



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

**UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA Y RECURSO
EXTRAORDINARIO EN EL PROYECTO DE LEY QUE
ESTABLECE UN NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

PABLO RAÚL BRAVO HURTADO
Profesor guía: CRISTIÁN MATURANA MIQUEL

Santiago, Chile
2011

A mis padres,
por la educación.

TABLA DE CONTENIDO

RESÚMEN	6
INTRODUCCIÓN	9
La perspectiva de la auto-comprensión	11
CAPÍTULO I	
Los Tres Modelos de Corte Suprema.	16
1.1.- La comparación de Cortes Supremas.	16
1.2.- Tercera instancia.	21
1.3.- Casación de ley.	21
1.4.- Unificación de jurisprudencia.	22
1.5.- La auto-comprensión.	23
1.6.- Delimitación del ámbito de revisión.	25
1.7.- La relevancia del caso.	28
1.8.- Cantidad de casos.	31
1.9.- Número de jueces.	34
1.10.- Filtro de acceso.	35
1.11.- Abandono de la tercera instancia: La reforma alemana del 2002	42
CAPÍTULO II	
Casación de Ley y Unificación de Jurisprudencia.	48

2.1.- Uniformidad y Cortes Supremas.	48
2.2.- La noción de “Derecho”.	51
2.3.- El objeto de interpretación.	54
2.4.- El ideal de suficiencia de la ley.	56
2.5.- Valores en la interpretación.	58
2.6.- La relación con el parlamento.	65
2.7.- Corregir errores o tomar partido.	67
2.8.- La doctrina disidente.	69
2.9.- Tribunal superior o juez entre jueces.	71
2.10.- Responsabilidad por la uniformidad.	74
2.11.- El reexamen de la prueba.	76
2.12.- Las dos vías a la uniformidad.	84

CAPÍTULO III

La Casación Chilena en perspectiva comparada. 88

3.1.- Chile y su Corte Suprema.	88
3.2.- Fuentes del Derecho y Casación ‘en el fondo’.	93
3.3.- El concepto y su importancia.	95
3.4.- Causal de casación: “infracción de ley”.	98
3.5.- Prueba y Hechos en la casación chilena.	103
3.6.- Jurisprudencia contradictoria y Pleno de la Corte.	108
3.7.- Filtros de admisibilidad.	110
3.8.- Casación de Oficio.	114
3.9.- Fallo de la casación.	116

CAPÍTULO IV

Recurso Extraordinario en el proyecto de Nuevo CPC. 119

4.1.- Objeto del recurso.	119
4.2.- Función de la Corte Suprema.	123
4.3.- Unificación de Jurisprudencia.	125
4.4.- Jurisprudencia: ¿Uno o varios fallos?	131
4.5.- Estrategia procesal.	133
4.6.- Interposición.	138
4.7.- Fundamentación de la Admisión.	140
4.8.- Admisibilidad.	142
4.9.- <i>Certiorari</i> .	146
4.10.- Vista.	152
4.11.- Fallo – Fundamentación.	156
4.12.- Fallo – Publicidad.	159

CONCLUSIÓN.

De casación a la unificación de jurisprudencia en Chile 161

La reforma en contexto	161
¿Precedentes obligatorios en el <i>civil law</i> ?	163
La propuesta NIEVA de reforma a la casación: La Sala de Apoyo.	167

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA 173

ANEXO.

Artículos Recurso Extraordinario. 352-362 PCPC.	178
---	-----

RESUMEN

Esta memoria aborda el tema de la Corte Suprema y sus funciones, en perspectiva de la reforma procesal civil. Parte sustentándose en las ideas de Michelle Taruffo acerca de las Cortes de Casación en el Derecho comparado, para después denunciar sus falencias y aventurarse a proponer un modelo propio que en gran medida perfecciona "*il Vertice Ambiguo*" hasta sustituirlo.

En la introducción se plantea el tema de investigación que es, en primer lugar, comprender los tipos de Corte Suprema que se dan en el Derecho comparado pero desde una perspectiva particular. Es lo que aquí se denomina la perspectiva de la 'auto-comprensión' que consiste en captar el modo en que cada sistema se describe a sí mismo, evitando aplicar un marco teórico ajeno a él. Y en segundo lugar, se aplica este modelo de Cortes Supremas a la regulación actual de la casación en Chile y además al recurso extraordinario que se plantea en el Proyecto de ley de Código Procesal Civil.

En el capítulo I se propone un modelo de derecho comparado que identifica tres tipos de Corte Suprema según su auto-comprensión. Una Corte de 'tercera instancia', de 'casación de ley' o 'unificación de jurisprudencia' se distinguen unas de otras porque se entienden a sí mismas de un modo diverso; como "haciendo justicia", "corrigiendo errores" o "tomando partido" respectivamente. En adelante el capítulo desarrolla esa distinción entre las tres Cortes, desde parámetros como la delimitación de los ámbitos de revisión, el tipo de relevancia, la cantidad de casos, el número de jueces y los filtros de acceso. Concluye con un acápite en que se propone interpretar la reforma judicial alemana del 2002 como un verdadero abandono de la tercera instancia en el Derecho comparado.

El capítulo II se aboca a contrastar la casación de ley con la unificación de jurisprudencia. Aquí los parámetros que se analizan son la noción de "Derecho", el objeto de interpretación de una y otra, la adhesión al ideal de suficiencia de la ley, el trato de la doctrina disidente, los valores en la interpretación, la relación con el

parlamento, entre otros. Ahora bien, este par se asemeja entre sí (diferenciándose en conjunto de la tercera instancia) en que ambos están igualmente orientados a lograr la uniformidad de criterios de decisión, como dos vías. La casación de ley sería una vía que operaría a partir de una sumatoria de casos particulares igualmente decididos que generen a la larga una jurisprudencia constante. La unificación de jurisprudencia, por su parte, opera con precedentes donde un único fallo puede sentar pautas generales de interpretación para futuros casos.

En el capítulo III se aplican los modelos de Corte Suprema desarrollados en los capítulos anteriores para describir la regulación que actualmente tiene la casación de ley en Chile. Resultó interesante advertir cómo el modelo logra identificar los aspectos de la regulación actual que, en realidad la acercan a la tercera instancia a pesar de la insistencia dogmática en negarle el estatus procesal de 'instancia' a la casación Chile. Y además resalta cómo el espacio para cumplir directamente un rol de unificación de jurisprudencia si bien está disponible, termina teniendo poco o ningún uso por nuestra Corte.

En el capítulo final IV se analiza la regulación del Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema que propone el Proyecto de ley que establece un Nuevo Código Procesal Civil. En aplicación del modelo desarrollado en los capítulos anteriores, se concluye que se trata de un recurso que configura una clara unificación de jurisprudencia. En adelante se explica las funciones y propósitos detrás de cada artículo; en especial destacan la definición explícita del rol unificador de la Corte Suprema, el requisito de injusticia notoria, las 4 hipótesis de unificación, la estrategia procesal del recurso, la variación de jurisprudencia y el *certiorari*. Éste último fue desarrollado con un mayor análisis porque es el tema que más se distancia de nuestra tradición casacional. Aun así, el *certiorari* -como la facultad de la Corte para seleccionar más o menos discrecionalmente los casos que conoce según su interés público- es defendido por como un mecanismo consustancial al modelo de unificación, sin el cual la Corte no dispondría de un filtro de acceso que reduzca suficientemente la cantidad de casos que resuelve y así poder seguir el rastro de sus propios fallos, logrando mantener una jurisprudencia estable.

En la conclusión, además de recapitular las ideas anteriores, se aborda una cuestión final. Dado que los modelos de unificación provienen del *common law*, introducir ese tipo de recurso en otro país que pertenece al *civil law* -como en Chile con la reforma procesal civil- plantea el problema del 'transplante' de instituciones. En concreto, se hace cargo de contestar las objeciones acerca de la petrificación de la jurisprudencia y cierra analizando una propuesta alternativa de reforma a la casación.

INTRODUCCIÓN

Esta tesis la he planteado como el paso inicial de una investigación mayor acerca de la Corte Suprema chilena, que pretendo continuar posteriormente en un programa de doctorado. Por eso es breve y su mérito no radica en zanjar exhaustivamente cada tema, sino que, a la inversa, está en diseñar un marco conceptual que plantee nuevas líneas de investigación. Es así como si el objetivo final es comprender la Corte Suprema chilena en específico, entonces ésta tesis, en cuanto paso inicial y preliminar respecto de un trabajo posterior de mayor extensión y profundidad, apunta a tratar acerca de las Cortes Supremas y sus recursos en general.

Dentro de esa perspectiva general, la tesis aborda básicamente dos temas, uno en cada mitad. El tema central de la primera mitad (capítulo I y II) es la elaboración de un modelo de Derecho comparado que distingue 3 tipos de Corte Suprema (tercera instancia, casación de ley y unificación de jurisprudencia). Si bien este mismo tema ya ha sido objeto de bastante investigación la originalidad de esta tesis radica en la perspectiva desde la cual se elabora el modelo, que llamaré: -La perspectiva de la auto-comprensión (*self-understanding*). Y en la segunda mitad de la tesis (capítulo III y IV) aplico el marco conceptual desarrollado en la primera mitad sobre la regulación actual de la casación en Chile y sobre el recurso extraordinario que se propone con la reforma procesal civil y que reemplazaría la casación en materias civiles.

La tesis se estructura del siguiente modo. En los apartados que quedan de la introducción terminaré de explicar en qué consiste la perspectiva de la auto-comprensión que después ocupó para elaborar el modelo.

En el capítulo I propongo el modelo de derecho comparado que distingue tres tipos de Corte Suprema según su auto-comprensión. Una Corte de 'tercera instancia', otra de 'casación de ley', y finalmente, una de 'unificación de jurisprudencia', distinguiéndose unas de otras porque se entienden a sí mismas de un modo diverso en

cuanto a la misión esencial que deben cumplir dentro del sistema jurídico; la primera como "haciendo justicia", la segunda como "corrigiendo errores" y finalmente, la tercera como "tomando partido" respectivamente. En adelante el capítulo desarrolla esa distinción entre las tres Cortes desde parámetros como el ámbito de revisión, la definición de la relevancia, la cantidad de casos, el número de jueces, los filtros de acceso. Concluye el primer capítulo con un apartado donde analizo la reforma judicial alemana del 2002 que, en mi opinión, debe ser interpretada como el abandono histórico de la tercera instancia como modelo legitimado por algún legislador vigente, quedando sólo los otros dos modelos en pié.

En el capítulo II se formulan parámetros de comparación que son pertinentes sólo entre la casación de ley y la unificación de jurisprudencia. Abandonada la tercera instancia, es necesario elaborar un nuevo marco conceptual capaz de diferenciar los dos modelos restantes a pesar de estar igualmente orientados hacia la uniformidad, como dos vías con el mismo objetivo. Además de las diferencias en su auto-compresión, la casación y la unificación se separan en la noción que se tiene respecto de lo que el "Derecho" es, el objeto de su interpretación, la adhesión al ideal de suficiencia de la ley, el trato de la doctrina disidente, la relación con el parlamento, entre otros.

El capítulo III trata acerca de la regulación actual del recurso de casación (en el fondo) en Chile desde una perspectiva comparada. Se abordan temas específicos como el concepto, requisitos, plazo, vista, etc. Lo interesante es notar cómo en la regulación chilena se dejan ver signos claros de la pertenencia al modelo de casación de ley, pero que coexisten con rasgos de tercera instancia, y que los elementos de unificación en cambio han sido postergados.

El capítulo IV aborda la regulación del Recurso Extraordinario que se propone en el Proyecto de Ley que establece un Nuevo Código Procesal Civil (en adelante "PCPC", Boletín No 6567-07) que reemplazaría a la actual casación en el fondo.¹

¹ Si bien a nivel interno del Ministerio de Justicia pueden haber propuestas de reforma de esa parte del articulado, mientras se mantengan a ese nivel interno y no se exprese en un nuevo proyecto o indicación concreta, estimo que no corresponde hacerse cargo de otras redacciones.

Aplicando el modelo elaborado de las dos vías a la uniformidad, se observa claramente que el recurso extraordinario pertenece al modelo de unificación de jurisprudencia, aunque no sin matices. Una atención adicional reciben el análisis de las 4 hipótesis de unificación, en especial la variación de la tendencia jurisprudencial (art. 354 letra "d") y además la selección discrecional por *certiorari* (art. 359) porque son éstos los temas que plantean mayor controversia.

Y en la conclusión, además de recapitular las ideas desarrolladas anteriormente, se afronta el problema de la reforma misma. El PCPC nos propone el tránsito desde un modelo de casación hacia otro de unificación; y abandonar la casación genera resistencias en el gremio. Experimentar con un modelo extranjero despierta suspicacias y se levantan movimientos de contra-reforma. En la conclusión contestaré esas críticas y evaluaré la propuesta alternativa que formuló Jordi NIEVA.

La perspectiva de la auto-comprensión

Hacer Derecho comparado debe ser una de las cuestiones más desafiantes, y por eso interesantes, de las ciencias jurídicas. Las diferencias de un sistema nacional a otro pueden ser tan profundas que instituciones igualmente denominadas tengan, en realidad, funciones totalmente diversas (*i.e. Appeal*).

En el análisis de derecho comparado el término "Casación" se reserva para denotar aquel específico recurso procesal que cada sistema jurídico suele contemplar para permitir al litigante acceder al tribunal superior de su país, impugnando el error de Derecho de una sentencia que lo perjudica. Esos son los elementos del concepto común —es un recurso, ante el tribunal supremo y por causal de 'error-de-Derecho'— que se utiliza para observar y describir diferencias y similitudes entre los distintos países, a pesar que finalmente aquel recurso procesal posea rasgos tan diversos entre una nación u otra que incluso pueda no haber 'recurso-de-casación' en absoluto.

Existen diferencias, para comenzar, en cuál es el rol, nombre, y funciones que cumple ese tribunal superior en un sistema concreto debido a factores que, en buena

parte, son ajenos a la regulación del recurso que ante él se interpone. Cómo intervienen, por ejemplo, los demás poderes del estado en el nombramiento de los jueces de ese tribunal superior o, inversamente, cuál es el grado de intervención que éste tiene sobre aquellos, son todas definiciones institucionales que no se correlacionan directamente con la casación. Es más, el tribunal superior ante el cual se interpone la casación puede, desde un comienzo, no ser entendido como "superior" respecto de los demás tribunales. Y respecto de la regulación de los aspectos específicos del recurso -como el fallo, los requisitos formales, la admisibilidad y el plazo- ellos difieren a tal nivel que esas diferencias mismas terminan siendo defendidas como rasgos distintivos de cada versión patriótica de la casación.²

Dentro de este panorama variopinto, ha sido Michelle TARUFFO el que ha logrado más éxito en elaborar un modelo de Derecho Comparado que ponga orden entre tantas diferencias locales. A partir de los estudios doctrinarios de CALAMANDREI sobre la Casación italiana, TARUFFO elabora su teoría de *il Vertice Ambiguo* (1991) con pretensiones de explicar el funcionamiento de los tribunales superiores también fuera de Italia.

CALAMANDREI entendía que la Corte de Casación italiana cumplía básicamente dos funciones al mismo tiempo: primero efectúa un control de legalidad de las decisiones de los tribunales inferiores y, segundo, asegura una relativa uniformidad de la jurisprudencia a través de ese control.

TARUFFO agrega a esa teoría que las Cortes Supremas extranjeras se diferencian en la modalidad, efectos y principalmente en el acento más pronunciado

² [C]onfiamos que el legislador chileno sea más prudente, y la adopción de este tipo de modelo de recurso de "nulidad" no termine por eliminar un elemento propio y tradicional de la cultura jurídica propia chilena como es el recurso de casación." DELGADO C. Jordi. La historia de la casación civil española: Una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de doctrina. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 33: 345-367. 2009.

entre una de esas dos funciones que CALAMANDREI atribuye originalmente a la casación italiana.³

Pero describir las Cortes Supremas extranjeras desde la perspectiva de la doctrina de casación italiana es una opción metodológica que finalmente cuesta caro porque afronta una institución local desde un marco conceptual ajeno (hetero-comprensión).

Los costos son básicamente dos:

Primero, TARUFFO termina forzando una lectura demasiado 'casacional' de la *Supreme Court* norteamericana, perdiendo la oportunidad de explicar la *Supreme Court* en sus propios términos.

En segundo lugar, -del mismo modo que un lector no puede leer y observar sus propias gafas al mismo tiempo- TARUFFO al ocupar el prisma de la casación pierde perspectiva, como punto ciego, para visualizar a la casación en sí como un modelo propio y aparte, relegándolo a una oscilación ambigua entre los otros dos modelos.

Para evitar esos costos en esta tesis propongo reemplazar esa opción metodológica por lo que denominaré la perspectiva de la auto-comprensión, que paso a explicar.

³ “De acuerdo con una tradición que se remonta esencialmente a CALAMANDREI y a su imprescindible estudio sobre la casación, una corte suprema desarrolla dos funciones fundamentales: en primer lugar, efectúa un control de legalidad sobre las decisiones pronunciadas por los jueces inferiores, y además opera asegurando una relativa uniformidad de la jurisprudencia, tanto la propia como la de los órganos judiciales de nivel inferior. Como se sabe, CALAMANDREI se ocupó principalmente de la casación, pero esta definición de las funciones de una corte suprema puede extenderse no sólo a las demás cortes supremas que siguen el modelo de la casación, sino también a todas las otras cortes supremas de los ordenamientos del *civil law*, e incluso a las de los ordenamientos de *common law*. En otros términos: todas las cortes supremas desempeñan estas dos funciones. Sin embargo, las desarrollan con modalidades muy diferentes, con efectos que son muy distintos a cada caso, y en particular con un mayor o menor acento en la función de control de legalidad con respecto a la función consistente en el aseguramiento de la uniformidad de la jurisprudencia, o viceversa. Esto equivale a decir que no es suficiente identificar de manera general las dos funciones para agotar la descripción de lo que hacen las cortes supremas, sino que es conveniente, sobre todo, profundizar el análisis de las modalidades específicas con las cuales desarrollan sus tareas institucionales.” (TARUFFO, Michele. Las funciones de las Cortes Supremas En su: Páginas sobre Justicia Civil. Madrid. Marcial Pons. 2009. pág.93)

El modo en que los comparativistas del *civil law* y los del *common law* finalmente comparan entre sí sus sistemas jurídicos es asimétrico, no utilizan los mismos marcos conceptuales para describirse unos contra otros. Lo que para nosotros nos diferencia de ellos no es lo mismo a lo que para ellos los diferencia de nosotros. Si bien ambos tenemos interés en la comparación recíproca de nuestras tradiciones, las aproximaciones al mismo problema no son recíprocas. Es obvio que ambas tradiciones son en sí diferentes, pero también es interesante notar que el modo de 'diferenciarse' de la otra tradición es distinto también.

Por ejemplo, es usual diferenciarnos desde la perspectiva del *civil law* afirmando que en el *common law* 'la jurisprudencia sí es fuente del Derecho' y para nosotros no lo es. Cuando afirmamos que la jurisprudencia aquí no es fuente del Derecho -por oposición a la Ley que sí es fuente- estamos refiriendo a que carece del reconocimiento formal de su contenido como vinculante y que la aplicación de ella por los jueces no es obligatoria, e incluso puede llegar a estar prohibida. Diferenciarnos en ese sentido, si bien no es esencialmente incorrecto, sería sustentar el análisis comparado en una hetero-comprensión. Es cierto que en el *common law* la jurisprudencia cumple un mayor rol en comparación al *civil law*, pero de ahí a afirmar que para ellos 'la jurisprudencia sí es fuente del Derecho' sería errar en que, en primer lugar, ellos no tienen un sistema de fuentes del Derecho: su propia auto-comprensión es ajena nuestra teoría de las fuentes.

Desde el *common law*, a su turno, ellos no se diferencian de nosotros simétricamente (no dicen a la inversa: -Para nosotros 'la jurisprudencia sí es fuente del Derecho' y para ellos no). Ellos se diferencian, en cambio, diciendo que en el *civil law* "no tenemos precedentes" (*they don't have precedents*) y en el *common law* sí tienen. Pero 'no tener precedentes' -en sus términos- es una idea muy distinta a que acá en el *civil law* 'la jurisprudencia no es fuente del Derecho' en nuestros términos. No es que en el *civil law* no se atiendan los fallos anteriores en absoluto; sino que para nosotros -les llama la atención- un único fallo anterior no tiene la fuerza vinculante que para ellos único precedente sí tiene (*stare decisis*). Lo que ellos ven en nosotros, en cambio, es un sistema de *jurisprudence constante*. Es decir, nosotros también seguimos los fallos anteriores pero no como precedentes (uno a uno) sino sólo en la medida que se trate

de múltiples fallos en un mismo sentido que terminaron arraigándose como una costumbre judicial.

De este modo notamos cómo la opción por desarrollar análisis de derecho comparado según un marco conceptual ajeno al país descrito (hetero-comprensión) u optar por atenerse la descripción de un país en los propios términos que él se describe (auto-comprensión) arroja resultados claramente distintos. Notamos que desde la auto-comprensión del *common law* no es que allá la jurisprudencia sí es fuente del Derecho, sino que ellos consideran que sí tienen precedentes. El Vértice Ambiguo de TARUFFO fue una hetero-comprensión casacional de las Cortes Supremas que ya arrojó ciertos resultados; esta tesis desarrollará la auto-comprensión de las Cortes, esperando arrojar resultados distintos.

CAPÍTULO I

LOS TRES MODELOS DE CORTE SUPREMA

1.1.- La comparación de Cortes Supremas

La Corte Suprema ha sido, y sigue siendo, uno de los temas que atrae mayor interés entre los comparativistas.

Tempranamente saltan a la vista las diferencias y similitudes que este Tribunal tiene entre uno y otro país. Y debido a la posición estratégica que ocupan dentro de cada sistema jurídico, las peculiaridades de la Corte terminando siendo las peculiaridades del sistema como un todo.

Por eso es importante la invención y reinención de modelos de derecho comparado que nos permitan elaborar explicaciones globales que 'hagan sentido' (*make sense*); que pongan orden entre todo un panorama variopinto de rasgos locales de cada Corte. Y hasta ahora el modelo que ha tenido más acogida entre nosotros es el *Vértice Ambiguo* de Michelle TARUFFO (1991).⁴

TARUFFO nos propone un marco conceptual binario, que distingue entre 2 modelos de 'Corte de Casación' (que es el nombre genérico que utiliza para referirse al tribunal situado en la cúspide del aparato judicial).

En un extremo está el modelo de 'tercera instancia' -cuyo ejemplo paradigmático es la *Bundesgerichtshof* alemana- y en el otro está el modelo de 'Corte Suprema' -cuyo ejemplo paradigmático es la *Supreme Court* norteamericana-.

⁴ TARUFFO, Michele. *Il Vertice Ambiguo, Saggi sulla cassazione civile*. Bologna. Il Mulino. 1991.

La diferencia principal entre uno y otro extremo radicaría en que el modelo de Corte Suprema está orientado hacia la uniformidad de los criterios de decisión, mientras que la tercera instancia busca la justicia material del caso, desentendiéndose de la uniformidad. Y lo que se observa comparando los sistemas jurídicos -es la tesis de TARUFFO- es que las Cortes de Casación terminan siendo un verdadero 'vértice ambiguo', es decir, que estando en la cúspide del aparato judicial de su nación las Cortes tienen una crisis de identidad que oscila entre dos extremos, o ser una tercera instancia o una corte suprema.⁵

Este modelo binario que propone TARUFFO merece su éxito porque ha sido bastante explicativo. Muchas diferencias de país en país, tanto en sus normas como en sus prácticas judiciales incluso contradictorias, adquieren sentido dentro de esta oscilación de la identidad ambigua de las cortes de casación.

Sin embargo, la vigencia de cualquier modelo de derecho comparado depende, frágilmente, del estado actual de los sistemas jurídicos que se citan como ejemplo para sustentar el modelo. Y el problema, para TARUFFO, es que reformas demasiado importantes han sucedido en Alemania (2002) que la alejan de esos rasgos de 'tercera instancia' que se le atribuían para definir uno de los dos extremos del vértice ambiguo. Desde ese momento el modelo de TARUFFO empezó a exhibir sus limitaciones.

Primero, habiendo Alemania reformado tanto sus características, TARUFFO pareciera haberse quedado sin buenos ejemplos para sustentar uno de los extremos del vértice ambiguo, sin ejemplos de peso para la 'tercera instancia'. La reforma alemana del 2002 pareciera demostrar que la tercera instancia ha sido definitivamente abandonada por las legislaciones vigentes. Por lo tanto pierde sentido describir las peculiaridades de cada país como la oscilación entre dos modelos extremos siendo que, en realidad, uno de esos extremos (la tercera instancia) ya no existe.

Segundo, se da en ciertas materias que una Corte Suprema conserva espacios de revisión tan amplios como los que TARUFFO denomina de 'tercera instancia' pero que

⁵ TARUFFO, Michele. Funzioni e problemi attuali della Corte di Cassazione En su: // Vertice Amgiuo... Op.cit pp.157-169.

no era, en realidad la 'tercera' revisión completa del caso, sino que era sólo la segunda (i.e. Apelación del recurso de protección chileno) o incluso la Corte Suprema misma fue el tribunal del fondo en primera instancia (i.e. acción de revisión). La precisión es importante porque lo que fue abandonado el 2002 por la reforma alemana es la tercera instancia de revisión, mas se conservan casos en que la Corte es instancia también pero por segunda o primera vez.

Tercero, para referirse al extremo opuesto del vértice -caracterizado por la función de uniformidad de criterios judiciales de decisión- la expresión 'Corte Suprema' que eligió TARUFFO resultaba demasiado inespecífica de esa función.

Varios países, entre otros Chile, también denominan 'Corte Suprema' al tribunal en su cúspide judicial; pero a pesar de compartir la denominación, sus funciones se alejan mucho de la *Supreme Court* norteamericana que daba nombre al modelo.

Esto genera tropiezos conceptuales importantes porque, por ejemplo, lo que TARUFFO llamaría la 'Corte de Casación chilena' se denomina localmente como 'Corte Suprema', pero en realidad no es 'Corte Suprema' para su terminología del vértice ambiguo. Los demás países denominan de un modo sinónimo a su tribunal en la cúspide y refieren a él como 'Tribunal Supremo', 'Tribunal Superior' u otras expresiones que siguen siendo demasiado similares a 'Corte Suprema' sin compartir los rasgos de ese extremo, prestándose para confusión.

Y cuarto, la expresión '*Corte de Casación*' -que TARUFFO escoge para referir genéricamente a aquel tribunal situado en la cúspide del aparato judicial sea del país que sea- no resultaba un término suficientemente neutral. La 'casación' misma es una institución demasiado cargada de una tradición histórica propia como para extender el uso del mismo término a casos que, explícitamente, se distanciaron de esa tradición francesa. Incluir, por ejemplo, a la *House of Lords* inglesa dentro del género más amplio de las 'Cortes de Casación' pareciera errar demasiado grave en que lo que hacen ahí precisamente no es 'casación'.

Todas estas limitaciones han motivado a introducir modificaciones al modelo original de TARUFFO o a experimentar con modelos nuevos que superen esas limitaciones.⁶ Es en este estado del arte en que se introduce mi tesis de pregrado, en proponer un nuevo modelo.

Lo primero es re acomodar las definiciones. Estimo que es preferible volver al término 'Corte Suprema' (en vez de 'Corte de Casación') como concepto genérico para referir a aquel específico tribunal que en un país ocupa la cúspide judicial. En ese sentido he venido usando el término, así lo seguiré haciendo y por lo tanto el modelo que propongo compara 'Cortes Supremas' y no 'Cortes de Casación'.

Además el modelo que TARUFFO originalmente llamaba de 'tercera instancia' aquí preserva su denominación para mantener el dialogo con él, pero con el acento que lo importante es que se trata de la 'última instancia' (*last resort*). Como se dijo, la Corte Suprema puede tener un ámbito de revisión igualmente amplio no sólo cuando es la tercera revisión del caso sino que también puede ser la segunda instancia (i.e. Apelación del recurso de protección) o incluso la primera instancia (i.e. Acción de revisión). Aquí el elemento central es que se trata de la *última* oportunidad - independientemente si fue la tercera, segunda o la primera oportunidad en el proceso- el recurso final, que después de ella no hay más chances de solicitar una solución justa al caso. El término 'instancia' lo conservo, pero no debe ser entendido en la terminología casacional -de oportunidad procesal de revisión tanto de los hechos y el Derecho-, sino que lo uso en un sentido más amplio de solicitud formal a la autoridad, recurso judicial (*remedies*), petición de reconsiderar la decisión impugnada.

Ahora bien, para hacer referencia aquel extremo del vértice que se encarga de la uniformidad de criterios de decisión ya no puedo seguir utilizando el mismo término 'Corte Suprema' (que ahora es el nombre genérico). A cambio utilizaré los términos 'unificación de jurisprudencia', 'Corte unificadora' o 'Corte jurisprudencial' para referir a lo mismo.

⁶ Fernando ATRIA, por ejemplo, se apoya también en el modelo de TARUFFO, prefiere reemplazar el término "Corte Suprema" por "casación en sentido estricto". Ver ATRIA, Fernando. *La casación como problema*. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. 2: 269. 2005

Y por último el término 'Corte de Casación' no queda en desuso. A diferencia de TARUFFO (que lo utiliza genéricamente) aquí el término 'Corte de Casación', 'corte casacional' o 'casación de ley' referirá a un modelo específico que no es ni 'tercera instancia' ni 'unificación de jurisprudencia' ni tampoco sería preciso situarlo a medio camino entre una y otra. Así entendido, esta tesis propone que la corte de casación será un modelo aparte, con identidad propia y no que oscila entre otros dos extremos ajenos.

El resto del capítulo tiene por objeto desarrollar este nuevo marco conceptual de derecho comparado que propongo. A diferencia del vértice ambiguo de TARUFFO que es un modelo binario, que sólo distingue 2 tipos de Cortes de Casación, en esta tesis propondré un modelo que permita distinguir, en detalle, entre 3 modelos de Corte Suprema: el primero, tercera instancia, el segundo, la unificación de jurisprudencia y finalmente, como un modelo propio, la casación de ley. Esta distinción entre los tres modelos se basa en su 'auto-comprensión'. Es decir, en vez de describir cada modelo desde fuera -lo que como observador diríamos que cada Corte efectivamente hace- la distinción se realizará según el modo en que cada Corte describe lo que ella misma hace, sobre la descripción que tienen de sí.

En la primera parte del capítulo se describirá cada modelo aisladamente. Después empieza la comparación en base a ciertos criterios aplicables a los tres, como la autocomprensión, la cantidad de casos, cantidad de jueces y los filtros para acceder a cada una. Y finalmente se trata de la cuestión de la reforma alemana del 2002 y el abandono de la tercera instancia propiamente tal. En el capítulo siguiente la comparación se hará entre el par de la unificación de jurisprudencia con la casación de ley como dos vías igualmente orientadas a la uniformidad. De este modo -como se notará- es el modelo de unificación el que, de entre los tres modelos, es objeto de mayor descripción comparativa; y esa prioridad se justifica en que es ese el modelo al que tienden las reformas en Chile.

1.2.- Tercera instancia.

La Corte de tercera instancia se entiende a sí misma como "haciendo justicia" material a cada caso concreto que los litigantes le plantean (*doing justice on the merits*).

Independientemente si fue la tercera, segunda o primera revisión, lo importante es que la impugnación ante la Corte se destaca por ser el último recurso, oportunidad o chance (*last resort*) para evitar una injusticia profunda.

Carece de filtros excluyentes que impidan el acceso a ella y por lo tanto termina compuesta de numerosos jueces a cargo de conocer muchos casos.

Para ella el agravio del recurrido es un fin en sí mismo porque la relevancia de los casos está definida por sus consecuencias privadas.

Su recurso procesal pertenece al circuito ordinario de impugnaciones y para el litigante el proceso judicial es un combate a tres *rounds*, donde la Corte Suprema es el tercero y último *round* donde está en juego quien gana o pierde en definitiva. Los ámbitos de revisión de la Corte de tercera instancia son amplios e indefinidos, se pueden plantear nuevas pruebas y nuevos argumentos. Y la prioridad por hacer directamente justicia material en el caso termina cultivando una lenidad frente al incumplimiento de requisitos formales en la presentación del recurso.

1.3.- Casación de ley.

La Corte de Casación se entiende a sí misma como "corrigiendo errores" de Derecho (*fixing mistakes*) de los demás tribunales.

En este modelo la Corte es interpretativa y su objeto de interpretación es casi exclusivamente la ley.

La razón por la que restringe tanto su objeto de interpretación es por su adhesión fuerte al ideal de suficiencia de la ley para ser sistemática y dar criterios claros de decisión para cada caso.

En ese contexto, los fallos que se apartan de esos criterios son descartados por la Corte como equivocaciones sin más, errores que no tendrán mayor trascendencia a futuro.

La Corte de Casación suele convivir en una relación conflictiva con el parlamento porque entiende que tienen ámbitos de competencia excluyentes.

La responsabilidad por la uniformidad se deposita en la rigurosidad del parlamento en el diseño de las leyes; ahí a la Corte le corresponde sólo un rol fiscalizador del apego de los demás tribunales a las instrucciones del parlamento. Lo que generaría la pérdida de uniformidad es la intervención creativa de los demás tribunales o de la propia Corte. Y para evitar ese activismo la Corte cautela que la interpretación de esas leyes se mantenga apegada al paso-a-paso de la hermenéutica legal.

1.4.- Unificación de jurisprudencia.

La Corte unificadora de jurisprudencia se entiende a sí misma como "tomando partido" en temas que plantean grandes disputas doctrinas (*taking a stand*).

En función de ese rol la Corte termina conociendo pocos casos. Para ello dispondrá de filtros de accesos bastante discretivos (i.e. *certiorari*) que discriminan los casos según su relevancia pública.

Aquí la Corte también es interpretativa, pero su objeto de interpretación principal son los precedentes y no se aboca tan sólo a interpretar la ley porque parte de cierto escepticismo acerca del ideal de la sistematicidad y completitud de la legislación.

En ese contexto, cree que la ley deja un texto abierto que da espacio para múltiples interpretaciones válidas, donde un fallo diverso se aprecia como una doctrina disidente que conserva interés académico y puede resurgir.

La Corte unificadora convive en una relación más bien colaborativa con el parlamento. Tiene con él responsabilidades compartidas por la uniformidad y sus competencias son complementarias. A ella le corresponde un rol activo en definir los criterios de decisión que el parlamento, inevitablemente, deja indefinidos. Y para llenar esos espacios aun indefinidos de la ley la Corte unificadora se abre a argumentos extralegales, como los valores.

1.5.- La auto-comprensión.

La perspectiva de la auto-comprensión (*self-understanding*) -sobre el cual se sostiene buena parte del modelo que aquí propongo- es una perspectiva algo diversa a la metodología con que se suele hacer los estudios comparados.

Los análisis suelen partir enraizando al observador en una tradición jurídica y desde ahí describir los otros casos comparados como modelos extranjeros. Desde ese punto de vista, las diferencias del país ajeno con el propio suelen merecer una connotación que vale independientemente del modo en que esa misma práctica es descrita desde el país de origen.

En esta tesis propongo dar un giro a esa perspectiva y compatibilizar las perspectivas internas de cada modelo; dar cuenta del modo en que cada caso comparado formula la mejor descripción de su práctica, del modo que las tradiciones se comprenden a sí mismas (auto-comprensión).⁷

⁷ TARUFFO agrega además la calidad de los fallos como rasgo distintivo de la casación: “*Il livello medio della giurisprudenza della Cassazione non può defenersi particolarmente elevato: i grands arrêts sono quanto mai rari, e prevale la massa di decisioni ripetitive e scarsamente originali*” TARUFFO, Michele. Linee per una riforma della cassazione civile. En su: Il Vertice Ambiguo... op.cit, p.186. Sin embargo en esta tesis se excluye comparar los modelos de Corte

Ahora bien, las auto-comprensiones no están definidas rígidamente. A la inversa, uno de los aciertos más lúcidos de TARUFFO fue, sin duda, dar cuenta que la problemática con las Cortes de casación comienza con la relativa flexibilidad con que se reinterpretan una y otra vez. Ellas cambian por sí y ante sí la definición de su propio rol y la función que están llamadas a cumplir. En ese sentido la auto-comprensión termina siendo determinada y alterada más por la evolución de la postura interna de la Corte que por las reformas legales o las exigencias académicas que se formulan desde fuera de ella.⁸

En concreto, la auto-comprensión que tiene la Corte Suprema en cada modelo es la siguiente.

En primer lugar, como se dijo, la Corte de tercera instancia se entiende a sí misma como "haciendo justicia" material a cada caso concreto que los litigantes le plantean (*doing justice on the merits*). Orientada a entregar un resultado práctico justo, la Corte puede revisar indefinidamente cualquier aspecto del caso recurrido, plantear nuevos temas, nuevas pruebas e incluso pasar por alto requisitos formales.

En segundo lugar, la Corte de Casación se entiende a sí misma como "corrigiendo errores" de Derecho (*fixing mistakes*) de los demás tribunales. Aquí la Corte se plantea como un fiscalizador minucioso y neutral del método de hermenéutica jurídica, detectando y descartando una tras otra 'infracción de ley' que los jueces equivocan en sus fallos cuando se apartan de ese método.

Y en tercer lugar, la Corte unificadora de jurisprudencia se entiende a sí misma como "tomando partido" entre temas que plantean grandes disputas doctrinas (*taking a stand*).

en base a la calidad misma de los fallos —aunque sí por su extensión objetiva (*supra*. II.9)— porque ningún modelo se asume explícitamente desde dentro como si sus fallos son de baja calidad.

⁸ “[I]l problema della Corte di Cassazione non si colloca al livello delle “piccole riforme”, degli interventi parziali e degli aggiustamenti di dettaglio./ Ciò chi è in crisi, infatti, non è soltanto la funzionalità dell’organo: è in discussione la sua identità [...]” TARUFFO, Michele. *Funzioni e problemi attuali della Corte di Cassazione*. op.cit. pág.168

No pudiendo descartar fácilmente una u otra opción de interpretación como un error, acá la Corte entiende que debe resolver los casos con un ejercicio de ponderación entre ellas.

Es cierto que -a primera vista- esta distinción entre 'hacer justicia', 'corregir errores' y 'tomar partido' resulta poco ilustrativa para el lector. Sin mayor desarrollo los 3 términos parecen ser intercambiables; que al "corregir errores" la Corte también "hace justicia"; que la corte de casación al "corregir errores" no excluye que "tome partido" en algunas materias, etc. Si bien estas auto-comprensiones no son del todo incompatibles unas con otras, conforme este modelo se desarrolle -y las diferencias se repasen- notaremos que los rasgos de cada una pueden resultar contradictorias.

1.6.- Delimitación del ámbito de revisión.

Desde un punto de vista orgánico, la diferencia más importante entre los modelos es la propia definición de su ámbito de revisión, o mejor dicho, cómo entienden la extensión o limitaciones del campo legítimo de cuestiones que pueden ser objeto de reexamen por la Corte.

La Corte de tercera instancia se caracteriza por auto-comprender sus ámbitos de revisión como un espacio indiferenciado y sin limitaciones rígidas.⁹

Las diversas aristas de un litigio -las cuestiones de hecho, de derecho o vicios procesales que en la casación importa separar- son revisadas conjuntamente en un solo acto porque lo que finalmente importa para la tercera instancia es alcanzar un 'estado de cosas' justo, independientemente del título jurídico con que se logra ese estado final.

La tercera instancia podría desentenderse del incumplimiento de requisitos formales en la presentación del recurso con tal de entrar a "hacer justicia" en el fondo

⁹ Ver, por ejemplo, la versión original del Autoacordado de 1972 sobre recurso de queja, que debido a sus pocas limitaciones, operaba como tercera instancia.

del caso (*supra* 3.8) que podría también revocar el fallo por motivos no alegados por el recurrente.

Planteada la justicia material caso-a-caso como un fin superior por el que la Corte vela directamente, ella está incluso tácitamente legitimada de pasar por alto los estatutos legales cuando la aplicación de estos generan resultados claramente inequitativos; aunque -insisto- esta puede ser una práctica que no se asume explícitamente incluso si es un secreto a voces en el medio.

La Corte de casación asume su ámbito de revisión delimitándose de un modo particular. Asumida como último fiscalizador de la ley -pero que debe mantenerse sin deliberación política- la Corte de casación está severamente limitada en razón del *quid custodiet ipsos custodet*.

Primero, como fiscalizador está limitada a conocer sólo el caso denunciado y restringida a los términos de la denuncia. Se exige el cumplimiento de requisitos procesales que parecieran excesivos, pero que cumplen la función de mantener controlado a este fiscalizador de no volverse político. Por lo tanto aquí la Corte -a diferencia de la tercera instancia- sólo puede ejercer la casación en razón de los motivos invocados por el recurrente, no puede hacer caso omiso a los requisitos formales a pesar que el fondo del conflicto resulte claro, ni tampoco puede extender sus efectos más allá del caso recurrido.

