

**Legal** | Noticias y reportajes | **Reforma Procesal Civil** | Artículo 3 de 3

# Enrique Barros: “Creo que es esencial que los autores sigan el trabajo, asumiendo con humildad que es un proyecto sujeto a revisión exhaustiva”

El profesor de Derecho Civil de la U. de Chile y ex presidente del Colegio de Abogados, analizó en detalle el sistema de recursos del proyecto de Código Procesal Civil, indicó sus aciertos y dio consejos respecto de las que identificó como falencias.

**Miércoles, 24 de octubre de 2012 a las 8:12** | Actualizado 8:12**Sofía Martin Leyton**

La tercera jornada del seminario sobre reforma procesal civil que organizó la Universidad de Chile y que tuvo lugar el 17 de octubre, estuvo enfocada en el sistema de recursos. Además del director del departamento de Derecho Procesal de esa escuela, Cristián Maturana, expusieron el ministro de la Corte Suprema Haroldo Brito, el procesalista de la U. Católica de Valparaíso Raúl Núñez, y Enrique Barros, civilista.

Barros, quien fue presidente del Colegio de Abogados de Santiago en el período anterior, abordó desde distintos ángulos la apelación, el recurso extraordinario, la casación y el certiorari, dejando en claro su postura: “La reforma es un proyecto necesario, bien orientado, pero que debe ser repensado para agregarle nuevos puntos de vista”.

## Los hechos en la apelación

Comenzó su charla refiriéndose a la posibilidad de presentar prueba en la segunda instancia y a las facultades del tribunal de alzada a su respecto. “Pese a que en Alemania ha habido una intensa discusión sobre el tema, el tribunal de segunda instancia sigue conservando la facultad de pronunciarse sobre los hechos de alguna forma”, sostuvo.

Explicó que en general, en derecho comparado se ha planteado “domesticar” el control del tribunal de apelación sobre los hechos, limitando o destruyendo la posibilidad de allegar prueba en segunda instancia y limitando el alcance de la apreciación de la prueba si difiere de la forma en que se valoró en primera.

Según él, el proyecto de nuevo código trataría el tema de manera “muy razonable” en el art. 396, donde sólo permite aportar prueba documental con la debida anticipación. Sin embargo, que en el art. 371, dentro de las reglas generales aplicables a todos los recursos, se permita rendir la prueba “estrictamente necesaria para acreditar los supuestos de hecho de la respectiva causal”, le parece de un alto riesgo.

A continuación analizó en detalle esa norma, entrando a las circunstancias de hecho y si permiten inferir causalidad y si todo hecho fundante del recurso puede ser al final constitutivo de prueba. “Ese artículo necesita una revisión. Preferible sería, en mi opinión, una regla como la del derecho francés, donde la iniciativa probatoria la conserva el tribunal de segunda instancia —de oficio o a solicitud de parte— y está derechamente excluida en la casación”, dijo.

A continuación Barros afirmó que el proyecto no dirime si el tribunal de segunda instancia puede valorar la prueba de un modo distinto a cómo fue hecha la valoración en primera instancia y dijo que es un tema que ha sido muy disputado en países desarrollados. “En mi concepto, una apelación sin esa facultad, en el fondo es una casación encubierta y se podría dar la paradoja de una doble casación, porque primero se pronunciaría sobre el derecho la Corte de Apelaciones y después volvería a pronunciarse sobre el derecho la Corte Suprema con el recurso extraordinario”, advirtió.

## La selección de casos

En cuanto al recurso extraordinario, su opinión es que si existe una pirámide jerárquica, es necesario racionar el acceso a la Corte Suprema, "porque un solo tribunal no es capaz de conocer recursos sobre todo lo que han fallado los tribunales inferiores. Es simplemente una cuestión de lógica".

Recordó luego una sentencia del Tribunal Constitucional, de comienzos de los años 90, que declaró inconstitucional una norma que establecía una especie de certiorari, porque esa norma privaría de acceso a la justicia a todos. "De alguna manera lo que dijo el Tribunal Constitucional fue que la casación es un derecho de todo ciudadano, pero olvidó que la casación estaba limitada por la cuantía del asunto", donde podría haberse acudido al mismo argumento.

La Corte Suprema tiene que racionar necesariamente las causas que le entran por una razón simplemente operativa. Y si no lo hace por las buenas razones, ocurre al final que termina racionando por malas razones. Mi propia experiencia (fui abogado integrante entre 2000 y 2006) es que una de las maneras de reducir el stock de causas era la admisibilidad por razones de forma. Creo que está bueno simplificar el formalismo del recurso extraordinario, pero creo que también es necesario separar la admisibilidad formal del recurso de la admisibilidad funcional, donde tengo mis más profundas dudas.

En general, se exige que el asunto sea de interés general (sólo secundariamente tendrá un efecto de justicia material en el caso), pero las causales especiales me merecen comentarios. En la primera, solo le cambiaría el nombre a "desarrollo y unificación del derecho".

