterarse la estructura y desarrollo del recurso de casación en el fondo, pues se trata de suplir un defecto en que se ha incurrido en la fase de interposición —de suyo complicada— manteniéndose el sistema, en sus causales: infracción de ley e influencia substancial en lo dispositivo del fallo, y en la manera de decidir: anulando y reemplazando lo dejado sin efecto por la misma Corte Suprema.

El sistema del Código Chileno, a diferencia de la legislación francesa, donde se originó la casación, faculta a la Corte Suprema para dictar la llamada sentencia de reemplazo, en el evento de acogerse un recurso de casación en el fondo, al establecer en el artículo 785 que, al invalidarse un fallo, dicta acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, una nueva resolución sobre la cuestión materia del juicio que haya sido objeto del recurso.

La justificación de la falta de reenvío aparece de manifiesto al tener presente que la Corte Suprema no tiene la misma naturaleza que inviste la Corte de Casación de Francia, pues desde siempre ha sido un órgano jurisdiccional integrante de la estructura del Poder Judicial, que no solamente tiene facultades directivas, correccionales y económicas sobre todos los Tribunales del país, salvo contadas excepciones, sino que constituye el tribunal a quien le compete el conocimiento de los recursos extraordinarios de último grado que proceden en los procesos que se substancian para la resolución de las controversias jurídicas entre partes.

Es por eso que, al igual que el artículo 1.745 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, la decisión final, una vez anulada una sentencia por error de juicio, es pronunciada acto continuo por la misma Corte Suprema, sin que ello afecte el derecho de petición y de defensa de las partes, porque ellas intervienen, como recurrente o recurrida, en el desarrollo del procedimiento de casación, sin quebrarse la igualdad requerida para el planteamiento de sus respectivas posiciones en relación a la estimatoria o desestimatoria de la anulación pretendida.

La casación en el fondo corresponde así a una tercera fase o etapa del proceso, que aunque no sea propiamente una instancia al excluirse toda revisión sobre los hechos, representa el medio de manifestar el enjuiciamiento de un conflicto jurídico por el más alto nivel dentro de los órganos jurisdiccionales, lográndose también de esta manera determinar cómo cabe aplicar las normas de derecho cada vez que se ventilan situaciones análogas.

4. En cambio, en lo que atañe al reenvío en el recurso de casación en la forma, no creo que pueda hacerse igual afirmación como la anterior, en cuanto a su plena justificación dentro de los términos de las modificaciones del decreto ley 1.682 del año 1977, porque, al contrario de la casación en el fondo de oficio, en algunos casos se ha producido con la falta de reenvío una alteración en la naturaleza y estructura de aquel medio de impugnación.

5. La modificación en el Código de Procedimiento Civil consistió en agregar dos incisos al artículo 786, al igual que otros dos, como incisos tercero y cuarto, al artículo 544 del Código de Procedimiento Penal.

De esa manera, el primero de dichos artículos quedó con el siguiente texto:

“En los casos de casación en la forma, la misma sentencia que declara la casación determinará el estado en que queda el proceso, el cual se remitirá para su conocimiento al tribunal correspondiente”.

“Este tribunal es aquel a quien tocaría conocer del “negocio en caso de recusación del juez o jueces que pronunciaron la sentencia casada”.

“Si el vicio que diere lugar a la invalidación de la sentencia fuere alguno de los contemplados en las causales 4ª, 5ª, 6ª y 7ª del artículo 768, deberá el mismo tribunal, acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, dictar la sentencia que corresponda con arreglo a la ley”.

“Lo dispuesto en el inciso precedente regirá, también, en los casos del inciso primero del artículo 776, si el tribunal invalida de oficio la sentencia por alguna de las causales antes señaladas”.

El texto del artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, quedó de esta manera:

“La sentencia que se pronuncie sobre el recurso de casación en la forma expondrá brevemente las causales de nulidad deducidas y los fundamentos alegados; las razones en cuya virtud el tribunal acepta una o rechaza cada una de las causales deducidas; y la decisión que declare la validez o la nulidad de la sentencia atacada”.

“Aceptando una de las causales, el tribunal no necesita pronunciarse sobre las otras”.

“Si el tribunal que conoce del recurso fuere la Corte Suprema y lo acogiere por alguna de las causales 9ª, 10ª y 11ª del artículo 541, deberá acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, dictar la sentencia de reemplazo que corresponda con arreglo a la ley”.

“Lo dispuesto en el inciso precedente regirá, además, en los casos en que la Corte Suprema invalide de oficio la sentencia por alguna de las causales antedichas”.

6. Puede comprobarse que el legislador, al redactar las modificaciones que se han transcrito, tuvo a la vista la idea y los términos que se manifiestan y expresan en la primera parte del artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, que establece: “Cuando la Corte Suprema invalide una sentencia por casación en el fondo, dictará acto continuo y

sin nueva vista, pero separadamente, sobre la cuestión materia del juicio que haya sido objeto del recurso, la sentencia que crea conforme a la ley y al mérito de los hechos, . . .”.

Pero esta reproducción de palabras, si bien aparece acertada por la precisión de las frases que se emplean en el Código, no lo es si se considera que con alguna de las modificaciones a los artículos 786 de la ley procesal civil y 544, de la penal, resulta una virtual asimilación de la casación en la forma —por lo menos en lo que se refiere a parte de las causales enumeradas en los incisos agregados— a la en el fondo; con lo que se produce la alteración que se insinuaba en el párrafo 4.