Ahora bien, dentro del caso en sí mismo, la Corte de Casación defiende la distinción entre las cuestiones de "Hecho" y de "Derecho" y limita sus competencias en base a esa distinción. Afirma que su ámbito de revisión legítimo se extiende a sólo las cuestiones de Derecho (nomofilaxis) del caso, mientras que la revisión de los Hechos es renegada, pero nunca completamente excluida.¹⁰

A pesar que los aspectos fácticos de cualquier conflicto (hechos), por una parte, y sus aspectos jurídicos (Derecho), por la otra, resultan indudablemente

¹⁰ Desde la perspectiva de la casación nos diferenciamos de la tercera instancia porque vemos en ella un reexamen del Derecho y además los hechos.

correlacionados entre sí, esta distinción se mantiene más como un postulado dogmático que como una diferencia práctica.

Sean cuales sean las causales que se definan por ley como requisitos del recurso que lo limita a las cuestiones de Derecho tan solo -i.e. control de fundamentación jurídica, nulidad por inaplicación de estatutos relevantes, infracción de ley en el fallo, etc.- la *praxis* forense de la casación termina forzando hacia una interpretación ambigua de esos requisitos (*infra* 3.5). Por eso dentro del modelo la distinción hechos/Derecho pareciera estar en permanente crisis, mas nunca completamente abandonada porque aún define a la casación.

La Corte unificadora, por último, se caracteriza porque delimita sus ámbitos de revisión por temas o "materias" y no por casos.

Es decir, enfrentada a un recurso interpuesto la Corte unificadora no se pregunta por los aspectos de ese proceso judicial específico que le corresponde revisar -i.e. su prueba, su fundamentación, las notificaciones etc.- sino que se pregunta acerca de si le corresponde (o no) tomar partido sobre la materia doctrinaria que el recurso plantea -i.e. aborto, igualdad de género, libertad de expresión etc.-.

Además en un único caso pueden cruzarse más de un tema, muy diversos entre sí, respecto de las cuales a la Corte unificadora le corresponde pronunciarse sobre unos y no sobre otros.

Cuando los casos son complejos en ese sentido, la Corte se vuelve en extremo cautelosa de dejar intactas las materias que no le corresponde tomar partido; eludiendo explícitamente dar aquellos pasos en sus argumentos que impliquen, o puedan prestaras para, posturas a favor o en contra de aquellas materias excluidas. Cuando eso sucede, puede ser que gran parte del fallo discurra sólo en demarcar con precisión

los terrenos gobernados por aquellos otros precedentes que la Corte quiere evitar invadir.¹¹

La selección de los casos según su relevancia pública (*infra* 1.7) ejemplifica bien cómo la Corte unificadora determina su ámbito de revisión en base a las particularidades de la materia -excluyendo las que carecen de ese tipo de relevancia- a pesar que seguirá siendo necesario un caso particular, más como excusa, para pronunciarse sobre el tema.

Orientada a resolver "materias" y no casos, la Corte unificadora se entiende competente para revisar no sólo la interpretación del caso *sub lite* sino que además para definir los criterios de decisión de casos futuros -interpretación general tajantemente excluida para la casación- porque todos ellos están gobernados por la misma materia que es objeto de su ámbito de unificación. Pero a pesar del mero interés instrumental del caso *sub lite* para la unificación, la Corte debe finalmente tomar alguna decisión respecto de él en específico.

1.7.- La relevancia del caso.

Cuál es la importancia de cada caso -o, mejor dicho, en qué sentido un caso se considera suficientemente importante como para ser conocido por la Corte- también marca una diferencia entre la tercera instancia, la casación y la unificación.

En los tres modelos se considera que la Corte sólo debe estar abocada a los casos más importantes; no sería fiel a la auto-comprensión de cada una afirmar que sólo en la corte unificadora se abocan a los casos más importantes, mientras que la última instancia o la casación están disponibles para conocer casos irrelevantes.

¹¹ Por ejemplo, la mayor parte de *Stenberg v. Carhart* busca dejar intactas las materias de *Roe v. Wade* y de *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* sobre la libertad constitucional de aborto para la mujer en la jurisprudencia norteamericana.

Lo que define ahí la importancia de cada caso es su relevancia pública o privada, y de una u otra pueden resultar características incompatibles entre los modelos.

Así por ejemplo, si dar una resolución diferente al juicio tiene consecuencias patrimoniales que determinan la quiebra de una empresa (fuerte relevancia privada), mas el lado jurídico de la controversia es rutinario en la aplicación e interpretación de normas cuyo sentido está fuera de toda discusión (débil relevancia pública) la posibilidad que tendrían los litigantes para acceder a una última revisión de su caso por la Corte Suprema de su país dependerá, sobre todo, del modelo de tercera instancia, casación o unificación que hay detrás, como veremos, y cuál es el tipo de relevancia que se toma en consideración.

La Corte de tercera instancia tiende a definir la importancia de sus casos como relevancia privada. Aquí, curiosamente, la Corte se sigue entendiendo como una instancia exclusiva de los casos más importantes a pesar que esa importancia no la define ella sino que la definen los litigantes en atención a consecuencias subjetivas, usualmente patrimoniales, más o menos laxas.

Resolver el 'agravio' del litigante derrotado -definido doctrinariamente como la disconformidad de lo resuelto del tribunal con la pretensión del recurrente- es un fin en sí mismo del recurso. Además, para ella las repercusiones públicas son asumidas como efectos colaterales a hacer justicia en el caso.¹²

Es esto lo que nos explica, como vimos, que la Corte de tercera instancia termina conociendo muchos casos -todos importantes en ese sentido privado y subjetivo- y que los filtros de acceso a ella sean puramente formales y menos exigentes de un criterio externo a los litigantes. De haber algún filtro limitativo será precisamente en el sentido de la gravedad de los intereses privadas involucrados, como fijar un mínimo de *summa gravaminis* de cuantía del caso.

¹² “[En el modelo de tercera instancia] *rimane in secondo piano, come prodotto collaterale in fondo non necessario, è la scelta dell’interpretazione più giusta della norma in sé considerata, o addirittura l’eventualità che tale interpretazione serva da precedente.*” TARUFFO, Michele. *Funzioni e problemi attuali della Corte di Cassazione*. op.cit. pág. 162.

A su turno, la corte unificadora define la importancia de sus casos como una relevancia pública.

Lo que puede ser importante en este sentido público es la materia doctrinaria que plantea caso; el agravio de las partes será importante sólo si trasciende en otros. El requisito doctrinario de agravio del recurrente es asumido no como un fin del recurso, sino como un medio para la unificación.¹³ Y, a la inversa, las consecuencias patrimoniales privadas -por usuales y severas que sean- no bastarán para asegurar el acceso al recurso de unificación.

Para la Corte jurisprudencial esta correlación entre la relevancia privada y pública del caso es vista como contingente, a pesar que en la gran mayoría de los casos esta correlación se da o incluso puede venir exigida legalmente como requisito *sine qua non* del recurso de unificación. Ahora bien, entender en este sentido la importancia (pública) explica bien por qué, como veremos (*infra* 1.8), la Corte unificadora termina resolviendo pocos casos, en desproporción a la cantidad total de casos que entran al sistema judicial globalmente considerado. Y porque la relevancia está definida en estos tan términos peculiares se explica, además, que la Corte jurisprudencial termina seleccionando sus casos en base a criterios bastante ajenos a lo que los litigantes pudiera subjetivamente importar (*infra* 1.10).¹⁴

En la tradición casacional, por último, la cuestión sobre la importancia de los casos se afronta desde la dialéctica entre *ius litigatoris* versus *ius constitutionis*.

El primero representa el interés que tiene para las partes en juicio la definición de sus derechos (relevancia privada) y el segundo alude a la trascendencia que ese juicio entre particulares pueda tener para las definiciones de las normas de Derecho globalmente consideradas ("nomofilaquia" o relevancia pública).

¹³ "(La Corte Suprema en este modelo) *“utilizza” il caso specifico come mezzo per individuare un problema interpretativo connesso con l’applicazione di una certa norma.* TARUFFO, Michele. *Funzioni...* op.cit. pág. 163.

¹⁴ "(En el modelo de unificación de jurisprudencia) *appare lecito pensare a forme di selezione dei ricorsi secondo criteri collegiati all’importanza generale delle questioni sollevate (ossia alla possibilità che la Corte detti al riguardo precedenti significativi) piuttosto che la loro rilievo per soluzione del singolo caso concreto.*" TARUFFO, Michele. *Funzioni...* op.cit. pág.167

El *ius litigatoris* y el *ius constitutionis* no son rasgos necesariamente excluyentes; un caso puede ser relevante en ambos tipos de *ius* y usualmente será así. El problema para la casación se da cuando un caso presenta un tipo de *ius* y no el otro.

Las similitudes con la otra distinción casacional hechos/Derecho son evidentes.

Se postula doctrinariamente que el *ius constitutionis* predomina en la casación; mas el *ius litigatoris* no deja de ser reivindicado de tiempo en tiempo ni tampoco se excluye del todo.

La *praxis* casacional pareciera privilegiar subrepticamente, a pesar del reproche académico, el *ius litigatoris* del mismo modo que subrepticamente se terminan controlando los hechos a través del control de casación.¹⁵

La dicotomía *ius litigatoris/ius constitutionis*, entonces, también pareciera estar permanentemente en crisis; donde la Corte, en vez de resolverla, la perpetúa al eludir inclinarse del todo a favor de uno u otro tipo de *ius*.

De este modo se concluye que la casación, entonces, no se caracteriza por tener una postura clara -tanto en el dogma como en la *praxis*- entre el control de los hechos o del Derecho, por una parte, o en el predominio del *ius litigatoris* o del *ius constitutionis*, por la otra. Lo que caracteriza a una Corte de casación es que ella misma administra la ambigüedad de esas distinciones. Así se entiende el aporte de TARUFFO.

1.8.- Cantidad de casos

El interés estratégico de todo litigante derrotado de disponer de una oportunidad adicional de revancha genera el efecto agregado de tender hacia la sobrecarga de casos ante los tribunales superiores en general y de la Corte Suprema en específico.

¹⁵ “[U]na delle critiche di fondo qui vengono rivolte al modo in cui la Cassazione interpreta in concreto il proprio ruolo consiste nell’osservare che essa privilegia di gran lunga la considerazione dello *ius litigatoris* rispetto della tutela dello *ius constitutionis*.” TARUFFO, Michele. *Funzioni...* op.cit. pág.159.

Pero a pesar de esa tendencia común a la sobrecarga, la cantidad de casos que finalmente conoce el tribunal supremo de un país es un dato muy variable, pero no contingente. Puede tratarse, por ejemplo, de una proporción mayor o menor; es relevante si acaso llegan al tribunal superior una cifra alta, como el 20% de los casos nacionales, o sólo un 0,4%. De este modo, si la cantidad de casos que se ven a nivel nacional varía, la carga de trabajo del Tribunal Superior variará también aunque en esa misma proporción de un 20% o un 0,4% respectivamente.

Pero además, puede suceder que la cantidad de casos que conoce sea un número que no varía conforme aumenta o disminuye la cantidad que globalmente maneja ese aparato judicial. En este último escenario, la carga de trabajo del Tribunal no es una proporción del total nacional, sino que se trataría de una cifra más o menos estable o que varía conforme a parámetros independientes.

Una buena hipótesis para explicar esta diversidad de datos -cuya corroboración la dejo para la investigación doctoral posterior- es que, en realidad, la cantidad de casos depende más bien del modelo de Corte Suprema que hay detrás: Tercera instancia (i) Casación de Ley (ii) o Unificación de Jurisprudencia (iii).

(i) Claro, si en un país el Tribunal Supremo es entendido como una legítima tercera instancia, al cual todos los litigantes tiene el derecho a un acceso amplio, entonces ahí los casos que conocerá, primero, sí serán una cantidad proporcional al total nacional y, segundo, esa proporción será relativamente alta (como el 20% del ejemplo inicial).

(ii) Si el tribunal superior es entendido, en cambio, como encargado sólo de la casación de ley —que le compete corregir todos los errores de derecho que se le plantean, pero no los errores sobre los hechos— entonces la cantidad de casos que conocerá también será una proporción del total nacional, pero claramente una proporción mucho menor (como el 0,4% del ejemplo) no obstante suficientemente alto como para fiscalizar todos los errores de derecho que, potencialmente al menos, se producen. Aun así, toda esa cantidad de casos que debe controlar y fallar a diario le impiden seguir claramente la pista de sus propios fallos anteriores.

(iii) Por último, si el tribunal superior es entendido como un unificador de jurisprudencia, encargado sólo de tomar partido en los temas jurídicos abstractos que plantean discrepancias, entonces la cantidad de casos que conocerá no variará proporcionalmente con el total nacional. Probablemente su total de casos será una suma muy inferior a cualquiera de los dos modelos anteriores debido a que debe ser una cantidad manejable, que le permite seguir la pista de sus propios fallos.

“La Corte, entonces, no está en posición para desarrollar la función de unificación de la jurisprudencia, y tampoco de garantizar un grado razonable de certeza jurídica, debido a su jurisprudencia cuantitativamente excesiva y al nivel cualitativo medio no muy elevado.”¹⁶

La cantidad de trabajo de la Corte unificadora es independiente del total de casos nacionales porque, en realidad, no resuelve “casos”, sino que zanja una cantidad temas, materias o “discrepancias dogmáticas” que pueden replicarse mucho o poco en los casos judiciales concretos. La cantidad de casos que conocerá será proporcional, más bien, a la cantidad de ámbitos del Derecho en que se están planteando divergencias en la aplicación de los estatutos. Y su carga disminuirá a medida que esas discrepancias interpretativas se zanen *a pesar* que se sigan planteando muchos casos de esos.¹⁷

¹⁶ Traducción propia, original: “*La Corte, poi, non è in grado di svolgere la funzione di unificazione della giurisprudenza , e quindi di garantire un grado ragionevole di certezza del diritto, perché una sua giurisprudenza quantitativamente eccessiva y de livello qualitativo mediamente non elevato.*” TARUFFO, Michele. *Linee per una riforma...* op.cit. pág. 172. En contra que la cantidad de fallos deteriora la estabilidad: “[La existencia] de jurisprudencia contradictoria es fruto de las deficiencias en el modo de trabajar de los Altos tribunales, y no *per se*, de la existencia de esa pluralidad de asuntos.” NIEVA F., Jordi. *La relevancia social de la casación: La importancia del ius litigatoris. En su: El recurso de casación.* Santiago. Abeledo Perrot. 2010. (serie Derecho y Proceso)

pág.50.
¹⁷ Una corte Jurisprudencial no puede ver muchos casos porque inevitablemente termina perdiendo la pista de sus propios fallos. Una Corte casacional, en cambio, sí entiende que puede conocer muchos casos porque nunca perderá de vista el mismo texto de la ley que aplica a cada uno. Lo que complica a la corte jurisprudencial es el exceso de fallos; a la corte casacional le complica el exceso de leyes.

1.9.- Número de jueces.

Ahora bien, no es contingente ni la cantidad de casos, ni tampoco la cantidad de jueces que tiene el Tribunal superior de un país. La cantidad de jueces es asimismo indicativo del modelo de Corte Suprema que hay detrás y no simplemente un número en proporción a la cantidad de habitantes.¹⁸ Del mismo modo, si hay o no filtros de acceso a ella, cuál es la función que cumplen esos filtros y de qué tipos son, difiere de un modelo a otro.

Por lo tanto, el modo en que cada país afronta el problema de la tendencia a la sobrecarga —ya sea variando la cantidad de jueces o modificando esos filtros de acceso— depende primero de una opción de modelo y no de una cuestión de eficiencia sin más.¹⁹

En la tercera instancia (i) como el acceso a la Corte Suprema sí es parte del círculo ordinario de recursos (*infra* 1.10.a) al que tiene derecho el litigante, la solución a la sobrecarga no es limitar su acceso con filtros sino que es, simplemente, aumentar la cantidad de jueces del Tribunal superior (a modo de referencia, 80 o más dependiendo del tamaño del país). “[L]a imposibilidad de una efectiva reducción de la carga de trabajo, ligada a la necesidad al menos tendencial de decidir el mérito de todo caso concreto, obligaría a no reducir -sino más bien a incrementar- el número de jueces”.²⁰

En la casación de ley (ii) debido a que se entiende que la Corte cumple un rol más específico —sólo corregir errores de Derecho y no otros— la dotación de jueces sigue siendo proporcional aunque menor que en la tercera instancia (entre 20 a 50

¹⁸ Por eso resulta poco explicativo hacer un cuadro comparado entre la cantidad de jueces del tribunal superior versus la cantidad de habitantes de ese país, con datos Wikipedia, como se hizo en BUCHHEISTER, Axel y GARCÍA, José Francisco. *Corte Suprema, certiorari y precedentes* En: GARCIA, José Francisco, LETURA, Francisco J. y OSORIO, Claudio (Eds.). *Reforma al poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión*. Santiago. Ed. Libertad y Desarrollo. 2007. pág.135.

¹⁹ No se trata sólo que la Corte Suprema tenga una gestión operacional capaz de no dejar remanente, como cree ROJAS, Mario. *El Rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil*. *Revista de Actualidad Jurídica*(Universidad del Desarrollo). 2: 315-360. Julio 2010. El problema trata de aquello que precisamente ROJAS considera, de antemano, claro y evidente: la estabilidad de la jurisprudencia. *Ibid.* pág. 334.

²⁰ (traducción propia) TARUFO, Michele. *Funzioni...* op.cit. pág 168.

aproximadamente). Con menos jueces, empiezan a adquirir mayor relevancia los filtros de acceso rígidos que *ex ante* dejen fuera los casos que no pertenecen a las competencias específicas de la Corte pero que, al mismo tiempo, una vez superado ese filtro es entonces obligatorio para la Corte resolver todos los casos.

Y en la unificación de jurisprudencia (iii), por el contrario, es preferible una Corte de pocos jueces (de 5 a 15) porque es necesario identificar en detalle las posturas de cada juez, tema por tema. Sólo así es posible elaborar un mapa de las mayorías y minorías dogmáticas dentro de la Corte para estabilizar y predecir sus tendencias y variaciones jurisprudenciales. Una Corte unificadora "no puede más que ser única y centralizada o, en el peor de los casos, tener un reducido número de secciones y magistrados en correlación con una drástica, pero auspiciable, reducción del número de los recursos a ser examinados en el mérito".²¹ Y como su función no es resolver "casos" sino resolver "temas", la Corte unificadora dispondrá de un filtro que le permitirá excluir casos a discreción y quedarse sólo con aquellos temas necesitados de unificación (*certiorari*).^{22 23}

1.10.- Filtros de acceso.

"Otra grave cuestión relacionada con el excesivo número de recursos es el del acceso a la Corte, o mejor dicho, a su decisión".²⁴ La evolución en el Derecho

²¹ Ibid.

²² Efectivamente en los países de *common law* son pocos los jueces que integran sus cortes unificadores. 7 miembros en Nueva Zelanda, Australia, 9 en Canadá y EEUU. El caso interesante es Argentina, que inserta en el civil law optó porque su corte sea unificadora de jurisprudencia y efectivamente ir bajando gradualmente la cantidad de ministros hasta que se llegue a 5.

²³ Con la reforma chilena de 1995 se aumentó la cantidad de ministros de 17 a 21 —que sería demasiado para un modelo de unificación— pero el trabajo se dividió en salas 4 salas de 5 miembros cada una, que sí son suficientemente pocos. Aun así, la composición de las salas no es del todo estable..

²⁴ TARUFFO, Michele. *Linee per una riforma...* op.cit. pág 180. Para un estudio detallado de cómo funciona los filtros de acceso a la casación en Chile, ver ISRAEL, Ruth. Control de Admisibilidad del Recurso de Casación en Materia Civil Años 2000-2004. Revista de Estudios de la Justicia (Universidad de Chile) N°: 191-206.2006

comparado de los filtros de acceso para litigar ante el Tribunal supremo de un país presenta básicamente tres tipos:

(i) Admisibilidad formal;

(ii) Evaluación preventiva del fondo y por último

(iii). Selección de casos por trascendencia. En este contexto, el *certiorari* es la última etapa en esa evolución.

(i) En el primera tipo de admisibilidad formal, el acceso a la Corte Suprema, como a cualquier otro tribunal, esta mediado por requisitos formales de admisión —ya sean plazos, de representación, formalidades en el escrito, etc.— que en principio, diríamos, no prejuzgan el mérito de la petición misma (por oposición, no se trataría de requisitos “de fondo”).

Sin embargo, se observa en todos los ejemplos comparados que los requisitos de admisibilidad formal ante el Tribunal Superior son notablemente más exigentes que los necesarios para acceder a los demás tribunales inferiores. Esta tendencia a la exageración de los requisitos formales del Tribunal superior puede explicarse, sin mayor discusión, como una primera respuesta obvia en contra de la tendencia a la sobrecarga.

Ahora bien, este primer filtro, de la admisibilidad formal, colapsa cuando al poco andar esos requisitos formales adicionales terminan siendo también sobrepasados por la tendencia a la sobrecarga; lo que obliga al legislador a formular nuevos requisitos formales aún más exigentes que seguramente serán asimismo sobrepasados, entrando entonces en un círculo vicioso.

(ii) Pero este círculo vicioso finalmente se rompe en un mismo sentido, configurando un segundo tipo de filtro de evaluación preventiva de fondo: En este caso se agregan requisitos —ya sea *de facto* o *de iure*— que sí evalúan anticipadamente el fondo de la petición. *De facto*, cuando el Tribunal Supremo termina consolidando una práctica forense de excluir casos evaluando el fondo de la petición, pero bajo el rótulo de un

requisito formal.²⁵ *De iure*, cuando el legislador opta por incluir explícitamente alguna causal de admisibilidad que evalúa la probabilidad o improbabilidad de éxito del recurso.²⁶

Pero este segundo filtro también colapsa cuando la tendencia a la sobrecarga termina distorsionando la práctica forense una vez más. Pero esta distorsión es distinta, consiste en que la cantidad de veces que el Tribunal Superior rechaza un caso por la vía de excluirlo *preventivamente* (como falta de admisibilidad sobre el fondo) tiende a equipararse o más bien a superar con creces la cantidad de veces en que, por la vía normal, rechaza los casos, pero con un pronunciamiento *definitivo* (por fallo desfavorable sobre el mérito). Es decir, que para rechazar un caso sobre su mérito, la Corte termina apoyándose más en el mecanismo preventivo que en el mecanismo definitivo y normal, tomando aquel y no éste el protagonismo.²⁷

(iii) Y así es como se desarrolla un tercer tipo de selección de casos por trascendencia en que, agotada tanto la exageración de los requisitos formales (i) como la evaluación preventiva del fondo (ii), se experimenta con una barrera bastante discrecional para filtrar el acceso al Tribunal superior. Se trata ahora de agregar un criterio de selección que —del todo ajeno al mérito de forma y de fondo del conflicto particular— atiende más bien a lo que podríamos conceptualizar como *trascendencia*, una relevancia que va ‘más allá’ del caso *sub lite*.

²⁵ ROMERO S. Alejandro, AGUIRREZABAL, Maite y BARAONA, Jorge. Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil. *Ius et Praxis (Universidad de Talca)* año 14 N°1. 225-259. 2008. .

²⁶ En Chile, precisamente, la reforma del recurso de casación de 1995 se explica como un intento de transparentar esa práctica exagerada de requisitos formales que la Corte Suprema exigía *de facto* (i.e. enunciación precisa de cada ley infringida); incluyendo, a cambio y *de iure*, la evaluación preventiva del fondo (i.e. “manifiesta falta de fundamento” Art. 782). Ver *infra* III.7

²⁷ El 2006 la Corte Suprema chilena excluyó por “manifiesta falta de fundamento” (evaluación preventiva del fondo) 915 casos, por una parte, y rechazó con fallo (evaluación definitiva del fondo) 648, por la otra. Si bien los criterios han cambiado, eso representa que al menos el 2006 los rechazos por pronunciamientos *preventivos* sobre el fondo fueron más que los pronunciamientos definitivos, de hecho, un 58% del total. Fuente: Corte Suprema. *Cuenta Pública 2007*. En el mismo sentido ISRAEL, Ruth. Control de Admisibilidad del Recurso de Casación en Materia Civil. *op.cit.*

Las fórmulas con que los estatutos legales nacionales hacen referencia a esta misma noción de 'trascendencia del caso' son muy disímiles entre sí (i.e. en Alemania el "significado fundamental" (*grundsätzliche Bedeutung*) de la cuestión de Derecho).

Pero vistas desde la distancia del análisis comparatista, es claro que las distintas formulas apuntan a un tema común: por una parte, aquello que la dogmática europeo continental sobre casación civil refiere como la selección de casos por *ius constitutionis* y, por la otra, aquello que en la tradición del *common law* se asemeja, guardando las diferencias, a la práctica de selección por *certiorari*.

Y estos tres tipos de filtros de acceso predominan de un distinto modo en cada uno de los tres modelos de Corte Suprema.

Un modelo de tercera instancia compuesto de muchos jueces tendrá un acceso poco filtrado al tribunal superior, seguramente en un punto intermedio entre el primer y segundo tipo, es decir, con requisitos de forma altamente exigentes que probablemente *de facto* terminan evaluando el fondo.

En un modelo de casación de ley -con no tantos jueces y de competencias específicas- el acceso estará algo más filtrado, en algún punto intermedio entre el segundo y tercer tipo, es decir, probablemente un régimen mixto de evaluación preventiva *de iure* sobre el fondo (*ius litigatoris*) y además algún grado selección de casos por trascendencia (*ius constitutionis*).

Finalmente, en el modelo de unificación de jurisprudencia de muy pocos jueces, el acceso tiende a ser una selección discrecional de trascendencia que predomina explícitamente por sobre los requisitos de fondo y formales del caso, es decir, entre el primer y tercer tipo aunque más cerca de este último.²⁸

La relación entre los modelos de Corte Suprema, por una parte, con el predominio de uno u otro tipo de filtro de acceso, por la otra, puede ser graficada como un triángulo:

²⁸ TARUFFO, Michele. *Funzioni...* op.cit. pág.167



Del modo en que están configurados los filtros de acceso a los tres modelos de Corte se siguen las siguientes consecuencias:

(a) Cuán excluyente sea el filtro de acceso determina el estatus "ordinario" o "extraordinario" del recurso dentro del circuito de impugnaciones.²⁹

Con filtros de acceso poco excluyentes -como en la tercera instancia o una casación que tiende hacia el *ius litigatoris*- el recurso tiene el estatus de 'ordinario'.

Claro, si la Corte se entiende a sí misma como en la cúspide de una pirámide judicial -es decir, que potencialmente puede fiscalizar o juzgar por sí nuevamente lo que ya haya sido juzgado por cualquier otro tribunal en la base de la pirámide- se entiende que el recurso procesal que permite acceder a ella pertenezca al circuito regular de impugnaciones de que dispone el litigante. De este modo, el recurso que permite la segunda revisión de lo fallado (la 'casación-tercera instancia' ante la Corte de Suprema) no es sustancialmente más exclusivo que el recurso anterior que permitió

²⁹ Aquí distinción no es la misma que la de la dogmática de casación que cataloga de extraordinario un recurso si no procede contra la generalidad de las resoluciones judiciales, sin atender si en definitiva el recurso es frecuentemente utilizado o no (*infra* III.3)

la primera revisión de lo fallado (la 'apelación' ante la Corte de Apelaciones). En estos modelos los abogados cuentan con la Corte Suprema como un tribunal relativamente cotidiano al cual pueden acceder con una dosis extra de dedicación. Aunque sea menos frecuente litigar en él, ellos no se sienten *a priori* excluidos de acceder a la Corte cada vez que han perdido un caso que les importa.³⁰

Cuando los filtros de acceso sí son bastante excluyentes -como en el modelo de unificación o una casación que tiende al *ius constitutionis*- el recurso tiene, en cambio, un estatus de 'extraordinario'.

Es decir, no pertenece al circuito regular de impugnaciones y eso se debe a que la corte unificadora está llamada a intervenir sólo en temas de discrepancia interpretativa. Al margen de la pirámide judicial, la Corte unificadora también se sitúa al margen de los recursos procesales que circulan dentro de esa pirámide. Desde el punto de vista del abogado si un recurso es extraordinario significa, en la práctica, que no cuenta con él. Una Corte unificadora es exclusiva, se ve inasequible y en gran medida lo es. Para un abogado del *common law* acceder una vez a su tribunal supremo jurisprudencial (*Supreme Court* o *House of Lords*) es un privilegio del cual presumen sólo unos pocos, porque lo normal es que no se pueda acceder nunca incluso en toda una carrera profesional considerada exitosa.

(b) Es interesante además que el carácter ordinario o extraordinario del recurso pareciera determinar la actitud frente a las reformas.

El carácter ordinario del recurso -en la tercera instancia o la casación de *ius litigatoris*- vuelve a los abogados bastante refractarios de reformas que limitan su acceso. Culturalmente acostumbrados a acudir cotidianamente a ella, los abogados se consideran como 'titulares de un derecho' (*entitlement*) a ser escuchados por la Corte

³⁰ "Il modello della terza istanza comincia a delinearsi quando la Corte di Cassazione perde i suoi caratteri originali e si colloca, oltre che al vertice della piramide giurisdizionale, al vertice del sistema delle impugnazioni, e si perfeziona tecnicamente quando il ricorso in Cassazione si configura come impugnazione ordinaria." TARUFFO, Michele. *Funzioni e problemi attuali della Corte di Cassazione* En su: *Il Vertice Amgiuo, Saggi sulla cassazione civile*. Bologna. Il Mulino. 1991. pág 158.

Suprema; y una reforma que limite el acceso a ella estaría infringiendo su derecho-a-recurso.³¹

Cuando el recurso es extraordinario -como en la unificación de jurisprudencia o la casación de *ius constitutionis*- por supuesto que los abogados pueden tener una opinión a favor o en contra de una reforma limitativa. En cualquiera de ambas posturas ellos abordarán el debate con argumentos de eficiencia, coherencia o concepciones del Estado de Derecho (*Rule of Law*), sin embargo estarán de acuerdo en que, sea como sea, no se trata de una cuestión que involucra derechos individuales de ellos (*a matter of rights*).³² Por lo tanto aquí no se da tanta resistencia a limitar aun más el acceso a una Corte Suprema que les ha sido desde siempre inasequible, una reforma limitativa pareciera no afectar los intereses previamente creados de los abogados influyentes de la plaza.

(c) Por último, sería incorrecto entender la selección discrecional de casos por trascendencia como un dispositivo para controlar la sobrecarga de trabajo de la Corte Suprema con el fin de cumplir estándares de eficiencia en la resolución de casos.³³

La opción por el *certiorari* o el *ius constitutionis* debe ser entendida como parte de un modelo de Tribunal superior que limita su función a tomar partido en discrepancias interpretativas (unificación de jurisprudencia) y liberado de fiscalizar cada error de Derecho que pudieran darse en los tribunales de segunda instancia (casación de ley) ni menos como un último *round* de la ligación ordinaria (tercera instancia).

Si la fuerza de cada precedente es inversamente proporcional a la cantidad de precedentes —que es el teorema de TARUFFO— entonces es ésta selección

³¹ “[C]i si colloca nella prospettiva per cui la Cassazione attua un diritto individuale delle parti ad un terzo grado di giudizio intorno alla giusta soluzione dell caso concreto, sia difficile trovare un modo razionale di selezione di ricorsi.” TARUFFO, Michele. *Funzioni...* op.cit. pág. 167.

³² La regla 10 de las "*Supreme Court of the U.S. - Rules*" es explícita en esta idea: -Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion" (cursivas agregadas).

³³. DELGADO, Jordi. *El certiorari: un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema*. *Revista de Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo)*. 22: 361-376. 2010.

discrecional de casos (*certiorari*) la que, en definitiva, permite que pocos jueces decidan pocos casos para producir una jurisprudencia coherente.³⁴

1.11.- El abandono de la tercera instancia: La reforma alemana del 2002.

El modelo original elaborado por TARUFFO contrasta dos tipos de Corte Suprema en el Derecho comparado: entre Tercera Instancia *versus* Unificación de Jurisprudencia.

En los apartados anteriores expliqué un análisis propio que -a partir del modelo binario de TARUFFO- distingue el rol de tres tipos de Cortes Supremas. Ahí el aporte de esta tesis fue desarrollar esa comparación, llevar las diferenciaciones a aspectos aun más específicos, como la cantidad de fallos, cantidad de jueces, la relevancia pública o privada del caso, función del agravio, etc.

Pero en todo análisis comparado su vigencia depende de la evolución que presentan los sistemas jurídicos que se citan como ejemplos. En el caso de *il Vertice Ambiguo* se trata de un trabajo publicado en 1991 y los sistemas que cita como ejemplos son el Tribunal de Revisión en Alemania (*Bundesgerichtshof*) para su modelo de tercera instancia, por una parte, y a la *Supreme Court* norteamericana como ejemplo del modelo unificador de jurisprudencia, por la otra. Y efectivamente durante el resto de la década del noventa tanto la *Bundesgerichtshof*, como la *Supreme Court* no sufrieron mayores modificaciones y, por lo tanto, seguían siendo buenos ejemplos para sustentar los modelos de comparación elaborados por TARUFFO el 91.

Sin embargo, 11 años después de la publicación de *il Vertice Ambiguo*, en Alemania se realizó una reforma profunda y general a la *Zivilprozessordnung* (ZPO) que, en mi opinión, deja en entredicho la vigencia del análisis de TARUFFO.

³⁴ “En esencia: pocos jueces que decidan pocos casos están en capacidad para producir una jurisprudencia coherente” TARUFFO, Michele. *La función de las Cortes Supremas*. op.cit. pág. 97

El 2002, en concreto, concluyó el movimiento de la “Gran Reforma a la Justicia Civil” alemana (*die grosse Justizreform in Zivilsachen*) iniciado en 1999 debido al fracaso de las reformas parciales intentadas en 1993 o Ley de Descompresión de la Administración de Justicia.³⁵

Esa reforma además de modificar aspectos importantes de la primera instancia —intensificando la conciliación, los poderes del juez, la colaboración de las partes y su orgánica en general— también modificó los recursos. Fueron tratados temas de apelación, como la prueba enalzada, admisibilidad del recurso, la queja y, en lo que aquí importa, se reformó de modo importante el recurso de revisión ante el tribunal supremo federal.

Opino que la gran reforma alemana del 2002 pone en entredicho la vigencia del análisis de TARUFFO porque las modificaciones al recurso ante el tribunal supremo federal (*Revision*) pueden ser interpretadas como un giro hacia la uniformidad y un abandono a ciertos rasgos de tercera instancia. En primer lugar, en el § 543 —que trata sobre la revisión (o casación) por admisión del tribunal de alzada— se agregaron las siguientes dos causales:

- 1.- La cuestión de derecho tiene un significado fundamental o
- 2.- Sea necesaria una resolución del tribunal de casación para el perfeccionamiento del derecho o el aseguramiento de una jurisprudencia unificada.³⁶

(i) Primero cambia la definición del objeto del recurso.

En el caso de la causal 2 del § 543 es claro que hay una redefinición del objeto del recurso. La nueva causal es explícita en dirigirse ahora hacia la unificación de jurisprudencia. Aunque sería excesivo afirmar que la sola modificación de la causal 2

³⁵ “*Rechtspflegeentlastungsgesetz*”. Para más sobre el desarrollo de estas reformas, en español: PEREZ-RAGONE, Álvaro y ORTIZ P., Juan Carlos. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Montevideo. Ed. Fundación Konrad Adenauer. 2006.pp. 37 y ss.

³⁶ Traducción de PEREZ-RAGONE, Álvaro y ORTIZ P., JUAN CARLOS. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)* op.cit p. 291.

explique por sí el cambio de modelo. Se requiere además interpretar las subsiguientes modificaciones para, en conjunto, llegar a esa conclusión.

(ii) Cambia también la relevancia del caso (*supra* 1.6).

Respecto de la causal 1 del § 543 —del significado fundamental de la cuestión de derecho— por supuesto que requiere un mayor desarrollo dogmático definir qué es el “significado fundamental” (*grundsätzliche Bedeutung*).

Pero aun pendiente ese análisis, esta modificación puede ser entendida desde ya como otra redefinición, pero esta vez sobre la relevancia del caso como una cuestión más bien pública (*ius constitutionis*) y la renuncia al *ius litigatoris* o relevancia privada del caso, que era lo propio de un modelo de tercera instancia, para justificar la admisión del recurso.

Lo interesante es que esta evaluación del interés público del caso lo realiza el tribunal *ad quo* y no la Corte Suprema misma. De este modo la *Bundesgerichtshof* está atada por la evaluación de interés público que realice el tribunal de apelación anterior.

(iii) Además se reforma el control de admisibilidad (*supra* 1.10).

La derogación del § 554*b* también es indicativo del cambio de modelo en la determinación de la relevancia del caso y la admisión de recursos.

En efecto, antes de la reforma el § 554*b* establecía un requisito de *summa gravaminis* (60.000 marcos alemanes) como filtro para acceder a la *Revision* del tribunal supremo federal. Con la reforma del 2002 ese filtro de *summa gravaminis* fue derogado y paralelamente se introdujeron las dos causales del § 543.

Ahora bien, en ambos modelos de Corte Suprema se requieren dispositivos para controlar la sobrecarga de trabajo derivada del interés estratégico de todo litigante de tener una revancha más. Lo que diferencia a la unificación de jurisprudencia de la tercera instancia es si esos filtros son flexibles o rígidos respectivamente. En un modelo unificador los filtros flexibles suelen ser pocas causales redactadas de un modo amplio (“significado fundamental”, “perfeccionamiento del derecho” etc.). En cambio los

ejemplos claros de filtros rígidos son, primero, múltiples causales específicas y determinadas en detalle y, segundo, el filtro cuantitativo fijo de la *summa gravaminis*.

En atención del control de admisibilidad en la gran reforma del 2002, entonces, la derogación del § 554b es, sin duda, el abandono de un filtro cuantitativo rígido propio de una tercera instancia; a cambio de los filtros flexibles y cualitativos del § 543 1) y 2) propios de un modelo de unificación.

(iv) Desde el punto de vista ahora del ámbito de revisión (hechos o sólo derecho). Desde antes de la gran reforma la definición del recurso era entendida como “de Derecho” (y no propiamente de hechos, en tercera instancia).

El § 545 establecía originalmente que la revisión alemana podía fundarse “sólo en que la resolución ha violado el derecho federal” y acto seguido (§ 546) se define que “El derecho es violado cuando una norma jurídica es aplicada incorrectamente”. La posibilidad en Alemania de rendir prueba en ‘*Revision*’ o considerar hechos fue siempre excepcionalísima.

El § 559 establece un examen posterior limitado en que, primero, sólo pueden considerarse aquellos hechos alegados en la apelación anterior y, segundo, los únicos hechos nuevos que sí pueden considerarse son aquellos respecto del vicio de procedimiento que se invoca. Además si el tribunal de apelación a determinado como verdadero o falso determinado juicio de hecho, esa determinación es obligatoria para el tribunal supremo federal (§ 559.2).

Es cierto que la admisión de nuevos medios de defensa en *Revisión* si bien era posible, pero era también entendida como excepcional. Si la práctica forense alemana después de la gran reforma continúa tolerando ampliamente (o no) admitir en *Revision* nuevos medios de defensa demostraría que se trata de una práctica arraigada y persistente, pero a partir del 2002 una práctica sin duda contraria a las redefiniciones del legislador.

En conclusión, esta reforma profunda del 2002 ha descartado a Alemania como un buen ejemplo de Tercera Instancia que pueda ser citado como tal para sustentar todo un modelo de derecho comparado.

Con la reforma del 2002 TARUFFO perdió aquella configuración de la *Bundesgerichtshof* que le permitía usarla como extremo opuesto a la *Supreme Court*. El Tribunal Supremo alemán se ha acercado demasiado -aunque no por completo, obviamente- a la Corte Suprema norteamericana como para continuar justificando un modelo comparativista que entre ellas intente exhibir características tan opuestas.

Por eso estimo, y ese es el aporte de esta tesis de pregrado, que el modelo de TARUFFO entre 'unificación de jurisprudencia' y 'tercera instancia' -opuestamente caracterizados, como uno enfocado a la uniformidad y el otro no- merece ser reemplazado por un nuevo modelo comparativo entre 'unificación de jurisprudencia' y 'casación de ley', pero ambos igualmente enfocados hacia la uniformidad.

En este nuevo modelo -que desarrollaré en el capítulo siguiente- la casación deja de ser descrita como un vértice ambiguo que oscila su identidad entre otros dos modelos; y pasa a ser un modelo aparte con identidad propia.

Por ahora solo resta concluir que con la reforma del 2002 la tercera instancia, en cuanto modelo, ha sido abandonada en el Derecho comparado.

Un giro hacia esa versión de Corte Suprema ya no está avalado por ningún legislador vigente. Y si rasgos de la tercera instancia perseveran (como revisar los hechos *so pretexto* de control de la motivación del fallo) estos serán descritos como una desviación anómala dentro de un modelo con otro propósito o, en el mejor de los casos, como la inercia de una práctica judicial que se resiste a su derogación.

Lo anterior importa para Chile porque la tercera instancia es una de las propuestas que circulan para modificación del recurso ante la Corte Suprema. En concreto, se ha postulado por algunos como causal del recurso extraordinario, la 'injusticia notoria' (al modo indiano), lo que importa posicionar a la Corte Suprema como una tercera instancia.

Sin embargo, independientemente de la adhesión que al final de la reforma tenga aquella postura, es claro desde ahora que, con la reforma alemana del 2002, ella no tendrá buenos ejemplos vigentes de Derecho comparado que citar a su favor.

CAPÍTULO II

CASACIÓN DE LEY Y UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

2.1.- Uniformidad y Cortes Supremas.