Y acudió al derecho romano para explicar que el derecho mejor logrado es el que puede compatibilizar adaptabilidad con coherencia; "adaptabilidad a las nuevas situaciones, que las dan los casos, con coherencia, que es que el sistema básicamente responda a ciertos principios y a cierta organicidad interna".

Un primer paso en ese camino, dijo, ha sido la especialización de salas. "Alemania es un caso extraordinario, tiene 14 salas civiles y un certiorari bastante estricto, se reúnen un día a la semana durante un cierto número de meses, los fallos son realmente profundos e informados, y crean precedentes que hacen que la certeza jurídica en ese país sea casi absoluta". Contó que existe una sala de sociedades, una de valores, dos salas de familia, una sala de seguros y así. "En el fondo no hay materia que no vaya desarrollando su propia jurisprudencia".

El segundo paso para lograr adaptabilidad y coherencia sería que la Corte Suprema "tome las riendas de la tarea institucional más importante que le corresponde en todo sistema jurídico bien ordenado": el desarrollo o unificación jurisprudencial del derecho.

Tras ello abordó un tema que dijo causarle profunda inquietud y que es la posibilidad de que se pueda recurrir de casación (recurso extraordinario) por lesión a derechos fundamentales. "Es algo que en países latinoamericanos se ha extendido mucho, pero sus efectos no son siempre saludables y en el derecho comparado no se da de la manera como está planteado en el proyecto", dijo.

Y añadió que a pretexto de invocar un derecho fundamental, "que están expresados en textos que son semánticamente muy pobres", se provoque una especie de "vulgarización del derecho privado". Y explicó lo que en derecho romano se entendía por vulgarismo: cuando un tribunal "empieza a fallar cosas concretas, no de acuerdo con una doctrina civil o una doctrina administrativa consistente, que se ha ido desarrollando a través del tiempo, sino simplemente por intuición; cuando las ideas generales empiezan a primar sobre el derecho más estructurado, lo que es un costo muy grande en seguridad jurídica".

Advirtió: "La infracción de garantías fundamentales que no sean procesales puede armar un forado enorme en el sistema de derecho civil y todo lo que por vía de unificación de jurisprudencia se logra por un lado, se desata sin control por el otro". Para él la Corte Suprema chilena no es una corte constitucional, ya existen recursos especiales y no cree que sea el camino

## La mirada macro

Antes de finalizar su exposición Enrique Barros dio una mirada global al proyecto de nuevo Código Procesal Civil:

“El problema, sobre todo, es que en esta discusión no se pierda la coherencia y unidad del proyecto. Y por eso me permito humildemente hacer una recomendación: creo que es esencial que los autores sigan el trabajo, asumiendo ellos mismos con humildad que se trata de un proyecto sujeto a revisión exhaustiva y que hay externalidades que ellos no han previsto”.

Creo que el proyecto tiene una dificultad y es que no toma un modelo ya probado, sino que es un proyecto que tiene muchos lineamientos y en ese sentido no está sujeto a la comprobación de la experiencia que da un sistema ya probado.

Y al mismo tiempo, junto con tener esa humildad, perseveren en la función, porque si este proyecto escapa de sus manos y empieza a tener miles de autores, va a perder coherencia o simplemente se va a frustrar. Los códigos no son obras de multitudes”.

## Experiencia comparada

El civilista terminó su conferencia dando una última sugerencia: “La experiencia comparada positiva, más que doctrinaria —porque los académicos solemos ser bastante irresponsables, en cuanto no tenemos la responsabilidad que tienen los legisladores y los jueces—, creo que es una cosa esencial y para eso el trabajo de revisión del proyecto sería muy fertilizado por un trabajo como el que a comienzos del siglo XIX realizó un autor hoy casi desconocido, Anthoine de Saint-Joseph, que tomó el Código Civil francés y comparó cada una de sus disposiciones con el código prusiano, con el código austríaco, con el código español, con las leyes de Luisiana, etc. De alguna manera así se tuvo un mapa, que usó con mucha frecuencia Andrés Bello”.

### **El trabajo del Ministerio de Justicia**

Consultada esa secretaría de Estado al respecto, explicaron que ya han desarrollado lo que llaman “el dossier”, que sería un consolidado de antecedentes en que ha trabajado casi todo el equipo de la Dirección de Modernización de la Justicia, de cerca de 10 abogados, economistas, ingenieros civiles, geógrafos y sociólogos, al que se han ido sumando los estudios que se han licitado y están elaborando consultoras y universidades.

En ese dossier habría estudios comparados entre el sistema actual y el propuesto, un relato de la historia de la reforma, diferentes antecedentes estadísticos para analizar diferentes opciones, el modelamiento de los flujos de procesos del proyecto y un levantamiento doctrinal que antecede el código.

Es en ese dossier donde, dicen en el Ministerio, ya existiría el trabajo de derecho comparado que sugirió Enrique Barros.

En él se habría tomado la legislación de 48 países y habría incorporado también un paralelo con otras reformas ya implementadas, en un trabajo que tomó alrededor de un año y que se seguirá actualizando.

# EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online