7. En efecto, es de la esencia del recurso de casación en la forma, por estar fundada en la existencia de errores “in procedendo”, que la decisión que se somete al tribunal que lo conoce verse sobre los motivos o causales legales que se han aducido, excluyéndose de este modo todo enjuiciamiento sobre el fondo de la controversia, o sea, sobre la justicia del fallo recurrido. Tal es así, que al formalizarse el recurso, conforme a lo exigido en el inciso segundo del artículo 772 del Código de Procedimiento Civil y que es aplicable también en los juicios criminales, según la norma del artículo 535 del cuerpo de leyes procesales penales, “el escrito mencionará expresa y determinadamente el vicio o defecto en que se funda y la ley que concede el recurso por la causal que se invoca”.

De aquí que transformar en ciertos casos al tribunal que juzga la regularidad o irregularidad del rito, porque ello fue lo que se le ha sometido a su conocimiento y decisión, en tribunal que enjuicia y se pronuncia sobre el mérito de la resolución impugnada, aspecto que no se le ha planteado como controvertido, es cambiar para tales casos la naturaleza de la casación en la forma, dándole gratuitamente a este recurso un carácter adicional propio de una apelación o de una casación en el fondo, según sea una Corte de Apelaciones o la Corte Suprema la que falle invalidando y, acto continuo y sin nueva vista, dictando la resolución de reemplazo correspondiente.

8. Causa la impresión que el legislador, al tener en vista el texto del artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere, como es sabido y se ha recordado, a las sentencias que se dictan en el caso de un recurso de casación en el fondo que ha sido acogido, no tomó en cuenta que en dicha norma, aludiéndose a la sentencia llamada de reemplazo, se señaló como objeto del medio de impugnación, la "cuestión materia del juicio" y no los vicios de procedimiento que corresponden a la casación en la forma.

La observación anterior manifiesta indudablemente una tendencia a simplificar el procedimiento, que resulta cuestionable cuando se le aplica indiscriminadamente.

9. Parece útil analizar las modificaciones de que se está hablando, considerando una a una las causales de casación en la forma que quedan fuera de las reglas del reenvío.

Por de pronto, es necesario recordar que la procedencia del reenvío no es absoluta, porque hay casos en que, sin lugar a dudas, no lo hay. Es así, por ejemplo, en la casación basada en la incompetencia absoluta y en la falta de jurisdicción, pues al declararse la nulidad y por ello, quedar sin efecto la sentencia recurrida, se está evidenciando un vicio relativo a la constitución de la relación procesal que afectará a la validez de todo el proceso, sin que sea procedente remitir el expediente para el conocimiento del proceso "al tribunal correspondiente", como dice el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, en atención a que no cabe renovar el proceso ante un juez de la misma clase del que dictó el fallo anulado al no competérle tal conocimiento, ya que está entregado a tribunales de otra categoría o de otra clase o jurisdicción.

Se han transcrito más arriba los incisos agregados al artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, que excluyen 4 causales de casación en la forma de la regla dada en los 2 primeros incisos de la misma disposición legal citada, siendo la primera la 4ª del artículo 768, o sea, la ultra petita, que en doctrina se la considera como un caso de

“exceso de poder parcial”; la segunda, la 5ª, que se refiere al pronunciamiento de la sentencia con omisión de los requisitos de forma enumerados en el artículo 170; la tercera, que corresponde al sexto motivo de casación, alude al caso de haber sido dado el fallo contra otro pasado en autoridad de cosa juzgada alegada oportunamente en el juicio, y la última, la 7ª en el texto legal, que alude a las sentencias que contengan decisiones contradictorias.

10. Respecto de la *ultra petita*, la falta de reenvío habría que analizarla considerando la causal misma contemplada en el Código, que conforme a su tenor comprende dos situaciones que tienen un origen diferente, al distinguir entre el otorgar más de lo pedido por las partes y el extenderse el fallo a puntos no sometidos a la decisión del tribunal; correspondiendo la primera a una situación que se produce mediante actividad de parte y en la que el sentenciador comete el error de exceder los límites que los litigantes han dado a la controversia al formular sus acciones y excepciones, respectivamente, y la segunda, a la hipótesis que consiste en errar respecto de lo comprendido en el litigio, sea sin petición de parte o tomando en cuenta planteamientos que fueron formalizados extemporáneamente.

Ahora bien, una solicitud para que se case una sentencia por haberse incurrido en *ultra petita* siempre manifiesta la denuncia de un error “in procedendo”, porque en la resolución se consideró como parte de la controversia lo que, de acuerdo a las normas de procedimiento, no podía ser incluido dentro de los límites de la misma. Sin embargo, de acogerse el recurso, lo resolutivo no afectado por el vicio o puede quedar igual que como está en el fallo impugnado o bien puede ser modificado si, además de la *ultra petita*, se ha incurrido a su respecto en un error de juicio. Efectivamente, una sentencia, sea de primera o de segunda instancia, puede haber sido dada *ultra petita* y también

² Ver CALAMANDREI, Piero, *La Casación Civil* (Editorial Bibliográfica Argentina, edic. 1961), T. II pág. 266.

causar agravios en la decisión del fondo de la causa, o sea, en la parte, que habiendo sido debidamente sometida al conocimiento del juzgador, no acoge en todo o parte lo correctamente pedido por las partes; pero también el incurrir en el exceso de poder parcial que se aludía, puede constituir el único error cometido por el sentenciador, al no producir agravio alguno el juzgamiento emitido sobre el fondo de la controversia. En la primera hipótesis, si el mismo tribunal "ad quem" se avoca al conocimiento del motivo de agravio originado en la parte del fallo no afectado por la ultra petita, no hay duda alguna que está pronunciándose sobre un error de juicio y no de actividad, con lo que está excediéndose de los límites naturales del recurso de casación en la forma; en cambio, en la segunda hipótesis, el tribunal "ad quem" se circunscribe al solo enjuiciamiento del vicio de ultra petita, quedando lo demás fallado por el juez "a quo" sin alteración alguna.