El propósito de garantizar que los tribunales tengan criterios de decisión “uniformes” ha estado, y sigue estando, presente en los distintos sistemas jurídicos tanto en el *common law* como del *civil law*. Sería incorrecto delinear las comparaciones en atención a que unos sistemas defienden el valor de la uniformidad y otros no.

Por supuesto que en el diseño de los recursos procesales ante los tribunales superiores sí es posible identificar, en primer lugar, el predominio de elementos que apuntan a garantizar la justicia del caso concreto y, en segundo lugar, elementos que privilegian el control de los parámetros generales de decisión; pudiendo llegar a ser contradictoria la presencia de unos con otros. Aunque el predominio de los elementos del primer tipo sea evidente, ningún régimen de recursos se entiende a sí mismo como desinteresado por la uniformidad.³⁷

El aporte principal de esta tesis de pregrado es elaborar un modelo de Derecho comparado que nos permita distinguir entre recursos igualmente orientados a la uniformidad. En concreto, en este capítulo delinearé las diferencias entre una Corte Suprema que ejerce la ‘casación de ley’, por una parte, y una Corte que se encarga de la ‘unificación de jurisprudencia’ por la otra. Se trata en definitiva de dos vías —una legalista y otra jurisprudencial— de perseguir la uniformidad de criterios de decisión.

Desde ya se advierte que el análisis no logra ser del todo neutral, puesto que mi preferencia por el modelo jurisprudencial termina manifestándose en la asignación de

³⁷ En el capítulo anterior se explicó que el modelo de tercera instancia alemán —descrito como desinteresado en la uniformidad— perdió vigencia debido a la gran reforma alemana del 2002 (*supra* I.11).

connotaciones positivas o negativas a las descripciones. Sin embargo entiendo que, en definitiva, la opción entre un modelo casacional o jurisprudencial sigue abierta.

Ahora bien, la opción de unos países por recursos que apuntan a la casación de la ley y otros por la unificación de la jurisprudencia no puede ser explicada como una opción puramente técnica, como la competencia entre alternativas más o menos eficientes para lograr la uniformidad.

La alternativa es optar entre determinadas convicciones arraigadas en las distintas tradiciones jurídicas; convicciones respecto de la relación (competitiva o colaborativa) entre el parlamento y el cuerpo de jueces, acerca del origen legítimo del Derecho (la soberanía popular o el *ius communes*), sobre la suficiencia, o no, de los textos legislativos sistematizados (códigos) para la determinación de la solución correcta de cada caso, etc.

Teniendo eso en cuenta, los siguientes parámetros de comparación entre los dos modelos deben ser entendidos no necesariamente como ítems de evaluación positivo-negativo, sino como la explicación de diversos puntos de partida culturales.

Si bien tanto la casación de ley como la unificación de jurisprudencia aspiran igualmente a garantizar criterios uniformes de decisión, estimo que —y ésta es mi tesis— son dos modelos que difieren en diversos aspectos. Lo más fundamental separación es en el objeto de su interpretación (la ley o la jurisprudencia) y en qué es aquello que cada una entiende por "Derecho", su noción.

Esta opción básica está "atada" a adoptar ciertas posturas en otros ámbitos.

A grandes rasgos, por ejemplo, la opción de pretender la uniformidad a través de una Corte Suprema que cumple la función de casación de la ley implica, primero, un compromiso fuerte con el ideal de la suficiencia de la ley para generar por sí criterios uniformes.

Si la ley es suficientemente clara y sistemática, se sigue entonces una predilección por la argumentación literal (de los textos de la ley tan solo). Si la ley es

suficiente por sí, entonces el público general verá la jurisprudencia no como un complemento para la uniformidad sino como su enemiga.

En este sentido, en un país de tradición casacional, el ideal de uniformidad equivale a una ley que no deja espacio para jurisprudencias.

Además, si la uniformidad está garantizada desde ya por la legislación, entonces la Corte Suprema entiende que esa uniformidad es preexistente a su rol y a ella sólo cabe cumplir un mandato.

Si en último término la ley por sí no es capaz de dar criterios uniformes de decisión a nivel judicial, la Corte Suprema casacional entenderá esa falta de uniformidad como una culpa del legislador de turno y no como una responsabilidad propia.

Si la ley es suficiente, por último, esa Corte de casación se entiende como fiscalizadora de los demás tribunales —que por eso están en una posición ‘inferior’— en la aplicación de esa ley; corrigiendo y descartando sus errores más o menos manifiestos.

Un modelo de unificación de jurisprudencia esta asimismo atado a otras posturas, muy diversas al modelo casacional, casi contradictorias.

Primero, optar por la necesidad de interpretar también la jurisprudencia es, como contracara de la misma moneda, dejar en entredicho el ideal de suficiencia de la ley del cual parte la casación.

Si la legislación es insuficiente, entonces la interpretación literal de sus textos tampoco bastará.

En consecuencia la Corte unificadora está abierta a otro tipo de interpretación, como la argumentación valorativa y de principios en su jurisprudencia que, en buena parte, la casación rehúye.

Además en éste modelo la jurisprudencia, muy por el contrario, es vista como el complemento de esa ley insuficiente y no como su enemiga.

Si la uniformidad no está garantizada por la ley entonces la Corte jurisprudencial entiende que tiene un rol que cumplir, que la uniformidad es algo que en gran medida crea y por la cual ella es responsable.

Y, por último, si se asume que la ley admite varias interpretaciones, entonces la Corte unificadora no “corrige” lo que pudiera descartarse como errores interpretativos sin más de los otros tribunales. No, la Corte unificadora se entiende mejor como “tomando partido” entre diversas interpretaciones, en principio válidas todas, que los demás tribunales —ya no entendidos como inferiores sino que paralelos— razonablemente pueden adoptar. En este sentido, la interpretación que quedó excluida por la toma-de-partido de la Corte unificadora no es descartada al olvido como un error interpretativo, sino que se verá como una doctrina minoritaria que seguirá latente a la espera de una nueva mayoría de jueces dentro de la Corte unificadora.

En lo que resta de éste capítulo desarrollaré con más detalle cada una de estas diferencias que hasta aquí han sido expuestas en sus rasgos generales.

2.2.- La noción de "Derecho".

La diferencia más importante y básica que define los rasgos de la Casación de Ley y la Unificación de Jurisprudencia -que, creo, TARUFFO pasa por alto- es qué se entiende por "Derecho" en cada país que tiene casación de ley o unificación de jurisprudencia respectivamente, cómo lo comprenden ellos mismos.

En otras palabras, la amplitud de competencias que ese Tribunal Supremo poseerá depende de qué es lo que ellos entienden por "Derecho", qué argumentos son

consideradas como 'jurídicos' dentro de esa comunidad jurídica (¿Sólo la ley? ¿la costumbre y la jurisprudencia? ¿La equidad o incluso el sentido común?).³⁸

Si acaso el tribunal superior es competente o no -por vía de casación, *certiorari* u otro recurso- para controlar si los demás tribunales se desvían del precedente que rige una materia (*leading case*) dependerá en último término de si aceptan para sí un Derecho-de-precedentes (*case law*) o sólo un Derecho-de-leyes (*statutory law*).

En el *civil law* entendemos el Derecho como un sistema de fuentes de las cuales "emanan y vierten" su contenido. Esta Teoría de las Fuentes es importante para nosotros porque *a priori* diferencia, excluye y jerarquiza entre sí las normas jurídicas que aplicamos. Y cuál es el sistema de fuentes del Derecho que se acepta nacionalmente determinará diferentes extensiones de la causal de la casación: del error "de Derecho".

Además somos un sistema 'legalista' de fuentes no sólo porque las leyes dictadas por el parlamento sean nuestra fuente principal ("*La ley es la fuente prístina, principal y primaria del Derecho*")³⁹ sino porque, y sobre todo, esperamos que sea una ley del parlamento la que definan por sí cuales son las demás fuentes del Derecho válidas.

En realidad somos, en mi opinión, un sistema 'parlamentarista' de fuentes del Derecho. Por eso la casación no es conceptualmente incompatible con el control de la jurisprudencia a condición que la jurisprudencia esté explícita y previamente reconocida como fuente del Derecho por una ley, y que el parlamento autorice a la Corte a fiscalizar el apego a esos precedentes.

Así es cómo se terminan entrelazando la teoría de la ley y las fuentes del Derecho (Derecho Sustantivo), por una parte, y el recurso de casación (Derecho Procesal), por la otra.

³⁸ ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona. Ed. Ariel. 2006.

³⁹ PAILLAS, Enrique. *El recurso de casación en materia civil. Derecho chileno y comparado*. Santiago. Ed. Jurídica. 2008. Pág 62.

Una Corte Suprema a cargo de un recurso de casación de ley termina siendo el correlato de la instauración de un sistema legalista de fuentes del Derecho y, viceversa, un sistema de fuentes legalista termina por asignar un rol 'casacional' al tribunal supremo.

De ese modo, entonces, queda circularmente definido en el *civil law* cuál es el sistema de fuentes del Derecho que puede exigirse ante su Corte casacional y, al mismo tiempo, sólo aquello que es exigible ante la Corte casacional contará finalmente como fuente del Derecho ahí.

Es en ese sentido que la Corte de Casación defiende la integridad del sistema legalista de fuentes del Derecho. Y en la gran mayoría de los casos esa defensa se limitará a la fiscalización externa de los demás tribunales inferiores en la aplicación de la ley parlamentaria tan solo.

En el *common law* no existe un equivalente a nuestra Teoría de Fuentes del Derecho.

Obviamente ellos también reconocen a la ley, la jurisprudencia, la costumbre, la equidad, etc., como normas jurídicas; mas ellas no están excluidas o jerarquizadas *a priori* unas con otras. En una decisión judicial real el juez de *common law* 'hace competir' todos esos tipos de normas jurídicas al mismo tiempo. Por ejemplo una cuestión de costumbres locales no cede terreno sin más frente a un precedente judicial; un estatuto legal puede ser ponderado en base a cuestiones graves de equidad y así sucesivamente.

Ellos no son un sistema legalista porque los jueces no esperan que sea el parlamento el que les defina cuales argumentos jurídicos considerar (y cuáles no) ni cuál es su peso específico en cada caso. Son, en cambio, un sistema de Derecho 'común' (*'common' law*), esa es su noción. Entienden el Derecho como la acumulación ancestral de sabiduría jurídica plasmada en cada precedente, cada ley o costumbre. Y todo juez -junto al parlamento- participa del Derecho común, participa en esa acumulación, preservándola o corrigiéndola, con sus fallos.

Es en ese sentido que una Corte Suprema Unificadora de *common law* no se entiende a sí misma -como sí creía TARUFFO, según la hetero-comprensión de la casación- cumpliendo el rol de fiscalizador externo de la aplicación uniforme de la ley dada previamente por el parlamento (*statutory law*) o de la jurisprudencia legal. No, según su auto-comprensión la Corte se entiende como un partícipe interno, entre otros, en la creación del Derecho 'común'.

2.3.- El objeto de interpretación.

Tanto la corte de casación como la corte unificadora se entienden a sí misma como ejerciendo una labor de interpretación. Pero hay una diferencia bastante obvia que está en qué es aquello que dicen interpretar cada una, en el objeto de su interpretación.

La corte de casación se entiende interpretando leyes y la corte unificadora interpretando precedentes. Y, por supuesto, la metodología de interpretación de una u otra es diferente.

El temprano interés académico del *civil law* por delinear criterios claros y metodológicos de interpretación de la ley (la “hermenéutica” de Savigny, etc.) es parangonable al interés en el *common law* por delinear claramente también la doctrina del *stare decisis*, es decir, criterios de interpretación de sus precedentes.

Nuestra necesidad de distinciones sutiles a la hora de aplicar la legislación — entre elemento gramatical, lógico, histórico y sistemático— equivale a las distinciones tanto o más sutiles que ellos han desarrollado en torno a la *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *overruling*, *distinguishing* etcétera, en la comprensión de los fallos anteriores. Y, a la inversa, es asimismo simétrica nuestra desatención en desarrollar una metodología propia y sofisticada de análisis de jurisprudencia y en ellos es recíproca la poca recepción que ha tenido nuestra técnica hermenéutica de textos legislativos.

Esto explica por qué en el *civil law* y en el *common law* interpretamos la jurisprudencia de un modo tan distinto.

“El apego a reglas también afectó [en el *civil law*] las actitudes hacia los precedentes judiciales. Las decisiones de las cortes superiores, vinculantes o no, no fueron tratadas como ejemplos de cómo una situación real se había resuelto en el pasado, para poder comparar el caso *sub judice* con esos ejemplos de decisiones anteriores [que es el modo en que sí se entiende en el *common law*]. Más bien lo que el magistrado buscaba en los “precedentes” era un pronunciamiento del poder superior según una regla, y los hechos del caso quedaban en penumbras”.⁴⁰ Al leer un fallo, nosotros buscamos “la interpretación del texto”. Vamos directo a aquel párrafo donde se refiere el artículo que nos interesa y después ese párrafo se suele citar en otras materias. Pero termina siendo una cita descontextualizada de los hechos del caso y de si era un argumento principal o accesorio en el fallo visto como un todo. Es decir, reconducimos la interpretación de jurisprudencia, ajena a nuestra tradición, hacia la interpretación de leyes, que nos es propia. En esta reconducción MONTESQUIEU fue explícito: la jurisprudencia es “un texto de la ley más preciso”.⁴¹

En el *common law* esa cita descontextualizada de la interpretación de la regla, que hacemos, no sería reconocida siquiera como interpretación de precedentes porque omite lo más importante, a saber, evaluar las similitudes de los hechos de cada caso. A pesar que en uno y otro caso se aplique exactamente una misma regla específica del estatuto legal, el fallo precedente no servirá para orientar la interpretación si las diferencias del caso lo vuelven impertinente. En sus términos, entre dos casos en principio similares no podrá extrapolarse la jurisprudencia de uno a otro si los elementos centrales del caso —aquellos que se tomaron en cuenta para justificar la decisión— son diversos; en esos casos opera el *distinguishing*. A la inversa, si en dos fallos se aplicaron normas distintas, aun así servirán en conjunto para orientar la interpretación si comparten los elementos principales del caso, si la *ratio decidendi* es la misma. Para concluir, que en dos casos se aplique la misma norma no es suficiente para que la jurisprudencia de uno sea vinculante en el otro si esa misma norma era

⁴⁰ DAMASKA, Mirjam R. *Las caras de la justicia...* op.cit. pág.63.

⁴¹ MONTESQUIEU, Charles-Luis. *Espíritu de las leyes*. Libro XI c.6.

sólo un argumento accesorio (*obiter dictum*) de la decisión. “De este modo, lo que la doctrina del *common law* devaluaría como un simple *obiter dictum*, fue bienvenido precisamente por su independencia de la constelación concreta de los hechos del caso”.⁴²

En suma, en el modelo de casación de ley predomina obviamente la interpretación de ley (fuente principal), pero no se excluye del todo al análisis de la jurisprudencia (fuente residual).

En el modelo de unificación de jurisprudencia, a su turno, predomina la interpretación de precedentes (fuente principal) y deja un espacio, aunque relativo, a la aplicación de estatutos legales (fuente residual).

Lo interesante es dar cuenta del modo asimétrico en que cada modelo aplica su fuente residual, es decir, cómo en la casación de ley se interpreta la jurisprudencia y cómo en la unificación jurisprudencia se interpreta la ley.

En la unificación la interpretación de la ley no es abstracta sino que está subordinada a las similitudes del caso; y en la casación se busca en la jurisprudencia la interpretación del texto, independiente de las similitudes del caso. “Un juez continental no pondera la simetría de las situaciones de hecho que, regidas por *stare decisis*, permiten distinciones finas asegurando por tanto el crecimiento flexible del Derecho. En cambio, cada vez busca reglas más concretas en las decisiones anteriores, pasando por alto el contexto factual que las envuelve”.⁴³

2.4.- El ideal de suficiencia de la ley.

La primera consecuencia que, en mi opinión, esta “atada” a la opción por uno u otro modelo es la adhesión (o no) al ideal de la ley como fuente suficiente para la uniformidad de criterios de decisión.

⁴² DAMASKA, Mirjam R. *Las caras de la justicia...* op.cit. pág.63.

⁴³ Op.cit. pág.68 nota al pie. 37.

En el modelo de casación de ley, la Corte Suprema se aboca casi exclusivamente a la interpretación de la ley (y fiscalizar el apego a ella en la toma de decisiones) porque, coherentemente, parte de la convicción propia del método legalista de que el texto de la ley sí puede ser lo suficientemente preciso como para orientar en detalle las decisiones de los tribunales inferiores.

"Incluso antes de la revolución [francesa], los poderes judiciales continentales creían que las normas podían ser desarrolladas con tal claridad y precisión que su aplicación a casos individuales requería una mera "subsunción" de hechos a normas sin posterior elaboración (interpretación) por parte del juez".⁴⁴

Claro, si el texto legal alcanza por sí mismo para formular respuestas correctas y uniformes a cada caso, entonces la función que restaría a la Corte de Casación para lograr esa uniformidad sería tan sólo pesquisar aquellos fallos puntuales que, por una equivocación metodológica más o menos manifiesta, se apartan de esa respuesta correcta definida por ley, y descartarlos.

El modelo de casación se limita a fiscalizar el apego a la ley (dejando fuera otro tipo de valores extra-legales) en las decisiones, porque la ley sin más es apta para lograr criterios uniformes.

La casación descansa sobre éste ideal y método legalista y, es más, atribuyen al hecho de apartarse de él como la verdadera causa que desencadena la diversidad de criterios. La uniformidad se pierde cuando los jueces pierden la disciplina de apearse fielmente a la legislación e introducen otro tipo de consideraciones.

En el modelo de unificación, en cambio, la Corte interpreta la jurisprudencia, porque precisamente parte de cierto escepticismo acerca del postulado de la suficiencia de la ley.⁴⁵

La ley como criterio sería insuficiente según éste modelo, porque se sostiene en cambio que en la decisión jurídica de un caso no intervienen sólo reglas legales, ni

⁴⁴ Op.cit. pág.69.

⁴⁵ Quizás esto explica la mayor acogida que tiene realismo jurídico en el *common law* que en el *civil*.

tampoco sólo postulados abstractos de esas leyes (principios en el *civil law*), sino que intervienen asimismo consideraciones éticas, políticas, culturales, históricas e incluso de sentido común y de justicia substantiva que no están *a priori* jerarquizadas entre sí. Los juicios importantes, se cree, suelen versar sobre temas morales complejos donde no hay respuestas matemáticamente correctas, sino debates abiertos.

Por lo tanto, si en la adjudicación intervienen todo ese otro tipo de consideraciones, la Corte unificadora pondrá en duda la existencia de algún criterio suficientemente claro (sea la hermenéutica legal u otro) para distinguir fácil entre respuestas correctas e incorrectas a cada caso; criterio claro que en el modelo legalista de casación venía confiado al texto de la ley y a los códigos sistematizados en su versión ideal.

El escepticismo en la existencia de este criterio claro lleva atada la apertura a aceptar varias respuestas válidas *a priori* y necesitadas de ponderación entre sí. Por eso, en el modelo de unificación de jurisprudencia, en cambio, la Corte se entiende a sí misma como tomando partido entre posturas en principio igualmente correctas; entre dos o más opciones todas razonables y ninguna de ellas descartable como incorrecta sin más, cuestión que desarrollaré más adelante (*infra* 2.8).

Por ahora quisiera aclarar que, en realidad, sería incorrecto delinear esta diferencia como que en un modelo de casación *no se dan* temas valorativos abiertos a discusión y que sean sólo casos fácilmente descartables como errores. Lo que sucede, en mi opinión, es que la corte de casación termina resolviendo los problemas complejos de “toma-de-partido” como si fueran de descartar una equivocación más, que es el tema del apartado siguiente.

2.5.- Valores en la interpretación.

Otra diferencia atada que estimo crucial entre la casación de ley y la unificación de jurisprudencia es la apertura a la argumentación explícita sobre valores extralegales.

Claro, en el modelo de unificación donde se parte de la base que en la decisión de un caso están involucradas cuestiones éticas, políticas, culturales, históricas e incluso de sentido común -como se dijo- ahí los jueces lidian con todas esas cuestiones extralegales cotidianamente. Los jueces jurisprudenciales del *common law* enfrentan, y dirimen, cuestiones valorativas delicadas que dependen de posturas morales, día a día.

En cambio un juez del *civil law* -legalista y de tradición casacional- se siente en extremo incómodo enfrentado a esas mismas cuestiones valorativas que escapan a su metodología de interpretación literal de textos normativos. “[S]e espera que los jueces continentales anclen sus decisiones en una red de reglas que determinen sus resultados, sienten reticencia hacia “politizar” o “moralizar” los temas que se les presentan”.⁴⁶

En concreto cuando un juez continental se enfrenta una opción que requiere pronunciarse sobre cuestiones extrajurídicas complejas (como el consenso en valores o definiciones políticas) la Corte termina reconduciendo la decisión valorativa a cuestiones de hermenéutica literal de aquel artículo de ley que, contingentemente, está en juego aplicar. Para explicar este punto citaré un caso emblemático en Chile.

En el año 2004 llegó a la Corte Suprema chilena el caso de Jacqueline Karen Atala Riffo (La jueza Atala). Se trataba de un recurso de queja que interpuso su ex esposo porque en un juicio de tuición contra ella por los tres hijos matrimoniales comunes, en primera y segunda instancia se otorgó el cuidado personal a ella y no a él.

La particularidad del caso -y que lo hizo noticia nacional- es que, después de separada de su cónyuge, la jueza Atala asumió abiertamente su homosexualidad y comenzó una relación de convivencia con otra mujer en el mismo hogar donde vivía con sus hijos.

⁴⁶ DAMASKA, Mirjam R. *Las caras de la justicia...* op.cit. pág.120.

La jueza Atala tenía desde antes la custodia de los menores porque la legislación chilena se la otorga, por regla general, a la madre cuando los padres viven separados. Pero el padre reclamaba la tuición para sí porque esa convivencia homosexual dejaba a la jueza Atala en una "inhabilidad moral" para tener la custodia de sus propios hijos. Aun así en los peritajes psicológicos y psiquiátricos que se practicaron durante el juicio se concluyó que Jacqueline Atala estaba en condiciones normales y aptas para cuidar a sus hijos.

La pregunta que el caso de la jueza Atala nos plantea es: ¿Debemos permitir que los hijos se críen bajo la custodia de una imagen materna homosexual?

Se trata claramente de una pregunta acerca de valores, premisas culturales acerca del rol de la familia y su definición, sobre el respeto o revisión de las tradiciones y costumbres chilenas, etc.

Si observamos bien, notamos incluso que la pregunta que nos plantea el caso de la jueza Atala es cercano, aunque no igual, al problema ético de la adopción homosexual. Las razones que están en juego -a favor o en contra- que la jueza Atala y su pareja mujer mantengan o pierdan la tuición legal de sus hijos son básicamente las mismas razones que deberían estar en juego también cuando se trata de que una pareja homosexual adopte un hijo o no (el daño a los hijos, el impacto social, etc.).

Un tribunal del *common law* enfrentado a nuestro caso de la jueza Atala entendería desde un comienzo que, en el fondo, es un problema acerca de valores, donde no existen respuestas correctas *a priori*. “[D]el personal judicial profesional norteamericano se espera que considere “las equidades” de los casos para dejar la puerta abierta a la consideración de diversos *valores extrajurídicos*”.⁴⁷

Lo que restaría, entonces, es hacer explícitas cuáles son nuestras posturas morales y defenderlas de cara al público general, con argumentos asimismo morales.

De ese modo, la decisión de esta Corte jurisprudencial pasaría, por ejemplo, a defender qué debemos entender por "familia" dentro la tradición chilena y cuál es el

⁴⁷ DAMASKA, Mirjam R. *Las caras de la justicia...* op.cit. pág. 121.

espacio de legitimidad para versiones no tradicionales; discurriría además en un juicio de valor acerca de la aceptación que tienen aquí los homosexuales, de los modelos de crianza que se consideran normales y cuales no, etc.

En cambio, el modo que tuvo la Corte Suprema chilena de resolver el caso fue radicalmente distinto.

En vez de tomar partido en esas posturas morales que un tribunal de *common law* habría fácilmente identificado; nuestra Corte optó por reconducir el problema a una cuestión de exégesis del término "causa calificada" contenido en el artículo 225 del código civil.

En efecto, esa regla señala que "[...] cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra *causa calificada*, el juez podrá entregar su cuidado personal a otro de sus padres".

Estaba fuera de discusión que la jueza Atala no "maltrató" ni "descuidó" a sus hijos; por lo tanto lo que restaría para decidir el caso -a los ojos de nuestra Corte Suprema- era si la convivencia con una pareja homosexual entraba o no dentro del concepto de "otra causa calificada" que justificase quitarle la tuición. La Corte finalmente estimó que sí. En un tres de sus considerandos zanjó que la convivencia homosexual y sus consecuencias caen dentro del concepto de "causa calificada":

"DECIMO SEXTO.- Que, en el mismo orden de consideraciones, no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, *ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas (!)*, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas;

DECIMO SEPTIMO.- Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y

emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, *configura una situación de riesgo para el desarrollo integral (!)* de las menores respecto de la cual deben ser protegidas;

DECIMO OCTAVO.- Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, *exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación (!)* que igualmente afectará a su desarrollo personal;

DECIMO NOVENO.- Que las condiciones descritas constituyen ampliamente la 'causa calificada'[...]' (cursivas y exclamación agregada)

Por lo tanto con esas tres frases revocó los fallos de primera y segunda instancia, quitándole el cuidado personal de sus hijos a la jueza Atala y otorgándoselo al padre.

Ella después recurrió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pero independientemente del resultado final del caso y de nuestra postura personal frente al mismo, lo interesante es notar cómo nuestra Corte recondujo éste problema que era claramente valorativo hacia una cuestión de exégesis literal de código (¿La convivencia homosexual frente a los hijos es "causa calificada"?).⁴⁸

Examinada esta práctica desde los ojos de un tribunal de *common law* - acostumbrado a lidiar con cuestiones valorativas- concluiría que nuestra Corte pareciera no haber identificado, ni contestado, la verdadera pregunta del caso

⁴⁸ ATRIA tiene una opinión procesal tajante sobre el fallo Atala: "Desde el punto de vista procesal la decisión es tan vergonzosa que en realidad no se justifica comentarla. La razón es que no debe leerse nada sobre las condiciones de procedencia del recurso de queja en esta decisión. Aquí la Corte simplemente abandonó su función jurisdiccional y actuó como un grupo de activistas políticos.[...] el que no note inmediatamente que en este caso la Corte abusó de su posición para avanzar sus propias ideas políticas simplemente no sabe derecho." *La Casación como problema*. op.cit. pág. 349

(¿debemos permitir que los hijos se críen bajo la custodia de una imagen materna homosexual?).

La Corte chilena -como el elefante que corre en la cristalería- despacha de un plumazo el tema moral involucrado; sin desarrollar por qué con la convivencia homosexual de la madre se "*ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas*", por qué se "*configura una situación de riesgo para el desarrollo integral*", y por qué estaría "*exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación*". Al abocarse exclusivamente a dirimir si la convivencia homosexual frente a los hijos equivale o no a "causa calificada" la Corte chilena no habría abordado el caso desde su arista valorativa más compleja e importante; al abocarse a la pura hermenéutica del artículo 225 pareciera que la Corte, en realidad, quisiera evitar esa arista.

Ahora bien, no se trata que las cuestiones valorativas en juego deban reemplazar por completo la aplicación de reglas contenidas en los estatutos legales pertinentes. Lo que llama la atención al observador comparatista es que la Corte chilena casacional, en este caso se desentendió de justificar explícitamente aquellas premisas morales que subyacen a su decisión (i.e. si acaso la homosexualidad es una anormalidad, si el estilo de vida homosexual debe o no ser un ejemplo de crianza para los hijos, si la homosexualidad debe mantenerse en privado, si la discriminación que pudieran sufrir los hijos es reprochable a la sociedad o a la madre, etc.); todas premisas morales que, en cambio, habrían sido el objeto de atención principal de una Corte jurisprudencial.

"Hablar de interpretación justa antes que de significado exacto de la norma significa colocar el problema en una diversa perspectiva metodológica y suponer que la Corte de Casación (como todo interprete) no se dedica a "destacar" o a "calcular" el significado objetivo de la norma, sino a realizar elecciones, esencialmente valorativas, destinadas a la determinación ampliamente creativa de aquella que puede considerarse, precisamente, la interpretación justa de la norma".⁴⁹

⁴⁹ TARUFFO, Michele. *Funzioni e problemi attuali della Corte di Cassazione* En su: Il Vertice Amgiuo, Saggi sulla cassazione civile. Bologna. Il Mulino. 1991. Pág 161. (Traducción libre)

En suma, el modelo casacional y jurisprudencial difieren, entre otras cosas, en la apertura a incluir explícitamente argumentos valorativos o morales en sus decisiones.

Una Corte jurisprudencial, escéptica respecto de suficiencia de la ley, afronta abiertamente las cuestiones que involucran juicios de valor en cada caso. Mientras que una Corte de casación —como la chilena en el caso de la jueza Atala, por ejemplo— prefiere *esquivar* tomar partido explícitamente en temas valorativos, camuflando su postura moral bajo consideraciones de hermenéutica literal de los estatutos legales que aplica.

“[R]especto a los juicios de valor el problema fundamental es que ellos raramente vienen explicitados como tales, para hacer prevalecer una posición que busca disimularlos detrás de argumentaciones que se presentan como formalmente “neutrales” bajo el perfil axiológico”.⁵⁰

Por último, la apertura a la argumentación valorativa explicaría que en países del *common law* la Corte Suprema común suela estar a cargo también del control de constitucionalidad de la ley (*judicial review*), mientras que en países del *civil law* ese control termine siendo cedido a un tribunal especializado (tribunal constitucional).⁵¹

La aplicación de un texto constitucional se caracteriza por un catalogo amplio de derechos fundamentales redactados con clausuras abiertas (conceptos) que necesitan llenarse de contenido valorativo (concepciones). Ahí una Corte suprema unificadora de *common law* sí puede hacerse cargo del control de constitucionalidad porque está acostumbrada a lidiar con la defensa de valores en la interpretación, desde antes se maneja bien dentro del libre juego de conceptos y concepciones constitucionales.

En cambio, la hermenéutica casacional de textos legales es un método que no funciona con los textos constitucionales precisamente porque impide la inclusión de

⁵⁰ TARUFFO, Michele. *Il Controllo sulla motivazione della sentenze civile*. En *su*: Il Vertice Amgiuo, Saggi sulla cassazione civile. Bologna. Il Mulino. 1991. pág. 149-150

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial Review in comparative perspective* 1era edición, Gran Bretaña, Oxford University Press, 1989.

valores que llenen esas cláusulas abiertas. Por eso a una Corte de Casación -que se considera apolítica y no deliberativa, como veremos- no le acomoda ese mismo juego de conceptos y concepciones. La opción en el *civil law* sería entregar el control de constitucionalidad a una Corte aparte (tribunal constitucional) en cuyo nombramiento intervengan más el gobierno y parlamento para así legitimar los valores políticos que la aplicación del texto constitucional involucra.

2.6.- La relación con el parlamento.

Otra consecuencia que se sigue de la adhesión o abandono del ideal de suficiencia de la ley es el modo en que se relaciona el parlamento con la judicatura, ya sea colaborando entre sí o como entidades rivales que compiten por capturar la definición del Derecho.

Si la ley es suficiente para definir los criterios de decisión judicial caso a caso, si no deja espacios sin resolver, entonces cualquier terreno que gane ahí la jurisprudencia será visto como una expropiación de las competencias del legislador. Existiría un juego de suma cero en donde a más jurisprudencia, menos legislación y viceversa. Si los tribunales empiezan a aplicar jurisprudencia es porque alguna legislación están dejando de aplicar.

En este sentido se entiende que exista una relación potencialmente competitiva entre el parlamento (y sus leyes) versus la judicatura (y su jurisprudencia). Ambos compiten por tener la última palabra en la definición de los criterios de decisión que deben aplicar los tribunales. Ahora bien, dentro del modelo casacional se suele reiterar que la Corte no es un ente deliberativo por sí, sino que un aplicador apolítico de las leyes que le son dadas por el parlamento. Pero al lanzar esta advertencia explícita no se niega la relación de competitividad con el parlamento sino que la presupone. Cuando cuidadosamente deja en claro e insiste que no pretende expropiar terrenos al legislador, la Corte casacional al mismo tiempo deja implícito que sí podría hacerlo.

En cambio, cuando la suficiencia de la ley es abandonada como ideal, el espacio que gana la jurisprudencia ya no es visto como una expropiación al legislador. Se trataría, en realidad, de la ocupación de terrenos baldíos; ámbitos vacíos de definición legal que precisamente a la jurisprudencia corresponde colmar. Los jueces al aplicar precedentes no dejan de aplicar la ley sino que la completan. Visto de este modo, parlamento y judicatura no compiten entre sí sino que colaboran en completar la definición del Derecho; la jurisprudencia se entiende como un complemento valioso para la legislación. Por lo tanto sería incorrecto entender un modelo de unificación como aquel en que la jurisprudencia *sustituye* a la ley como fuente del Derecho; se tratará, más bien, de un modelo *combinado* de jurisprudencia y legislación.

Ahora bien, esta relación colaborativa o rival encuentra también una explicación histórica.

El ideal de suficiencia de la ley -y la relación de rivalidad que genera entre el parlamento y la judicatura- está atado al modelo de casación francesa y por lo tanto influye el contexto político en el cual surgió.

En efecto, durante la revolución francesa los jueces (*parlements*) eran vistos como partidarios del *ancien régime* que se quería derrocar. Para lograr la victoria los revolucionarios necesitaban no sólo mantener a raya a la monarquía sino que también a la judicatura francesa.⁵² En ese contexto se entiende por qué MONTESQUIEU exigía que los jueces se limitaran a ser sólo "*la bouche de la loi*": los jueces eran sus enemigos.

En Chile heredamos esa cultura jurídica, esa tradición de desconfianza en la judicatura que lo pone en una posición confrontacional frente al parlamento. Y por esa competitividad en el inicio de la tradición casacional se negaba, o mejor dicho se prohibía, toda posibilidad de interpretación a la judicatura, debiendo ésta consultar directamente al parlamento el sentido de la ley en caso de duda. Solo posteriormente

⁵² MERRYMAN, John Henry: *La tradición jurídica romano-canónica*. 2da edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2004. p 41 y ss. Véase también CAPPELLETTI, Mauro: *Judicial Review in comparative perspective* 1era edición, Gran Bretaña, Oxford University Press, 1989. p. 124 y ss.

se permitió que una Corte de Casación -al margen del estamento judicial general- pueda interpretar por sí la ley aplicada a un caso particular (nunca interpretación general) y aun así esto fue visto como una concesión.

Es obvio, hoy por hoy, que el ideal de suficiencia de la ley es irrealizable; pero no es por una ingenuidad que el *civil law* pareciera hacer oídos sordos a las críticas. Se persiste en la defensa de ese ideal más bien por una razón política: porque confesar la insuficiencia de la ley sería conceder demasiado terreno a esta judicatura históricamente rival.

En el *common law* fue totalmente distinto. Ahí los jueces no eran vistos como una amenaza a la revolución. Todo lo contrario, la judicatura era también progresista y los revolucionarios le otorgaron un amplio margen de acción. Confiaban en los jueces porque eran sus aliados, apoyaban la causa (por eso a un abogado del *common law* le resulta exótico que en el *civil law* estemos obsesionados por diseñar un Derecho "a prueba de jueces").⁵³

Esto explica, a la inversa, que en un país de *common law* es vista la judicatura no como un rival, sino como un órgano que coadyuva al parlamento a través del desarrollo de precedentes. Ambos son más bien co-partícipes en la creación de su Derecho 'común'.

2.7.- Corregir errores o tomar partido.

Como anticipamos, la siguiente diferencia que quiero resaltar entre la vía "legalista" y "jurisprudencial" hacia la uniformidad es qué entiende que hace la Corte cuando revoca el fallo de un tribunal inferior.

Si bien es un tema que se trató en conjunto entre los tres tipos de Corte (*supra* 1.5), en este apartado quiero volver sobre él para detenerme ahora en algunas

⁵³ MERRYMAN, John Henry: *op.cit.* p. 96-97.

diferencias adicionales entre la casación de ley y la unificación de jurisprudencia desde el punto de vista de su auto-comprensión.

En un modelo de casación de ley, cuando la Corte revoca un fallo entiende que esta "*corrigiendo errores*" de Derecho y enmendándolos caso a caso. Para la corte de casación, de entre las múltiples interpretaciones que permite un texto legal entiende que existen varias incorrectas y sólo una correcta ("el verdadero sentido de la ley") la que identificaría a través de su apego al método legalista. De ahí en adelante la Corte se ve a sí misma como un fiscalizador minucioso y neutral de ese método, detectando y descartando una tras otra 'infracción de ley' que los jueces equivocan en sus fallos cuando se apartan de él.

En la unificación de jurisprudencia, en cambio, la Corte interviene no porque los demás tribunales estén equivocados; al contrario, interviene porque sí existen múltiples opciones en principio correctas. Y no pudiendo descartar fácilmente una u otra opción de interpretación, el caso se resuelve con un ejercicio de ponderación entre ellas. Por lo tanto, la Corte unificadora al revocar un fallo no se entiende como corrigiendo un error particular, sino como "*tomando partido*" entre grandes corrientes jurisprudenciales que se vienen desarrollando desde antes, en temas razonablemente abiertos a discusión.

En los apartados siguientes desarrollaré los distintos aspectos que se derivan de esta distinción que propongo entre corregir errores o reparar una equivocación (*fixing mistakes*), por una parte, y tomar partido (*taking a stand*), por la otra.

Por ahora quisiera aclarar que, en realidad, sería impreciso entender esta diferencia como si la Corte casacional, al abocarse a corregir errores, no tomara partido en absoluto. No, por supuesto que la Corte en los hechos asume una u otra postura al casar cada caso. Debido a que en el operar de la casación no hay un acto en que, como un todo, se toma partido en contra de una doctrina u otra (sino que se mantiene corrigiendo errores puntuales uno tras otro) la identificación de cuál es la tendencia jurisprudencial de la Corte, su postura sobre un tema, es algo que es necesario *deducir* a partir de cómo resuelve un grupo numeroso de casos. Es decir, la

Corte de casación obviamente tiene posturas que los litigantes conocen de antemano, pero son posturas que no se dan a conocer a través de un acto oficial de proclamación, sino que es la conclusión implícita que los litigantes descubren después de observar las prácticas usuales de revocación o confirmación por la Corte.

Con el modelo de unificación los litigantes sí conocen las posturas de la Corte directamente de sus fallos, porque en ellos explícitamente las enuncia y defiende. Al tomar partido, el tribunal unificador primero identifica las doctrinas y descarta una haciendo propia la otra. Los litigantes no necesitan deducir las tendencias de la Corte porque la propia Corte es explícita en comunicar, fallo a fallo, cuál es su postura en la decisión.

Lo mismo sucede cuando una u otro tipo de Corte cambia su postura.

En el modelo de casación los litigantes se dan por enterados de la mutación *ex post*, sólo cuando la Corte, en los hechos, empezó a fallar los casos de un modo distinto.

En la unificación, a su turno, los cambios de doctrina son *ex ante* anuncios explícitos, abiertamente debatidos y las nuevas tendencias jurisprudenciales son incluso tempranamente anticipadas como en la práctica del *overruling* de la *Supreme Court* norteamericana.

2.8.- La doctrina disidente.

Una Corte de casación o unificadora se diferencian también en el modo en que enfrentan a las posturas de las cuales discrepan, su actitud ante la “doctrina disidente”. Supongamos que sobre un tema, como el daño moral, existen dos posturas consolidadas: “A” y “B” y la Corte adhiere a la postura “A”.

Cuando una Corte de casación se enfrenta a un fallo que adhiere a la doctrina “B” sobre daño moral, lo ve como un error de derecho de ese fallo en específico, y no como un fallo que pertenece, en realidad, a un flujo de jurisprudencia que va en ese

mismo sentido "B". No toma ese fallo como el exponente de toda una doctrina disidente a la cual le debe dar una respuesta global, sino como el defecto de un fallo solitario y equivocado; un "vicio *in iudicando*" atribuible ese juez como persona.⁵⁴ De ahí, si quiere que prevalezca la doctrina "A", la Corte de Casación no tendrá más que seguir "cazando", uno a uno, el resto de los fallos "B" que le sigan hasta que los litigantes pierdan interés por la baja probabilidad de éxito de esa doctrina.

La Corte unificadora, en cambio, cuando se enfrenta a un fallo primero busca clasificarlo entre alguna de las tendencias doctrinarias que se han dado sobre la materia y evalúa en qué medida las características del caso las hace competir entre sí. Predomina entonces una perspectiva global respecto de los fallos, que los ve a cada uno como ejemplos representativos de doctrinas. Y la respuesta que la Corte da —de aceptación o rechazo— es asimismo global. De este modo, cuando revoca la sentencia del caso lo hace en el entendido que, a través de esa revocación específica, la Corte esta contestando a la doctrina disidente como un todo.

Por último, la doctrina disidente que ha sido ahora descartada por la Corte tiene un estatus muy diverso ya sea en la casación o en la unificación.

En la casación de ley, la doctrina disidente que fue rechazada pierde todo interés de ahí en adelante, incluso académico. Cuando la Corte opta una interpretación, entiende que ha descartado el resto binariamente, como un todo o nada. Ser descartada como un error de Derecho pone término a una línea de interpretación y la vuelve una teoría en sí errada que no podrá resurgir, obsoleta, relegándola al olvido.