Es evidente que las implicancias que tiene una u otra situación son diferentes, ya que en la primera el tribunal de casación está dictando virtualmente un fallo de reemplazo, como si se tratara de una apelación o de una casación en el fondo, según los casos, o sea, sin reenviar el proceso al juez no inhabilitado que corresponda, y en la segunda, el tribunal de casación se limita a declarar la nulidad, resultando innecesario el reenvío.

De aparecer clara la falta de trascendencia de la causal de casación de que se trata en relación al fondo de la controversia, no cabe duda alguna de que la conclusión consiguiente es que no procedería retornar la causa al tribunal de origen para que vuelva a pronunciarse sobre el fondo, dado que el trámite sería inútil y, de acuerdo al texto legal vigente, "la sentencia que corresponda con arreglo a la ley", que debe dictar el tribunal "ad quem", prácticamente reproducirá la que fue recurrida, con toda la fundamentación y con todas las decisiones que no fueron afectadas por el vicio de casación. Por el contrario, si además de la ultra petita, el fallo adolece de errores en el juzgamiento sobre el fondo, el pronunciamiento por el mismo tribunal de casación sobre los errores "in iudicando",

sin que dicha resolución haya sido apelada o recurrida de casación en el fondo, significa en verdad fallar “ultra petita”, con el agravante de que la parte agraviada con la decisión no podrá impugnar la sentencia con los recursos procedentes en contra de las de primera o de segunda instancia, según sea el caso, pues, si quien casa y dicta sentencia de reemplazo es una Corte de Apelaciones, esta última resolución no será apelable, y si lo es la Corte Suprema, no podrá recurrir de casación en el fondo, no quedándole, siquiera, la vía de la queja, como la tendría el agraviado por el fallo de una Corte de Apelaciones.

Aunque, conforme a lo antes expuesto, pareciera justificada la norma establecida en los incisos terceros y cuarto del artículo 786 del Código de Procedimiento Civil para el caso en que el error cometido por el juzgador fuera sólo “in procedendo”, creo que en la forma en que están redactados dichos textos legales, se corre el riesgo de que, cada vez que se está en la situación de “dictar la sentencia que corresponda con arreglo a la ley”, como dice la parte final del primer inciso aludido, se modifique la resolución recurrida de casación por ultra petita, produciéndose así un posible agravio para quien era el litigante vencedor y que por ello se había contentado con el fallo o para el propio vencido, que solamente había manifestado su desacuerdo con la decisión en su parte netamente procesal.

Por lo tanto, para evitar dicho riesgo, una de las maneras podría ser la modificación del inciso tercero del mencionado artículo 786 en el sentido de que la sentencia de reemplazo que debe dictar el tribunal “ad quem” debe reproducir “los fundamentos de derecho de la resolución casada que no se refieran a los puntos que hayan sido materia del recurso y la parte del fallo no afectada por éste”; o sea, tal como se prescribe en el artículo 785 del mismo Código para el recurso de casación en el fondo.

Sin embargo, como la modificación propuesta únicamente sería relevante para el caso de que la sentencia recurrida hubiera sido dictada con sólo el vicio de ultra petita claramente determinado, cabe dudar sobre la conveniencia de la eliminación del reenvío y por ello cabe postular que se

suprima del actual texto del tantas veces citado inciso tercero del artículo 786 la mención a la causal 4ª del artículo 786.

11. El segundo motivo de casación en la forma mencionado en el texto actual del artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, es el haber sido pronunciada la sentencia con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170, causal que corresponde a la numerada como 5ª conforme al texto del artículo 768 del mismo cuerpo de leyes.

En este caso creo que no se justifica de manera alguna la falta de reenvío, puesto que, aunque el error de rito debe ser determinante en cuanto al perjuicio sufrido por el recurrente y en cuanto a su influencia en lo dispositivo del fallo, como lo prescribe el penúltimo inciso del citado artículo 768, no hay duda alguna que tal error no se refiere al juzgamiento de una manera directa, y así, de acogerse el recurso el juzgamiento quedará afectado por la vía de la consecuencia, sin que pueda preverse de manera indiscutible cuál será el sentido de la decisión sobre el fondo de la controversia.

En otras palabras, al plantearse la existencia del vicio de nulidad, se está denunciando única y exclusivamente la omisión u omisiones en que se ha incurrido en relación a los requisitos formales de la resolución impugnada, versando por ello toda la discusión durante el conocimiento del recurso solamente sobre los hechos y circunstancias de la causal alegada, pero sin referirse al enjuiciamiento sobre el fondo de una manera vinculatoria o de un modo determinado, ya que, si se anula el fallo y se dicta uno nuevo, su contenido podría decirse que es impredecible, al depender todo intento de anticiparlo de los particulares interesados de quién es recurrente o recurrido, en forma que, considerando las alegaciones de las partes para fundar su impugnación o para rebatirla, no puede concluirse que se esté en presencia de una pretensión de revocación por la vía de la apelación o de anulación por la de casación en el fondo del fallo atacado, sino de las argumentaciones destinadas a

demostrar la trascendencia que tiene el vicio constitutivo de la causal de casación en la forma que se invoca.

Con la norma en actual vigencia, al dictar el tribunal "ad quem" un virtual fallo de reemplazo, como ya se dijo en la situación anterior, se convierte el proceso de doble instancia en de única instancia, pues, si quien anula y dicta la nueva sentencia es una Corte de Apelaciones, está dejando sin efecto el fallo de primera instancia, reemplazándolo por otro que no será apelable, y si quien casa y pronuncia resolución de reemplazo es la Corte Suprema, puede, o restablecer la vigencia de la sentencia de primera instancia, o dictar una nueva en su lugar, sin que el que era litigante vencedor y que ahora pasa a ser vencido, pueda recurrir por la vía del recurso ordinario —la apelación, o del extraordinario, la casación en el fondo— si se produce una revocatoria del fallo de primera instancia o del de segundo grado.

Es por eso que, según mi parecer, se impone la supresión de la cita de la 5ª causal del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil en el texto del inciso tercero del artículo 786 del mismo Código.

12. El tercer motivo de casación en la forma contemplado en el antes mencionado artículo 786, es el del numerando 6º del artículo 768 de dicho cuerpo legal, vale decir, "en haber sido dada —la sentencia— contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio".

Se ha considerado por algunos que esta causal corresponde a un "errore in iudicando", puesto que se está desconociendo un juzgamiento anterior y emitiendo uno nuevo a cambio; con lo que hay un pronunciamiento sobre el fondo del conflicto que implica una violación de un acto, la sentencia, que, como tal, es ley para las partes y que, por lo mismo, de ser infringida constituye un motivo de casación en el fondo. Sin embargo, si se analiza la naturaleza del vicio, debe concluirse de que consiste en una manifestación de falta total de poder en que ha incurrido el juzgador, al no atenerse a los límites a que está sometida su actividad

como tal precisamente para garantía de los justiciables, que por estar en un plano de igualdad en su calidad de partes, al formular sus pretensiones y oposiciones determinan la competencia del órgano jurisdiccional, en forma de vincularlo y así sólo poder dictar fallo sobre lo que resulta ser el objeto de la controversia, sin que por ello, en el caso de esta causal, pueda acoger lo que ya había sido resuelto con autoridad de cosa juzgada; todo lo que evidencia un error de actividad que hace procedente casar en la forma.

Respecto de esta causal cabe observar, al igual como se hizo en relación a las anteriores en los acápites precedentes, que la materia del recurso trata únicamente sobre si ocurren o no los supuestos contemplados en la norma, o sea, la triple identidad de que habla el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, a diferencia de los motivos de casación aludidos, especialmente a la ultra petita, por tratarse de una falta de poder total y no de un exceso o defecto parcial del mismo, se está en presencia de una situación en que realmente no cabe juzgamiento sobre el fondo, porque, como es obvio, ya se había efectuado de manera irrevocable, no habiendo nada que decidir. De aquí que, establecida la identidad de la causa actual con la anterior, únicamente procede declarar que el conflicto había sido resuelto definitivamente con anterioridad, lo que al hacer naturalmente inútil un pronunciamiento sobre el fondo, impone una sentencia desestimatoria de la demanda.

Pero, no obstante lo anteriormente expresado, es posible plantear otra hipótesis, cual es que la identidad de causas sea parcial, como sería si, configurándose los límites subjetivos y objetivos entre el proceso actual y el anterior, en éste se planteara la demanda, por ejemplo, agregándose otros litigantes u otra cosa pedida adicional, que no integraban la estructura del litigio pretérito, de modo que, aun acogándose la excepción de cosa juzgada, quedara una parte de la controversia con juzgamiento separado, situación que en concreto correspondería a un nuevo juicio con pluralidad de acciones, al acumularse inicialmente a la acción que ya había sido objeto de fallo otras adicionales. En tal

evento, no hay duda alguna que de darse lugar a la nulidad, quedaría fuera del conocimiento de la casación propiamente tal todo el juzgamiento de las acciones que no habían integrado el objeto del proceso anterior, por lo que, al aplicarse la nueva disposición del inciso tercero del artículo 786, la nueva sentencia no se limitaría a la desestimación de la acción que ya había sido resuelta con autoridad de cosa juzgada, sino que comprendería una decisión sobre las acciones adicionales aludidas, que podría ser revocatoria.

Lo anterior hace procedente reiterar la objeción al nuevo sistema sin reenvío en relación a la causal sobre la cosa juzgada, dado que se repite la anomalía de alterar la doble instancia en los juicios, quedando sin poder apelar el que fue parte vencedora en la sentencia de primera instancia y que, al ser casada y reemplazada por otra revocatoria, pasa a ser parte vencida.

13. La cuarta causal de casación en la forma en que, conforme al texto legal vigente, de ser acogida se dicta por el mismo tribunal "ad quem" la nueva sentencia sobre el fondo de la causa, es la que se refiere al caso en que el fallo impugnado contiene decisiones contradictorias, hipótesis que corresponde a la 7ª causal de las enumeradas en el artículo 768 del Código del ramo.

Si bien se mira, el error que el juez o tribunal comete al emitir decisiones que se contraponen, de modo que no pueden ser cumplidas, pues la ejecución de una tendría que dejarse sin efecto al ejecutarse la otra, resultando así de realización imposible por su incompatibilidad, es en verdad "in iudicando", pues se equivoca en su expresión lógica; sin embargo, si se tiene presente la trascendencia del vicio en relación al juzgamiento mismo, tendrá que concluirse que su consideración como "errore in procedendo" es perfectamente justificada, pues, al producirse, se está en presencia de una sentencia que sólo es tal formalmente y que, por lo mismo, no es saneable siendo nula absolutamente. Ello es así, porque lo dispositivo del fallo no constituye

una decisión de la controversia que se ha sometido al juzgamiento del tribunal, precisamente por la contraposición existente entre las dos o más declaraciones que contiene, por lo que la materia que se analizará al conocerse el recurso de casación en la forma será el hecho mismo de presentarse esa situación, siendo, así, totalmente ajeno al conocimiento del sentenciador el fondo de la causa.