En el modelo de unificación, en cambio, el rechazo de la doctrina disidente no le pone término, sino que sigue latente. Cuando una respuesta de entre varias se adopta como resultado de un ejercicio de ponderación, las respuestas que no ganaron siguen vigentes y eventualmente a futuro (si las situaciones cambian) esa respuesta que quedó fuera puede ahora prevalecer. Seguirá siendo importante estudiar la doctrina disidente -a pesar de haber sido rechazada hoy- porque el día de mañana pueden

⁵⁴ "[H]ay un error en el desarrollo de la actividad intelectual del juez" PAILLAS, Enrique. *El recurso de casación en materia civil. Derecho chileno y comparado*. Santiago. Ed. Jurídica. 2008. pág. 10.

cambiar las mayorías dentro de la Corte y la que era disidente antes pasará a ser la doctrina mayoritaria después.

De este modo, en el modelo de casación el rechazo de la doctrina disidente es definitivo, se descarta como errada de ahí en adelante; mientras que en el modelo de unificación ese rechazo es más bien provisional, se pierde el *round*, pero no el *match*. El adjetivo de "disidente" o "minoritaria" se puede revertir (y está bien que así sea) en el libre juego de los cambios dogmáticos de la Corte unificadora.

2.9.- Tribunal superior o juez entre jueces

La casación civil tiene su origen en la revolución francesa como reacción en contra de un estamento judicial aún adherente al antiguo régimen feudal y monárquico.

La casación es así la facultad principal que se le otorga al tribunal supremo creado por la revolución —‘*Cour de Cassation*’ en 1790, que operaría como cúspide que vigila a la pirámide judicial— con la función de controlar que el resto de los tribunales inferiores sí apliquen la nueva ley, porque ese era el nuevo ordenamiento jurídico que se pretende que impere con la revolución y se resistían a aplicar.

El propósito por el cual se instala la *Cour de Cassation* era entonces someter a ese estamento judicial contrario a la revolución, evitar que siguieran aplicando la costumbre, los fueros y las órdenes monárquicas de antes.

El artículo 604 del actual *Code de Procédure Civile* francés (1975) sigue siendo hoy muy ilustrativo de esta actitud defensiva al definir que la función del recurso de casación es que la Corte censure las sentencias que ‘atacan’ las reglas de derecho. La Casación Civil se diseñó, en definitiva, para velar que los jueces apliquen la ley

revolucionaria y sólo esa nueva ley, marcando un quiebre jurídico con el antiguo régimen.⁵⁵

De ahí surge una diferencia interesante que apunta al modo en que uno u otro tipo de Corte se relacionan con los demás tribunales y jueces.

La Corte de casación se entiende a sí misma como “el guardián” de la correcta aplicación de la ley. Es un fiscal al que se le confía pesquisar las infracciones más o menos flagrantes donde los demás tribunales están bajo su vigilancia y supervisión.⁵⁶

Porque se entiende como ente fiscalizador, en este modelo tiende a predominar una relación de jerarquía entre el tribunal superior y los demás jueces, potencialmente ‘infractores’ que es necesario enderezar.

El juez que falla su caso disconforme a la correcta interpretación de la ley, no es el expositor de una opinión diferente, sino que es tan infractor del orden legal como el ciudadano que realiza la conducta prohibida.

Ambos -el ciudadano y el juez- realizan un ‘ilícito’. Y como único guardián oficial de la ley, a los demás tribunales les corresponde acatar sus decisiones. La corte de casación es la única legitimada en sí misma para definir cuál es la interpretación correcta de la ley; tiene una autoridad formal *a priori* en la definición de lo que cuenta como Derecho, que por eso mismo la define como el tribunal superior dentro del sistema judicial.

El modelo de unificación, en cambio, no tiende a generar esa relación jerárquica, porque la Corte se ve a sí misma más bien como un juez entre jueces, un tercero imparcial llamado a dirimir las disputas interpretativas que otros tribunales, como él, tienen entre sí.

⁵⁵ 604 du code procédure civile et 567 du code de procédure pénale, « *Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit.*

⁵⁶ “[E]l tribunal de casación no era un tribunal sino una especie de policía legislativo: era un mandatario del poder legislativo que tenía el encargo de vigilar la correcta aplicación de la ley.” ATRIA. *La Casación como problema*. op.cit. pág. 254.

La Corte unificadora se entiende como un grupo de jueces que debe rendir cuenta de sus opciones frente a los demás jueces, porque sus fallos, contrario a lo creíamos desde el *civil law*, carecen de autoridad formal *a priori*. La *Supreme Court* debe ofrecer razones de fondo para que los demás tribunales —en rigor no subordinados a ella, sino que con competencias paralelas— asigne su jurisprudencia, porque no puede sólo hacer valer su jerarquía orgánica.

Y lo interesante es que esto explica bien el dato paradójico en el Derecho comparado que la práctica de seguir los fallos de los tribunales superiores no está asociada a una estructura jerárquica del poder judicial, sino todo lo contrario.

No es que la jurisprudencia de una Corte termina siendo fuertemente vinculante porque su posición jerárquica es fuerte también. No, la *Supreme Court* norteamericana —el mejor ejemplo del modelo jurisprudencial— está inserta en una estructura paritaria con los demás tribunales, jueces con distintas competencias que se ven como iguales.

Viceversa, la Corte Suprema chilena, claramente jerárquica respecto de los demás tribunales, prefiere su definición como casacional del caso a caso. La Corte chilena no insiste en defender su jurisprudencia casacional como vinculante porque, dice, eso violaría aquí la independencia interna de los demás jueces inferiores. Sin embargo sea vinculante o no su jurisprudencia, esos jueces inferiores desde antes eran, en realidad, bastante poco independientes, porque estaban fuertemente subordinados bajo su jerarquía.

En mi opinión, esta misma paradoja del precedente vinculante, sin autoridad jerárquica, explica además el modo tan diverso en que fundamenta sus fallos una Corte unificadora de *common law* versus una Corte de casación de *civil law*.

Una primera diferencia muy evidente es la extensión. Un fallo de la *Supreme Court* norteamericana es considerablemente más extenso en contraste a uno de nuestros fallos de casación que son bastante breves.

La corte de casación despacha sus casos en 2 a 8 páginas porque como fiscalizador de la ley le basta con denunciar el error, más o menos evidente de

identificar, y reemplazarlo por la respuesta correcta, sin muchos más pasos intermedios.

Mientras que un caso complejo puede tomar 40 o más páginas de fundamentación para la corte unificadora, porque debe extenderse en razones para tomar partido por una postura y en contra de otra, ambas con varios argumentos fuertes en su favor de los cuales debe hacerse cargo; y probablemente cada juez querrá detallar los matices de su postura personal.

Si bien esta diferencia en la extensión de la fundamentación del fallo puede ser vista como puramente cuantitativa y banal, estimo que se trata de una diferencia que tiene el siguiente sentido profundo. La *Supreme Court* fundamenta en extenso sus fallos porque, al carecer de autoridad jerárquica, necesita salir a buscar la adhesión moral del resto de los tribunales.

Mientras que la corte de casación, premunida de una fuerte autoridad jerárquica, no necesita conseguir la adhesión moral de los demás jueces inferiores; sus sentencias son breves porque son órdenes.

2.10.- Responsabilidad por la uniformidad.

Ninguno de los dos modelos, como se señaló al comienzo, se entiende a sí mismos como desinteresado por la uniformidad. Ambos comparten el objetivo de lograr criterios de decisión unitarios entre los tribunales.

Sin embargo, difieren sustancialmente acerca de cuál es el rol que se asigna a su Corte Suprema -y la responsabilidad que le cabe- en el cumplimiento de ese objetivo de uniformidad.

En el modelo de casación la adhesión al ideal de suficiencia de la ley vuelve a la Corte sólo 'indirectamente' responsable por la uniformidad. Debido a que la ley es suficiente por sí, la función directa e inmediata que resta a la Corte es velar por la aplicación correcta de esa ley tan sólo.

Así, una Corte de Casación no es directamente responsable por la uniformidad, porque entiende que la estabilidad y unidad de los criterios de decisión descansa no en su rol, sino en la suficiencia del texto de la ley. Y si en una materia está primando indudablemente la dispersión de criterios, no es la Corte la que se siente llamada a poner orden ahí, sino que ella emplaza al parlamento dictar una mejor ley que corrija esa situación que, en gran medida, él mismo parlamento creó.

En el modelo de unificación, en cambio, el abandono del ideal de suficiencia de la ley coloca a la Corte en una posición de responsabilidad 'directa' por la uniformidad. Asumido que la ley es insuficiente, la uniformidad es un objetivo que necesita del trabajo complementario de la Corte jurisprudencial como requisito *sine qua non*.

La uniformidad termina siendo una responsabilidad mancomunada con el legislador pero en etapas sucesivas; cuándo empieza a corresponder directamente a la Corte es una vez entrada en vigencia la ley. De este modo, que se dé dispersión de criterios en una materia la Corte unificadora lo asume como un llamado a la acción y no delega su corrección a una nueva intervención del parlamento.

Esto determina también la actitud prospectiva que caracteriza también el modelo de unificación. Aquí la Corte es en extremo cuidadosa de las consecuencias a futuro de sus decisiones, especialmente como criterio que será replicado por los demás tribunales. La corte jurisprudencial al asumirse responsable de crear uniformidad se vuelve atenta del contenido y repercusiones que en adelante tendrá su creación.

La Corte casacional, en cambio, no se asume como 'creadora' de la uniformidad, porque ésta depende sobre todo de la sistematicidad que en su momento tuvo, o debió tener, el legislador.

Consecuente con la ideología legalista, en éste modelo se deposita el peso de la uniformidad en la legislación: si se dan distintas interpretaciones es *porque la ley* es redactada en términos amplios.

En el modelo de casación, entonces, la Corte no tiene una perspectiva orientada a las consecuencias futuras de sus decisiones sobre la uniformidad como un

todo -no es *prospectiva*- porque para ella la uniformidad, en gran medida, *preexiste* (o no) a su labor.

Una Corte de Casación entiende que está llamada a velar por la correcta -y por lo tanto uniforme- aplicación de la ley, como si esa 'correcta aplicación de la ley' fuera algo que existiera con anterioridad a su intervención.⁵⁷

La Corte de Casación se ocupa menos del impacto que sus fallos tienen en la uniformidad no porque la uniformidad no sea un valor para ella, sino porque entiende que la garantía de uniformidad vendría desde antes resuelta por la suficiencia de la ley.

En el modelo casacional a quien corresponde la perspectiva de las consecuencias generales de las normas es al parlamento y no a la Corte; y es precisamente en ese sentido que aquél sí se considera un órgano democráticamente deliberativo y ésta no. La Corte de casación no debe hacerse cargo de las consecuencias de sus decisiones porque se entiende como un órgano no deliberativo, que cumple un mandato de fiscalizar infracciones al discurso de aplicación de la ley, mas no a su fundamentación.⁵⁸

2.11.- El reexamen de la prueba.

Desde dentro de la tradición de casación el tema que despierta mayor preocupación dogmática es la posibilidad que la prueba pueda ser reexaminada en la misma sede de casación. El capítulo central y más desarrollado en los tratados escritos suele ser precisamente éste, sobre la delimitación de revisión de la prueba y los hechos. Y la conclusión suele ser la misma también.

⁵⁷ Una Corte de Casación, al igual que una Corte de tercera instancia, también esta interesada en atender el caso particular, relegando a segundo plano la perspectiva general del impacto de su fallo en decisiones futuras. Pero la diferencia entre una y otra es que el modelo de tercera instancia no tiene esa perspectiva general porque se desentiende de la uniformidad mientras que en la casación de ley se desatiende la perspectiva general no porque se desentiende de la uniformidad, sino porque asume que esa perspectiva general es la que le corresponde al legislador y no a ella.

⁵⁸ NÚÑEZ O., Raúl. *El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo*. Ius et Praxis (Universidad de Talca) vol.14.nº1: 199-223. 2008.

Primero se desarrolla el concepto dogmático de 'instancia procesal': una instancia consistiría en una oportunidad dentro del proceso judicial de *civil law* en que se examinan tanto las cuestiones de Hecho como de Derecho de un litigio.

En este sentido el juicio original ante el tribunal del fondo es la primera 'instancia'. Después, contra esa sentencia de primera instancia cabe Apelación, que también tiene el estatus de 'instancia procesal' (la segunda) porque en ella la Corte de Apelaciones puede revisar tanto el Derecho como los Hechos de lo fallado por el primer juez.

Llegados a este punto, para los dogmáticos la pregunta que resuelve el problema (-¿Puede la Corte Suprema reexaminar la prueba?) apunta a elucidar si la Casación es o no una 'instancia procesal'. Y la respuesta viene dada por la definición dogmática de "Casación".

La Casación está definida como un recurso procesal ante la Corte Suprema para que corrija solamente los errores de Derecho. La corrección de errores en los Hechos, en cambio, no pertenece a la definición de Casación y por lo tanto queda excluida de sus competencias. Y es aquí —cuando se concluye que en ella puede haber revisión del Derecho, mas no de los Hechos— el momento en que queda consolidado el dogma más importante de la doctrina: La casación no es instancia.

Como se ve, la respuesta es conceptual -no es descriptiva ni normativa- y hasta cierto punto circular. La Corte no puede reexaminar la prueba porque la casación no es instancia; y la casación no es instancia porque la Corte no puede reexaminar la prueba.

Hasta aquí la dogmática casacional no está consultando cuales son las mejores razones para permitir o impedir que la Corte reexamine la prueba (normativo) ni tampoco si acaso en la práctica forense la Corte termina o no examinando la prueba de un modo más o menos subrepticio (descriptivo).

Es más, el dogma de que 'la casación no es instancia' los vuelve algo acrílicos respecto de esas prácticas. Es decir, la adhesión al dogma casacional de que ella (*de*

iure) no constituye "instancia" en terminología procesal, fomenta cierta lenidad acerca de si *de facto* existe algún grado o no de reexamen de la prueba por la Corte Suprema.

Como vimos (*supra* 1.6) la Corte de Casación defiende la distinción entre las cuestiones de "Hecho" y de "Derecho". Pareciera ser bastante obvio que las cuestiones de Hecho y de Derecho de un caso están tan entrelazadas que resulta inverosímil mantenerlas tajantemente separadas al grado que requiere la doctrina de casación. Pero insiste en separarlas porque en base a esa distinción limita sus competencias, afirmando que su ámbito de revisión legítimo se extiende a sólo las cuestiones de Derecho del caso (nomofilaxis) mientras que la revisión de los Hechos es renegada, a pesar que nunca queda completamente excluida.⁵⁹

Paralelamente en la tradición casacional se reconoce al juez del fondo un estatus "soberano" en la determinación de los hechos, soberanía que la Corte dice respetar y en alguna medida, aunque no del todo, lo cumple. Pero sea como sea, este principio de soberanía del juez de la instancia se asume más bien como una deferencia respetuosa a la persona del juez inferior y a su criterio en apreciar la prueba, pero no como una prerrogativa de las partes en juicio. A la inversa, que un tribunal superior tenga el hábito constante de entrar decididamente a reexaminar la prueba en cada recurso que se le plantea sería reprochable no porque estuviera pasando por alto algún derecho de los litigantes, sino porque denotaría un fuerte menosprecio al trabajo de sus colegas del fondo.

Ahora bien, este principio de soberanía del juez de primera instancia sobre los hechos implica dogmáticamente una doble prohibición para la Corte Suprema. Primero, que no se puede rendir nueva prueba en casación y, segundo, tampoco se puede reexaminar el mérito de las pruebas ya rendidas en la instancia anterior.

Sin embargo la Corte Casacional no se resta de al menos un control mínimo sobre las determinaciones de los hechos que realizó el juez del fondo en la fundamentación de su fallo (control de motivación). Y la connotación "mínima" de ese

⁵⁹ Desde la perspectiva de la casación se diferencia de la tercera instancia es vista como un reexamen del Derecho y además los hechos.

control se defiende a pesar que resulta evidente cómo con la revisión de la motivación de los hechos se pone en duda desde ya la segunda prohibición que implica la soberanía del juez del fondo. Es decir, es obvio que *so pretexto* de evaluación de la fundamentación del fallo se puede, más o menos subrepticamente, reexaminar en casación el mérito de la prueba de instancia.⁶⁰

Si bien para la Corte unificadora de *common law*, a su turno, el tema del reexamen de la prueba (*evidence*) no es irrelevante, la aproximación al problema es totalmente diversa a la casación.

TARUFFO opinaba -a partir de la distinción casacional entre las cuestiones de Hecho/Derecho- que una Corte Suprema unificadora se aboca sólo a cuestiones de Derecho. Sin embargo la constitución norteamericana reconoce explícitamente a su Corte Suprema unificadora competencia amplia para conocer cuestiones tanto de Derecho como de Hechos (Art. III, §2):

"En todos los casos que involucran Embajadores, Cónsules u otro ministerio público, y aquellos en que un Estado deba ser parte, la Corte Suprema será tribunal de primera instancia (*original jurisdiction*). Aparte de los casos anteriores la Corte Suprema será tribunal de segunda instancia (*appellate jurisdiction*) tanto en el Derecho como en los Hechos (*both as to Law and Fact*), con las excepciones y bajo las regulaciones que haga el Congreso".⁶¹

⁶⁰ "[I]l vero problema é che la Corte di Cassazione spesso avalla, e implicitamente incoraggia, la tendenza dei ricorrenti ad usare il vizio di motivazione come mezzo per provocare un riesame del fatto trasformando surrettiziamente la Cassazione in una terza istanza sui fatti." TARUFFO, Michele. *Il Controllo del Diritto e del Fatto in Cassazione*. En su: Il Vertice Amgiuo, Saggi sulla cassazione civile. Bologna. Il Mulino. 1991. pág. 129.

⁶¹ Jurisdiction. According to the Constitution (Art. III, §2): "The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;-to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;-to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;-to Controversies to which the United States shall be a Party;-to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;-between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

¿Acaso TARUFFO pasó por alto esta disposición constitucional y tuvo un error craso?

No lo creo, el dato empírico citado por TARUFFO sigue siendo esencialmente correcto: -La *Supreme Court* no se aboca al reexamen de los hechos y la prueba (*fact-finding*). Pero la razón por la cual evita examinar la prueba y los hechos no es porque interactúe con la distinción conceptual hechos/Derecho como regla que limita sus competencias de revisión al modo casacional. La razón es otra.

Sería un error de hetero-comprensión extender la distinción casacional Hechos/Derecho al modelo norteamericano porque ellos no utilizan esa teoría para describirse a sí mismos, o esas distinciones cumplen allá una función distinta. Por supuesto que también es posible encontrar las expresiones *question of Law* y *question of Fact* en la literatura norteamericana, pero en otro contexto totalmente diverso al nuestro.

En la casación la distinción cuestiones de Hecho/Derecho se usa para excluir el examen de las 'cuestiones de Hecho' de las funciones dentro de un mismo y único órgano. En el *common law* la distinción entre 'cuestiones de Hecho/Derecho' se usa para distribuir competencias entre órganos separados, entre jurado y juez. Comprender esto requiere la siguiente explicación adicional.

En el *civil law* el juez de instancia siempre cumple dos funciones: primero, apreciar la prueba rendida en juicio (hechos) y, segundo, determinar la aplicación de una norma jurídica al caso (Derecho).

En el *common law* esas dos funciones no necesariamente las realiza un mismo órgano, sino que pueden estar distribuidas entre juez y jurado; por lo tanto quien primero aprecia la prueba (hechos) puede no ser el mismo que quien después decide la aplicación de la norma (Derecho) a esos hechos. Para eso ellos tienen un concepto

"In all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate jurisdiction, *both as to Law and Fact*, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make." (cursivas agregadas).

que nosotros no necesitamos: '*the Trier of Facts*' es quien finalmente cumple el rol de evaluador de la veracidad de la prueba (sea el juez o el jurado) determinando en adelante los hechos que se tendrán por probados para que otro órgano aplique sobre ellos el Derecho. Nosotros no necesitamos usar ese concepto porque nuestro juez siempre será, al mismo tiempo, el aplicador de la norma y además el *trier of facts* que evalúa la prueba. Usarlo sería redundante. En cambio en el *common law* sí es útil este concepto porque el rol de evaluador de la prueba (*the Trier...*) no necesariamente lo cumple el juez, sino que ese rol también puede estar asignado al jurado en ciertos casos.

Entonces para ellos el concepto de *Trier of Facts* es necesario para determinar si una 'cuestión de Hecho' (o también *point of fact*) corresponde decidirla al juez o al jurado dependiendo del tipo de juicio (*jury trial* o *non-jury trial*). En ese sentido, cuando en la Casación el tribunal está privado de revisar las cuestiones de Hecho eso significará que en esa instancia judicial, como un todo, no se podrán reexaminar las pruebas. En el *common law*, en cambio, si en una instancia judicial el tribunal mismo está privado del examen de las cuestiones de Hechos eso más bien significará que ese examen está reservado al jurado dentro de la misma instancia.

En el *common law* la distinción hechos/Derecho distribuye competencias dentro de los órganos de la instancia, entre jurado y juez respectivamente; mientras que en la Casación la misma distinción excluye ámbitos de revisión (los hechos) fuera de toda la instancia.

Aclarado esto podemos comprender mejor el particular modo en que el modelo norteamericano se afronta el mismo problema (-¿Puede la Corte Suprema reexaminar la prueba?). Si acaso a ella le corresponde algún grado de acreditación de la prueba y los hechos (*fact-finding*) no depende de la elucidación casacional de si es o no - dogmáticamente hablando- una 'instancia procesal'; sino que es un problema atado a la cuestión de quién debe o le corresponde ser el *Trier of Fact* del litigio. Y, esto es lo importante, en Estados Unidos la determinación del legítimo evaluador de la prueba (*the Trier...*) es una cuestión de derechos constitucionales.

En efecto, el artículo 3 de la constitución norteamericana reconoce, como sabemos, un derecho a jurado en las causas criminales que involucren más de 6 meses de cárcel.⁶²

Pero el derecho a jurado no sólo rige en materias penales, sino que la séptima enmienda lo extendió a materias civiles:

En las demandas en el *common law*, donde el valor de la controversia exceda los 20 dólares, se mantendrá el derecho a un juicio por jurado, y ningún hecho que se tuvo por probado por un jurado (*fact tried by a jury*) será reexaminado por ninguna Corte de los Estados Unidos, según las reglas del *common law*.⁶³

Por lo tanto la *Supreme Court* también está excluida de revisar los hechos, pero por una razón totalmente distinta a la Casación: porque de hacerlo violaría un derecho constitucional (*a matter of right*). Para ella esa otra razón era el derecho a jurado. El derecho a un juicio por jurado, que contempla la Constitución Política de los Estados Unidos, agrega una razón de derechos fundamentales para que la Corte Suprema norteamericana en particular no pueda revisar los hechos ni reexaminar la prueba en el siguiente sentido. El 'derecho a jurado' en materias penales y las civiles sobre 20 dólares significa, en rigor, la garantía a que un panel aleatorio de ciudadanos iguales - es decir, a que un *jury of one's peers* y no un juez docto ni ninguna otra Corte de jueces, incluida la Suprema- cumplan el rol de evaluadores de la veracidad de la prueba (*trier of fact*).

Por lo tanto que la *Supreme Court* entre a reexaminar el peso de la prueba es algo que está vedado porque violaría el derecho constitucional de ese ciudadano a que la determinación de los hechos de su caso la realice un jurado y no otra Corte

⁶² ("The Trial of all crimes [...] shall be a Jury; and such Trial shall be held in the State where then said Crimes shall be committed") como la sexta enmienda (In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed)

⁶³ Amendment VII In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law

(*Amendment Seven*). En otras palabras, la Corte se abstiene de tener por probados hechos distintos a los declarados por el jurado de instancia porque no se debe irrogar para sí la competencia de 'evaluador de la veracidad' de la prueba, no le corresponde ser ella "*the Trier...*"; se abstiene porque al ciudadano le está garantizado que ese rol de *trier of fact* de las cuestiones de Hecho de su caso lo cumplirá un jurado de ciudadanos iguales a él y no otro órgano.

Sin embargo, nuestras constituciones no tienen un equivalente al derecho-a-jurado norteamericano. Aparte del hecho obvio que no tenemos jurados en nuestros procesos judiciales, el principio de soberanía del juez del fondo en la determinación de los hechos que se tienen por probados, como vimos, no es visto como un derecho fundamental de las partes.

Aquí la inmediación del juez de la instancia con la prueba tiene el estatus de 'principio formativo del procedimiento' -por lo tanto discrecionalmente reformable por el legislador- y no de derecho fundamental que ponga un límite constitucional a las posibilidades de reforma. No existe un 'derecho a la inmediación' que el litigante pueda esgrimir para inhibir el reexamen de la prueba por un eventual tribunal de segunda o tercera instancia.⁶⁴

En el *common law* el derecho a juicio por jurado sí es, en algún sentido, un derecho constitucional a respetar la inmediación con la prueba que tuvo el jurado a la hora de determinar los hechos en la primera instancia.

Pero que no tengamos un derecho a jurado ni a la inmediación no implica -en mi opinión- que no existan otras razones, aunque de diversa índole, para mantener excluido el reexamen de la prueba dentro del modelo de corte unificadora incluso fuera de la constitución norteamericana.

En concreto, estimo que la unificación de jurisprudencia no es posible si los hechos del caso son modificables en la propia instancia unificadora, porque la unificación misma funciona comparando los hechos de los casos.

⁶⁴ Los ejercicios dogmáticos suelen ir en el sentido opuesto, de buscar razones para ampliar, y no restringir, los ámbitos de revisión (*infra* III.5)

A partir de la identificación de diferencias o similitudes entre la descripción de los hechos del caso *sub lite* y la descripción de los casos fallados anteriormente se determina qué grupos de precedentes son los más pertinentes para fallar la causa, y cuales quedan fuera. Y para que opere esa identificación de diferencias y similitudes es estrictamente necesario que la descripción de los hechos del caso *sub lite* sea estable.

Si la descripción del caso es variable en la propia instancia unificadora, entonces cambiarán por completo también el grupo de precedentes que compiten por su pertinencia al caso. Si los hechos también están sujetos a revisión en la Corte Suprema y la descripción del caso se puede modificar en el fallo mismo –como tercera instancia- entonces deja de ser viable la unificación de jurisprudencia porque se pierde el punto de apoyo fijo para determinar los precedentes pertinentes al caso (*infra* 4.1). Por eso la revisión de los hechos debe ser excluido del ámbito de revisión de la Corte unificadora; volviéndola, de paso, incompatible con el modelo de tercera instancia.

2.12.- Las dos vías a la uniformidad

A diferencia del modelo de tercera instancia tanto la casación de ley como la unificación de jurisprudencia se plantean como objetivo principal lograr la uniformidad de criterios de decisión.⁶⁵ Pero las diferencias anotadas previamente condicionan cuál es esa vía que cada una debe seguir para lograr la uniformidad.

La casación de ley aspira a lograr la uniformidad conforme un método de 'sumatoria de casos'. Es decir, consolidando la práctica de fallar conforme el mismo criterio interpretativo cada caso similar que se presente hasta crear una verdadera costumbre judicial. En ese sentido la casación del civil law persigue la uniformidad por

⁶⁵ “[en la tercera instancia] Lo que existe en primer lugar es la elección de la decisión jurídicamente más justa para el caso concreto; lo que, en cambio, permanece *en segundo lugar, como producto colateral, en realidad, innecesario*, es la elección de la interpretación más justa de la norma en sí considerada, o inclusive, la eventualidad de que tal interpretación sirva como precedente.” TARUFFO, Michele. *Funzioni e problemi attuali della Corte di Cassazione*. op.cit. pág. 162. (Traducción libre, cursivas agregadas).

la vía de un sistema de 'jurisprudencia constante', es decir, uniforme en virtud de la inercia que generaría acumular muchos casos igualmente resueltos.

Sin embargo, en la tradición casacional se excluye tajantemente la posibilidad que la Corte dicte pautas generales para uniformar, que vayan más allá del caso *sub lite*. Debido a que se hereda una relación competitiva con el parlamento, la Corte sólo puede definir la interpretación correcta del caso particular porque dictar pautas generales de interpretación sería legislar; y hacer Derecho le está filosóficamente vedado dentro de su tradición. La dictación de pautas interpretativas que corrijan las ambigüedades de la legislación anterior es una competencia celosamente reservada al parlamento a pesar que termina siendo una facultad escasamente ejercida.

A la inversa, en el modelo de unificación de jurisprudencia se aspira lograr la uniformidad conforme un método de fallos como 'pautas generales'. Es decir, en un acto judicial de la Corte unificadora se puede no sólo resolver el caso *sub lite*, sino que además definir o cambiar -de un modo más o menos vinculante para los demás tribunales- los criterios de interpretación aplicables a los casos futuros.

Debido a que con el parlamento no existe una relación competitiva, sino de colaboración, que con un fallo único la Corte sí pueda dictar pautas generales de interpretación, lo que no es visto como una expropiación de competencias del legislador. El Derecho está compuesto de una acumulación de jurisprudencia y legislación (eso es el Derecho "común"); y ahí la Corte es legítimamente copartícipe.

En este sentido, la vía a la uniformidad por la que optan países jurisprudenciales del *common law* es el sistema de precedentes, donde no es necesaria una sumatoria de casos, sino que un fallo solitario puede tener la autoridad suficiente y marcar tendencias globales para unificar criterios (*set a precedent*).

Ahora bien, la "unificación de jurisprudencia" también es un objetivo que se plantea explícitamente la casación y no es exclusivo del modelo de unificación

propriadamente tal.⁶⁶ La diferencia radica en que la diversidad de jurisprudencia no puede ser invocada directamente para iniciar la casación y en el modelo de unificación sí. Esto se explica por la teoría de fuentes del Derecho que, atada a la tradición casacional, niega reconocimiento a la jurisprudencia.

Paradójicamente, entonces, a la casación misma le viene vedado incoarse directamente en virtud de la jurisprudencia -porque traicionaría la teoría casacional de fuentes, ya que no puede hacer interpretaciones generales- a pesar que lograr su unificación sigue siendo uno de sus objetivos principales.⁶⁷ En ese sentido el modelo de casación es una vía indirecta a la unificación de jurisprudencia y el modelo de unificación -desatada de la teoría de fuentes- es una vía directa.

Y, por último, si bien tanto en la casación como en la unificación de jurisprudencia se defiende el respeto de la aplicación uniforme de los criterios judiciales de decisión, los argumentos que se esgrimen son distintos.

En el *common law* la uniformidad se defiende esgrimiendo el Estado de Derecho (*Rule of Law*) como un valor general; mientras que en el *civil law* se defiende como un derecho subjetivo (*a matter of rights*) a la igualdad ante la ley. La legitimación del rol uniformador de la *Supreme Court* viene dado por la defensa amplia del Estado de Derecho para la sociedad como un todo, y no por cada individuo.

En la casación, en cambio, cada individuo se estima acreedor (*entitled*) por sí solo para solicitar tutela personalizada de su Corte de Casación para fiscalizar si se esta aplicando el Derecho uniformemente en su caso.

Pareciera ser, en mi opinión, que el derecho subjetivo a la 'igualdad ante la ley' como justificación del rol uniformador de la Corte Suprema es un subproducto propio

⁶⁶ "La casación, que quiere decir "nulidad" en sentido técnico jurídico, busca la correcta interpretación y aplicación de la ley y contribuye a *unificar la jurisprudencia* y asegurar la igualdad ante la ley." PAILLAS, Enrique. *El recurso de casación en materia civil. Derecho chileno y comparado*. Santiago. Ed. Jurídica. 2008. pág.9.

⁶⁷ "El derecho moderno no reconoce abiertamente a la jurisprudencia como fuente del Derecho, y no puede fundarse un recurso de casación basado en la violación de una jurisprudencia" PAILLAS, Enrique. *El recurso de casación en materia civil...* op.cit. pág 62. El conocimiento en Pleno para unificar jurisprudencia sigue siendo excepcional, escasamente utilizado, y una prerrogativa de parte (supra III.6).

de la tradición casacional del *ius litigatoris*, pero que no tiene un parangón claro en el *common law* en cuanto derecho individual.

CAPITULO III

LA CASACIÓN CHILENA EN PERSPECTIVA COMPARADA

En la primera mitad de la tesis (capítulos I y II) se presentó un modelo comparado de Cortes Supremas según su auto-comprensión, desarrollando diversos aspectos de contraste. En esta segunda mitad ese modelo teórico será aplicado para describir regulaciones concretas de recursos ante la Corte chilena. En el capítulo IV se analizará el 'recurso extraordinario' que es la propuesta de reforma procesal civil que reemplazaría a la casación. Y en éste capítulo III me abocaré a describir el recurso de casación civil actualmente vigente en Chile, pero desde una perspectiva comparada.

El objetivo aquí es tomar distancia para tener una visión panorámica de una institución que, de lo contrario, sólo veríamos muy de cerca. Por lo tanto ciertos detalles serán omitidos para preservar el punto de vista general que permite visualizar el bosque como un todo. No se pretende, entonces, hacer un ejercicio dogmático exhaustivo útil para el día a día en la práctica forense chilena; sino que busco redactar un texto que pueda ser suficientemente explicativo para un lector extranjero y, al mismo tiempo, permita al lector nacional ver cómo nos ven desde fuera.

3.1.- Chile y su Corte Suprema.

Chile es un país latinoamericano ubicado en el cono sur, que limita con Argentina, Perú y Bolivia. Según el censo tiene una población de 17.248.450 habitantes y el producto interno bruto es de 276.338 millones de dólares (usd) lo que equivale al Estado norteamericano de Maryland.

Jurídicamente Chile proviene de la tradición del *civil law*, del Derecho europeo continental, principalmente en su versión española, aunque últimamente se ha abierto a recibir algunas experiencias del *common law* (i.e. *class actions* en materias de consumidores).

En 1857 comenzó su movimiento de codificación, iniciado con el Código Civil, redactado por el jurista Andrés Bello, que también fue rector de la Universidad de Chile. El código de Bello tuvo una fuerte influencia en el resto de Latinoamérica como un modelo a seguir de las sucesivas codificaciones nacionales.⁶⁸

El sistema universitario chileno es público y privado. Las universidades públicas son las que conservan mayor prestigio y captan a los mejores alumnos, mas las universidades privadas están teniendo un desarrollo importante. La enseñanza del Derecho es impartida por las Escuelas de Derecho de cada universidad que en un comienzo se llamaban 'escuelas de leyes'. Hoy en día hay 44 Escuelas de Derecho en Chile, matriculándose aproximadamente 8500 nuevos alumnos anualmente.⁶⁹ La carrera formalmente dura 5 años, pero los estudiantes demoran promedio entre 7 a 9 años en graduarse, aunque suelen empezar a trabajar en tercero.

Cada año adquieren oficialmente el título de abogado sobre 2300 personas⁷⁰ sin necesidad de aprobar un examen único nacional (*bar exam*), pero es obligatoria una práctica gratuita de 6 meses en centros asistenciales (CAJ). Hace 40 años el ejercicio de la abogacía era individual y de materias generales; que los abogados se asocien en grandes estudios jurídicos especializados (*law firm*) ha tenido un auge más bien reciente, de no más de una generación. Para ellos no es obligatorio pertenecer a algún colegio de abogados regional (*bar*) ni están sujetos a un control ético profesional necesariamente. Por eso en Chile -como en cualquier otro lugar- la abogacía es una profesión lucrativa, pero con mala imagen para la opinión pública.

El sistema judicial chileno es visto como una pirámide jerárquica, en cuya cúspide se encuentra la Corte Suprema, en sus bases los jueces locales, y las Cortes de Apelaciones son un escalón intermedio. Para entrar, normalmente, los abogados jóvenes requieren cursar cierta capacitación adicional subsidiada por el Estado (Academia Judicial). Luego postulan a los escalafones más bajos de una carrera

⁶⁸ El movimiento de codificación chileno continuó con el Código de Comercio 1867, Código Penal 1874, Código de Procedimiento Civil 1903, Código de Procedimiento Penal 1907, etc.

⁶⁹ Ministerio de Educación de Chile. Sistema de Información de la Educación Superior (SIES) 2009. Disponible on-line en www.mineduc.cl

⁷⁰ Fuente: Corte Suprema. *Cuenta pública 2010*.

funcionaria que les exigirá su dedicación casi exclusiva. Llegar a ser ministro de Corte Suprema es alcanzar el escalafón más alto de esa carrera y, de seguro, nunca lo lograrán antes de los 55 años de edad.

Históricamente, la Corte Suprema se instauró en 1823 en Santiago, la capital de Chile, con el propósito de independizar el sistema judicial chileno del español. En sus inicios era una corte de tercera o segunda instancia (injusticia notoria) y su rol casacional le fue asignado, con bastantes resistencias, 80 años después de haber sido instaurada la Corte misma, junto con la codificación del procedimiento civil en 1902.

Al comienzo estaba integrada por 5 jueces que trabajaban en conjunto; su número fue subiendo paulatinamente hasta los 21 integrantes que tiene actualmente y que trabajan en la actualidad divididos en salas especializadas (sala civil, sala penal, sala constitucional, y sala de asuntos varios, que comprende materias laborales, familia y minería,).

Como se ve, la Corte chilena tiene hoy más del doble de miembros que la *Supreme Court* norteamericana (9) y la *House of Lords* inglesa (5), pero aun así es una Corte bastante pequeña en comparación al Tribunal Supremo español (95) y al *Bundesgerichtshof* alemán (125). En promedio, un juez podrá integrar la Corte Suprema a partir de los 55 años, como se dijo y por ley se debe retirar a los 75 años de edad.

La remuneración mensual actual de un ministro de Corte Suprema es de \$7.467.561.- pesos chilenos (aproximadamente \$16.000.- dólares) que es lo mismo que oficialmente recibe el Presidente de la República.

Sus jueces ("ministros") son nombrados de entre una nómina de cinco candidatos elaborada por la propia Corte, en que el Presidente de la República escoge sólo uno con el acuerdo posterior de a lo menos dos tercios del Senado.

Actualmente la Corte Suprema chilena es competente para conocer una diversidad de recursos poco sistematizada. Primero en materias civiles y de familia conoce un recurso de casación propiamente tal (en el fondo) y un recurso de nulidad

procesal (casación en la forma); en materias penales agota la vía interna de los derechos humanos y unifica jurisprudencia; en materia laboral sólo unifica jurisprudencia; hasta el 2005 ejercía cierto control de constitucionalidad de la legislación (*judicial review*) para casos concretos; es tribunal de segunda instancia (*appellate jurisdiction*) en materias de amparo constitucional y *habeas corpus* - localmente llamado recurso de protección y de amparo, respectivamente- y de tribunales especializados como la libre competencia (*anti-trust*); conoce la acción de revisión (fraude judicial) en primera y única instancia (*original jurisdiction*) y las denuncias disciplinarias (Queja) entre muchas otras funciones no jurisdiccionales.⁷¹

Todo lo anterior deja en entredicho que la identidad de la Corte Suprema chilena sea, hoy en día, puramente casacional. Es más, el movimiento de Modernización de la Justicia -que comenzó en Chile en la década del 90' con la reforma procesal penal, continuó con la reforma procesal laboral, tributaria y debiera concluir con la reforma procesal civil y los tribunales ambientales- ha tenido como propósito explícito reemplazar la casación. Pero si bien estas reformas han descargado de mucho trabajo a la Corte en otras áreas, las materias civiles de casación —que siguen siendo su mayor porcentaje de carga (47%)⁷²— se mantienen sin reformar. Por eso es importante incluir en el análisis a la casación civil chilena como actualmente está, a pesar de encontrarse en retirada.

La casación fue instaurada en Chile junto al movimiento nacional de codificación del Derecho que comenzó a finales del siglo XIX y desde ahí ha sido reformada de década en década. El motivo original de su instauración fue, según el codificador de 1902, la llamada función de nomofilaxis: "La casación en el fondo introduce en nuestra legislación una novedad reclamada por las necesidades de dar uniforme aplicación a las leyes".⁷³

⁷¹ Funciones administrativas, auto acordados, exequátur, exhortos internacionales, resolver contiendas de competencia entre cortes de apelación, toma juramento a los nuevos abogados, participar en la designación de jueces etc.

⁷² 4070 causas civiles falladas el 2009 de un total de 8622. Estadística elaborada a partir de Corte Suprema. *Cuenta Pública 2010*.

⁷³ Mensaje Presidencial (Jorge MONTT – Máximo DEL CAMPO) al proyecto de ley de Código de Procedimiento Civil. 1902.

Posteriormente la doctrina agregó la igualdad ante la ley como una razón para mantener la casación, es decir, un derecho fundamental que garantiza a las personas ser juzgadas por un mismo estándar y que dicho derecho se satisface con la teniendo un recurso de casación.

La sobrecarga endémica que en adelante empezó a acumular la Corte motivó al legislador chileno de mediados del siglo XX a exagerar los requisitos formales de la casación a modo de filtro de casos (*supra*.1.10.i). El control de admisibilidad se volvió en extremo estricto. Pero en vez de descargar a la Corte la reforma tuvo un efecto final no deseado.