La dictación de un fallo de reemplazo por el tribunal "ad quem" no se justifica en mi opinión, sobre todo si se observa que un pronunciamiento de sentencia que contenga decisiones contradictorias, por la imposibilidad jurídica de llegar a tener la eficacia de cosa juzgada, pues, como se ha dicho, no hay propiamente un juicio sobre el conflicto, deja a ambas partes perjudicadas: al actor, al no haberse acogido su pretensión y al demandado, al no haberse declarado formalmente que se desestimaba la demanda; por lo tanto, al dictarse el juzgamiento sobre el fondo una vez anulado el fallo, uno de los litigantes será el vencedor y el otro el vencido, que como tal no podrá intentar la vía de la apelación.

Creo, conforme a lo dicho, que se impone el restablecimiento del reenvío en el caso de este motivo de casación, siendo, con mayor razón, valederas, en abono de esta conclusión, las objeciones que se han indicado para las otras causales tratadas.

14. Pasando ahora a referirme a lo que ocurre con los recursos de queja y de protección conviene insistir, por lo menos en lo que se refiere al primero, que su aplicación es creciente a la vez que disminuye la interposición del recurso de casación en el fondo y que, al mismo tiempo, en los tribunales de alzada campea, con el de apelación como si fuera un medio de impugnación ordinario.

Si se comparan los ingresos en la Corte Suprema durante los años judiciales 1975 a 1981 de recurso de queja y de recursos de casación en el fondo civiles y penales, podrá verificarse que el ingreso de los primeros, aun excluyendo los correspondientes a los juicios del trabajo, es muy su-

perior al de los segundos³. Este incremento incuestionable va aparejado con un notorio aumento de las peticiones de protección si se tiene presente que en un principio, cuando recién se estableció en el Acta Constitucional N° 3 del 11 de septiembre de 1976, su aplicación era muy escasa, adquiriendo, a la medida en que se planteaban sus posibilidades de interposición, ese ritmo creciente que se anotaba.

15. Este incremento de los recursos nombrados en desmedro de los recursos ordinarios y extraordinarios tradicionales pone en evidencia una realidad dentro de la actividad jurisdiccional cuyas implicancias es importante dilucidar, porque manifiestan una tendencia que, de continuar, podría repercutir en la real aplicación y eventualmente en la vigencia, de ciertos recursos procesales, que aún podrían desaparecer por desuso, y también podría afectar a determinados tipos de procesos, igualmente en relación a su aplicación y vigencia, pues se nota una clara pretensión de buscar expedientes directos y simples y una rápida decisión para específicas clases de controversias, sin pasar por los grados que marcan las instancias del proceso, a lo que de rechazo se agrega la virtual imposición de una tercera etapa de conocimiento completo del conflicto en los casos de quejas deducidas en contra de resoluciones de segunda instancia, sin perjuicio de la desvirtuación de este mismo grado de apelación, cuando se plantea una casación en la forma por las causales que se han comentado más arriba y que, al ser declarada, hacen procedente una sentencia de reemplazo juzgando el fondo del litigio.

La explicación de la tendencia a que se hace mención puede ser investigada desde diversos puntos de vista, que van desde la mera conveniencia de orden práctico, hasta las motivaciones de todo tipo que tienen los que asumen la calidad de sujetos de los medios de impugnación referidos.

³ Ver discursos del Presidente de la Corte Suprema inaugurando el Año Judicial de 1975 en Diario Oficial del 14.3.75, de 1976; en el D.O. de 6.3.76, de 1977; en el D.O. de 7.3.77, de 1978; en el D.O. de 14.3.78, de 1979; en D.O. de 14.3.79, de 1980; en D.O. 14.3.80, y de 1981 en D.O. del 14.3.81.

Las consecuencias concretas de la misma tendencia también se presentan con una variedad, que se descubre, en primer término, respecto de ciertos principios y reglas procesales considerados tradicionales, para luego evidenciarse en algunos determinados recursos y en el proceso mismo, como ya se insinuó.

16. Tratando de encontrar una explicación al auge de la queja y de la protección se dijo que había una clara intención de conseguir una pronta y eficaz solución a los conflictos que deben someterse al conocimiento y decisión de los tribunales; lo que, obviamente, es una razón de conveniencia práctica con un notorio trasfondo de justicia. Ello es natural, porque siempre se ha anhelado un juzgamiento inmediato y justo para aminorar el costo social y económico de todo proceso, con todos los beneficios y ventajas que es innecesario especificar por lo evidentes, pero que en el plano netamente jurídico ya no son tan claros si se tienen presentes algunos excesos o desvirtuaciones, como ya se ha señalado y como se precisará más adelante.

Sin embargo, si bien es cierto que es perfectamente explicable que se desee la celeridad en las actuaciones judiciales para el logro de la decisión, no hay que perder de vista que quienes la pretenden son las partes del proceso, siendo por eso solamente una mera expectativa la decisión buscada al depender que se manifieste en algo real, de la actitud de los jueces que van a dirimir la contienda. Dicho de otra manera, nada se obtendría con querer una solución rápida para un conflicto jurídico actual, si no se tuviera o no se contara con la conformidad o autorización —o tolerancia al menos— expresas o tácitas de quien debe juzgarlo.

Hay por eso que concluir en que debe haber razones poderosas para la aceptación por el órgano jurisdiccional de vías como la queja y la protección en la forma más o menos amplia como se estila.