En reemplazo de esta nueva casación demasiado excluyente se consolidó - como válvula de escape- la estrategia de los abogados, y la permisividad de la Corte, en distorsionar el uso de la denuncia disciplinaria ('Queja') contra la persona del juez hacia un verdadero medio de impugnación habitual de sus sentencias. Este nuevo uso de la Queja -comparada con la casación reformada- presentaba conveniencias para el litigante considerándola como un recurso: era menos formalista, más expedita, cabía contra cualquier resolución judicial y otorgaba un ancho margen de acción a la Corte. En complicidad, la doctrina nacional terminó equiparando el status de la Queja disciplinaria al de cualquier otro recurso jurisdiccional -a la par con la casación o la apelación- y en las escuelas de Derecho se empezó a enseñar así. La casación calló en desuso y esta utilización recursiva de la Queja volvió, *de facto*, a la Corte Suprema chilena en una tercera instancia, incluso en equidad.⁷⁴

A ese escenario adverso se enfrentaba el reformador de 1995. Como solución se optó, primero, por relajar las exigencias formales de la casación para volver a canalizar hacia ella el flujo de impugnaciones (*infra* 3.7) y, segundo, la Queja fue reconocida explícitamente como 'recurso', pero con el propósito de transparentarla, regularla y mantenerla a raya (art. 545 C.O.T. después de la reforma).⁷⁵

⁷⁴ ATRIA, Fernando. La casación como problema. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. N°2: 267, 268, 345- 349. 2005.

⁷⁵ Centro de Estudios Públicos (CEP). *Propuestas para la Reforma Judicial*. Santiago. Ed.CEP.1991. pp.29 ss.

Por tanto, la particular regulación que actualmente exhibe la casación civil chilena, en específico, es el resultado de la reforma de 1995; y hoy en día -más de quince años después- podemos afirmar que la reforma tuvo éxito en sus objetivos inmediatos: restauró la importancia de la casación civil y minimizó el uso de la Queja.⁷⁶

Mas las reformas posteriores que han vuelto a intentar restringir el acceso a la Corte Suprema en otras materias (Penal, Laboral) arrojan el mismo efecto secundario de hace décadas, es decir, a medida que se vuelven restrictivas aumenta en ellas de un modo inversamente proporcional el uso recursivo de la Queja, en reemplazo de la casación, incluso a pesar de las mordazas legales del 95.

La moraleja que nos dejó entonces la reforma chilena del 95 es que la Queja -al igual que la mala hierba que prolifera cuando el clima es adverso- debe ser erradicada de raíz o si no seguirá frustrando las reformas limitativas a la casación que se intenten a futuro.

3.2.- Fuentes del Derecho y Casación 'en el fondo'.

Como vimos (*supra* 2.2) la diferencia más básica entre el modelo de unificación de jurisprudencia y el modelo de la casación es que esta última está atada a una noción del Derecho como un sistema de 'fuentes' que determinan, excluyen y jerarquizan *a priori* su contenido. Por eso es importante para comprender el funcionamiento de la casación en Chile estar al tanto, primero, del actual sistema de fuentes del Derecho que hay acá.

En el caso chileno, abre el Código Civil lo que la dogmática nacional llama 'Teoría de la Ley' (art. 1º53º). Ahí se nos dice, primero, qué es una ley vinculante ("*declaración de una ley soberana que...*") y qué no lo es (costumbre, jurisprudencia); el comienzo y el final de una ley (promulgación y derogación); cuándo y dónde se aplican (Efectos de la Ley en el tiempo y el espacio); quién puede interpretarla y cómo

⁷⁶ Antes de la reforma del 95, en 1994 se interponían 3.365 recursos de queja y 764 Recursos de Casación. Al 2009 se interponían 599 recursos de queja y 4070 recursos de casación en el fondo. Fuente: Corte Suprema. *Cuenta Pública 1995* y *Cuenta Pública 2010*.

se interpreta (19°-24°) y la definición de ciertas palabras que, anticipa el código, serán de uso común en las leyes.

Lo importante de estos primeros artículos es que, a nivel de derecho sustantivo, se pronuncia a favor de determinada opción en materias de Fuentes del Derecho. En concreto, el Código Civil chileno sigue la codificación napoleónica, adhiriendo al modelo francés de un sistema legalista, es decir, reconoce como principal fuente del Derecho a la ley y excluye tanto a la jurisprudencia (art.3° inciso 2do) como a la costumbre (art.2°). De este modo el Código Civil chileno ya desde sus primeros 3 artículos busca diferenciarse de lo que serían las otras grandes tradiciones jurídicas comparadas —como el *common law* inglés, por ejemplo— donde la costumbre o la jurisprudencia sí son reconocidas, al menos desde nuestra perspectiva, como fuentes del Derecho en mayor o menor medida.

Ahora bien, éste modelo francés de un sistema legalista de fuentes del Derecho —que a nivel de derecho sustantivo se manifiesta en una Teoría de la Ley chilena como la de los artículos 1° y siguientes del C.Civ— se manifiesta a nivel de derecho procesal, a su turno, en otra institución también de origen francés: La Casación Civil.

En Chile se ha entendido que la Corte Suprema cumple históricamente un rol 'casacional', de revisión de la correcta aplicación (sólo) de ley en las sentencias de tribunales inferiores y no de otras fuentes del Derecho. El Código de Procedimiento Civil de 1903 regula el 'Recurso de Casación' desde el artículo 764 al 808 como un procedimiento especial. Pero el CPC 1903 -siguiendo de cerca, en cambio, la tradición española basada originalmente en la ley de enjuiciamiento civil de 1881- confunde en un solo recurso lo que comparativamente se ha mantenido diferenciado como recurso de nulidad procesal, por una parte, y de casación, por la otra. Por eso es que la tradición española se ve forzada a formular la distinción entre recurso de casación por 'quebrantamiento de forma' (nulidad) y por 'infracción de ley o doctrina legal' (casación); y nosotros la distinción respectiva entre casación 'en la forma' (nulidad) o 'en el fondo' (casación).⁷⁷ Aclarado eso, a lo que le debemos seguir la pista es sólo

⁷⁷ Las normas de ésta se entienden supletorias de aquella. En consecuencia, la tramitación de la casación en la forma y en el fondo por regla general la misma.

nuestro Recurso de Casación 'en el fondo', porque es ese (y no 'en la forma') con el que la Corte Suprema chilena cumple la función de controlar que los tribunales inferiores adjudiquen conforme a las fuentes del Derecho, con que defiende en Chile la integridad del sistema legalista.

Y si las competencias de revisión, definidas procesalmente, de ese Tribunal Superior cambian —como se verá con la Reforma Procesal Civil en Chile— entonces el sistema de fuentes del Derecho de ese país, definidas sustantivamente, cambian también. Importa mucho si acaso se reforma o no (y cómo) la regulación del recurso de casación ante la Corte Suprema porque eso repercute en la *definición* misma de cuál es la integridad de fuentes del Derecho que se defienden hacia la cúspide. Por eso el 'Recurso Extraordinario' que se propone en el Proyecto de Ley que establece un Nuevo Código Procesal Civil tiene consecuencias que es necesario analizar en detalle; altera la definición de integridad de las fuentes, modifica la noción misma de 'Derecho' entendido como aquel criterio que legítimamente podemos exigir que apliquen los tribunales chilenos de justicia a la hora de zanjar los conflictos que nos involucran; cambia qué es lo que desde ahora cuenta 'como Derecho' (y qué no) en cuanto criterio de decisión exigible en tribunales.

3.3.- El concepto y su importancia.

La tradición del *civil law*, como sabemos, está fuertemente dominada por los académicos y por la influencia que ejerce su doctrina.⁷⁸ Las dogmatizaciones que ellos hacen pueden ser vistas como un ejercicio intenso por conceptualizar y categorizar cada fenómeno jurídico. La cuestión inicial acerca de la definición correcta y exacta del concepto mismo de cada institución legal -como "acto jurídico", "contrato", "proceso", "sentencia" y sobre todo "casación"- puede generar grandes disputas académicas que hacen detenerse en su punto de partida a la doctrina de *civil law*. Por eso las definiciones otorgadas son difíciles de manejar; los conceptos terminan siendo

⁷⁸ "The teacher-scholar is the real protagonist of the civil law tradition. The civil law is a law of the professors." MERRYMAN, John H. *The civil law tradition*. 3er ed. California. Stanford University Press. 2007. Pág 56

redactados de un modo poco amigable porque están pensados, más bien, para blindarse de las críticas de los demás académicos. Un buen ejemplo es la siguiente definición de la casación en el fondo, una de las más difundidas en Chile:

"La casación en el fondo es un acto jurídico procesal de la parte agraviada con determinadas resoluciones judiciales para obtener de la Corte Suprema que las invalide por haberse pronunciado con una infracción de ley que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo y que la reemplace por otra resolución en que la ley se aplique correctamente".⁷⁹

Como se ve, el concepto que ofrecen estos dos prestigiosos académicos chilenos es extenso y de una multiplicidad de aspectos que a primera vista el lector pasa por alto. Sin embargo, una definición así es valorada dentro del medio nacional porque ellos lograron en una sola gran frase enlazar exhaustivamente todos los elementos que caracterizan la regulación chilena de la casación. En adelante el concepto doctrinario adquiere un estatus objetivo, captura la verdadera 'naturaleza' inmutable de la casación. Un análisis conceptual dedicado y riguroso cristalizaría aquellos rasgos de la institución que trascienden a las reglas contingentes de país en país. Esto explica por qué la enseñanza en las escuelas de Derecho chilenas suele exigir de sus alumnos, primero que todo, el dominio de los conceptos doctrinarios, incluso de memoria. Y explica además por qué aquellos académicos nacionales apegados a esta doctrina de conceptos suelen adoptar posturas conservadoras frente a reformas legales profundas: sustituir las reglas conceptuales sería 'desnaturalizar' la institución, distorsionar la versión pura y original, derrumbar los pilares que fundamentan su esencia, con dramatismo.

Pero además del concepto, todo ejercicio doctrinario de *civil law* necesita continuar con una clasificación taxonómica de cada institución -ejercicio que no urge en el *common law*- en este caso ubicar la casación dentro de las categorías aportadas por una teoría más amplia acerca de los recursos en general. Aquí se señalarán solamente

⁷⁹ MOSQUERA R., Mario y MATURANA M., Cristián. *Los Recursos Procesales*. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2010 pág 288. El plazo para interponer el recurso es de 15 días y su interposición no suspende la tramitación del procedimiento inferior sin perjuicio de la posibilidad de pedir fianza de resultas.

tres -aunque más categorías y clasificaciones pueden ser aplicadas a la casación en un ejercicio doctrinario sin fin- las restantes serán desarrolladas durante los apartados siguientes:

(i) La casación es un recurso "extraordinario". La categoría general entre recursos ordinarios y extraordinarios atiende a la amplitud de resoluciones que pueden ser impugnadas por el recurso y por la especificidad de las causales para su interposición, mas no por cuan frecuente o infrecuente es su uso.⁸⁰ De este modo un recurso se clasifica de "ordinario" si cabe por regla general contra la todas las resoluciones a pesar que sea poco usado por los litigantes. Los ejemplos por antonomasia son la reposición y la apelación. En cambio un recurso será clasificado de "extraordinario" si puede ser interpuesto sólo contra ciertas resoluciones en específico y no contra la mayoría, como regla de excepción.

La casación es, en este sentido, "extraordinaria" porque sólo se puede intentar contra "determinadas resoluciones judiciales" -como anticipaba bien el concepto-; en específico las sentencias definitivas de apelación de tribunales ordinarios o arbitrales de segunda instancia, pero no contra sentencias de primera instancia ni ninguna otra resolución intermedia del proceso (art. 767). Ahora, el sentido preciso en que está formulada esta categoría dogmática permite a la doctrina insistir en que la casación es verdaderamente "extraordinaria" a pesar que en la práctica forense chilena sea un recurso de uso cotidiano y frecuente para cualquier abogado de la plaza.

(ii) Una segunda característica atada a la anterior es la afirmación doctrinaria que la casación es "de derecho estricto".⁸¹ Si bien no es una categoría que tenga un opuesto claro, catalogar de este modo una institución tiene consecuencias en la interpretación de sus reglas en caso de conflicto. Acentuar que se trata "de derecho estricto" es enfocar en primer plano la 'excepcionalidad' de la casación como un todo. Estas reglas escritas en los estatutos de la casación deben ser tratadas todas como excepciones a las reglas procesales generales y, en consecuencia, su interpretación

⁸⁰ MOSQUERA R., Mario y MATURANA M., Cristián. *op.cit.* pág 288-9.

⁸¹ *op.cit.* pág 289.

será restrictiva, apegada sobremanera a la literalidad de la disposición, prohibiendo extensiones por analogía ni la amplitud de principios.

Mas, visto desde fuera, resulta bastante evidente el uso cínico de este concepto. La Corte recalca con vigor el carácter estricto de sus reglas que establecen requisitos formales -liberándose así de conocer más casos-; pero al mismo tiempo tolera, y hasta cierto punto promueve, interpretaciones bastante menos estrictas para justificar reexaminar ella la prueba de instancia (*infra* 3.5). El concepto de "derecho estricto" termina usándose como una carta comodín para excluir a discreción aquellos casos reales que no son una versión completamente normal del caso hipotético descrito en la regla.⁸²

(iii) La casación 'en el fondo' es un recurso que corresponde exclusivamente a la Corte Suprema, sólo ella tiene competencia legal para conocerla y resolverla.⁸³ De este modo la casación 'en el fondo' se diferencia de la apelación que normalmente es resuelta por las Cortes de Apelaciones regionales y de la reposición (*motion for reconsideration*) que se intenta ante el mismo juez que resolvió en primer lugar.⁸⁴ Sin embargo, cuando se trata de la casación 'en la forma' la competencia no es exclusiva de la Corte Suprema, sino que las Cortes de Apelaciones también resuelven este segundo tipo de casación.

Ahora bien, desde la perspectiva comparada parece una verdadero oxímoron literario que haya algún tipo de casación, sea cual sea, que no esté exclusivamente a cargo del tribunal superior nacional. La casación puede tener múltiples particularidades de país en país, pero si el recurso no está a cargo del tribunal superior de modo exclusivo entonces no estamos hablando de 'casación' desde el comienzo. La explicación de por qué se da aquí esta gruesa confusión en los términos es que la casación 'en el fondo' chilena equivale a lo que comparadamente entendemos por

⁸² Y paralelamente dispone de la facultad de ejercer casación de oficio (art. 775) a pesar del incumplimiento de esos requisitos formales estrictos. *Infra* III.8).

⁸³ MOSQUERA R., Mario y MATURANA M., Cristián. *Ibid.*

⁸⁴ En algunos casos la apelación se interpone ante la Corte Suprema porque fue la Corte de Apelaciones misma la que tuvo la competencia de primera instancia (*original jurisdiction*) y no el juez local (i.e. amparo, habeas corpus) o porque se da competencia *per saltum* (i.e. Libre competencia).

'casación'; mientras que la casación 'en la forma' es conceptualmente algo distinto, es un recurso de nulidad procesal -que sí puede ser conocido por la Corte Suprema y también por los tribunales inferiores a ella, sin contradicción- que fue mal bautizado en conjunto en su versión original española como casación por 'quebrantamiento de forma'; y en Chile heredamos, quizás algo acrílicos, esa versión española del *civil law*, con sus errores.⁸⁵

3.4.- Causal de casación: "infracción de ley".

Como la tradición casacional se caracteriza por la toma de decisiones judiciales (*decision-making*) a partir de la hermenéutica de textos, lo más importante para comprender la delimitación de su ámbito de revisión es observar qué interpretación se hace en Chile de la redacción exacta que tuvo la causal en el estatuto legal que la instauró. En concreto, la causal para acceder el recurso de casación en el fondo viene definida procesalmente como '*infracción de ley*' (Art. 767 C.P.C.). En consecuencia la Corte de casación justificará ampliar o restringir sus ámbitos de revisión a partir de cómo ella misma interpreta esa causal de sus estatutos. Es decir, para justificar sus ámbitos de revisión la Corte de casación interpreta sus propias reglas.

La Corte chilena ha mostrado una evolución peculiar en el modo de interpretar y reinterpretar esa causal; tendiendo a una versión cada vez más expansiva de lo que entiende por 'infringir' y de lo que entiende por 'ley' ampliando así sus ámbitos de revisión. Ahora bien, la propia definición legal de 'ley' —cuya infracción gatilla la casación— se encuentra en el Código Civil ("*Art. 1º. La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.*"). Esta definición se ha mantenido exactamente igual desde la promulgación del Código Civil en 1857, intacta más de 150 años hasta hoy.⁸⁶ En

⁸⁵ También existe otra gruesa confusión en Chile en la denominación de las acciones constitucionales. Primero se les llama "recursos" y no "acciones". Y además lo que comparativamente se llama "amparo" en Chile se llama "recurso de protección"; y lo que comparadamente se denomina "habeas corpus" en Chile se llama "recurso de amparo".

⁸⁶ La definición misma se ha mantenido intacta. Lo que sí ha cambiado el procedimiento constitucional de su formación y las materias consideradas exclusivas de regulación legal.

consecuencia, toda la evolución que ha tenido el entendimiento de la causal de casación sólo puede ser explicado por voluntad de cambios jurisprudenciales de la propia Corte o nuevas posturas de la doctrina, mas no por reformas legislativas. En adelante trataré sólo los aspectos de esa evolución que sean más interesantes en una perspectiva comparada.

(i) No es irrelevante que la causal se defina como una 'infracción' de ley. A diferencia de un 'error' de Derecho -que sería un término neutral- la 'infracción' denota un reproche normativo al fallo que no se apega al criterio estrictamente legal. Esta connotación negativa proviene de la versión original de la casación francesa (*'violation' expresse au texte de la loi - 1807*) y que su versión actual mantiene un reproche aun más drástico de 'censurar' el fallo que 'ataca' las reglas de Derecho francés.⁸⁷ Esto se explica por la función histórica de la casación de fiscalizar la subordinación al nuevo orden jurídico de los jueces opositores a la revolución (*supra* 2.9). El juez que falla con otro criterio es igualmente infractor de la ley como el ciudadano que realiza la conducta prohibida. De ahí si la casación eventualmente deriva en una sanción disciplinaria contra la persona del juez, hay un solo paso.

(ii) La Corte ha entendido por "ley" sólo aquellas normas de aplicación general en las que el parlamento chileno ("Congreso") ha tenido directa o indirectamente algún grado de participación.⁸⁸ Sin embargo sería gravemente incompleto identificar el Derecho chileno globalmente sólo con los casos de "ley" en ese sentido. Durante la mayor parte de la historia republicana nacional hasta hoy el poder ejecutivo ha estado premunido de facultades capaces de eclipsar el rol legislativo del parlamento, de paso volviéndolo a aquel el verdadero protagonista de la reforma y creación de nuevo Derecho (co-legislador). Luego, una parte demasiado importante de las reglas legales chilenas son otro tipo de estatutos también de aplicación general, pero creada directamente por el poder ejecutivo, omitiendo participación alguna del congreso (decretos supremos, reglamento, dictamen etc.). Sin embargo todo ese otro tipo de

⁸⁷ Artículo 604 CPC francés (1975): “-*Le pourvoi en cassation tend à faire censurer, par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit.*”

⁸⁸ Una participación directa en las leyes ordinarias, de quórum calificado, leyes orgánicas constitucionales. Y una participación indirecta en los tratados internacionales y decretos con fuerza de ley.

estatutos promulgados por el ejecutivo -a pesar de su importancia- no son controlados en casación porque no pertenecen a esa noción bastante 'parlamentarista' de ley que la Corte Suprema finalmente acuñó.

(iii) Visto desde fuera, la constitución política chilena indudablemente pertenece también a la noción de "ley" de la casación. Aunque en los hechos la Corte ha sido bastante reticente a controlar directamente la aplicación de preceptos y derechos constitucionales.⁸⁹ Esta contradicción ha sido denunciada una y otra vez por la doctrina nacional;⁹⁰ pero la Corte, por lo pronto, pareciera no tener intenciones de cambiar su postura. Como vimos (*supra* 2.5) el apego estricto a la metodología hermenéutica dentro de la casación de ley termina siendo incompatible con textos constitucionales redactados intencionalmente de un modo amplio y abarcador. Esa razón comparatista de modelos -sumado que desde el 2005 se trasladaron competencias desde la Corte Suprema hacia el Tribunal Constitucional chileno concentrando éste último el control de constitucional (*judicial review*)- vuelven poco probable que la casación chilena se abra a interpretar la constitución, al menos no sin una reforma legal drástica.⁹¹

(iv) Lo más interesante desde un punto de vista comparado no es qué incluye la noción de "ley" sino qué queda excluido. Primero, la instauración de la teoría de fuentes junto a la casación pretendía explícitamente erradicar el Derecho consuetudinario local que otorgaba privilegios de casta (*consuetudinary law*). Por eso no es objeto de casación la costumbre y su aplicación constituye "infracción". Sólo podrá tener algún espacio si la "ley" parlamentaria expresamente delega en la costumbre local complementar la regulación de un ámbito. Pero salvo en materias comerciales, esta delegación del legislador sobre la costumbre es cada vez más

⁸⁹ CS, 30 de octubre de 2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, pp. 274-279; CS., 30 de julio de 2002, rol N° 3841-2001; CS, 4 de junio de 2002, rol N° 87 3-2001; CS., 17 de abril de 2002, rol N° 2843-2001. Para más ver ROMERO S. Alejandro, AGUIRREZABAL, Maite y BARAONA, Jorge. *Revisión crítica de la causal...* op.cit. pág. 237.

⁹⁰ TAVOLARI O., Raúl. *Recurso de Casación y Queja*. Santiago. Ed. Conosur. 1996. Pág. 56.

⁹¹ Ver *infra* IV.1.(iii) ya que el objeto del recurso extraordinario que propone la reforma incluye la infracción de derechos fundamentales, y podría tratarse de ese giro constitucional explícito.

infrecuente y, aun así, los requisitos probatorios se han exagerado a tal extremo que vuelven improbable su uso.⁹²

(v) Desde los inicios de la casación en Chile la Corte Suprema se ha negado sistemáticamente a controlar la aplicación de principios jurídicos por sí solos.⁹³ Por supuesto que muchos casos involucran, a un mismo tiempo, reglas de estatutos parlamentarios ("ley") y además principios generales. Pero ahí la Corte se entiende zanjando sólo la cuestión de reglas, invisibilizando hasta cierto punto los principios involucrados. La filosofía que el 'Derecho' es un conjunto de leyes y principios ha tenido una recepción unánime en la academia; y en las escuelas de Derecho se enseña así desde los cursos introductorios de primer año. Mas esta noción filosófica amplia no ha tenido un reflejo claro en la Corte de casación, la que se ha mantenido incólume en su postura legalista. Ahora bien, esta exclusión de los principios ha durado más de 100 años, pero podría tener una excepción. El 2001 cuando en un fallo la Corte aplicó directamente -sin mediar una regla legal- el principio de la buena fe en la doctrina de los 'actos propios'. Aun así serían falsas esperanzas pronosticar que este único fallo del 2001 pueda constituir aquí un precedente que cambia tendencias.⁹⁴

(vi) Desde el punto de vista del *civil law* es característico afirmar que la jurisprudencia no constituye fuente del Derecho y la doctrina, a su turno, también tiene un discurso explícito en excluir la infracción de jurisprudencia como causal de casación. Visto ahora desde el *common law*, la Corte chilena sólo reconocería y aplica el derecho escriturado (*statutory law*) creado por el parlamento y excluye la

⁹² Para una parte de la doctrina la casación también procedería respecto de reglas puramente contractuales por infracción de lo que se ha denominado "la ley del contrato", ya que el Código Civil en su artículo 1545 señala que el contrato es ley para las partes. Para otro sector, el contrato no es, en rigor, ley en sentido estricto, ya que el legislador civil al señalar que "todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes", no hizo sino indicar metafóricamente que su cumplimiento era obligatorio para ellas. La jurisprudencia ha estado finalmente en contra de la posibilidad de controlar, vía casación, la aplicación de los contratos. Sobre la casación de los contratos ver: PAILLAS, Enrique. *El recurso de casación en materia civil. Derecho chileno y comparado*. Santiago. Ed. Jurídica. 2008. Pp.83.ss.

⁹³ ROMERO S. Alejandro, AGUIRREZABAL, Maite y BARAONA, Jorge. *Revisión crítica de la causal...* op.cit. pág.239

⁹⁴ CS, 9 de mayo de 2001, RDJ, t. 98, sec. 1ª, pp. 99-100. Para un comentario sobre ese fallo, ver: ROMERO S., Alejandro. *El principio de buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios*. Revista Chilena de Derecho (PUC) N°30: 167-173.2003

jurisprudencia como otro tipo de derecho creado a partir de casos judiciales (*case law*). Si bien la protección de la uniformidad de criterios judiciales es un fundamento reiterado de la casación, paradójicamente la Corte no puede dictar pautas generales de interpretación como precedentes uniformadores (*supra*.2.12). Se lo impide el dogma civil que sólo corresponde al legislador interpretar con efectos generales la ley a través de un referimento legislativo, que históricamente calló en desuso. Sin embargo, al observar el resto de la regulación procesal y la práctica judicial esta aseveración teórica queda rápidamente en entredicho. Primero (como veremos en *infra* 3.6) cuando existen jurisprudencias contradictorias de la propia Corte, se puede solicitar que la casación sea resuelta no por las salas especializadas sino por el Pleno total de ministros (art.780). Y, segundo, cuando un recurso interpuesto se opone a la jurisprudencia de la sala especializada, en la práctica la Corte rechaza prematuramente ese recurso en sede de admisibilidad porque adolecería de 'manifiesta falta de fundamentos' (art.782 *infra* 3.7). Sin alcanzar la fuerza de los precedentes en el *common law*, ambos fenómenos demuestran que la jurisprudencia termina jugando aquí un rol bastante más importante al que gran parte de la doctrina chilena de *civil law* estaría dispuesta a reconocer.⁹⁵

3.5.- Prueba y Hechos en la casación chilena.

La cuestión acerca de los hechos y la prueba dentro de la casación posee dos aristas que es necesario mantener separadas antes de comenzar cualquier análisis.

Por una parte esta la 'rendición' de nueva prueba frente a la Corte y, por la otra, esta la 'revisión' de la prueba ya rendida en las instancias anteriores. Si acaso el recurrente puede o no presentar ante la Corte un nuevo testigo suyo o exhibir un documento que no había presentado antes, sería una cuestión de 'rendición' de prueba. Si acaso la Corte puede o no desacreditar el mérito probatorio de la declaración de un testigo que el tribunal inferior consideró muy creíble -y por lo tanto

⁹⁵ En la línea de reconocer el valor de la jurisprudencia ROMERO S., Alejandro. *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del Derecho. Una perspectiva procesal*. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2004.

tener por no probado un hecho crucial del juicio- sería una cuestión de 'revisión' de prueba. El principio de soberanía del juez del fondo (*supra* 2.11) implica, en estos términos, una doble prohibición: estaría vedada la rendición y revisión de prueba por la Corte Suprema. En el mismo orden analizaré la casación chilena en las cuestiones de rendición y revisión de prueba y hechos.

(i) Rendición. Las limitaciones a la rendición de prueba son progresivamente más restrictivas hacia la cúspide y parten amplias en la base de la pirámide judicial. En los nuevos procedimientos orales chilenos que rigen la primera instancia existe una libertad de medios probatorios, lo que implica que se puede rendir en juicio cualquier tipo de prueba, salvo las obtenidas violando derechos constitucionales (*exclusionary rule*). En cambio, en los antiguos procedimientos escritos -que aún rigen las primeras instancias en materias civiles- sólo se admiten aquellos medios de prueba incluidos en el catálogo del código (art. 341 CPC).

En las Cortes de Apelaciones, que con el recurso de apelación son un piso intermedio en la pirámide, la posibilidad de rendir nueva prueba está más restringida. Pero aún así conserva un espacio importante. La confesión de la contraparte y los documentos como medios de prueba, emitidos por entidades públicas o entre privados, pueden ser aceptados en apelación. Los otros medios -como los testigos, peritajes, inspección etc.- por regla general no son aceptados o están limitados a sólo si fue imposible presentarlos previamente. Sin embargo esta restricción de los demás medios no termina siendo una limitación severa porque los documentos, que sí son los permitidos, en la práctica son la prueba más relevante las materias civiles.⁹⁶

Finalmente, en la cúspide de la Corte Suprema la posibilidad de rendir nueva prueba está bastante limitada, aunque no del todo excluida. En la casación 'en la forma' (comparadamente recurso de nulidad) se acepta prueba aunque sólo la indispensable para acreditar la causal específica de nulidad. Pero en la casación 'en el fondo' -que es la que nos interesa- ahí sí la restricción a rendir nueva prueba es total y absoluta (art. 807 CPC). La presentación de prueba en casación esta tajantemente

⁹⁶ Además, el predominio de la escrituración en la primera instancia deja en segundo plano, desde antes, la prueba "viva" (testigos, declaración libre de parte y exposición de peritos).

censurada a pesar de la argucia de abogados por introducirla subrepticamente. En ese sentido se hace respetar la primera prohibición del principio de soberanía del juez del fondo, la prohibición de rendición. Sin embargo es por el lado de la prohibición de 'revisión' que la Corte pone en duda esa soberanía.

(ii) Revisión. En Chile -como en cualquier otra tradición casacional de *civil law*- la cuestión acerca de la revisión de los hechos y la prueba por la Corte Suprema es una cuestión problemática que preocupa de manera especial a la academia, a pesar que las respuestas puedan ser tajantes. Existe un énfasis doctrinario que asigna una connotación peyorativa, que no es obvia, a la apertura a la revisión de los hechos por la Corte, volviéndola de paso una tercera instancia ordinaria. Con cada reforma la doctrina y la propia Corte despierta voces de alarma acerca de un posible giro hacia la tercera instancia y la revisión de los hechos como si eso fuera un efecto perverso. Esta postura se debe a que la doctrina chilena, fiel a la tradición casacional, defiende con vigor el dogma de que "-La casación no es instancia" (*supra* 2.11). Es decir, no se trata de una nueva oportunidad procesal para revisar íntegramente y en conjunto todas las cuestiones de Hecho de la sentencia impugnada. Y refuerza esta postura con la causal de casación 'en el fondo' que por definición solamente corrige los errores de Derecho (- infracción de "ley"), mientras que las cuestiones de Hechos deben mantenerse intactas por la Corte.

Sin embargo, hay un punto claro en que ese dogma (la casación no es instancia de hechos) entra en contradicción con la causal de casación (infracción sólo de la ley): las reglas que rigen el procedimiento judicial -incluido los hechos y la prueba que se debaten en el proceso- sí clasifican como "leyes" procesales que la Corte de casación, en consecuencia, debiera fiscalizar su infracción también. Es decir, la doctrina exige que Corte no debe controlar los hechos y la prueba en juicio, sino que sólo la aplicación de la ley; pero paradójicamente la prueba y los hechos mismos también están regulados procesalmente por leyes que la Corte debe incluir en su control. Para zafarse de este nudo gordiano la doctrina se vio forzada a elaborar una distinción sumamente sutil entre leyes procesales *decisoria litis* que se caracterizan porque sirven para resolver la cuestión controvertida al ser aplicada, por una parte, y leyes procesales *ordenatoria litis* que son las que regulan las formas y avance del

procedimiento, por la otra.⁹⁷ Entonces en la casación en el fondo corresponde, dice la doctrina, revisar sólo las leyes procesales *decisoria litis*, y las *ordenatoria litis* quedan excluidas de revisión casacional.

Pero a pesar de este esfuerzo dogmático la contradicción queda aun sin resolver. ¿Las reglas procesales que tratan sobre la prueba y los hechos se clasifican como *decisoria litis* u *ordenatoria litis*? Acorralada contra la pared, la Corte elaboró una doctrina propia con una nueva distinción sobre esa distinción. Según ella una cosa serían las leyes procesales que regulan el funcionamiento de la prueba dentro del proceso, por una parte, y otra cosa totalmente distinta sería medir el peso probatorio de cada prueba rendida. Y a la Corte de casación le corresponde revisar sólo las primeras, sí las "leyes reguladoras de la prueba"; mientras que le está vedado revisar las segundas, no la valoración misma de esas pruebas. Si bien esta distinción y subdistinción son difíciles de entender, la Corte dejó en claro qué aspectos de la prueba, caso a caso, quedan dentro de su revisión. Quedan dentro, primer, la carga de la prueba (*burden of proof*); segundo la admisibilidad o exclusión de los medios de prueba; lo tercero y más importante es que la valoración específica de una prueba queda dentro de la noción de 'leyes reguladoras de la prueba' a condición que esa valor esté predefinido por el legislador. Por lo tanto, la valoración de la prueba -que en Derecho comparado no correspondería a un modelo de casación de ley- finalmente sí puede ser reexaminada según la Corte chilena, pero sólo cuando la ley misma regula esa valoración.

Para comprender cómo operaba en la práctica esta doctrina de 'las leyes reguladoras de la prueba' es importante ponerla en contexto. Hasta la década de los 80' el panorama en Chile era que prevalecían códigos procesales que *ex ante* tasaban, en mayor o menor medida, la valoración de la prueba en las distintas áreas (Penal, Civil etc.). Luego, los casos en que la valoración venía regulada por la ley -y por lo tanto según esta doctrina sí se podían revisar en casación- no eran hipótesis aisladas, sino que en las grandes materias era la regla general y común. Por lo tanto, hasta esa

⁹⁷ MOSQUERA R., Mario y MATURANA M., Cristián. *op.cit.* pág 298-9.

década la misma doctrina de 'las leyes reguladoras de la prueba' permitía a la Corte un acceso amplio y cómodo a la revisión de los hechos a pesar de su tono excepcional.

A partir de la década de los 90' el panorama cambió. El movimiento reformista de modernización de la justicia chilena proponía reemplazar el sistema probatorio existente de prueba tasada legalmente por uno de 'sana crítica' o fundamentación racional del juzgador.⁹⁸ Esta serie de reformas implicó, en definitiva, una progresiva abolición de las reglas legales de prueba. Luego, con cada vez menos áreas en que la valoración siguiera regulada por la ley, la misma doctrina de 'las leyes reguladoras de la prueba' perdió demasiado terreno como para permitir una entrada fácil de la Corte a la revisión de los hechos de cada caso *sub lite*. Sin embargo, y a pesar de esta limitación radical, la Corte nuevamente elaboró una doctrina *ad hoc* que le permite entrar a revisar la valoración de la prueba en estas áreas reformadas de sana crítica.⁹⁹ Aun así esta novísima doctrina terminó siendo demasiado estrecha y por eso los litigantes prefirieron, a partir de entonces, reconducir la impugnación de sus hechos hacia la nulidad de la casación 'en la forma'. Como el sistema de 'sana crítica' aumenta sobremanera las exigencias de fundamentación racional de la sentencia, la estrategia es ahora alegar la insuficiencia de fundamentación de los hechos por la vía del incumplimiento de los requisitos formales de la sentencia, y así lograr su revocación.

Puesto en perspectiva, entonces, con la doctrina de 'las leyes reguladoras de la prueba' la casación nacional habría llegado a un grado cuasi absurdo de sofisticación dogmática con tal de desanudar su contradicción interna. La Corte desarrolla, de tiempo en tiempo, jurisprudencias de excepción tan importantes que va ganando un grado mayor de revisión de la prueba. Cuesta entender por qué el dogma mismo ("la casación no es una instancia de hechos") no ha sido mejor abandonado. Lo que

⁹⁸ Comparadamente se le conoce como sistema de prueba "libre", pero esa denominación incurriría en fuertes confusiones en cuanto a que el juez de instancia en realidad está fuertemente atado a superar estándares de fundamentación que serán evaluados por el superior jerárquico.

⁹⁹ Los ámbitos de sana crítica suelen regularse en el siguiente sentido: Art. 297 (CPP) "Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados." Entonces la Corte controla indirectamente la valoración a través de la fundamentación, fiscalizando que no se pasen a llevar la lógica, experiencia y la ciencia.

realmente pareciera estar sucediendo de trasfondo es que el dogma nunca habría sido genuinamente asumido por la Corte y hasta cierto punto es habitualmente birlado. La Corte chilena no se resta de conservar para sí algún grado de dominación sobre los hechos, elaborando su propia doctrina *ad hoc*.

3.6.- Jurisprudencia contradictoria y el Pleno de la Corte Suprema.

Con la reforma de 1995 el funcionamiento de la Corte Suprema fue dividido en salas especializadas de cinco miembros cada una. De este modo ahora existen 4 salas: civil, penal, constitucional, y asuntos varios, que comprende materias de familia, laboral y minería. La justificación de esta reforma fue que el funcionamiento en salas especializadas y permanentes permitiría evitar la dispersión en los criterios de casación en las distintas áreas.¹⁰⁰

Sin embargo, es interesante destacar que con la reforma de 1995 se agregó también la facultad de “conocer en Pleno” la casación en los casos de dispersión de criterios de sus salas especializadas, para resolver su propia jurisprudencia contradictoria. En concreto, interpuesto el recurso de casación en el fondo, cualquiera de los recurrentes tiene el derecho a solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el tribunal *ad quem*, que el recurso sea conocido y resuelto por el Pleno total de ministros, debiendo fundarse la solicitud solamente en el hecho que la Corte Suprema en fallos diversos ha sostenido diversas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso (art. 780 CPC). Pero esta coexistencia entre salas especializadas y Pleno de la Corte -es decir, paneles separados a la par de un superpanel- no es nueva. La reforma más bien restaura en Chile un rasgo bastante común dentro de los procesos jerárquicos en nuestra tradición jurídica. Según DAMASKA:

"[En el *civil law*] siempre existía el peligro de que paneles separados emitieran opiniones en conflicto sobre el mismo punto del Derecho. Para evitar esto, se desarrollaron diversos mecanismos

¹⁰⁰ Centro de Estudios Públicos (CEP). *Propuestas para la Reforma Judicial*. Santiago. Ed.CEP.1991. pág. 36.

que aseguraban la consistencia interna [...] si un panel del juzgado de última instancia (a menudo también un panel de un tribunal de apelaciones intermedio) quería desviarse de una opinión ya anunciada por un panel de la corte suprema, el tema tenía que pasar a un superpanel para una decisión vinculante para todos los jueces de la corte suprema".¹⁰¹

En este sentido, el artículo 780 en realidad no introduce una institución realmente novedosa sino que 'visibiliza' un problema hasta entonces omitido por la casación de ley. Ahora es explícito que la propia casación de la Corte puede generar fallos contradictorios y que es necesaria una solución distinta a la casación en sí para preservar la coherencia de criterios de decisión. Es interesante por tanto que el reformador de 1995 inserte este elemento de unificación de jurisprudencia dentro del modelo chileno de casación de ley. Si bien no es un reemplazo integral de un modelo por otro, la reforma del 95 entrega ambas posibilidades al mismo tiempo. Es decir, con el nuevo artículo 780 ahora la Corte chilena tiene a la mano tanto facultades para corregir errores puntuales (casación de ley) como para tomar partido entre criterios dispersos (unificación de jurisprudencia). Lo que al parecer tuvo en mente el reformador del 95 es la viabilidad de un modelo 'mixto' de casación y unificación así configurado.

Sin embargo, la práctica judicial desmentiría la viabilidad de ese modelo mixto: en más de 15 años el uso útil que se ha dado al artículo 780 -por los litigantes y por la propia Corte- ha sido demasiado escaso.¹⁰² Sería poco plausible, y hasta cierto punto cínico, explicar que este desuso del conocimiento Pleno para unificar se debiera, en realidad, a que no se han dado materias con jurisprudencia contradictoria. Una explicación más sensata sería una actitud decidida de la Corte, aunque no explicitada, de evitar unificar. Comparto la conclusión de Romero en este mismo sentido:

¹⁰¹ DAMASKA, Mirjam R. Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2000. Pág. 69.

¹⁰² ROMERO S., Alejandro. *La jurisprudencia...* op.cit. pág 110. Al 2004 —9 años desde la reforma que incluyó la facultad— aun no ha alcanzado a resolver ninguna por desistimiento prematuro de los recurrentes. Hasta la fecha de esta tesis tampoco se han reportado usos relevantes del conocimiento en Pleno.

"[E]l principal escollo para un sustancial desarrollo de la jurisprudencia proviene, a nuestro entender, de una opción política que la Corte Suprema todavía no hace (o no quiere hacer) [...] nuestro máximo tribunal sigue formulando declaraciones que sólo denotan la falta de voluntad para ejercer -de una vez por todas- el rol de órgano unificador de jurisprudencia".¹⁰³

Por lo tanto, enfrentada a ambas posibilidades nuestra Corte Suprema ha preferido una y otra vez definirse como casación de ley, mantenerse corrigiendo errores puntuales y no tomar partido unificando su jurisprudencia. De ahí que no usa, ni quiere usar, de un modo consistente la facultad de conocimiento en Pleno desde 1995. Este desuso del artículo 780 sería un punto más a favor que el predominio de un modelo u otro de Corte Suprema depende menos de sus reglas vigentes y más de su auto comprensión. Y además una moraleja que para reformar el modelo como un todo no sirven los estadios intermedios. Si la autocomprensión de la Corte chilena es así de rígida, la reforma deberá asumir el costo político de la oposición férrea de sus ministros.

3.7.- Filtros de admisibilidad.

Cómo y en qué medida una Corte pone barreras para filtrar casos no es sólo una cuestión de eficiencia, sino que depende, sobre todo, del modelo de Corte Suprema que hay detrás. Por lo tanto desde una perspectiva comparada no basta con identificar esas barreras, sino que además es necesario atribuirles a algún modelo. Como era de esperar, los estatutos de la casación chilena exigen para acceder a ella requisitos más estrictos que los comunes. Pero lo interesante en este apartado, además de evaluarlos, es interpretar el perfil de Corte que dibujan esos requisitos.

(i) La presentación del recurso requiere primero del patrocinio de un abogado designado especialmente para la casación. No se trata que en Chile exista un símil a los *barristers* ingleses con exclusividad para litigar ante la Corte, ni mucho menos; pero

¹⁰³ ROMERO S., Alejandro. *La jurisprudencia...* op.cit. pág 96.

sí que da cierto prestigio a los abogados de la capital que se especializan en alegatos de casación. Ahora bien, esta exigencia de patrocinio especial funcionaba como filtro cuando era proporcionalmente baja la porción de abogados en la población. Sin embargo, el superávit de abogados que de un tiempo a esta parte se ha generado en Chile ha vuelto, en los hechos, poco excluyente a este primer requisito. Encontrar un abogado que con su firma asuma el patrocinio para una casación es hoy relativamente fácil.

(ii) Sólo las resoluciones de otros tribunales superiores pueden ser objeto de casación por la Corte Suprema. En concreto, la casación en el fondo sólo cabe contra sentencias inapelables –definitivas e interlocutorias que impiden llegar a una sentencia definitiva por poner término al juicio o hacer imposible su continuación- dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho (art.767). De este modo se excluye en Chile la posibilidad de casación directamente desde la primera instancia, es decir, con competencia *per saltum*.

La casación en la forma, en cambio, sí puede ser interpuesta contra fallos de primera instancia y será resuelta, en cuanto recurso, por una Corte de Apelaciones local. Además recordemos que la Corte Suprema misma ve otro tipo de recursos incluso como segunda o primera instancia (*supra* 3.1).

(iii) La causal principal de la casación chilena es, como vimos, la "infracción de ley". Pero además se exige que esa infracción tenga un efecto particular: "haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia" (art. 767). Y se ha entendido que existe tal influencia cuando la corrección del vicio cometido importa la modificación total o parcial de su parte resolutive, es decir, cuando la infracción de ley determina el sentido de la decisión.¹⁰⁴ Este requisito excluye del control de casación, entonces, aquellas infracciones de ley que a pesar de ser corregidas se mantendría la resolución final del caso.

¹⁰⁴ “[El señor Gandarillas propone que] sólo da lugar al recurso de casación en el fondo la infracción de ley cuando determina precisamente el sentido de la sentencia” LAZO, Santiago. *Los Códigos chilenos anotados. CPC*. Santiago. Ed. Poblete Cruzat Hermanos, 1918, pág.752. citado por MOSQUERA R., Mario y MATURANA M., Miguel. *op.cit.*pág. 303

De este modo el requisito de 'influencia substancial' puede ser visto como una versión rudimentaria de la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* en el análisis de precedentes. Que una específica infracción de ley influye substancialmente lo dispositivo de la sentencia equivale a afirmar que se trataba de su argumento principal, su *ratio decidendi*; si carece de tal influencia en la decisión final entonces se trataría de un argumento secundario, un *obiter dictum*. En consecuencia, puede afirmarse que la casación chilena solamente procede cuando se infringe la ley en la *ratio decidendi* del fallo, excluyéndose la revisión de cualquier otro *dictum*.

(iv) El escrito de presentación del recurso está sujeto a exigencias de detalle que han tenido una evolución interesante. Frente al problema endémico de la sobrecarga la estrategia del reformador chileno fue normalmente exagerar los requisitos formales del escrito. En concreto se exigía "mencionar expresa y determinadamente, la ley o las leyes que se suponen infringidas; y mencionar, de manera expresa y determinada, la forma como se produjo la infracción de ley" por el fallo recurrido. Y la Corte exigió el cumplimiento de este requisito a tal extremo que si al recurrente faltó mencionar alguna ley indirectamente pertinente -a pesar de haber señalado las otras leyes principales y del fuerte mérito de fondo de su caso- se rechazaba usualmente el recurso en sede de admisibilidad.

Fue esta práctica judicial de la Corte, formalista hasta el absurdo, la que produjo el efecto secundario del uso recursivo de la Queja disciplinaria como válvula de escape (*supra* 3.1). Para recuperar el flujo de recursos nuevamente hacia la casación el reformador del 95 relajó este requisito de detalles en la fundamentación del escrito. Ahora en el recurso sólo se exige expresar en qué consiste "el o los errores de Derecho", una fórmula claramente más amplia que la anterior -nótese que se refiere a 'Derecho' y no sólo a 'ley'-. Por lo tanto respecto de la exigencia de detalle en el escrito de presentación del recurso finalmente se optó por un filtro menos excluyente.

(iv) Pero si el reformador del 95 volvió a relajar los requisitos formales del escrito de presentación del recurso, entonces debía otorgar una nueva solución al problema anterior de la sobrecarga. A cambio se entregó la facultad a la Corte de rechazar *in limine* un recurso si adolece de "manifiesta falta de fundamento" (art. 782).

Desde el punto de vista de los modelos de Corte Suprema esta reforma es un paso significativo porque implica agotar los filtros formales y comenzar con un análisis preventivo del fondo (*supra* 1.10.ii). En concreto el artículo 782 permite a la Corte excluir un caso a pesar que se hayan cumplido satisfactoriamente todos sus requisitos formales. Ahora, como se trata de una exclusión en virtud del mérito del recurso, se exige que esta inadmisibilidad sea fundamentada al menos brevemente. Por lo tanto la corte hace una selección 'negativa', es decir, defiende razones de por qué "no" entra a conocer un caso, pero no tiene carga de fundamentación cuando sí acepta admitirlo.¹⁰⁵

Además este rechazo inmediato por manifiesta falta de fundamento requiere ser acordado por la unanimidad de los ministros de la sala especializada. Visto a la inversa, cada ministro tiene un verdadero derecho a veto respecto de la exclusión de un caso por control preventivo del fondo. Basta con que 1 de los 5 ministros de la sala quiera conocer en todo su mérito el caso -cumplidos los demás requisitos formales- para que sea admitido a tramitación.¹⁰⁶

Actualmente, de un total cercano a las 2800 causas civiles que la Corte falla al año, cerca de un 10% las desestima por este control preventivo del fondo (art. 782) y un 8,6% las declara inadmisibles por incumplimiento de los demás requisitos formales.¹⁰⁷ Por supuesto que es posible reportar casos abusivos de rechazo por el 782;¹⁰⁸ pero lo interesante es que en la práctica se ha usado la noción de "manifiesta falta de fundamento" para excluir prematuramente aquellos recursos que se oponen a

¹⁰⁵ A diferencia de lo que se propone con la reforma procesal civil en Chile, que en la especie de *certiorari* que se entregaría a la Corte Suprema exigiría una fundamentación positiva, *infra* IV.9. Ahora bien, en la versión original del *certiorari* norteamericano no se fundamenta y hasta existe cierto pacto tácito entre los ministros de no dar a conocer los motivos del rechazo. REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York. Ed. Random House. 2002. pp.224 y ss.

¹⁰⁶ Nótese las similitudes con la regla de minoría —*rule of four*— del *certiorari* norteamericano (*infra* IV.9).

¹⁰⁷ De las 2823 causas falladas por la Corte Suprema el 2009, 300 fueron rechazadas por manifiesta falta de fundamento (10,62%) y 242 son declaradas inadmisibles (8,57%). Fuente: Corte Suprema. *Cuenta Pública 2010*.

¹⁰⁸ ROMERO S. Alejandro, AGUIRREZABAL, Maite y BARAONA, Jorge. Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil. *Ius et Praxis (Universidad de Talca)* año 14 N° 232. 2008. Se denuncia que se han declarado inadmisibles recursos de casación por no hacer "8º) La debida utilización del plural a la hora de indicar el patrocinio del recurso, si se deduce conjuntamente con un recurso de casación en la forma;"

los criterios constantes de la sala especializada, otorgando así *de facto* un peso a su jurisprudencia.¹⁰⁹

3.8.- Casación de Oficio

En 1977 durante el régimen militar en Chile se otorgó a la Corte Suprema chilena la facultad ejercer la casación en el fondo "de oficio". Esta facultad es usada sólo en el 3,2% de los casos fallados al año,¹¹⁰ pero aun así se trata de reforma peculiar que merece una atención adicional porque altera por completo el funcionamiento de los filtros de admisibilidad.

La función de los requisitos formales es filtrar casos y también delimitar la competencia de la Corte Suprema. En concreto, ella se encuentra circunscrita por el escrito de presentación del recurso. Conocerá de la infracción de ley que se hubiere reclamado sin que pueda modificarse posteriormente ese escrito (art. 774). Es decir, los requisitos formales definen los términos en que debe ser formulada la petición de casación por los litigantes; y al mismo tiempo, diríamos, delimita los términos en que esa casación puede y debe ser resuelta por la Corte, impidiendo la avocación.¹¹¹ Sin embargo la introducción de casación en el fondo de oficio (art.785 inciso 2º) permite a la Corte pasar por alto el incumplimiento de requisitos formales del recurso –requisitos que, recordemos, delimitan cuándo la Corte puede pronunciarse y cuándo no— y aun así pronunciarse sobre las infracciones de ley alegadas en el escrito de presentación.

Pero lo más importante que quisiera resaltar es la posición estratégica en que finalmente se encuentra la Corte Suprema chilena. Ella con una mano puede blandir la doctrina de la casación como "derecho estricto" (*supra* 3.2) que le permite ser en extremo excluyente con la exigencia de requisitos formales; y con la otra mano esgrime la facultad de casación de oficio (art. 776) que le permite entrar a conocer un caso a pesar del incumplimiento evidente de alguno de esos mismos requisitos formales.

¹⁰⁹ ROMERO S., Alejandro. *La jurisprudencia...*op.cit. pp.91 y ss.

¹¹⁰ Fuente: Corte Suprema. *Cuenta Pública 2010*.

¹¹¹ ATRIA, Fernando. *La casación como problema*. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. N° 2: 269. 2005.

Ahora bien, esta flexibilidad ha sido considerada por los académicos como una virtud¹¹² y como un defecto.¹¹³ Mas visto desde afuera, lo interesante es que esa discusión académica a favor o en contra de la casación de oficio es ilustrativa, una vez más, de los modelos de Corte Suprema. Si defendemos el modelo de tercera instancia entonces no queremos poner trabas formales para tener la seguridad que la Corte sí pueda entrar a 'hacer justicia' en el caso; en este sentido el 776 es una virtud porque despeja que esos requisitos formales se vuelvan trabas. Si defendemos, en cambio, la casación de ley entonces lo que nos da seguridad es que la Corte también esté sujeta a límites de control en el ejercicio de su fiscalización de errores judiciales; y el 776 es un defecto porque impide que los requisitos formales controlen esos límites.¹¹⁴

¹¹² “El legislador ha comprendido que el juez no es un mero observador en el proceso y por ello puede realizar actuaciones de oficio [...La casación de oficio] se utiliza abundantemente porque los jueces están conscientes de que se requiere un factor moderador del carácter de recurso de derecho estricto [de la casación y permite] velar por el respeto del debido proceso...” MOSQUERA R., Mario y MATURANA M., Cristián. op.cit. pág. 276.

¹¹³ “[La casación en el fondo] altera todo el sistema, y contribuye a redefinir la finalidad de esas formalidades. Hoy parece difícil entenderlas como una manera de restringir la competencia de la Corte, limitando su discrecionalidad al punto preciso planteado por las partes para evitar la avocación que se transforme en el representante del poder judicial; ahora no es raro que ellas sean interpretadas en el sentido de que en realidad aumentan la discrecionalidad de la Corte [...] Nada de extraño tiene que esta regla monárquica haya sido introducida en tiempos poco propicios para el estado de derecho en Chile, aunque es menos comprensible que el legislador democrático la haya mantenido” ATRIA, Fernando. Op.cit. pág.269.

¹¹⁴ También se ha sostenido a favor de la casación en el fondo de oficio la congruencia que debe existir entre el procedimiento de instancia y los recursos respectivos. Un procedimiento escrito y formalizado debe mantener recursos formalizados con filtros motivados en requisitos de forma y fondo. Pero si aspiramos a un proceso oral y desformalizado con la reforma procesal civil entonces los recursos debieran, en virtud de esta congruencia, ser desformalizados también. Y en ese sentido la desformalización que implica la casación en el fondo de oficio estaría en una correcta consonancia con la nueva oralidad desformalizada de los procedimientos. Estoy de acuerdo con la premisa general que los principios formativos de los recursos deben ser congruentes con los rasgos del procedimiento de instancia, mas esa es una buena teoría de la segunda instancia pero no de los recursos ante la Corte Suprema. Primero la casación en el fondo de oficio –supuestamente congruente con los procesos orales- se instauró en la década de los 80 en Chile cuando predominaban, todo lo contrario, los procedimientos escritos. Y, segundo, la defensa de la oralidad en el diseño del procedimiento de instancia descansa en sus ventajas para la apreciación de la prueba viva (testigos, peritos y declaración de parte) que lleva asociada la intermediación y concentración en esa apreciación. Eso hace a la oralidad un muy buen argumento cuando discutimos acerca de procedimientos donde sí hay apreciación de prueba viva. Pero si partimos del consenso que en el recurso ante la Corte Suprema no debe haber apreciación de prueba alguna, entonces esgrimir el argumento de la oralidad queda fuera de foco en el debate acerca de los filtros de admisibilidad del recurso de casación porque ahí no habrá prueba -ni viva ni de otro tipo- que apreciar conforme a la ventajas comparativas de la oralidad.

3.9.- Fallo de la casación.

En la versión original de la casación francesa la Corte, de encontrarle la razón al recurrente, solamente anulaba el fallo y reenviaba el caso a un tribunal inferior para que vuelva a ser juzgado. Ella sólo denunciaba cuándo un fallo tenía una aplicación incorrecta del Derecho mas no definía por sí cuál era la aplicación correcta, no reemplazaba la sentencia recurrida. El codificador chileno de 1902 era consciente que la versión original de la casación sólo incluía fallo de anulación. Sin embargo en su momento decidió apartarse de esa tradición e incorporar sentencia de reemplazo en Chile:

"Aun cuando, para conservar a la casación su verdadero y elevado carácter, aconsejan muchos jurisconsultos limitar las funciones del tribunal a sólo la declaración que invalida el fallo reclamado, se ha creído preferible encomendarle también la resolución del asunto en que la casación recae [sentencia de reemplazo], con el fin de evitar dilaciones y gastos en los litigantes, y una organización más vasta del tribunal a quien se encarga esta misión".¹¹⁵

De este modo nuestra Corte, en realidad, dicta dos fallos, uno después del otro. El primero es el fallo de casación que anula la sentencia recurrida y, acto seguido, dicta la sentencia de reemplazo con la decisión final del caso (art 785). Pero como ha quedado demostrado, este tipo de reformas de trasfondo están fuertemente marcadas por opciones de modelo de Corte Suprema; y no quedan suficientemente explicadas por consideraciones de eficiencia sin más. En este sentido el codificador chileno de 1902 pareciera haber tomado esta decisión sólo en base a consideraciones de eficiencia ("con el fin de evitar dilaciones y gastos en los litigantes, y una organización más vasta del tribunal") sin notar las repercusiones a nivel del modelo de Corte Suprema que se instaura.

¹¹⁵ Mensaje Presidencial (Jorge MONTT – Máximo DEL CAMPO) al proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1902.

Hoy en día la Corte chilena falla 2800 casos al año aproximadamente, en el 53% rechaza la casación en su mérito y sólo el 9,2% los acoge.¹¹⁶ Esto la ubica, en el panorama comparado, como un tribunal de muchos fallos en contraste a los 200 anuales de la *Supreme Court* norteamericana y los 100 de la *House of Lords* inglesa. Obviamente el Tribunal Supremo español y al *Bundesgerichtshof* alemán fallan bastante más casos que la casación chilena, pero se trata de Cortes integradas con muchos más ministros y países exponencialmente más grandes en flujo de casos que maneja su sistema jurídico. Aun así es sorprendente, o preocupante, la cantidad de fallos en proporción a la cantidad de ministros de Corte (130 al año por cada juez). Para un juez nacional de instancia dictar 130 sentencias al año es normal, incluso cómodo para aquellas jurisdicciones sobrecargadas. Pero que los ministros del tribunal superior dicten una cantidad de fallos no menor, sino a la par o superior al de los jueces de instancia es significativo en cuanto al modelo de Corte. La casación en el fondo chilena es vista como parte del circuito regular de recursos. A pesar de catalogarse dogmáticamente como 'extraordinaria', los litigantes sí cuentan a diario con la casación. En consecuencia sus filtros de acceso son relativamente poco excluyentes (sólo un 18,2% queda excluido, *supra* 1.10) y por tanto los ministros necesitan despachar muchos casos anualmente y eso repercute desfavorablemente en la estabilidad de su jurisprudencia (*supra* 1.8).¹¹⁷

Por último quisiera destacar lo siguiente: la fundamentaciones que la Corte chilena hace de sus fallos son muy breves en comparación a una corte unificadora (*supra* 3.9). Incluso contrastado a nivel nacional también se ven breves. Paradójicamente los fallos de tribunales superiores son menos extensos que los de los jueces de instancia. Los jueces del fondo deben hacerse cargo de la prueba en sentencias de 10 a 20 páginas; mientras que los tribunales de revisión copian lo redactado por el tribunal inferior, agregan alguna frase ("vistos, se confirma con

¹¹⁶ El restante 38% se distribuye entre la declaración de inadmisibilidad por manifiesta falta de fundamento (10%), inadmisibilidad por el incumplimiento de otros requisitos formales (8,2%), un 3,2% de casos son casados de oficio y un porcentaje no menor de recursos es desistido por los litigantes (10%). Fuente. Corte Suprema. *Cuenta Pública 2010*.

¹¹⁷ Es cierto que estas cuestiones quizás requieren una corroboración mayor, pero exceden los límites de esta tesis de pregrado. Dicha corroboración a partir de un análisis jurisprudencial más exhaustivo se reserva para una investigación doctoral.

declaración que...") o se hacen cargo de la causal específica en 2 o 3 páginas. Si la fundamentación es una garantía de corrección, entonces preocupa que la extensión de la fundamentación de los tribunales superiores sea considerablemente menor al de los tribunales inferiores que deben corregir.

Pero podría afirmarse que la extensión no es un valor en sí; que un argumento puede ser de peso a pesar de lo escueto; que los fallos de casación no pueden en Chile permitirse ser extensos, como un lujo, por la sobrecarga de casos de la Corte y sus ministros. Se trataría, otra vez, de una explicación de eficiencia, es decir, que los fallos necesitan ser breves para poder cumplir las metas de gestión.

Sin embargo, como ya hemos analizado, esa sobrecarga -que sin duda existe- se debe a una razón anterior: la adhesión al modelo de Corte de casación de ley que busca dar abasto para fiscalizar a todos los tribunales a su alcance. Sus fallos son breves porque como fiscalizador de la ley le basta con denunciar un error, más o menos evidente de identificar, y dar la respuesta correcta, sin muchos más pasos intermedios.

Además la Corte Suprema chilena no sale a buscar la adhesión moral a sus decisiones porque, fiel al modelo, está dotada de una fuerte autoridad jerárquica (*supra* 2.9). Por lo tanto no necesita fundamentar en extenso su casación porque sus fallos en sí mismo cuentan como órdenes que los tribunales inferiores deberán acatar. Y es en el ejercicio de esa autoridad jerárquica, rayana la prepotencia, lo que explica que la Corte Suprema haya privado a Karen Atala de la custodia de sus hijos con no más de tres frases tajantes acerca de su homosexualidad (*supra* 3.5.).

CAPÍTULO IV

RECURSO EXTRAORDINARIO EN EL PROYECTO DE NUEVO CPC.

En el proyecto de ley que establece un nuevo código procesal civil (N° Boletín 6567-07), el recurso extraordinario se encuentra regulado al final del libro tercero, que trata sobre los recursos. En concreto, se abocan a esta institución el título IV, desde el artículo 353 hasta el artículo 362.

Lo primero que cabe señalar es que se trata de una regulación sumamente breve. En efecto, en tan sólo 9 artículos se regula íntegramente el recurso extraordinario. A diferencia del actual recurso de casación, que en el código de procedimiento civil de 1903 se encuentran regulado desde los artículos 764 al 808, siendo cerca de 40 los artículos que se refieren a él.

En términos generales la regulación del recurso extraordinario comienza con una definición del objeto del recurso (353), después especifica el rol de la Corte Suprema y las hipótesis de unificación (354), continúa definiendo cuáles son las sentencias recurribles (355), plazo y forma de su interposición (356). Acto seguido el articulado refiere a los efectos no suspensivos del recurso (357) y su control de admisibilidad (358), destacándose sobre este tema el artículo específico sobre el *certiorari* (359). Después se define el modo en que se practica la vista del recurso (360) y cuáles serán los requisitos de su fallo (361), concluyendo con una disposición que vuelve obligatoria la publicación on-line de las sentencias (362).

4.1.- Objeto del Recurso.

Comienza el título IV sobre el recurso extraordinario en el proyecto de ley, definiendo el objeto del mismo recurso. En concreto señala:

“Art. 353. *Objeto del Recurso*. El recurso extraordinario tiene por objeto que la Corte Suprema unifique la jurisprudencia con ocasión de una sentencia notoriamente injusta para el recurrente. Se interpondrá directamente ante la Corte Suprema y lo fallado por ella será irrecurrible.

El recurso además tendrá por objeto revocar la sentencia impugnada si se han vulnerado sustancialmente garantías constitucionales.”

De la definición del objeto debe analizarse tres temas: La definición principal del recurso como de unificación de jurisprudencia (i), la relevancia que pueda tener la expresión "injusticia notoria" en el funcionamiento del recurso (ii), y la apertura que genera el inciso segundo al extender el ámbito del recurso al control de garantías constitucionales (iii). En el mismo orden paso a exponer.

(i) La redacción del artículo 353 deja en claro la opción del proyecto de ley por comprender la Corte Suprema como una instancia unificadora de jurisprudencia. Por eso se le define de ese modo a partir de su primer artículo.

Aún así, definir en estos términos el recurso fue el resultado de un debate arduo, que finalmente no logró ser zanjado por consenso en el foro procesal civil. Las tres posturas que se presentaban, de una tercera instancia (TAVOLARI), una casación al modelo español (SILVA) y una corte de unificadora de jurisprudencia (MATURANA) finalmente se fueron a votación, y por un margen estrecho ganó la propuesta del profesor MATURANA. Es en el contexto de manifestar cuál fue el resultado de esa votación que la redacción del articulado es explícita en la definición del objeto. Sin embargo, esas mismas tres posturas se mantienen vigentes incluso hoy en la Comisión Interministerial del nuevo gobierno por ser esos tres profesores miembros de ella, y es de esperar que este artículo y la definición de su objeto sean revisadas.

(ii) Ahora bien, cabe destacar que la definición del objeto también incluye una expresión especial: "injusticia notoria". Esta expresión fue incluida a petición del profesor TAVOLARI que, como se señaló, era partidario del cambio de un modelo de Corte Suprema hacia la tercera instancia que puede ser entendido incluso como contradictorio con un modelo de unificación de jurisprudencia que finalmente inspira la

redacción del articulado. Por eso, la inclusión de la expresión "injusticia notoria" puede terminar siendo profundamente asistemático con el modelo de unificación.

En realidad, la expresión "injusticia notoria" dentro del código proviene de los primeros intentos a comienzos del siglo XX de reformar el recurso de casación en el actual código de procedimiento civil de 1903.¹¹⁸ En efecto, la propuesta de aquella época de los partidarios de entender la casación como tercera instancia, incluía agregar en la redacción la expresión de "notoria injusticia" o similares. La razón era que una expresión de este modo incluiría injusticias no sólo respecto del derecho (que se llegaba un modelo sobre la casación) sino que también incluía las injusticias respecto de los hechos, completando así hechos y derecho un conocimiento completo de instancia en la Corte Suprema.

Ahora bien, en qué medida la sola expresión "injusticia notoria" puede terminar traicionando el modelo de unificación de jurisprudencia -dando un giro total al recurso hacia la tercera instancia- es una cuestión que parece exagerada de predecir. La injusticia notoria termina siendo un caso especial, pero especialmente intenso, del requisito común a todos recursos, a saber, de agravio. De este modo, lo que define el modelo de unificación o de tercera instancia no es la presencia o ausencia del agravio como requisito, sino que si ese agravio es entendido como un medio para otro propósito o como el fin mismo del recurso, respectivamente. Y de la redacción del artículo queda claro que ese agravio especialmente intenso ("injusticia notoria") es, en realidad, instrumental ("con ocasión de") a la función principal de unificación, confirmando así el modelo en vez de tergiversarlo. Por esa razón es más relevante - para pronosticar un eventual giro hacia la tercera instancia- anticipar qué efecto tendrá para el Tribunal Supremo, si entrará en el conocimiento de los hechos o no, el momento en que finalmente opere el inciso segundo sobre las garantías constitucionales.

¹¹⁸ Aunque el recurso mismo tenía su origen en el derecho indiano. ABAD, Miguel P. *El recurso de injusticia notoria en el Derecho indiano*. En: GUZMAN B. Alejandro (coord.) *El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los derechos patrios de América: actas del XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (16. 2008. Santiago de Chile)* / coord. por Alejandro Guzmán Brito, Vol. 1, 2010 (Tomo I) págs. 301-315.

(iii) Efectivamente, el inciso segundo del artículo 353 del proyecto de ley extiende el ámbito del recurso extraordinario a "revocar la sentencia impugnada si se han vulnerado sustancialmente garantías constitucionales". La razón por la cual se incluyó este inciso en el foro procesal civil fue el agotamiento de la vida interna en los derechos humanos.

Actualmente surge el problema que un litigante puede acceder a los tribunales internacionales de derechos humanos, como la corte interamericana, con tan sólo concluir la segunda instancia ante una corte de apelaciones. Por lo tanto, se venía entendiendo que es una corte de apelaciones donde se agota la vía interna para después poder acceder a la justicia internacional; saltándose, por así decirlo, a la Corte Suprema nacional. En ese sentido, se incluyó este inciso segundo para evitar ese problema. Es decir, la propuesta de redacción del artículo 353 deja en claro que el conocimiento de la Corte Suprema sí es parte de esa vida interna y debe ser agotada también antes de acudir a los tribunales internacionales. De este modo, si la responsabilidad del estado chileno estará comprometida en la litigación internacional de derechos humanos, entonces será la Corte Suprema, y no las diversas cortes de apelaciones, la encargada de definir la última postura nacional sobre derechos fundamentales.

El problema de incluir este inciso segundo consiste en si acaso será asistemático o no con el modelo de unificación de jurisprudencia que se pretende. En efecto, en el modelo de unificación se espera que la Corte Suprema solamente conozca casos específicos, en sus aspectos de Derecho. Pero incluyendo el control de garantías constitucionales puede ser que la Corte Suprema termine conociendo la generalidad de los casos y entre a evaluar no sólo al Derecho sino que también los hechos de la causa. Esta misma prevención sobre el inciso segundo y el control de garantías constitucionales dejó en claro nuestra Corte Suprema en el informe sobre el proyecto de ley de nuevo CPC:

“El proyecto consulta un recurso extraordinario que se interpondrá directamente ante la Corte Suprema y que le permitirá unificar la jurisprudencia con motivo de una sentencia notoriamente injusta y revocarla si se han vulnerado garantías constitucionales. No

se trataría, en este último caso, de una solicitud de nulidad sino de revocación, lo que conduciría a que el recurso *abra paso a una instancia revisora* de lo resuelto en el juicio.” (cursivas agregadas)

En este sentido, resulta más preocupante el inciso segundo que la expresión "injusticia notoria" en el inciso primero, para efectos de la deformación del modelo de unificación en tercera instancia.

4.2.- Función de la Corte Suprema.

El siguiente artículo del título IV regula dos temas distintos pero relacionados. Efectivamente el encabezado del artículo se titula como "unificación de jurisprudencia" pero al mismo también trata acerca de algo distinto, que es, definir la función de la Corte Suprema como tal. En concreto el artículo 354 señala literalmente que:

“Art. 354. *Unificación de la Jurisprudencia.* La función de la Corte Suprema es preservar la coherencia y unidad de los criterios de decisión en los tribunales del país en virtud del recurso extraordinario. En consecuencia, ejercerá su función de unificación cuando:

- 1) La sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme.
- 2) La jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí.
- 3) No existiere jurisprudencia sobre la materia.
- 4) Nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial.”

Como se ve, entonces, el articulado comienza con una definición explícita de la función de la Corte Suprema. Su función está definida como preservar la coherencia y unidad de los criterios de decisión en los tribunales del país en virtud del recurso extraordinario. De esta definición es necesario resaltar los siguientes temas.

(i) La expresión “coherencia y unidad” alude a que la función de la Corte Suprema es doble. Por una parte se señala que la corte debe preservar un único criterio en cada tema (“unidad”) evitando así el flujo libre de distintas interpretaciones en ese mismo ámbito. Pero no sólo en cada ámbito particularmente considerado debe haber una única interpretación común, sino que también la interpretación que se consta

en un ámbito debe ser coherente con las opciones de interpretación que se han adoptado en otros ámbitos ("coherencia"). De este modo, la función de unificación de jurisprudencia no se agotará en sólo definir la interpretación unitaria en materia de, por ejemplo, culpa contractual, sino que también la Corte Suprema deberá definir sus posturas en atención a las repercusiones que puedan tener en los otros ámbitos como la misma culpa pero en la responsabilidad extracontractual.

(ii) Además resalta que la definición de la función alude a preservar los "criterios de decisión" y no refiere exclusivamente a preservar la coherencia y unidad en la "interpretación de la ley". Se optó por la expresión "criterios de decisión" como una fórmula bastante más amplia que reconoce la interpretación de la ley como uno solo de esos criterios, junto con otros. Así entendido, en la preservación de la unidad y coherencia de criterios de decisión la Corte Suprema no sólo deberá controlar la interpretación de la ley, sino que también deberá unificar la adjudicación en base a principios jurídicos principalmente, consideraciones de equidad residuales u otras normas de distinto rango.

(iii) Cabe señalar también que la función de unificación compete a la Corte Suprema respecto de todos los tribunales del país, sin distinción. Por lo tanto a la Corte también incumbe la unificación de criterios no sólo en tribunales propiamente jurisdiccionales, sino que también en tribunales administrativos. Además está especificado que se trata sólo de los tribunales del país, por lo tanto queda fuera de la responsabilidad de la Corte Suprema preservar la coherencia de criterios de decisión entre los tribunales nacionales e internacionales.

(iv) Y destaca que toda esta función de unificación se realiza en virtud del recurso extraordinario. Por lo tanto, se insta a la Corte Suprema para que unifique los criterios sólo por esta vía y no por otras -como en los autos acordados- ni por otros recursos de diversa naturaleza que le corresponda conocer.

Con todo, la opción por incluir una definición explícita no es neutral. En principio, diríamos, la buena técnica legislativa aconseja no incluir definiciones. Sin

embargo en esta materia se optó por hacer excepción, y sí incluir una definición explícita, en razón del problema de "El Vértice Ambiguo" identificado por TARUFFO.

En efecto, como señala el autor el problema con los tribunales superiores en las sociedades modernas radicaría más bien en que su propia definición oscila de un extremo a otro entre la casación como tercera instancia, de un lado, y de unificación de jurisprudencia, del otro lado.¹¹⁹ Los tribunales de casación no están funcionando como deseamos no por un problema en su regulación sino porque los tribunales por sí reinterpretan una y otra vez la función que a ellos mismos les compete.¹²⁰ Entonces, para evitar esa oscilación del vértice ambiguo se optó por incluir una definición explícita de la cual no tan fácil nuestra Corte Suprema pueda desentenderse y evitar así que reinterprete su propio rol. Ahora bien, en qué medida incluir esta definición explícita evitará o no la oscilación de nuestra Corte, es algo que antes de entrar en vigencia no podrá ser confirmado ni refutado.

4.3.- Unificación de jurisprudencia.

Como vimos el artículo 354 que define la función de la Corte Suprema lleva por título "unificación de jurisprudencia", entendiéndolo que a su vez la definición de ésta se reconoce a aquella.

En ese sentido podemos entender que la unificación de jurisprudencia está definida como la preservación de la coherencia y unidad que los criterios de decisión de los tribunales del país.

¹¹⁹ La Corte de Casación estaría pasando por una "crisis de identidad" que "*deriva dal fatto che essa oscilla tra due modelli, diversi e per cert aspetti addirittura contraddittori*" TARUFFO, Michele. *Funzioni...* op. cit. pág. 158.

¹²⁰ El problema no depende, en realidad, de la presencia o de la ausencia de dichas normas, sino "*dal modo in cui la Corte di Cassazione interpreta in concreto il proprio ruolo.*" TARUFFO, Michele. *Il Controllo sulla motivazione della sentenza civile. En su: Il Vertice Amgiuo, Saggi sulla cassazione civile.* Bologna. Il Mulino. 1991. pág. 154.

En otras palabras, cuando el artículo 54 define de ese modo la función de la Corte Suprema está al mismo tiempo definiendo lo que es unificar la jurisprudencia. La expresión "unificación de jurisprudencia", entonces, equivale a una versión abreviada de "preservar la coherencia y unidad de..." siendo entonces indiferente describir la función de la Corte Suprema de uno u otro modo.

Ahora bien, además de esa definición general del inciso primero del artículo 354, acto seguido se señalan cuatro hipótesis específicas de unificación.

En concreto se especifica que a la Corte Suprema corresponde unificar cuando la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme (i), la jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí (ii), no existiere jurisprudencia sobre la materia (iii) y que nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial (iv).

(i) Oposición. La primera hipótesis de unificación, que llamaremos brevemente de 'oposición', esta regulada en el artículo 354 letra "a" del siguiente modo: "En consecuencia, [la Corte Suprema] ejercerá su función de unificación cuando: a) La sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme."

Esta primera causal es, desde ya, la que marca la diferencia entre éste recurso de unificación del PCPC y los recursos de similar naturaleza que se incluyeron en la reforma procesal penal y la nueva justicia laboral. En las reformas penal y laboral el recurso ante la Corte Suprema también tomó un giro jurisprudencial, sin embargo su competencia estaba limitada sólo a aquellos casos en que existieran fallos contradictorios (que en el PCPC es la hipótesis del art.354 "b").

De este modo, y paradójicamente, esta nueva Corte Suprema sólo podía intervenir para unificar fallos contradictorios, mas no para defender la jurisprudencia ya unificada. Por eso el PCPC agrega esta causal de oposición, y la agrega en primer lugar. Una Corte jurisprudencial -se entendió- primero identifica las tendencias jurisprudenciales actualmente uniformes y revoca los casos que se apartan de ellas. La Corte unificadora entonces no sólo entrará a dirimir cuál jurisprudencia, de entre varias, gobernará un género de casos; sino que además, y primero, intervendrá para fiscalizar

que ese género de casos efectivamente esté siendo gobernado por esa jurisprudencia y no otra.

(ii) Contradicción. La segunda hipótesis de unificación, que llamaremos brevemente de 'contradicción', está regulada en el artículo 354 letra "b)" del siguiente modo: "En consecuencia, [la Corte Suprema] ejercerá su función de unificación cuando: b) La jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí."

La prevalencia de jurisprudencia contradictoria en diversas materias es el motivo principal, y más grave, para el giro hacia un modelo de Corte unificadora. La subsistencia, más o menos impune, de fallos contradictorios reduce su valor predictivo. Una Corte que desatiende la consistencia de su decisión actual con su jurisprudencia anterior -sea porque privilegia la justicia material del caso o preserva la exégesis descontextualizada de un estatuto- termina siendo poco informativa de su conducta futura. "La jurisprudencia de mérito priva de atendibles puntos de referencia, se vuelve caótica y casual; las partes frente a una Corte imprevisible, no se dirigen a ella para obtener certeza, sino para sacar provecho de la incerteza general".¹²¹

Y para evitar más de esas contradicciones (*circuit split*) —se pensó con la reforma penal y laboral— lo que correspondía a nuestra Corte Suprema es que se aboque exclusivamente a lo contrario: a sólo unificar fallos contradictorios. Eso razonamiento pareciera ser el que explica por qué en la nueva justicia penal y laboral, si bien se abrazó un modelo de corte suprema unificadora de jurisprudencia, sólo se previó la hipótesis de contradicción; obviando otras hipótesis tanto o más consustanciales al modelo -a saber, la oposición y los vacíos de jurisprudencia- que no fueron incluidas a las competencias de la Corte.

Por último, una vez que la Corte haya unificado jurisprudencia en una hipótesis de contradicción, es claro que a futuro los litigantes no podrán citar los mismos fallos que daban cuenta de esa contradicción. La causal de contradicción no podrá ser

¹²¹ “[L]a giurisprudenza di merito, priva di attendibili punti di riferimento, diventa caotica e casuale; le parti, di fronte ad una Corte imprevedibile, non vi si rivolgono per ottenere certezza, ma per sfruttare a proprio vantaggio la generale incerteza.” TARUFFO, Michele. *Linee per una riforma della Cassazione Civile. En su: Il Vertice Amgiuo, Saggi sulla cassazione civile*. Bologna. Il Mulino. 1991. pág.173

invocada nuevamente porque de ahí en adelante el fallo de la Corte "define *ex novo*" la jurisprudencia uniforme que gobernará la materia, descartando por completo el mérito de los fallos disidentes anteriores.

(iii) Vacío. La tercera hipótesis de unificación, que llamaremos brevemente de 'vacío', esta regulada en el artículo 354 letra "c)" del siguiente modo: "En consecuencia, [la Corte Suprema] ejercerá su función de unificación cuando: c) No existiere jurisprudencia sobre la materia."

Además de la oposición y la contradicción, la Corte unificadora debe hacerse cargo asimismo de las materias en que no hay criterios jurisprudenciales desarrollados en absoluto.

Es cierto que cuando el recurso extraordinario opera en esta hipótesis de vacío jurisprudencial (art.354 "c") en rigor no hay propiamente "unificación" de criterios porque al no haber jurisprudencia alguna en juego -ni en uno ni en otro sentido- entonces "en realidad, no habría nada que unificar".¹²² Pero más allá del problema conceptual de si el término "unificación" o "uniformidad" es suficientemente inclusivo (o no) de todas las hipótesis del artículo 354 del PCPC; el problema práctico que resuelve el 354 "c" es la dispersión de criterios que, sistemáticamente, genera la nueva legislación.

En el Estado regulador contemporáneo, caracterizado por el auge de legislación especializada fuera de los códigos, es usual el recambio de los estatutos legales que los tribunales deben aplicar. A diferencia de los periodos en que predominaba una codificación estable -en donde se podía esperar que las disputas interpretativas estuvieran cabalmente resueltas por una jurisprudencia ya decantada- el Estado regulador va planteando nuevas disputas interpretativas a medida que promulga nuevos estatutos, a una velocidad que supera la capacidad de reacción de la jurisprudencia. Las áreas aun sin una solución jurisprudencial, en ese contexto, dejan de ser casos aislados. Por eso prever una solución sistemática para afrontar esas áreas sin jurisprudencia previa (art.354 "c") cobra hoy mayor relevancia.

¹²² Corte Suprema. Informe sobre Proyecto de Ley sobre Nuevo Código Procesal Civil. N° 199.

(iv) Variación. Y la cuarta y última hipótesis de unificación, que llamaremos brevemente de 'variación', está regulada en el artículo 354 letra "d)" del siguiente modo: "En consecuencia, [la Corte Suprema] ejercerá su función de unificación cuando: d) Nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial."

Esta hipótesis de variación de jurisprudencia es, sin duda, el aspecto más interesante y llamativo del recurso extraordinario, especialmente para un observador del *civil law*. Otorgar a la jurisprudencia el estatus de fuente del Derecho, diríamos, implica entenderla como un criterio de decisión vinculante que la Corte no puede desatender. Pero otorgarle al mismo tiempo la facultad para variarla por sí sería incompatible con ese estatus; equivaldría a permitir que la Corte se desentienda, de un momento a otro, de aquella jurisprudencia que le era vinculante aplicar al caso. Sin embargo en el *common law* la misma posibilidad de variar una tendencia jurisprudencial no pone en duda el sistema de precedentes (*stare decisis*); esos cambios (*overruling*) si bien son inusuales, son vistos como puntos de inflexión importantes en la historia de su tradición.

La razón por la cual los sistemas regidos por precedentes dejan espacio para que la Corte Suprema, por un acto propio, decida variar la tendencia jurisprudencial es evitar la petrificación del Derecho que generaría el apego rígido a precedentes. Pero, en realidad, nunca ha existido la defensa de una jurisprudencia 'diacrónica', desentendida del contexto en el cual el precedente surge y se aplica. No, lo que se defiende es la uniformidad 'sincrónica', atenta a su contexto de origen y de aplicación de la jurisprudencia¹²³. Pero admitir que la jurisprudencia puede y debe variar para adecuarse a los cambios pareciera traicionar la seguridad jurídica que justificó, desde un comienzo, introducir el modelo de unificación de jurisprudencia. No tendría sentido defender el valor predictivo de los precedentes -y orientar nuestra conducta en base a

¹²³ Esta idea de la jurisprudencia sincrónica es formulada Gino Gorla y es seguida por Taruffo en términos uniforme interpretación de la ley en un mismo momento. Los cambios en la jurisprudencia -de por sí posibles y hasta algunas veces deseable- se produzcan cuando estén justificados por buenas razones, de modo que se asegure la creación de una 'nueva uniformidad'. TARUFFO, Michele. *Funzioni e problemi attuali della Corte di Cassazione* En su: Il Vertice Amgiuo, Saggi sulla cassazione civile. Bologna. Il Mulino. 1991. pág.165.

ellos- si a la hora del litigio la jurisprudencia puede ser variada, cambiando a último minuto nuestras reglas del juego.