17. Es norma de los tribunales chilenos conformar su actuación, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, a la estricta aplicación de las leyes vigentes, tal como corres-

ponde a jueces de derecho, por lo que la admisibilidad de los recursos procesales aludido denantes indudablemente que ha tenido como necesario fundamento el texto legal, cuya amplitud de términos aparece de manifiesto si se tienen presentes "las faltas y abusos" mencionados como causales del recurso de queja en el artículo 536 del Código Orgánico de Tribunales y los "actos u omisiones arbitrarios o ilegales" que originen "privación, perturbación o amenaza" en el legítimo ejercicio de ciertos determinados derechos y garantías constitucionales, que conforman los motivos del llamado recurso de protección, según el texto del artículo 20 de la Carta Fundamental vigente.

Es por eso que resulta explicable que se dé curso a los medios de impugnación referidos, pudiendo comprobarse por la jurisprudencia a que se ha hecho mención más arriba que es así con gran facilidad en lo que atañe a la queja y que, en cambio, en lo que corresponde a la protección se han fijado claros condicionamientos, en razón de su función primordial de restablecer el imperio del derecho reparando la juridicidad quebrantada a raíz de situaciones esencialmente de hecho, constitutivas de los actos u omisiones de que habla la norma constitucional. Sin embargo, a pesar de la amplia procedencia legal de los recursos nombrados, no puede perderse de vista que lo genérico de las causales que los justifican no cambia su naturaleza de ser recursos de procedencia excepcional. En efecto y sobre la base de lo evidente, no hay duda que el recurso de protección procede en situaciones muy especiales, o sea, y como se ha señalado recién, cuando se trata de remediar una concreta situación de hecho que afecta al orden jurídico y que, por ello, exige su pronto y necesario restablecimiento, pero sin que por ello se enjuicien las cuestiones de fondo en que incide o se presenta dicho acontecer fáctico⁴. Tampoco cabe dudar de lo excepcional del recurso de queja si

⁴ Ver en la Revista "Fallos del Mes", edición julio 1980, número 260, pág. 202, sentencia dictada por la Corte Suprema en el recurso de protección deducido por "Sociedad Forestal Los Chénques Ltda.".

se tiene presente que su finalidad inmediata es el pronto remedio al mal que la motiva, el cual se origina como faltas o abusos, que son tales, al menos por los fundamentos de derecho que se infieren en los textos legales⁵, en la medida que se relacionan en alguna forma determinada con la llamada jurisdicción disciplinaria. De aquí, entonces, que pueda pensarse que, no obstante la existencia de motivos amplísimos para recurrir por los medios referidos, la propia función que éstos tienen, que en sí es necesariamente restringida, no se puede justificar una alteración de la estructura del proceso tal como está fijada en el ordenamiento jurídico, afectando a principios e instituciones que aparecen perdiendo vigencia o que resultan desvirtuados en su aplicación, según ya se ha insinuado.

18. La consecuencia necesaria de lo anteriormente señalado es que todo efecto derivado de la aplicación de la queja y de la protección, que de alguna manera pueda significar restricción o desvirtuación o desconocimiento o conculcación de lo que en el fondo son garantías procesales, no puede ser considerado legítimo, si al mismo tiempo continúan vigentes normas legales que establecen la aplicación de determinados principios formativos del procedimiento, que cautelan su correcto desarrollo y la igualdad de las partes en las controversias sometidas al conocimiento de los tribunales, con toda la trascendencia que ello tiene para la existencia de un debido proceso.

Expresado en otra forma, la consecuencia que se considera lógica en presencia de lo sucedido con los recursos tantas veces mencionados, es que si se continúa pretendiendo que son admisibles por regla general y no de manera excepcional como legalmente corresponde, no se podría justificar la existencia o, a lo menos, la vigencia de otros determinados recursos en los casos fijados por la ley; a lo que se agregan cuestionables implicancias sobre la estructura del proceso y sobre los principios que le otorgan

⁵ Artículo 536 del Código Orgánico de Tribunales.

su genuina fisonomía y su carácter instrumental garantizador de derechos. Por lo tanto, en mi opinión se está en presencia de una alternativa que obliga a una opción: o se restablece la procedencia restringida del recurso de queja aclarando el texto legal para ello y se determina adecuadamente el ámbito de aplicación del recurso de protección conforme a lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha estado declarando⁶, o sea, en orden a una admisibilidad excepcional, o se implementan cabalmente ciertas normas relacionadas con principios formativos del procedimiento y con el sistema procesal vigente, en términos de comprender a la queja y a la protección como recursos integrantes de las diversas etapas o fases por las que puede ventilarse el conflicto materia del proceso.

Si se atiende a los fundamentos y a la finalidad de los dos recursos de que se trata, vale decir y según ya se ha dicho, a las faltas y abusos y al pronto remedio al mal que por unas y otros es preciso decretar, tratándose de la queja, vale decir, conforme a lo dicho, a las faltas y los abusos y a los actos u omisiones arbitrarias que originen provocación, perturbación y amenaza en el ejercicio de determinados derechos y garantías constitucionales y al restablecimiento del imperio del derecho, tratándose de la protección, pareciera que la opción elegida debería ser la primera; sin embargo, la notoria realidad de una aplicación creciente de ambos medios de impugnación no puede ignorarse, sobre todo si se piensa lo que ello significa en la práctica forense.

19. Si se tiene presente cómo se ha estructurado el recurso de queja a partir de las normas básicas contenidas en el artículo 536 del Código Orgánico de Tribunales, al decir que las Cortes de Apelaciones, en virtud de la atribución de mantener la disciplina judicial y de velar inmediatamente por la conducta ministerial de los jueces de sus res-

⁶ Jurisprudencia en revista "Fallos del Mes", de junio 1979, número 247, pág. 140; de agosto 1971, número 249, pág. 229; de marzo 1980, número 256, pág. 1; de julio 1980, número 260, pág. 202.

pectivas jurisdicciones territoriales, haciéndoles cumplir con los deberes impuestos por la ley, "oirán y despacharán sumariamente y sin forma de juicio las quejas que las partes agraviadas interpusieren contra los jueces de letras por cualesquiera faltas y abusos que cometieren en el ejercicio de sus funciones; y dictarán, con previa audiencia del juez respectivo, las medidas convenientes para poner pronto remedio al mal que motiva la queja", podrá comprobarse que el procedimiento se plantea sobre la base de un acto inicial del recurrente y de la audiencia del juez respectivo, que virtualmente deviene para estos efectos en parte del proceso de que se trata. Es así como quien es parte contraria en la causa no es considerado para nada en el texto legal, habiéndolo sido solamente después en virtud de lo prescrito en el Auto Acordado sobre recurso de queja, dictado por la Corte Suprema con fecha 6 de noviembre de 1972, al expresar su numerando 11: "Según las consecuencias o efectos jurídicos de la decisión que pueda recaer en el recurso, el tribunal decretará, si lo estima necesario, que su estado se ponga en conocimiento de las partes o interesados a quienes pudiere afectar el fallo". "Si aquellos no comparecen dentro del término que se señala al efecto, podrá dictarse resolución sin más trámites".

De igual manera, puede verificarse que la estructura procedimental del recurso de protección, según lo establecido en el Auto Acordado que la determina (dictado por la Corte Suprema el 29 de marzo de 1977, cumpliendo el mandato contenido en el Acta Constitucional número 3 del año 1976) se basa en el necesario ejercicio de un virtual derecho de acción por parte de quien ha sido afecto "o por cualquiera otra persona en su nombre" (numerando 2º del Auto Acordado referido) y en la eventual intervención como parte del "Órgano del Estado, la persona o el funcionario afectados" (numerando 5º del mismo Auto Acordado).

Por lo tanto, no cabe duda que, tal como rige a la fecha el recurso de queja, no se puede sostener que constituya una buena expresión del principio del contradictorio, máxime si se tiene presente que en la inmensa mayoría de los casos "las consecuencias o efectos jurídicos de la decisión

que pueda recaer en el recurso” (numerando 11 del citado Auto Acordado) son determinantes en sus consecuencias para la parte que no recurrió, pues de vencedor que era puede transformarse en vencido sin haber sido emplazado para el conocimiento del recurso, puesto que no es la regla general en la práctica que el tribunal “estime necesario que su estado se ponga en conocimiento” (numerando 11 recién citado) de esa parte a quien obviamente le empecerá lo fallado.

También resulta procedente señalar que la mera facultad de hacerse parte que se otorga en el procedimiento del recurso de protección al Organismo del Estado, a la persona o al funcionario afectados, no aparece muy acertada si se tiene presente que el fallo estimatorio del recurso le afectará de todos modos, al disponerse en él las medidas destinadas a restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, como dice la norma, por lo que sería más lógico considerarla siempre como sujeto pasivo del recurso, dependiendo de su voluntad el comparecer, pero no el ser parte, de manera que así quedaría perfectamente aclarada su calidad de legitimado para recurrir de apelación no obstante no haber comparecido inicialmente.

20. Puede verse, según todo lo dicho, que una vez más la realidad ha rebasado las previsiones del legislador, al concederse a los recursos un margen de aplicación que no había sido pensado o que, por lo menos, resulta mayor que el que fluye de sus fuentes legales, produciéndose consecuencias como las antes anotadas en relación a las personas no recurrentes en caso de producirse faltas y abusos, por un lado, y actos u omisiones arbitrarios o ilegales, por el otro; consecuencias que, según puede observarse, no son las únicas.

Efectivamente, puede afirmarse que, tal como se aplican las normas sobre la queja y la protección, se han introducido formas de actuar que no se ajustan a principios o bases fundamentales que siempre se habían considerado como de la esencia o, a lo menos, de la naturaleza del proceso.

Estas nuevas formas de actuar, que, según se ha dicho, son aceptadas por los tribunales, se ponen de relieve en relación al principio de contradictoriedad, como se ha anotado, ya que si sobre el supuesto de la igualdad de las partes en todo proceso se tiene presente el carácter dialéctico del mismo y, por ende, la posibilidad de una plena audiencia reconocida como un derecho, no es aceptable que en una fase del juicio, sea inicial, intermedia o final, pueda haber la actividad unilateral de parte en desmedro de la bilateralidad propia de toda discusión regulada, con miras a resolver un conflicto jurídico entre dos personas que han sostenido posiciones, antagónicas. Porque no otra cosa es lo que pasa en el recurso de queja y situación parecida es la que se presenta en la protección, si se recuerda que en el primero la “parte recurrida” realmente es el juez y no el litigante contrario de aquel que recurre, y en el segundo, la persona o ente recurrido es solamente parte contingente o eventual, al depender su calidad de tal de la expresión formal de su voluntad de asumirla.

21. Igualmente, con la proliferación de los recursos de que se trata, la estructura misma del proceso resulta afectada en la indispensable armonía y coherencia que deben tener las partes en su actuar y en la concatenación lógica en que deben desarrollarse las fases que la integran, puesto que se produce una confusión entre las instancias del juicio —en su significado de conocimiento y enjuiciamiento de los hechos y del derecho comprendidos en la controversia— y los recursos propiamente de derecho, como son los de la casación en sus dos especies, al reconocerse al recurso de queja un alcance polivalente comprensivo de lo que es una instancia más del proceso (que puede ser una segunda paralela a la de apelación, o una tercera instancia, más allá del segundo grado) y de lo que es una revisión de sólo el derecho, sea respecto de las normas de procedimiento o de las que atañen al fondo, y al possibilitarse en el recurso de protección por la vastedad empleada en los términos de su fuente legal, el conocimiento en única instancia de una controversia, puesto que a pesar de que el afectado “pueda

hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” “los demás derechos” (como preceptúa el texto constitucional), se corre el riesgo de que lo planteado es un procedimiento sumarísimo, como el establecido en el texto aludido, más bien propio de lo que se ha dado en llamar “procedimiento sin forma de juicio”, se transforme en una decisión determinante, que de hecho impida o inhíba el accionar latamente para el adecuado conocimiento y decisión del conflicto jurídico comprendido en la materia que constituye el origen o razón de ser de lo sometido al juzgamiento del tribunal por la vía de la protección.