Esta pugna entre seguridad jurídica y adecuación sincrónica de la jurisprudencia -como objetivos que deben ser maximizados ambos- habría encontrado un balance óptimo en "*Great Northern Ry. Co. v Sunburst Oil & Refining Co.*" (U.S.1932) con la tesis del "*prospective overruling*".

La solución consiste en que, si los nuevos contextos justifican variar la jurisprudencia, el caso *sub lite* se seguirá fallando conforme al precedente anterior en respeto de la seguridad jurídica; pero el fallo constituye para los demás ciudadanos una advertencia suficiente que los casos futuros serán fallados conforme a la nueva jurisprudencia que corresponde.

De este modo con "*Great Northern...*" se excluye la aplicación retroactiva de los nuevos criterios -que es lo que genera la pugna con la seguridad jurídica- pero al mismo tiempo plantea el dilema para los jueces de tener que decidir el caso actual conforme a un criterio que, saben, ya no es justo seguir aplicando. Pero a pesar éste dilema, "*Great Northern...*" pareciera ser la mejor solución en la pugna entre seguridad y sincronía, mejor comparada con la aplicación retroactiva de los nuevos precedentes, que sería la solución que propone para Chile el PCPC. Por lo tanto si preferimos adoptar para nosotros la *prospective overruling* entonces se deberá modificar la letra "d" del artículo 354 en el sentido de agrega la expresión "en los casos futuros" u otra similar. Para evitar los problemas de seguridad jurídica que plantea la retroactividad en la variación de jurisprudencia propongo que una nueva redacción debiera dar a entender que la Corte Suprema ejercerá su función de unificación en virtud del recurso extraordinario cuando "d) Nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial *en los casos futuros*".¹²⁴

¹²⁴ Recordemos que en el *common law* el Derecho es visto como una labor colectiva, cuyo contenido continúa y al mismo tiempo progresa en una suerte de "posta" de precedentes de un juez a otro. El Derecho es una acumulación, durante siglos, de aquella cuota de sabiduría que encierra cada decisión de cada juez sobre casos del pasado; eso es el verdadero 'derecho común' (*common law*). donde no sólo el legislador sino que también los jueces, y en especial la *Supreme Court*, son corresponsables por su desarrollo (*supra* II.10).

4.4.- Jurisprudencia: ¿Uno o varios fallos?

Ahora bien, hay una cuestión común que enfrentarán todas las causales, cuestión que hasta cierto punto es anterior a ellas. Se trata del problema conceptual acerca de si debemos entender que hay "jurisprudencia" si y sólo si se reúnen múltiples fallos con el mismo sentido, o basta un solo fallo previo. Así por ejemplo, si entendemos que "jurisprudencia" son varios fallos, entonces una materia en que sólo existe un único fallo previo no puede ser tratado como un caso de oposición (porque un único fallo no constituiría "jurisprudencia" alguna ante la cual la sentencia recurrida se pueda oponer). En consecuencia, si ese único fallo previo no constituye jurisprudencia en esa materia, entonces ahí el recurso extraordinario deberá invocarse en virtud de la causal de vacío y no de oposición. Otro ejemplo sería una nueva materia en que sí existen varios fallos en el mismo sentido y sólo uno en contra. Si entendemos que "jurisprudencia" puede ser un fallo tan sólo, entonces esa materia debe ser tratada como contradicción de jurisprudencias (donde se confrontan una primera jurisprudencia compuesta de múltiples fallos contra otra jurisprudencia de uno solo). Pero si, en cambio, partimos de la comprensión que "jurisprudencia" son varios fallos, entonces ese único fallo disidente no constituye por sí una jurisprudencia que alcance a entrar en contradicción con la otra. Luego, esa segunda materia debe ser tratada no como una contradicción sino como una oposición a esa primera jurisprudencia, la única que existe como tal.

Planteada como una cuestión de análisis puramente hermenéutico —de encontrar "el verdadero sentido" del término 'jurisprudencia'— el problema pareciera no encontrar una respuesta definitiva. Pero planteado desde el análisis comparado esta misma cuestión sí está claramente identificada.

Como vimos en la introducción, por una parte existen los sistemas de "jurisprudencia constante" (donde los tribunales siguen los criterios de los fallos anteriores sólo si son múltiples y en el mismo sentido) *versus* un sistema "de precedentes" o *stare decisis* (en donde un sólo fallo anterior puede hacer cambiar los

criterios de decisión a futuro). Para un observador del *common law*, la diferencia entre su tradición jurídica y la tradición del *civil law* no es que para ellos los fallos anteriores sí son vinculantes y para nosotros no, como un todo o nada. No, ese sería el modo en que se diferenciaría un observador del *civil law*, que binariamente asignaría valor a los fallos previos dependiendo de si tienen o no el estatus de fuente del Derecho. El observador del *common law* tomaría un camino distinto, y reconocería que en ambas tradiciones las decisiones pasadas sobre casos homólogos importan; la diferencia radicaría, según él, en que para nosotros las decisiones pasadas importan sólo cuando se reúnen varias, tantas como para constituir una "jurisprudencia constante" y para ellos importan los fallos uno a uno porque cada cual tiene el potencial por sí de sentar "un precedente". Por eso cuando ellos dicen que en el *civil law* no tenemos precedentes, no quieren decir que para nosotros no existan los fallos anteriores o que no les asignemos valor en absoluto. Cuando dicen que "no tenemos precedentes" ponen el énfasis más bien en que para nosotros un sólo fallo, aisladamente, nunca tendrá el peso suficiente como para cambiar por sí los criterios judiciales de decisión (peso que para ellos sí puede tener un precedente solitario).

Y desde este punto de vista comparativista, la pregunta que resuelve el problema (de si "jurisprudencia" es uno o varios fallos) refiere a si el recurso extraordinario que propone el PCPC introduciría en Chile un sistema de precedentes o uno de jurisprudencia constante. Y la respuesta depende, por supuesto, del modelo Corte Suprema que hay detrás, a cargo del recurso.

Como vimos en los capítulos anteriores, en el modelo de casación de ley la Corte afronta un fallo diverso como un error individual -y no como un fallo expositor de toda una doctrina disidente que lo respalda- y eso lo vuelve incompatible con el sistema de precedentes. Incompatible porque la razón que puede volver a cada fallo suficientemente potente como para cambiar criterios de decisión -es decir, con estatus de 'precedente'- es precisamente lo contrario: considerarlos a todos y cada uno como expositores de una pugna entre doctrinas con un peso propio e independiente de la cantidad de fallos que las reiteran. Por eso la casación de ley termina siendo afín, en cambio, a un sistema de jurisprudencia constante ya que, como vimos, en ese modelo la Corte no se asume responsable por la creación de uniformidad. La corte casacional

sólo reconoce cierta intervención propia en los criterios de decisión si se trata de continuar con un entendimiento tan consolidado desde antes, que a la composición actual de la Corte no se le puede atribuir su creación. Ambiguamente, entonces, la Corte casacional no se hace cargo de afrontar cada precedente pero se asume responsable de conservar la jurisprudencia constante aunque, a la vez, se irresponsabiliza de su origen y contenido.

El modelo que sí afronta cada fallo como el expositor de una doctrina es el de unificación de jurisprudencia. Claro, una Corte que se entiende a sí misma tomando partido entre dos o más interpretaciones razonables no puede descartar sin más el peso de un fallo individual como un error. Aquí cada fallo cuenta por la consistencia de la doctrina que lo respalda, aunque sea único, y no por la cantidad de veces que su doctrina ha sido reiterada en el tiempo. Y porque cuentan de ese modo es que la Corte unificadora puede asignar a un fallo solitario el estatus de precedente del cual tiene que hacerse cargo. Por eso el sistema de precedentes termina siendo más afín al modelo de Corte Suprema unificadora de jurisprudencia. Y como es precisamente ese modelo de unificación el que está detrás del recurso extraordinario del PCPC, debemos concluir, se introduce asimismo un sistema de precedentes donde "jurisprudencia" puede ser un solo fallo.

4.5.- Estrategia procesal

La existencia de las cuatro hipótesis de unificación abre la posibilidad a los litigantes de múltiples estrategias argumentativas para afrontar el recurso. Las causales que uno y otro litigante invocan rara vez serán simétricas. El recurrido, además de la negación directa de la causal invocada por el recurrente, puede invocar para sí una causal diversa dependiendo de la destreza con que administra las similitudes (o diferencias) de los casos. De este modo si un litigante plantea el juicio como un caso de jurisprudencia contradictoria, la contraparte lo defenderá como un vacío jurisprudencial. En este apartado desarrollaré un breve análisis de la interacción estratégica entre las causales.

En un primer ejemplo supongamos una materia en que existen dos precedentes anteriores (A y B) que podrían ser pertinentes al caso *sub lite*. Al recurrente conviene la aplicación de A y al recurrido conviene B. Si la Corte de Apelaciones dicta sentencia en el sentido B, el recurrente tiene dos opciones para revocarla interponiendo el recurso extraordinario. Por una parte podría alegar la contradicción, es decir, dar cuenta que sobre esa materia existen los precedentes A y B, contradictorios entre sí, y que entre ellos debe prevalecer A como el más correcto.

Por otra parte, el recurrente podría intentar una segunda estrategia, y en vez de alegar una contradicción, decidir plantear el caso como una oposición. En efecto, el recurrente puede intentar la distinción de los casos (*distinguishing*), es decir, que comparado el caso *sub lite* con el caso previo fallado en el precedente B, notamos que las circunstancias fácticas de uno y otro son tan disímiles entre sí que se vuelve impertinente el precedente B para gobernar el caso *sub lite* desde un comienzo. Por lo tanto, no se trataría de dos precedentes (A y B) que darían respuestas distintas al mismo caso (contradicción) porque el segundo (B) en realidad refiere a un caso que no es suficientemente similar como para ser tomado en cuenta aquí. De lo que se trataría, bajo esta segunda estrategia del recurrente, es de una oposición a la jurisprudencia: el único precedente pertinente al caso sería A y la Corte de Apelaciones se opuso a él resolviendo no-A (B). Si es así entonces la Corte Suprema debe revocar el fallo de la Corte de Apelaciones y dictar en reemplazo un fallo en el sentido A.

Por su parte el recurrido -al cual el fallo "B" de la Corte de Apelaciones sí le conviene mantener- también puede plantear el caso como una contradicción jurisprudencial entre A y B. Obviamente la diferencia estará en que el recurrido defenderá, en cambio, que debe prevalecer B (y no A) como el más correcto. Pero además de la contradicción, el recurrido también podría optar por plantear el caso como una oposición a la jurisprudencia, aunque la distinción de casos (*distinguishing*) tendría que hacerla en sentido inverso. En efecto, al recurrido convendría argumentar que, comparadas las circunstancias fácticas, el precedente que queda excluido de gobernar el caso *sub lite* es A (y no B). Luego, si el único precedente pertinente al caso *sub lite* es B, y la Corte de Apelaciones efectivamente falló B entonces la Corte Suprema debe confirmar ese fallo.

Ahora bien, la opción por una u otra causal tiene consecuencias para ambas partes, especialmente en las cargas de argumentación que una u otra deberán superar para ganar el juicio. Si el caso *sub lite* termina planteado como una contradicción de jurisprudencia, la carga de argumentación que determina la victoria refiere al "mérito jurídico" de un precedente sobre el otro. En otras palabras, la contradicción de jurisprudencia hace 'competir' a los precedentes a nivel de su mérito jurídico, y ganará la parte que compite mejor a ese nivel.

En cambio, si el caso se plantea como una oposición a la jurisprudencia, no se despliega esa competencia por el mejor mérito jurídico entre dos o más precedentes - competencia que sí se da en la contradicción- porque aquí es sólo un precedente el que está en juego. En los casos de oposición la carga de argumentación que define la victoria en realidad esta en una etapa previa, a saber, en la "distinción del caso" (*distinguishing*). Planteado el recurso extraordinario por cada parte como una oposición a la jurisprudencia (en que el recurrente pretende excluir B, y el recurrido excluir A) ganará el juicio el que defiende mejor las similitudes de su precedente con el caso *sub lite* y, al mismo tiempo, ataca mejor las diferencias del precedente opuesto, hasta volverlo impertinente.

Por lo tanto, desde el punto de vista de la estrategia procesal la opción por invocar la causal de contradicción o invocar la oposición debe ser analizada respectivamente en atención al mérito jurídico del precedente propio, por una parte, o la posibilidad de distinguir el caso hasta excluir el precedente opuesto, por la otra. Si nuestro precedente tiene un mejor mérito jurídico que el precedente contrario entonces conviene plantear el recurso extraordinario como una contradicción de jurisprudencia. Pero si nuestro precedente tiene un peor mérito jurídico, entonces conviene evitar la competencia de méritos que genera la contradicción. Es más racional, en cambio, plantear el recurso como una oposición a la jurisprudencia, apuntando a excluir la pertinencia del precedente de la contraparte -que, sabemos, tiene mejor mérito jurídico- explotando la distinción entre los casos.

Este primer ejemplo de interacción estratégica entre las hipótesis de unificación se caracterizaba porque la pretensión de cada parte sí estaba representada por algún

precedente previo. Al recurrente le interesaba obtener el resultado "A" y sí existió un precedente con el sentido "A" funcional a su interés. Viceversa el recurrido, efectivamente podía citar un precedente (B) que era funcional a su pretensión asimismo "B". Y, como vimos, cuando los intereses de las partes sí están representados por los precedentes en juego, las causales que se articulan son la oposición y la contradicción (art.354 "a" y "b"). Pero cuando la pretensión de uno u otro litigante no esta representada por ningún precedente que pueda citar a su favor, entonces la estrategia en el recurso extraordinario cambia y las causales que se invocan pasarán a ser las dos restantes: vacío y variación de la jurisprudencia (art. 354 "c" y "d").

Para explicar esto supongamos un segundo ejemplo. Se tratará nuevamente de una materia en que se han dado dos precedentes diversos (A y B) potencialmente pertinentes al caso *sub lite*. La Corte de Apelaciones resolvió, al igual que en el ejemplo anterior, en el sentido B y al recurrido también conviene que la Corte Suprema confirme dicho fallo B. El recurrente, a la inversa, pretende la revocación del ese fallo de la Corte de Apelaciones porque a él no le conviene el mismo resultado B. Pero supongamos que al recurrente -y esta es la diferencia de este segundo ejemplo- tampoco conviene un resultado A conforme al otro precedente; el recurrente pretende, en cambio, un tercer tipo de resultado -que llamaremos "C"- que no esta representado ni por uno ni por otro precedente disponible (ni por A ni B).

Para lograr el resultado C, al recurrente no le sirve alegar ni la oposición ni la contradicción de jurisprudencia (art.354 "a" y "b") porque, como vimos, alegar alguna de esas dos causales sólo concluye en un fallo conforme a algún precedente que ya haya sido planteado antes. Al recurrente aquí sólo le sirve alegar el vacío o variación de jurisprudencia (art. 354 "c" y "d") porque son las únicas causales que permiten concluir con un fallo en base un criterio no basado en un precedente previamente formulado. Pero optar por alguna de esas dos causales restantes implica diferencias en las cargas de argumentación que requieren ser analizadas estratégicamente. Una pretensión que carece de un precedente a su favor -como veremos- si bien no esta destinada al fracaso sin más, debe superar cargas de argumentación mucho más

exigentes en comparación a otra pretensión que sí estuviera sustentada en un precedente.

Al invocar el vacío jurisprudencial el recurrente deberá superar una carga de argumentación en extremo exigente a nivel de la distinción de casos. En efecto, necesitará una descripción del caso *sub lite* tan peculiar que excluya la pertinencia no sólo de un precedente (que es la carga del que invoca sólo la oposición) sino que, más aun, sea suficientemente peculiar como para excluirlos ambos. Ahora bien, en la distinción de casos el recurrente tendría el contrapeso del recurrido respecto sólo del precedente B, porque el recurrido no tendría interés desde un comienzo en defender la pertinencia de un precedente A que no le conviene. Sea como sea, si esa doble carga de argumentación en la distinción de casos lograra ser superada, aun así restaría superar alguna carga de argumentación pero ahora en la defensa del mérito jurídico de su tercera tesis (C) por sobre una hipotética cuarta o quinta tesis (D, E, etc.) que la Corte pudiera plantear de oficio a título de *iura novit curia*.

La variación de jurisprudencia, por último, sería la única alternativa que resta al recurrente para lograr su tercera tesis C si la doble carga de argumentación en la distinción de casos (que exige invocar la causal de vacío) no pudiese ser superada. Por lo tanto, en la variación de jurisprudencia el recurrente está liberado de fundamentar alguna distinción de casos porque desde el comienzo concede que sí existe un precedente desfavorable pertinente al caso. La carga de argumentación pesa aquí a nivel de la defensa de un mérito jurídico en términos especiales. A diferencia de la causal de contradicción -donde sólo se defiende el mayor mérito jurídico del precedente propio en comparación al peso relativo del precedente rival- en la variación de jurisprudencia el mérito jurídico que se defiende debe superar un estándar objetivo propio. En efecto, para lograr la variación se requiere fundamentar "nuevos contextos" (históricos, sociales o culturales) capaces de justificar el abandono de la tendencia jurisprudencial vigente. Pero desde ya es claro que cualquier modelo de unificación adhiere a una presunción fuerte a favor de mantener las tendencias jurisprudenciales; presunción que a la inversa implica un menosprecio *a priori* de esos nuevos contextos que los litigantes invocan.

Por eso la variación de jurisprudencia termina siendo, desde el punto de vista de la estrategia procesal, una causal bastante menos útil de lo que en un comienzo se pudiera prever.¹²⁵ La liberación de la carga de distinguir casos no compensa la dificultad extra de pretender detener la inercia de la jurisprudencia que gobierna una materia, a partir de 'nuevos contextos' que, sin más, despiertan suspicacia. Por eso la opción estratégica de invocar la variación de jurisprudencia sólo podría tener expectativas de éxito si se tratase de un caso 'emblemático' de una nueva corriente de opinión que, desde antes, ha cobrado fuerza por sí misma.

4.6.- Interposición

Acercas de la interposición del recurso el título IV regula el tribunal ante el cual se interpone el recurso extraordinario (i), su plazo (ii), la forma de interposición (iii), los efectos de la interposición (iv), las sentencias en contra de las cuales se puede interponer (v) y además los requisitos de fundamentación y antecedentes que se deben y pueden acompañar, estos últimos que serán explicados en el apartado siguiente sobre fundamentación.

El tribunal ante el cual se interpone el recurso extraordinario estaba determinado en el artículo 353, que señala en la oración final del inciso primero que se interpondrá directamente ante la Corte Suprema. Por lo tanto en el recurso extraordinario no habrá un tribunal *a quo*, como la Corte de Apelaciones, ante el cual se interpone el recurso para ante la Corte Suprema como tribunal *ad quem*.

(i) Ahora bien, esta modificación no es solamente el ahorro de un trámite. El hecho de eliminar la subordinación de un tribunal *a quo* a otro *ad quem* lanza la señal del abandono de la comprensión puramente jerárquica del poder judicial donde la Corte

¹²⁵ Como sí creyó nuestra Corte Suprema en su informe sobre el PCPC: “-A su turno, la letra d) establece la procedencia del ejercicio de esa función ‘cuando nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial, dando al recurso una amplitud tal que dejaría de ser extraordinario para transformarse en un medio corriente de impugnación de sentencias que se han ajustado a un criterio sostenido y uniforme en la interpretación de la ley, aplicándose al asunto controvertido.”

Suprema esta por sobre las Cortes de Apelación. No hay un tribunal *a quo*, y se interpone directamente ante la Corte Suprema porque es la encargada de la unificación de jurisprudencia. Así ella termina siendo un tribunal que desarrolla una función específica, paralelamente, y no como la culminación de un circuito jerárquico.

(ii) El plazo, a su turno, está definido en el artículo 356. Son 15 días que se cuentan, como siempre es la regla general de los recursos, a partir de la notificación de la sentencia dictada por el tribunal inferior. En la nueva justicia laboral, que posee un recurso del mismo modelo de unificación de jurisprudencia, posee asimismo un plazo de 15 días. Por último, en el Código de Procedimiento Civil de 1903 el plazo de 15 días también se establece. Se concluye que si bien la naturaleza del recurso ante el tribunal cambia radicalmente, el plazo para interponerlo se mantiene.

(iii) Respecto de la forma de interposición, brevemente, se establece en el mismo artículo 356 que se interpone por escrito. Se descarta así la posibilidad de interposición oral como sí estaría permitido respecto de otros recursos como la reposición en audiencia, y la apelación si es subsidiaria de la reposición en la audiencia también.

(iv) Respecto de los efectos del recurso extraordinario se señala en artículo aparte que la interposición del recurso no suspende, por regla general, la ejecución. Pero, obviamente, no se trata de una regla absoluta sino que se agregan las excepciones usuales sobre suspensión de la ejecución durante los recursos. En concreto, la ejecución se suspende si en el evento de revertirse la resolución por acogimiento del recurso extraordinario se vuelva, entonces, imposible la ejecución favorable al recurrido.

Ahora bien, como se pretende excluir por completo el uso estratégico del recurso extraordinario para postergar la ejecución, acto seguido el artículo señala que esta facultad se ejerce a solicitud de parte y además que la carga de fundamentación está del lado de decretar la suspensión. Pero se agrega la posibilidad de la Corte de suspender la ejecución a través de dictar orden de no innovar previo debate o incluso de plano.

(v) Por último, la gama de sentencias recurribles por este recurso está limitada en el artículo 355 a las sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, inapelables, dictadas por Cortes de Apelaciones. Destaca, de este modo, que las sentencias contra las cuales se interpone no sólo son las definitivas, sino también las interlocutorias, al igual que en la casación actual, que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, es suma, sentencias definitivas e interlocutorias que impidan llegar a una sentencia definitiva. Además deben ser sentencias inapelables, ubicando al recurso extraordinario fuera del circuito ordinario de recursos, una vez terminado éste. Y debido a que sólo son recurribles las sentencias dictadas siempre por las Cortes de Apelaciones se excluye entonces la posibilidad de que la Corte Suprema conozca del recurso extraordinario *per saltum* desde la primera instancia.

4.7.- Fundamentación de la Admisión.

Respecto de los requisitos de fundamentación el artículo señalado detalla qué tipo de argumentos deben esgrimirse, de un modo cuidadosamente coincidente al resto de las características del recurso. El inciso segundo del artículo 356 señala literalmente que:

“En su escrito el recurrente expresará en forma fundada en qué consiste la injusticia notoria, cuál es el interés público del caso y los motivos que justifican que la Corte Suprema deba avocarse al conocimiento del asunto, ya sea por la necesidad de unificación de jurisprudencia o por la vulneración de garantías constitucionales.”

Es necesario notar que la disposición distingue cuatro tipos de fundamentos. Primero la injusticia notoria (i), el interés público del caso (ii) y luego la unificación de jurisprudencia (iii) o la vulneración de garantías (iv) estos últimos dos como motivos que justifican el recurso ante la Corte Suprema.

(i) La exigencia de especificar en la fundamentación del recurso en qué consiste la “injusticia notoria” que se invoca se entiende bien si se coordina con la definición del

objeto del recurso en el artículo 353. Allá se define el objeto del recurso extraordinario en términos que la Corte Suprema unifique la jurisprudencia *con ocasión de una sentencia notoriamente injusta* para el recurrente. Esta primera exigencia de fundamentación, entonces, alude a detallar este agravio especialmente intenso que el recurso extraordinario exige como un caso instrumental a la unificación. Pero la fundamentación permitida es amplia y puede referir a cuestiones de hecho y de derecho que causan esta injusticia e hipotéticamente también a consideraciones no propiamente legales, como de equidad que resultan en la injusticia sin más.

(ii) Después la referencia al interés público del caso alude a una institución, quizás la más relevante, que está tratada después, en el artículo 359 sobre el *certiorari*. En concreto, el *certiorari* es la facultad de la Corte de seleccionar discrecional y positivamente (y no como un descarte negativo en la casación) los casos que conocerá. Pero esa selección, si bien discrecional, está orientada por el concepto de “interés público” del caso, sin perjuicio que finalmente la selección dependerá más de la regla de votación (al menos tres ministros).

Entonces, este concepto orientador de la selección por *certiorari* debe venir explícitamente fundamentada por el recurrente. El litigante podrá acceder a una oportunidad más acreditando que la relevancia de su caso va más allá de los intereses privados en juego y más allá de mérito jurídico interno. Y detallar ese interés público por el recurrente importa también después porque, como se verá en el artículo 361, la propia Corte en su fallo deberá rendir cuenta de cara a la sociedad por su selección del caso en base al mismo tipo de interés público.

(iii) El escrito del recurso debe desarrollar principalmente alguno de los dos motivos del recurso: o la unificación de jurisprudencia o la vulneración de garantías. Respecto la unificación de jurisprudencia se deberá señalar alguna de las hipótesis específicas de unificación: la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme (oposición), la jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí (contradicción), no existiere jurisprudencia sobre la materia (vacío) o que nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial (variación). En consecuencia a este carácter jurisprudencial se agrega en el inciso

tercero la necesidad, como requisito *sine qua non*, de agregar copia de la sentencia recurrida.

Ahora bien, esta exigencia de fundamentación requerirá desarrollar un análisis más sofisticado sobre las tendencias jurisprudenciales que el que se lleva actualmente. Analizar jurisprudencia no podrá seguir siendo la lectura descontextualizada de la interpretación de una norma en un fallo, sino que la comparación de las similitudes (y diferencias) relevantes del caso, como la identificación de las justificaciones principales del fallo (*ratio decidendi*). Y por esta misma necesidad de un análisis más sofisticado se entiende por qué se agrega la posibilidad de acompañar un informe en jurisprudencia, como una opinión independiente por investigadores especializados.

(iv) La posibilidad de fundar el recurso en vulneración de garantías constitucionales se debe coordinar con el inciso segundo del artículo 353. Como se vio este motivo de recurso extraordinario se incluyó para concentrar en la Corte Suprema el agotamiento de la vía interna antes de acudir a los tribunales internacionales de derechos humanos. Ahora bien, resulta curioso que, en realidad, la expresión que utiliza el proyecto de ley es “garantías constitucionales” y no “derechos humanos” si es esto último lo que se pretendía. La explicación fue, en el foro procesal civil, que a la Corte Suprema, como tribunal interno, le compete velar por la versión nacional de los derechos fundamentales, que son los consagrados en la constitución chilena. En ese sentido, la vía interna estará agotada si la última versión de los derechos fundamentales chilenos defendida por la Corte Suprema es menor a la versión internacional los derechos fundamentales (derecho humanos). Por eso finalmente esta exigencia de fundamentación deberá rendir cuenta del artículo 19 de la constitución y no necesariamente sobre tratados internacionales de derechos humanos.

4.8.- Admisibilidad.

Como vimos, la regulación de los filtros de acceso al tribunal superior es uno de los elementos centrales que definen la opción por alguno de los modelos. Resumidamente, en la tercera instancia ese filtro es solamente una admisibilidad

formal y negativa; en la casación de ley la admisibilidad es asimismo formal y negativa pero además preventiva sobre el fondo; y por último, en la unificación de jurisprudencia se trata más bien de una selección positiva, más o menos discrecional.

En el recurso extraordinario del PCPC esos filtros de acceso están regulados en los artículos 358 y 359. Concretamente, en el primero se trata del problema del control de admisibilidad formal y en la segunda disposición se regula la selección en virtud de *certiorari*. De este modo podemos decir que ya en la regulación del PCPC orienta el recurso extraordinario hacia el modelo de unificación porque incluye la posibilidad de selección.

Respecto del control de admisibilidad formal el PCPC experimenta con una fórmula para evitar las distorsiones de ese control —del uso de requisitos de forma para evaluar *de facto* el fondo y el predominio de la evaluación preventiva, y no la definitiva, sobre el mérito del caso— en la regulación del recurso extraordinario ante la Corte Suprema. En concreto señala:

“Art.358. *Control de admisibilidad*. La Corte Suprema declarará admisible el recurso cuando estime que se cumplen con los requisitos formales. Si estimare que no se cumplen lo señalará fundadamente en la resolución que rechace la tramitación el recurso, teniendo el recurrente el plazo de cinco días para subsanar dichos defectos.

Admitido a tramitación el recurso, el recurrido tendrá el plazo de 10 días para hacer valer las razones por las cuales estima procedente que la Corte Suprema no se avoque al conocimiento del asunto.”

Es necesario hacer notar los siguientes aspectos sobre la regulación de admisibilidad que propone el PCPC: la eliminación del control de admisibilidad sobre el fondo (i), la inversión de la carga de la fundamentación (ii) el plazo para enmendar la falta formal (iii) y la contradicción del recurrido (iv).

(i) Según la regulación del proyecto de ley la Corte Suprema está obligada a dar juicio positivo de admisibilidad verificando el cumplimiento de tan sólo los requisitos

formales. La Corte Suprema sólo puede evaluar, a título de admisibilidad, requisitos formales y no de fondo. En ese sentido, la frase “La Corte Suprema declarará admisible el recurso cuando estime que se cumplen con los requisitos formales” puede ser reformulada —manteniendo el mismo sentido normativo— como “basta con que se cumplan sólo los requisitos formales para que la Corte Suprema deba declarar admisible el recurso.”

Ahora bien, la omisión del control de los requisitos fondo no es casual. La razón por la cual se eliminó la posibilidad de evaluar preventivamente el fondo en sede de admisibilidad fue para evitar la práctica actual de la Corte Suprema consistente en seleccionar *de facto* sus casos bajo el rótulo de control de admisibilidad sobre el fondo. En otras palabras, se limitan las facultades de la Corte para rechazar por concepto de inadmisibilidad a tan sólo el incumplimiento de requisitos formales, ya no puede rechazar por inadmisibilidad en base a una evaluación preventiva de manifiesta falta de fundamento. De este modo, pasa ser explícita la opción del PCPC por no agregar *de iure* la evaluación preventiva del fondo. Si es así, entonces, se mantiene vigente el problema de cómo evitar que *de facto* se sobrepase la práctica de evaluar requisitos formales para controlar la tendencia a la sobrecarga.

Ahora bien, sería incorrecto entender la eliminación del control del fondo en sede de admisibilidad como un intento de restar discrecionalidad de la Corte para seleccionar sus casos y su carga de trabajo. No, sucede que esa discrecional se traslada desde la admisibilidad hacia la selección por *certiorari*. Es decir, la evaluación preventiva del fondo se elimina acá porque se agrega explícitamente después la selección fundada en base interés público. De ese modo, la posibilidad de la Corte Suprema de elegir los casos, y controlar su carga de trabajo, no se elimina sino que se transparenta.

(ii) Además destaca en la regulación del control de admisibilidad que este rechazo por inadmisibilidad formal debe ser fundamentado por el tribunal. Es decir, el incumplimiento de requisitos formales ya no permite a la Corte Suprema deshacerse de un caso sin más. La carga de la fundamentación está del lado del rechazo por inadmisibilidad y ya no puede ser de plano.

La razón de esta invención de la carga de la fundamentación es, claramente, el desincentivo para la Corte de usar el control de admisibilidad como un control de carga de trabajo. Sin embargo, cabe recordar nuevamente que si bien esta limitación del control de admisibilidad impide controlar el flujo de causas, esto no producirá un colapso de la Corte porque ella conserva la facultad explícita de selección por interés público.

(iii) Y el tercer elemento de esta regulación que impide el uso del filtro de admisibilidad para la descongestión de la Corte es el plazo otorgado al recurrente para enmendar su error formal. En concreto, el litigante que interpone el recurso extraordinario dispondrá de un plazo de cinco días para subsanar los vicios identificados por la Corte. De este modo, si el recurrente subsana los efectos de su recurso dentro del plazo, la Corte ya no tendrá motivos para excluir su caso en razón de admisibilidad. En consecuencia, el rechazo por inadmisibilidad no solamente requiere para la Corte una carga adicional de fundamentación, sino que además es inútil para excluir casos, ni descargarla de trabajo, porque aún así el recurrente puede replantearlo subsanando los defectos, una y otra vez.

(iv) Ahora bien, aprobada la admisibilidad del caso en estos términos, el inciso segundo del artículo 358 abre la posibilidad de contradicción por parte del recurrido. En concreto, señala el artículo literalmente, que el recurrido tendrá el plazo de 10 días para ser valer las razones por las cuales estima procedente que la Corte Suprema no se avoque en conocimiento del asunto. Así entendido, debido a que el juicio de admisibilidad ya ha sido superado, las razones que podrá esgrimir el recurrido deberán ser de orden no formal. Y las razones no formales que sí justifican que la Corte Suprema no se avoque el conocimiento del asunto son, primero, la ausencia de una necesidad de unificación de jurisprudencia y, segundo, la falta de interés público del caso para su selección por *certiorari*, que es precisamente lo que se evalúa por separado y después.

4.9.- *Certiorari*.

Debido a que es necesario para un modelo de unificación de jurisprudencia que la Corte Suprema dicte pocos fallos al año, es del todo estructural a la regulación del recurso incluir una facultad amplia de selección de casos. A la inversa, una Corte desprovista de un filtro sumamente restrictivo de acceso a ella, termina conociendo y fallando demasiados casos como para poder orientarse a futuro entre sus propias decisiones previas.

Por eso, para dar a la Corte ese control, es que se incluyó el artículo 359 en los términos que a continuación se señalan literalmente:

“Art. 359. *Certiorari*. Con todo, la Corte Suprema seleccionará para su conocimiento sólo aquellos casos que, cumpliendo con los requisitos anteriores, revistan interés público a juicio de a lo menos tres de sus ministros.”

Sobre esta norma quisiera detenerme a desarrollar distintos aspectos: el origen de la institución (i), sobre el concepto de interés público (ii), la regla de votación (iii) la rendición de cuentas por la selección (iv) cómo queda distribuida la carga de fundamentación en el acceso a la Corte (v) y por último la función que cumple el *certiorari* dentro de un modelo de Corte Suprema (vi).

(i) El *certiorari* es, en realidad, una institución del todo ajena a nuestra tradición de casación civil francesa y española. Se trata más bien de una facultad que ha caracterizado el *common law* y sobre todo a la *Supreme Court* norteamericana, consistente en la facultad que ella tiene de seleccionar de un modo bastante discrecional qué casos conoce y qué casos no. Cuando un litigante estadounidense intenta un recurso ante su Corte Suprema sabe, de antemano, que es muy improbable que ella acceda siquiera a conocer su caso (*writ of certiorari*). Lo más probable es, en cambio, que el litigante interponga su recurso y no reciba respuesta alguna de la Corte, nunca.

Eso contradice por completo nuestra tradición continental, en el cual entendemos que todos los tribunales, incluido el tribunal superior, deben cumplir el principio de inexcusabilidad.

Para nosotros, la Corte Suprema no puede dejar de conocer un recurso, discrecionalmente y sin más, debido al imperativo que sobre ella también rige de ejercer su ministerio una vez solicitada su intervención de forma legal. Bueno, en el derecho norteamericano, a la inversa, la Corte Suprema no está regida por un principio de inexcusabilidad en esos términos y debido a que su rol es la unificación de la jurisprudencia se entiende que no está obligada a dar respuesta a cada caso que se le formula sino sólo aquellos que revisten interés para dicha unificación.

(ii) El otro elemento que llama mucho la atención de este artículo, aparte de la facultad discrecional de selección, es la inclusión del concepto de "interés público". Llama la atención, en primer lugar, por la amplitud y vaguedad del concepto y, en segundo, por subordinar el conocimiento del caso a una cuestión ajena a él. En el mismo orden paso a exponer.

Por primer lugar, es cierto que la expresión "interés público" presenta una amplitud de sentido difícil de predecir y en consecuencia será difícil predecir también cuando se tendrá acceso a la Corte Suprema generando resultados discriminatorios en el acceso a ella.¹²⁶

Sin embargo, en la nueva comprensión de los recursos en el PCPC, el acceso a la justicia concluye en la segunda instancia. Es decir, el Estado cumple suficientemente la garantía de acceso con proveer justicia al ciudadano otorgando una primera instancia con intermediación y una segunda instancia amplia de revisión, quedando la Corte Suprema fuera del circuito judicial al cual el ciudadano puede exigir más acceso en cuanto derecho.

Careciendo entonces de un derecho a acceder a la Corte Suprema, el ciudadano no puede reclamar un trato discriminatorio respecto de un derecho que no

¹²⁶ DELGADO, Jordi. *El certiorari: un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema*. *Revista de Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo)*. N°22: 361-376. 2010.

tiene. Por lo tanto el legislador no estará infringiendo un derecho del ciudadano cuando entrega a la Corte Suprema un filtro amplio y discrecional -como "interés público"- para limitar el acceso a ella.

Dicho de otro modo, que la Corte Suprema excluya casos de un modo más o menos discrecional no es un trato discriminatorio a los derechos de los ciudadanos porque, desde un comienzo, no existe algo así como un derecho ciudadano a tutela personalizada de la Corte Suprema.

Por lo demás, la previsibilidad del acceso no pasará por el desarrollo de la exégesis de "interés público", sino por la identificación de las posturas de cada miembro de la Corte, que permitan anticipar los resultados de la votación de selección, a condición que a futuro sea estable la composición de cada sala.

En segundo lugar, también es cierto que se subordina el acceso a la Corte Suprema a que el caso reúna una condición ajena a él; la exigencia de interés público deja fuera aquellos casos que si bien pueden ser muy graves para los particulares intervinientes, carecen de trascendencia social.

Nuevamente, tampoco se puede esgrimir aquí una exclusión discriminatoria porque no hay un derecho para el acceso a la Corte Suprema respecto del cual requiera cumplir trato igualitario para los casos con y sin interés público.

Pero más importante aún, la exigencia de interés público refleja una opción de modelo. En la tercera instancia el caso puede revertir un interés puramente privado, en cambio en la unificación de jurisprudencia el caso debe revestir también un interés público.

Esto se debe a que el agravio del recurrente no es un fin en sí mismo, sino que un medio para entrar en la evaluación en el modelo de unificación. En ese sentido, lo que caracteriza lo "público" del interés del caso, es la relevancia para efectos de la unificar la jurisprudencia. Los casos que carecen de interés público en esos términos, siendo entonces de interés privado, no son conocidos por la Corte Suprema porque se debe descartar respecto de ella un rol de tercera instancia. Y en el otro extremo, los

casos cuya resolución tenga una especial trascendencia jurídica no serán conocidos en sala, como es la regla general, sino que serán conocidos por el pleno de La Corte.

(iii) Destaca también respecto de este artículo la regla de votación. Efectivamente, esta selección se produce cuando a lo menos 3 ministros consideran que el caso sí reviste interés público. Ahora, en el modelo original de *certiorari* norteamericano la regla de votación es uno de los elementos más importantes de la institución, que la llaman *the rule of four*. Claro, como la Corte Suprema norteamericana está compuesta de nueve miembros, exigir esta "regla de cuatro" implica que los casos se seleccionan con la "minoría absoluta", es decir, la mitad menos 1 de la cantidad total de miembros. La razón por la cual se exige minoría absoluta y no mayoría absoluta (la mitad más 1) es porque si fueran por mayorías, la votación de la selección sería sólo una anticipación de la votación del resultado definitivo. Así entendido, si fuera una regla de mayoría absoluta, las posturas doctrinarias que son mayoría en la Corte no se pronunciarían en contra de los temas en los cuales están en desacuerdo, sino que impedirían su selección desde un comienzo. En cambio, con esta regla de minoría absoluta (regla de 4 en un tribunal de 9) las posturas que son minorías dentro de la corte pueden forzar a las mayorías a pronunciarse sobre aquellos temas que rechazan.

Tomando en consideración que en Chile el funcionamiento de la Corte va a seguir siendo en salas, la redacción original que propuse para este artículo fue que la selección tenía que ser por dos miembros. Dado que cada sala está compuesta de cinco ministros, la minoría absoluta serían sólo dos y así funcionaría bien la regla. Sin embargo, cuando el proyecto de ley se presentó finalmente se subió la cantidad de ministros de dos a tres, es decir, pasó de una regla de selección de minoría absoluta a una de mayoría absoluta. Entonces, si la Corte Suprema sigue conociendo en salas de 5, la regla de *certiorari* tal cual quedó formulada en el proyecto de ley -no de minoría sino mayoría absoluta- tendrá el problema de ser una anticipación del resultado definitivo. Si queremos que las minorías dogmáticas de la Corte Suprema chilena sí puedan forzar a la mayoría a pronunciarse, entonces en la tramitación parlamentaria se debería presentar una indicación para bajar a dos miembros la regla de selección; o

pasar del conocimiento en salas (cinco miembros) al conocimiento del pleno, donde la misma regla de votación de tres, será bastante menos que la minoría absoluta.

(iv) Debe destacarse además que el *certiorari* implica una facultad de selección bastante discrecional, e incluso en la versión norteamericana original es costumbre que ni siquiera se fundamenta. Pero la regulación que propone el PCPC sí incluye asimismo la exigencia de fundamentación rendición de cuentas por esa selección. Es decir, se otorga esta facultad amplia para seleccionar a condición que los ministros correspondientes fundamenten, de cara al público general, las razones de su selección.