22. A los efectos antes aludidos se suman otros, entre los que cabe apuntar el que resulta de mayor trascendencia, cual es la substitución de los recursos procesales contemplados dentro de la estructura lógica del proceso establecido en el ordenamiento jurídico por la queja y la protección, *considerada la primera como una especie de recurso ordinario y la segunda como una verdadera acción*, al exceder su procedencia al marco propio de medio de impugnación en contra de resoluciones, puesto que puede plantearse en contra de actos u omisiones, que por su naturaleza no constituyen la expresión de un enjuiciamiento propiamente tal, sino que más bien están comprendidos en la amplia gama de los actos administrativos e inclusive en la llamada vía de hecho.

Ya se decía que el recurso de queja no excluye la interposición de otros recursos; tal es así que el numerando 10 del Auto Acordado citado que lo reglamenta, considera la presentación de aquél con otros de tipo ordinario, pudiendo así verse conjuntamente; lo que ha significado un recurrir paralelo cuando el ordinario se concede en el solo efecto devolutivo, pues con la orden de no innovar concedida en el de queja se consigue el efecto suspensivo, sin perjuicio de que la resolución de este último recurso haga improcedente o inútil el de naturaleza ordinaria al estar ya decidida la impugnación que se había formalizado en contra de una misma resolución.

La inconsecuencia de la norma precedentemente recordada no necesita ser demostrada, porque no se trata de una acumulación de recursos interpuestos en forma subsidiaria, como sucede con los de reposición y de apelación, en que, si bien es cierto que se plantean en contra de una misma resolución, lo son, uno de contrario imperio y por ello ante el mismo tribunal que la pronunció y el otro para ante el tribunal de segundo grado que sólo entrará a juzgar en el evento de desestimarse la reconsideración, con lo que se mantiene la coordinación lógica en el procedimiento. Tampoco se trata de la interposición conjunta de los recursos como el de casación en la forma y de apelación, y el de casación en la forma con el de en el fondo, porque en estos casos los motivos de los recursos, aunque referidos a una misma resolución, son de naturaleza diferente, resultando así perfectamente explicable que el acogimiento del agravio producido en lo formal haga improcedente el emitir decisión sobre el fondo, pues el vicio en el rito que ha sido declarado debe ser subsanado previamente.

Puede observarse que con la deducción conjunta de que se hablaba respecto del recurso de queja, se han establecido dos vías de impugnación paralelas en contra de una misma resolución en las que se persigue una misma finalidad, a pesar de aducirse causales diferentes, porque no hay duda alguna que cuando se conoce una queja, el aspecto que interesa primeramente es el que trata sobre el fondo de la controversia, quedando lo disciplinario, por las faltas o abusos cometidos, como una posibilidad extrema de carácter secundario y complementario.

23. La realidad de la queja y de la protección manifestada en alguno de sus aspectos más relevantes en la forma reseñada anteriormente, hacen concluir en que es necesaria una aclaración definitiva de las normas vigentes, optándose por la segunda alternativa insinuada más arriba. Vale decir, no se trataría de suprimir dichos recursos ni de alterar substancialmente la significación que se le ha dado a sus causales, sino que de establecer claramente el ámbito de su aplicación como parte de los medios de impugnación

contemplados en las leyes vigentes, de manera que la queja continuaría siendo procedente, aunque de manera excepcional, más allá de lo propiamente de jurisdicción disciplinaria⁷, y la protección seguiría teniendo el carácter de una acción destinada a restablecer el imperio del derecho y a asegurar la debida protección del afectado cuando se requiera de un expediente rápido para hacer cesar los efectos de las arbitrariedades, porque se podría decir que esta facultad legal de recurrir, de estar a la significación que tiene su naturaleza jurídica, equivale o corresponde a la que tienen los interdictos posesorios en relación con la acción ordinaria pertinente, que puede ejercitarse cualquiera que sea la sentencia que se dicte resolviendo aquéllos; lo que no obsta a dejar en claro que nunca un recurso de protección puede ser planteado con la pretensión de substituir o de soslayar el proceso que sea procedente para resolver el conflicto donde inciden los actos u omisiones arbitrarios o ilegales que sirven de fundamento a aquel recurso.

Las aclaraciones sugeridas no deben ser demoradas porque de mantener lo actual, se producirá, como se ha insinuado, una desvirtuación del proceso en sus aspectos más esenciales, como son, por ejemplo, los relacionados con las fases que lo integran en su desarrollo lógico y sucesivo, que debe culminar en una decisión que no sólo juzgue en el caso concreto, sino que sirva para la racional uniformación de la jurisprudencia cada vez que se produzca una infracción de la ley; las que corresponden a una efectiva contradictoriedad con la necesaria bilateralidad de audiencia, y los que se refieren al indispensable ordenamiento en la procedencia de los recursos, en términos que los de carácter extraordinarios sean verdaderamente excepcionales y no substituyentes de los de aplicación común y, aun en casos extremos, de fases o instancias completas dentro del desenvolvimiento del proceso.

⁷ Ver en artículo citado sobre "Algunos aspectos del recurso de queja", las págs. 288 y siguientes.