Por eso, acto seguido en el artículo 361 inciso segundo se establecen requisitos de fundamentación diferenciada. El fallo del recurso extraordinario debe exponer las razones para la unificación de jurisprudencia, la decisión misma, las medidas contra la injusticia notoria, y separadamente los fundamentos que sirvieron de base a la selección, es decir, la fundamentación del interés público del caso. Como se ve, entonces, el *certiorari* exige que los ministros hagan explícitas las razones por las cuales decidieron conocer el caso y, del mismo modo, los litigantes deben ser explícitos también en la fundamentación del interés público de su caso para merecer ser conocido por la Corte.¹²⁷

En la casación chilena actual el rechazo por "manifiesta falta de fundamento" también debe ser fundamentado. La diferencia con el *certiorari* es que en el rechazo por evaluación preventiva del fondo en casación ("manifiesta falta...") la fundamentación es negativa, es decir, se exponen las razones por las cuales 'no' se entró a conocer el caso. En el *certiorari*, en cambio, la fundamentación es positiva, es decir, aquí la Corte deberá rendir cuentas de por qué 'sí' escogió conocer el caso.

(v) Ahora bien, resulta interesante observar cómo quedan distribuidas finalmente las cargas de fundamentación en este filtro de acceso. Como vimos, cuando se evaluó la admisibilidad (sólo formal) la carga de fundamentación está del lado del rechazo y, por lo tanto, la Corte no tiene que fundamentar la aceptación por esa misma

¹²⁷ Art. 356, inciso segundo.

admisibilidad formal. Ahora bien, en la etapa posterior de selección por *certiorari*, la carga de fundamentación esta invertida, es decir, la Corte debe fundar la selección del caso y no su rechazo por *certiorari*.

A final de cuentas, entonces, la Corte tendrá su menor carga de fundamentación cuando acepta por admisibilidad el caso pero lo rechaza después en *certiorari*. De este modo, es de esperar que la Corte estratégicamente termine filtrando el exceso de carga de trabajo haciendo uso del *certiorari*, porque es la vía con menor carga de fundamentación que se exige. Sin embargo, esto no debe ser visto como un uso distorsionado del *certiorari* sino como precisamente su propósito. La menor carga de fundamentación está ubicada en el rechazo por *certiorari* (y no antes en la inadmisión formal, ni después en la aceptación por selección) precisamente para 'visibilizar' la conducta de la Corte cuando no pretende conocer un caso y limita el acceso a sí misma. A la inversa, para visibilizar cuando la Corte sí pretende conocer un caso, la carga de fundamentación está ubicada derechamente en la selección por *certiorari* y no antes en la admisibilidad.

(vi) Y por último, cabe advertir que sería incorrecto entender el *certiorari* sólo como un dispositivo para controlar la sobrecarga de trabajo de la Corte Suprema -como sí cree NIEVA y DELGADO- con el fin de cumplir estándares de eficiencia en la resolución de casos.¹²⁸ No, la opción por el *certiorari* debe ser entendida como parte de un modelo de Tribunal superior que limita su función a tomar partido en discrepancias interpretativas (unificación de jurisprudencia) y no encargado de fiscalizar cada error de Derecho que pudieran darse en los tribunales de segunda instancia (casación de ley) ni menos como un último *round* de la litigación ordinaria (tercera instancia). Si la fuerza de cada precedente es inversamente proporcional a la cantidad de precedentes —i.e.

¹²⁸ NIEVA F., Jordi. Prólogo. *En su: El recurso de casación*. Santiago. Abeledo Perrot. 2010. (serie Derecho y Proceso) pág V. y DELGADO, Jordi. *El certiorari: un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema*. *Revista de Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo)*. N° 22: 361-376. 2010.

TARUFFO— entonces es el *certiorari* el que, en definitiva, permite que pocos jueces decidan pocos casos para producir una jurisprudencia coherente.¹²⁹

4.10.- Vista.

Superada entonces la etapa de admisión y de selección en la tramitación del recurso extraordinario, según el artículo 360 del PCPC, la Corte Suprema ordenará “sin más trámite” el decreto “autos en relación” para su vista en la sala respectiva. Se contempla explícitamente también, en el inciso siguiente, que extraordinariamente la petición de parte la Corte Suprema podrá conocer en Pleno el recurso cuando la resolución que importe una especial trascendencia jurídica.¹³⁰

Sobre esta propuesta de regulación es necesario explicar básicamente tres temas.

Primero, La razón por la cual se señaló explícitamente que la vista de la causa correspondía después "sin más trámite" consiste en controlar los filtros de acceso que la propia Corte Suprema establece. Es decir, no se deja espacio para que la Corte exija trámites intermedios que puedan terminar operando *de facto* como filtros adicionales. Sólo la admisibilidad y la selección por *certiorari* -no otros trámites *ad hoc*- pueden limitar el conocimiento del asunto.

Segundo, destaca también que superada la admisibilidad y la selección se decreta el autos en relación. Esto quiere decir que en la regulación propuesta por el PCPC sigue participando el relator como intermediario entre los ministros y la información de la causa. Que siga participando el relator de este modo no es casual,

¹²⁹ “En esencia: pocos jueces que decidan pocos casos están en capacidad para producir una jurisprudencia coherente” TARUFFO, Michele. *La función de las Cortes Supremas*. op.cit. pág. 97.

¹³⁰ PCPC Art. 360. *Vista del Recurso*. Una vez admitido a tramitación y favorablemente seleccionado el caso, la Corte Suprema ordenará sin más trámite el decreto autos en relación para su vista en la Sala respectiva./ Extraordinariamente, a petición de parte, la Corte Suprema podrá ordenar que el recurso sea conocido por el Pleno, cuando se justificare por la relevancia que tenga la resolución del mismo atendida la trascendencia jurídica del asunto.

sino que se entiende coherente con que el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia no está orientado a la re evaluación de los hechos y por lo tanto no se requiere que los ministros tengan un acceso con inmediatez —es decir, sin un expediente escrito ni un relator de por medio— a la prueba rendida en juicio.

En tercer lugar, uno de los temas más importantes, en mi opinión, sobre el resto de la tramitación del recurso es si se conocerá en Sala o en Pleno.

En efecto, esa decisión que pareciera puramente de técnica procesal, tiene en realidad repercusiones en diversos ámbitos porque varía la cantidad de ministros fallando el caso y eso importa para el modelo de corte suprema que hay detrás (i) como terminaría operando la regla de votación de *certiorari* (ii) la estabilidad de la composición del tribunal (iii) y por último la cantidad de ministros de Corte Suprema que debiéramos tener en total (iv).

(i) Que el recurso sea conocido en sala o en pleno importa para la cantidad de ministros que lo fallan y, como vimos, la cantidad de jueces es un dato importante respecto del modelo de Corte Suprema. Claro, una corte unificadora tiende a tener pocos ministros como, por ejemplo, nueve en Estados Unidos y cinco en Argentina. Como sabemos también, la Corte Suprema chilena está compuesta de 21 ministros. Por lo tanto, cuando la Corte falla en pleno, deciden el caso todos los ministros que la integran, y esos mismos 21 son demasiados para un modelo de unificación. En cambio, cuando la corte conoce en salas por materias, son sólo cinco ministros por cada una, lo que sí es un número coherente con la corte puramente jurisprudencial.

Paradójicamente, en cambio, en el modelo de casación de ley actualmente vigente en Chile el conocimiento en pleno de 21 ministros —es decir, a demasiados jueces para unificar— está precisamente reservado para las hipótesis de unificación, cuando la propia Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso.¹³¹ Quizás por una inercia del modelo anterior, en el PCPC se continúa optando por entregar a más ministros el conocimiento de aquellos casos más relevantes (Art. 360, inciso segundo).

¹³¹ Art. 780 CPC de 1903.

Sin embargo, como vimos, un modelo unificador en realidad toma la dirección opuesta, de entregar la decisión a cada vez menos ministros.

(ii) Si el recurso se conoce en sala o en pleno (es decir con 5 o 21 ministros) importa también para el funcionamiento de la regla de votación por *certiorari*. En el modelo original de regla de votación (*rule of four*) las minorías dogmáticas podrán forzar a la mayoría de la Corte a pronunciarse sobre temas en el cual discrepa a condición que el quórum sea la minoría absoluta (50% -1). Como el quórum de selección que quedó finalmente en el PCPC es de tres ministros, si el recurso se conoce en salas de cinco entonces la regla de votación de la selección por *certiorari* no será de minoría absoluta, sino que mayoría absoluta, generando el efecto que la votación de la selección es una anticipación de la decisión final. En cambio si el recurso se conoce en pleno, con los 21 ministros, ese mínimo de tres para el *certiorari* sí será una minoría que podrá forzar a la mayoría a pronunciarse. Por lo tanto, si se conoce en sala o en pleno determinará si la regla de votación de la selección funcionará correctamente o no, y de seguir siendo en salas sería aconsejable bajar la regla de votación de tres a dos ministros.

Respecto de la regla de votación de la decisión definitiva, en cambio, no se establecen modificaciones por lo tanto es de presumir que se mantengan las normas sobre acuerdos, en el sentido de que decide la mayoría y en el evento de empate la votación del presidente dirime.

(iii) Ahora bien, si se conocerá en sala o en pleno también importa para la estabilidad de la composición del tribunal. Una corte unificadora necesita estar compuesta de pocos ministros para poder anticipar y predecir los resultados de las votaciones, para identificar las mayorías y minorías dogmáticas dentro de ella, que sería el caso del conocimiento en salas. Si la corte es muy numerosa es difícil identificar la postura del tribunal como un todo, que sería el caso del conocimiento en pleno.

Sin embargo, esta función de una corte de pocos miembros y estables para la unificación se pierde si es que en la composición de las salas, aunque es variable. A

pesar que sean pocos miembros por sala, los pronunciamientos de ella serán poco informativos para los casos futuros si la composición del tribunal cambia fácilmente. Por lo tanto, si con el recurso extraordinario la Corte Suprema va a seguir conociendo en salas, será aconsejable que la composición de ellas sea rígida.

(iv) Y por último, esta regulación permite afrontar derechamente el problema acerca de la cantidad adecuada de ministros de Corte Suprema que deberíamos tener.

Una de las primeras decisiones metodológicas que se adoptaron en el foro procesal civil fue postergar las discusiones de carácter orgánico al código orgánico respectivo, y no pronunciarse sobre ellas en el debate sobre el código procesal civil, a nivel funcional.

En ese sentido, se entiende que el foro no se haya pronunciado aquí sobre la cantidad de ministros que debiera tener en consecuencia la Corte Suprema, porque esa sería una decisión orgánica y con este acuerdo quedaba afuera.

Sin embargo, cuando se trata de la regulación del recurso ante la Corte Suprema, cuestiones funcionales y orgánicas están indisolublemente ligadas entre sí. Por lo tanto, la opción final por un recurso de tercera instancia, casación de ley o unificación de jurisprudencia debería correr paralelo a una decisión orgánica respecto de la cantidad de ministros de la Corte.

Si al menos se mantiene el modelo de unificación de jurisprudencia es claro que nuestra Corte Suprema no puede seguir estando compuesta de tantos miembros. O bien se reduce la cantidad de total miembros para que el pleno tenga un tamaño razonable para unificar, o se consolida el trabajo en salas de cinco miembros, compuestas rígidamente.

En ese sentido, la *Supreme Court* norteamericana puede trabajar siempre en pleno porque son solamente nueve miembros. Del mismo modo, en Argentina se bajó la cantidad de ministros a cinco de un modo consecuente al modelo de unificación de jurisprudencia que se adoptó.

Por lo tanto, es de esperar que a corto plazo se plantee nuevamente el debate acerca de la cantidad adecuada de ministros de Corte Suprema que debiéramos tener. No se me escapa que este no es un problema puramente jurídico, sino que también en gran medida político. En una corte con más miembros se diluye la porción individual de poder de cada ministro. A la inversa, reducir la cantidad de ministros implica aumentar exponencialmente la cuota de poder de cada uno. Sea como sea, predecir el resultado de la reforma procesal civil en este aspecto resulta en extremo difícil.

4.11.- Fallo - Fundamentación.

Debido a que se quiere dar un giro jurisprudencial al recurso, el modo en el cual están regulando sus fallos resulta especialmente relevante. Efectivamente, en sus últimos dos artículos, el título cuatro del libro tercero del PCPC concluye la regulación del recurso extraordinario tratando al tema del fallo y su publicidad. Primero el artículo 361 establece el plazo del fallo y sus especiales exigencias de fundamentación en los siguientes términos:

Art. 361. *Fallo del recurso.* La Corte Suprema actuando en Sala o en Pleno según el caso, deberá fallar el recurso dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que hubiere terminado su vista.

En la sentencia, sea que acogiere o no el recurso, el tribunal deberá exponer los fundamentos que sirvieren de base a la selección del caso, las razones para proceder a la unificación de la jurisprudencia en su caso, así como la decisión definitiva del asunto. Finalmente, ordenará lo que estime procedente en derecho para subsanar la injusticia notoria en que se hubiere incurrido.

Como se observa, primero se establece un plazo relativamente breve (20 días) para que la Corte pueda dictar el fallo. Si bien durante la tramitación legislativa ese plazo puede aumentar, el propósito de establecerlo no es tanto exigir estándares de eficiencia a la Corte sino que pone término con una mala práctica que se venía dando en dejar sin fallo determinados casos por trabas administrativas internas. Ahora bien, debido a que los fallos tendrán mayor relevancia por su peso jurisprudencial sería

aconsejable permitir un plazo mayor para el estudio y difusión del fallo, considerando aparte que la ejecución por el victorioso en las instancias anteriores no se suspende.

Ahora bien, lo más interesante de la regulación del fallo es sin duda alguna las exigencias de fundamentación en detalle del inciso segundo. En efecto, el PCPC opta por mantener diferenciada la fundamentación de la selección (i), las de la unificación de jurisprudencia (ii), la decisión definitiva (iii) y las medidas que subsanan la injusticia notoria.

(i) Primero debe tratarse en el fallo es la fundamentación de la selección por *certiorari*, independientemente de si el recurso ha sido en definitiva acogido o no. Que deba fundamentarse explícita y separadamente la selección está ya explicado por la orientación a la rendición de cuentas del *certiorari*. Ahora bien, lo que explica que la fundamentación de la selección deba practicarse incluso cuando el caso sea rechazado en definitiva, es la operación de las regla de minoría absoluta cuando fuerza a que la mayoría dogmática se pronuncie sobre un tema que, de antemano, se sabe que rechazará. Sin embargo, cómo el quórum de selección quedó de tres ministros, y la regla general sería el conocimiento salas, es de prever que los casos que se acogen por selección serán también los acogidos en definitiva, dándose escasamente hipótesis en que se supera la selección pero se rechaza en definitiva. Es decir, mientras la regla de selección siga siendo la mayoría, serán muy residuales los casos en que un fallo deba fundamentar la selección sin al mismo tiempo dar las razones del acogimiento definitivo del recurso.

(ii) Después de la fundamentación de la selección, el artículo destaca que se deben agregar las "razones para proceder a la unificación de la jurisprudencia en su caso". Cuando se trata de unificación propiamente tal, el fallo deberá entonces detallar la oposición, contradicción, vacío o variación (art. 354) que corresponda hacer a la jurisprudencia. Y dependiendo del grado de sofisticación que tenga la fundamentación del fallo en este punto es lo que permitirá después la distinción entre sus argumentos principales (*ratio decidendi*) y secundarios (*obiter dicta*) a la hora de discernir la pertinencia de un precedente para el caso concreto.

Sin embargo, la redacción del artículo 361 necesitó precisar que se requiere expresar las razones para proceder a la unificación de jurisprudencia "en su caso" porque, como vimos, el recurso extraordinario no sólo tiene el primer propósito de unificar jurisprudencia sino que también un segundo propósito de controlar garantías constitucionales. Por lo tanto, cuando se trata de un recurso extraordinario del segundo tipo, que controla la vulneración de garantías constitucionales, la fundamentación deberá versar obviamente sobre un tema distinto a la unificación de jurisprudencia. En estos casos la fundamentación del fallo deberá discurrir sobre la interpretación de la extensión de las garantías y el modo de su infracción. La fundamentación que haga la Corte en esa parte del fallo es también muy relevante porque determinará la última postura del Estado de Chile en la interpretación de derechos fundamentales antes de acceder a la corte interamericana.

(iii) Acto seguido, el fallo del recurso extraordinario debe señalar cuál es la decisión definitiva, lo cual no es para nada una opción obvia. En efecto, al señalar que debe establecer la decisión definitiva, el recurso extraordinario está optando a favor que la Corte dicte sentencia de reemplazo y no reenvío.

Si el tribunal superior no tuviera la facultad de decidir por sí mismo cuál es la respuesta correcta del caso (reemplazo) sino que su rol se limita a denunciar la infracción de una garantía procesal y entrega la decisión a nuevo tribunal de instancia que sí tenga la inmediación con los hechos y la prueba (reenvío) entonces estamos entendiendo el recurso extraordinario como un recurso de nulidad tan solo, que también es una opción como en materia penal.

Sin embargo en la reforma procesal civil se rechazó entender la Corte Suprema como tribunal solamente anulador. El control de garantías procesales está otorgada a las cortes de apelaciones, que según el PCPC agrega al recurso de apelación propiamente tal (control de los hechos y del derecho) además las causales de la casación en la forma actual, con ciertas modificaciones. En ese sentido, al recurso extraordinario solamente llegan aquellas causas filtradas de nulidades, en las cuales a la Corte Suprema le corresponde solamente pronunciarse sobre el fondo, en reemplazo.

(iv) Finalmente el fallo que acoge debe señalar las medidas que adopta para enmendar la injusticia notoria. Esa medida será usualmente la revocación del fallo de la instancia anterior y la suspensión de los efectos de su ejecución que según las reglas generales, recordemos, continuaba mientras duraba la tramitación del recurso extraordinario. Sin embargo, la fórmula del artículo 361 es amplia al igual que en el recurso de protección ('la adopción de medidas para el restablecimiento del imperio del Derecho') y en consecuencia es dable esperar la adopción de medidas que vayan más allá de la sola revocación y suspensión de la ejecución.

4.12.- Fallo - Publicidad.

Ahora bien, el artículo siguiente detalla aparte la regulación de la publicidad que tendrán los fallos de la Corte Suprema. El artículo 362 literalmente señala:

“Art. 362. Publicación de las sentencias. Las sentencias que fallen un recurso extraordinario deberán todas ser publicadas en la página Web del Poder Judicial, conteniendo especialmente un extracto de la doctrina jurisprudencial que se haya establecido con motivo del fallo.

La publicación deberá además señalar nominativamente qué Ministros fueron los redactores de los votos de mayoría, de minoría y quienes solamente concurrieron a la vista y acuerdo, sin haber intervenido en la redacción.”

En el modelo de unificación de jurisprudencia se entienden los fallos como un bien público. Es decir, un fallo es un bien cuyo valor radica en la medida que otras personas puedan obtener información a partir de él acerca de cómo decidirán los tribunales a futuro, reduciendo entonces los costos de transacción actuales. Por eso la publicidad de los fallos de un recurso unificador de jurisprudencia no puede ser una cuestión entregada a la discrecionalidad de la Corte (actualmente nuestra Corte efectivamente los publica en su página web) y, en consecuencia, se establece un deber completo de publicación: todas las sentencias y cada sentencia por completo.

Adicionalmente se agrega a la publicación la identificación de la doctrina jurisprudencial que el fallo establece. En este sentido, la publicación de fallos no puede ser puramente mecánica, sino que requiere un grado de análisis en el sentido que debe señalar al público general, en extracto aparte, cuál es el centro del fallo (*ratio decidendi*) que termina definiendo el *stare decisis* sobre la materia.

Pero además de ser explícitos en los fundamentos, la publicidad debe ser explícita y detallada respecto de los miembros de la Corte también. En este sentido, debe ser un dato público de acceso fácil a todos, saber con nombre y apellido quienes fueron los votos de mayoría y minoría, los que concurrieron a la redacción con los que simplemente adhirieron a los fundamentos. Este señalamiento nominativo es importante para la identificación de las mayorías y minorías dogmáticas de la Corte, que es lo que finalmente cuenta a la hora de identificar sus tendencias (o cambios) jurisprudenciales.

CONCLUSIÓN

De la casación a la unificación de jurisprudencia en Chile.

La reforma procesal civil modificará aspectos centrales de la justicia civil chilena, entre ellos, el recurso ante la Corte Suprema. En ese contexto esta tesis no estaría completa sin concluir con un análisis de la reforma misma.

Como vimos en los capítulos anteriores, actualmente en Chile existe un modelo de casación de ley en materias civiles y se propone sustituirlo por un modelo de unificación de jurisprudencia. En esta conclusión me enfocaré en la 'transición' de un modelo a otro: ¿Modelos tan arraigados en la tradición jurídica local pueden ser reformados? ¿Qué resistencias puede enfrentar la reforma? ¿Qué cambios culturales deben acompañar el cambio de modelo? ¿Cómo operaría un modelo extranjero trasplantado en un sistema jurídico tan diverso al de su origen? Dar respuesta a estas cuestiones define, un último término, la postura que adoptemos a favor o en contra de la reforma.

La reforma en contexto.

Puesta la reforma chilena en contexto de otras reformas observamos que la transición de la casación a la unificación ha predominado en el movimiento de 'modernización de la justicia' desde la década de los 90'.

En concreto, el modelo de Corte Suprema unificadora de jurisprudencia se introdujo primero en Chile con la reforma procesal penal (1995).

En efecto, se eliminó la casación penal y ahora solamente existe un recurso de nulidad contra el fallo del tribunal colegiado de primera instancia (Tribunal Oral en lo Penal). A la Corte Suprema en materia penal llegan sólo los casos de infracciones de derechos fundamentales en la tramitación del proceso penal (Art.373 letra "a" CPP) y

asimismo el recursos de “nulidad” para unificar jurisprudencia contradictoria de los tribunales superiores (376 inc.3° CPP).

Después la reforma a la justicia laboral introdujo un recurso de unificación de jurisprudencia laboral, el que se encuentra regulado entre el artículo 483 y 483-C del Código del Trabajo que continúa la línea de la reforma penal, y de hecho reitera la redacción del 376 inc.3° CPP.

Éste recurso, en realidad, no estaba previsto en el proyecto de reforma original (Ley N° 20.087) sino que tuvo su origen durante la tramitación parlamentaria. En concreto se introdujo con la segunda ley de reforma procesal laboral (Ley N°20.260) entrando en vigencia el 29 de Marzo del 2008. El primer recurso fue interpuesto en Octubre del 2008; pero la primera vez que la Corte Suprema lo acoge y unifica jurisprudencia laboral fue el 14 de Julio del 2009, es decir, 1 año y 4 meses después de la entrada en vigencia de la reforma.

Con la reforma procesal civil también se propone a futuro un recurso de unificación de jurisprudencia civil de similar naturaleza a éste en materia laboral.

En efecto, entre los artículos 353 y 362 del Proyecto de Ley que establece un Nuevo Código Procesal Civil (N° Boletín 6567-07 “PC PC”) establece un recurso extraordinario que tiene por objeto que la Corte Suprema unifique la jurisprudencia con ocasión de una sentencia notoriamente injusta para el recurrente. PCPC.

Ahora bien, éste recurso de unificación civil no sólo está contemplado, como en materia laboral, para los casos en que los tribunales superiores tengan interpretaciones diversas o contradictorias sobre el mismo punto; sino que también está previsto en otros tres casos: cuando la sentencia se oponga a la jurisprudencia uniforme, no existiere jurisprudencia sobre la materia o, por último, cuando nuevos contextos históricos, sociales y culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial (354 a,c,d PCPC).

Puesta en ese contexto la propuesta de un recurso de unificación en materias civiles no es una experimentación *ex nihilo*. A excepción de la reforma judicial de

familia que no alteró la apelación ni la casación, el recurso extraordinario civil se trataría de la continuación de un movimiento de reforma que ya ha ganado mucho terreno en el mismo sentido.

Ahora bien, por supuesto que continuar ese movimiento sólo puede ser un argumento a favor si se hace un diagnóstico positivo de las experiencias de reformas anteriores, lo cual puede ser puesto en duda. Pero aun pendiente ese diagnóstico el recurso extraordinario tiene un peso desde ya por su sistematicidad.

En efecto, cuál sea el destino final de la reforma del recurso civil, viceversa, importa a las reforma penal y laboral anteriores porque aquel será aplicación supletoria a éstas. Y de seguir adelante el proyecto de ley de nuevo CPC así configurado, estimo que el recurso extraordinario civil podrá operar correctamente como norma de aplicación supletoria al recurso de unificación laboral y nulidad penal (de unificación en Pleno y derechos fundamentales) ante la Corte Suprema porque comparten la misma configuración esencial en cuanto modelo.

¿Precedentes obligatorios en el *civil law*?

La negación de la jurisprudencia como fuente del Derecho es el primer elemento que encuentra a la mano un abogado del *civil law* -como los de Chile- para diferenciar la tradición jurídica a la que pertenece de aquella otra tradición del *common law*, ajena a él.

Se trata de una negación que defienden dogmáticamente a pesar de estar dispuesto a reconocer al mismo tiempo que en la práctica forense sí se toma cuenta la jurisprudencia al menos como patrones de conducta para poder predecir los criterios del juzgador y definir estrategias. Y del mismo modo la propuesta de incluir un recurso de unificación de jurisprudencia despierta el primer comentario de que eso sería volver a la jurisprudencia fuente del Derecho, como una cuestión prohibida para preservar nuestra identidad frente a la tradición de *common law*.

Descartando que la preservación de la identidad de una tradición pueda contar en sí mismo como un argumento fuerte en contra de la reforma,¹³² aquí es donde cabe preguntarse cómo operaría un modelo extranjero trasplantado en un sistema jurídico tan diverso al de su origen.

El argumento verdaderamente fuerte lo tiene DAMASKA al denunciar los problemas de rigidez que generaría aplicar una doctrina de precedentes de *common law* dentro del contexto de una judicatura jerarquizada de *civil law*. "[U]na doctrina de precedentes formalmente vinculantes sería mucho más rígida en el marco institucional continental que en el del *common law*. La razón primaria no es tanto un mayor espíritu de obediencia a superiores en los primeros que en los últimos, sino la diferente comprensión del precedente";¹³³ las normas de decisión, concluye, en su momento se volverán intolerablemente rígidas. Por eso DAMASKA no sería partidario de aplicar un modelo de unificación a países de Derecho continental como Chile. "[U]na organización judicial compuesta por jueces relajadamente jerárquicos [del *common law*] puede requerir una doctrina de precedente vinculante como estabilizador ideológico interno, un funcionario de carrera jerárquico [de *civil law*] bien podría estar mejor sin él".¹³⁴

Ahora bien, hay experiencias en países latinoamericanos del *civil law* que han experimentado con importar el modelo de unificación. En concreto Brasil y Argentina poseen Cortes Supremas claramente jurisprudenciales y ellos aun no han denunciado que en su país se hubiese dado la rigidez que pronosticaba DAMASKA. Sin embargo el caso brasileño y argentino no son suficientemente parangonables con Chile porque ellos son Federaciones de Estados y nosotros un solo Estado Nación. Claro, en un Estado Nación no existen las autonomías normativas locales que una Federación otorga a sus Estados integrantes; y entre tantas autonomías estatales sí se necesitarían precedentes como "estabilizador ideológico interno" a nivel federal.

¹³² Como al parecer sí sostiene DELGADO C. Jordi. *La historia de la casación civil española: Una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de doctrina*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° 33: 345-367. 2009.

¹³³ DAMASKA, Mirjam R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2000.pág.68. nota al pie. 37.

¹³⁴ *Ibid.*

La respuesta al problema de rigidez denunciado por DAMASKA, en mi opinión, es la causal "d)" art 354 PCPC, variación de jurisprudencia. Recordemos que la redacción señala que "En consecuencia, [la Corte Suprema] ejercerá su función de unificación cuando: d) Nuevos contextos históricos, sociales y culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial." Es esta disposición la que deja un espacio para que la Corte Suprema, por un acto propio, decida variar la tendencia jurisprudencial. Y la razón por la cual los sistemas regidos por precedentes dejan este espacio es precisamente evitar la petrificación del Derecho que generaría el apego rígido a los fallos anteriores.

En el *common law* este espacio para ajustes viene dado por el desarrollo de la doctrina del *overruling*. Pero en el *civil law* no existe una doctrina equivalente y, es más, podría ser hasta rechazada. Otorgar a la jurisprudencia el estatus de fuente del Derecho, diríamos, implica entenderla como un criterio de decisión vinculante que la Corte no puede desatender. Pero otorgarle al mismo tiempo la facultad para variarla por sí sería incompatible con ese estatus; equivaldría a permitir que la Corte se desentienda, de un momento a otro, de aquella jurisprudencia que le era vinculante aplicar al caso. Admitir que la jurisprudencia puede y debe variar para adecuarse a los cambios pareciera traicionar la seguridad jurídica que justificó, desde un comienzo, introducir el modelo de unificación de jurisprudencia. No tendría sentido defender el valor predictivo de los precedentes -y orientar nuestra conducta en base a ellos- si a la hora del litigio la jurisprudencia puede ser variada, cambiando a último minuto nuestras reglas del juego. Es por ese rechazo que resulta previsible que una doctrina de *overruling* no será espontáneamente desarrollada de un modo explícito por nuestra Corte Suprema.¹³⁵ A cambio resulta preferible, por nuestra cultura legalista, incluiría de antemano en los estatutos procesales del recurso. Esa es la función del 354 letra "d)".

Ahora bien, nuestra Corte Suprema, desde ya, tiene aprensiones sobre esta causal "d)" del artículo 354 PCPC. En concreto, cuando evacuó el informe solicitado por el Congreso sobre el proyecto de ley señaló que:

¹³⁵ Una opinión diversa, que nuestra Corte Suprema sí cambia en progreso su jurisprudencia en TAPIA R., Mauricio. *Código Civil 1855-2005. Evolución y Perspectivas*. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2005. pp. 343 ss.

"A su turno, la letra d) establece la procedencia del ejercicio de esa función "cuando nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial", dando al recurso una amplitud tal que dejaría de ser extraordinario para transformarse en un medio corriente de impugnación de sentencias que se han ajustado a un criterio sostenido y uniforme en la interpretación de la ley, aplicándose al asunto controvertido.¹³⁶

Es razonable la aprensión de la Corte Suprema. La formulación tan amplia de la hipótesis de variación desde el *civil law* se ve como invitación a las más diversas aventuras de interpretación para el litigante estratégico. Sin embargo la doctrina del *overruling* no está formulada en términos menos amplios en el *common law* y aun así se mantiene como una vía bastante inusual, que prácticamente descartan los litigantes. Es que la adhesión misma a la cultura del respeto a los precedentes vuelve en extremo excepcional su variación, al menos explícitamente, hasta limitarlos a verdaderas coyunturas históricas.¹³⁷ Pero el punto fuerte de nuestra Corte es que introducir la variación dentro de una cultura ajena al respeto a precedentes -como la nuestra- podría terminar entendiéndola no como hipótesis enteramente excepcional, sino que una estrategia usual.

Además del progresivo apego a la cultura de precedentes que debería generar la reforma, la solución a la objeción de la Corte, estimo, es reformular el artículo 354 letra "d)" hacia la versión del *prospective overruling*, donde -ponderada la seguridad jurídica- la variación se aplica sólo a casos futuros, mientras que el caso actual se falla conforme a la jurisprudencia anterior (*supra* 4.3). Claro, si la variación no se aplica al caso *sub lite* entonces el litigante pierde el interés en ocupar esa vía porque no le permite obtener una solución distinta a su caso. Si sólo se altera el criterio para casos futuros, los litigantes interesados en usar la vía de la variación serán sólo aquellos con una perspectiva más a largo plazo, recuperando así su estatus de recurso extraordinario.

¹³⁶ Corte Suprema. Informe al Congreso sobre el Proyecto de Ley que establece un Nuevo Código Procesal Civil. (Oficio N°199) Agosto del 2 009. pág.5.

¹³⁷ Usualmente si un fallo arriesga alejarse de un precedente, optará primero por el *distinguishing* de su ámbito de aplicación y desmarcarse del precedente, antes que encarar frontalmente el peso argumentativo de un *overruling*.

Pero en cualquier caso, introducir un sistema fuertemente jurisprudencial, para que no genere rigidez ni variabilidad en exceso, requiere ir acompañado del desarrollo de una metodología mucho más sofisticada de análisis de precedentes; que identifique bien las similitudes y diferencias relevantes de caso a caso (*distinguishing*), que asigne peso a un fallo en razón de su argumento principal y no los secundarios (*ratio decidendi* versus *obiter dictum*), que sea apto, obviamente, para distinguir entre el peso de ambos y además una comprensión suficientemente restrictiva del *overruling* que, en línea de principio, desmerece los nuevos contextos que suelen invocar estratégicamente los recurrentes.

La propuesta NIEVA de reforma a la casación: La Sala de Apoyo.

Obviamente la propuesta de reforma chilena de reemplazar su casación de ley por la unificación de jurisprudencia no es unánime. El punto central del desacuerdo apunta al *certiorari* como filtro de acceso (demasiado) restrictivo a la Corte Suprema.

En reacción ha surgido un movimiento que propone reformas alternativas, compuesto de abogados de la plaza,¹³⁸ asesores de gobierno,¹³⁹ senadores,¹⁴⁰ académicos nacionales¹⁴¹ e internacionales.¹⁴² Ahora bien, en rigor esta corriente de autores no son contrarios a toda reforma en general; sino que son opositores a importar el modelo de unificación a Chile, en específico. A cambio, ellos suelen proponer reformas que -manteniendo el modelo de casación- optimizan su trabajo. En

¹³⁸ ROJAS, Mario. El Rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil. Revista de Actualidad Jurídica(Universidad del Desarrollo). N°2: 315-360. Julio 2010.

¹³⁹ José Pedro SILVA P. y Raúl TAVOLARI O., que participan en la comisión intraministerial del Ministerio de Justicia.

¹⁴⁰ PEREZ, Víctor. *Preveniones y Reforma Procesal Civil*. Diario El Mercurio. (1/11/ 2010).

¹⁴¹ DELGADO C. Jordi. *La historia de la casación civil española: Una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de doctrina*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N°33: 345-367. 2009.

¹⁴² NIEVA F., Jordi. El recurso de casación. Santiago. Abeledo Perrot. 2010. (serie Derecho y Proceso); DE LA OLIVA, Andrés. Casación, Oralidad y Nuevo Proceso Civil. Tres conferencias chilenas. Santiago. Ed. Jurídico de Santiago. 2009.

este apartado me haré cargo de las propuesta alternativa de reforma elaborada por Jordi NIEVA y sus "Salas de Apoyo".¹⁴³

Jordi NIEVA FENOLL es un autor de ideas originales, de estilo desenfadado y con un discurso de connotaciones peyorativas. Es abiertamente opositor a importar al *civil law* el modelo de unificación de jurisprudencia del *common law* con su selección discrecional por *certiorari*. El siguiente párrafo suyo sintetiza bien las críticas que desarrolla en diversos artículos:

"Muchos autores [que postulan un modelo jurisprudencial con *certiorari*] han preferido vaciar de contenido a la labor del Tribunal Supremo, dejándolo en la posición de un órgano prácticamente simbólico, que a base de repetir la misma jurisprudencia en unos pocos casos, en primer lugar deje al margen de su conocimiento y tutela enormes parcelas del ordenamiento jurídico, vulnerando de ese modo el *ius constituciones*. Y a la vez, con ese mantenimiento casi fosilizante de la jurisprudencia, lo que se propicia es que esa jurisprudencia vaya quedando desactualizada y que, además, prácticamente nadie la tenga en cuenta, porque es siempre la misma y cada vez tiene más lagunas. Por último, con esa manera de hacer se provoca una sensación enorme de indefensión entre la ciudadanía y sus abogados, puesto que saben perfectamente, sobre todo estos últimos, que nunca van a poder llegar a la Corte Suprema. Y con ello vulnera el *ius litigatoris*, que es la pieza esencial que tiene que proteger la casación para poder cumplir debidamente con su función nomofiláctica".¹⁴⁴

Ahora bien, NIEVA comparte el diagnóstico de crisis actual de la casación -y lo atribuye a que se trata de una institución del siglo XVII que sigue trabajando del mismo modo en el siglo XXI- pero en vez del *certiorari*, formula una propuesta alternativa que

¹⁴³ Es cierto que se trata un autor español, pero que entró al debate nacional cuando fue invitado a dictar conferencias en Chile en Noviembre del 2009 y con motivo de su visita se hizo una publicación especial de sus artículos sobre casación (De La Oliva en octubre del 2008 y NIEVA en Noviembre del 2009, ambos invitados por la Pontificia Universidad Católica de Santiago) Además estimo que la academia chilena debe dialogar más con la doctrina extranjera.

¹⁴⁴ NIEVA F., Jordi. Prólogo. En su: El recurso de casación. Santiago. Abeledo Perrot. 2010. (serie Derecho y Proceso) pág VI y VII.

reestructura la Corte de Casación de un modo particular para mantenerla;¹⁴⁵ propuesta que elabora a partir de la experiencia que le habrían transmitido magistrados cuyo nombre no puede revelar y sobre cifras calculadas *grosso modo* por él. En concreto, propone agregar una "Sala de Apoyo" al Tribunal Supremo español y éste pasará a llamarse "Sala Oficial". NIEVA afirma que actualmente el 95% de los casos de una Corte de casación son fáciles, una aplicación rutinaria de precedentes consolidados. "Todos esos casos (me refiero a los sencillos y, dentro de ellos con mayor razón a los desestimables) ocupan muy poco tiempo" además "entre un 80% a 90% de las sentencias [de casación] suelen ser confirmatorias, y en ellas hay poco que enmendar y mucho que copiar [...]". En suma, la Sala de Apoyo estaría compuesta de 15 o 20 magistrados de menor rango, encargado de ese 95% de casos que son fáciles porque se trata de una aplicación rutinaria de precedentes consolidados, o la sencilla desestimación del recurso, que concluyen casi todos (80% o 90%) en la confirmación del fallo recurrido. Esto permitiría liberar de esa carga a la Sala Oficial -que es el actual Tribunal Supremo con sus magistrados de rango máximo pero que paulatinamente estaría compuesta de menos jueces- la que pasaría a estar abocada a "los asuntos más complejos o en los que hubiera de modificarse la jurisprudencia" que además suelen ser los casos más divulgados después. NIEVA finalmente propone relajar los filtros de admisibilidad y, según él, eso no generaría una sobrecarga porque con el tiempo los propios litigantes frustrarían su intención de recurrir al observar la conducta fiel al precedente de la Sala de Apoyo.¹⁴⁶

Si bien sus argumentos contra el modelo jurisprudencial no son novedosos, representan bien el choque entre las auto-comprensiones de cada tradición. Para comprender la postura de NIEVA es necesario tener en cuenta que su punto de apoyo -sobre el cual levanta (*leverage*) sus críticas en contra de incluir *certiorari*- es reivindicar

¹⁴⁵ La razón por la cual es necesario mantener el tribunal de casación -ha repetido NIEVA hasta la saciedad- es "para que proteja el ordenamiento jurídico a través del mantenimiento de una jurisprudencia uniforme, así como de la casación de las resoluciones que resulten contrarias a dicho ordenamiento jurídico" NIEVA F., Jordi. *La relevancia social de la casación: La importancia del ius litigatoris*. pág. 70

¹⁴⁶ NIEVA F., Jordi. La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la "Unificación de Doctrina. Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho. En su: El recurso de casación. Santiago. Abeledo Perrot. 2010. (serie Derecho y Proceso) pág. 32, NIEVA F., Jordi. *La relevancia social de la casación: La importancia del ius litigatoris*. op.cit. pág 72-74.

la casación del *ius litigatoris*; desde la defensa de ese modelo -y su cercanía con la tercera instancia- formula sus ataques hacia la unificación.¹⁴⁷ Pero respecto de su propuesta de reforma en Salas de Apoyo, e independientemente de si las proyecciones estadísticas tienen bases sólidas o no, estimo que no puede ser presentada como una alternativa sustancial al modelo jurisprudencial: -La propuesta de NIEVA "es" como opera en la práctica hoy el *Writ of Certiorari*.

La *Supreme Court* norteamericana no ejerce por sí misma el *writ of certiorari*, sino que se lo encarga a su grupo de asistentes jurídicos -*law clerks*, 30 o más que si bien no son propiamente jueces, tienen un alto estatus y poder de decisión en la práctica. "Con miles de peticiones para que se concedan órdenes de *certiorari* cada año, los ministros de de la Corte Suprema han dependido por mucho tiempo de sus asistentes en la Corte para ayudarlos a identificar causas meritorias de *certiorari*".¹⁴⁸ Estos asistentes distribuyen entre ellos la suma de peticiones (*Cert Pool*) y elaboran informes (*memos*) estandarizados con una reseña breve de los hechos, la doctrina de Derecho, la relevancia del caso, otros antecedentes y finaliza con su recomendación de entrar conocer o no el asunto por la *Supreme Court*; y en la casi totalidad de los casos esa recomendación del asistente termina siendo confirmada. Entonces son los *law clerks* los que, en conjunto, filtran para los magistrados supremos los casos más relevantes necesitados de unificación, desechando la gran mayoría de recursos. "De las aproximadas cinco mil causas anuales que buscan revisión de la Corte Suprema, a menos del 5% se le concede una orden de *certiorari*. Si a una causa se le niega la orden, la decisión del tribunal inferior se mantiene firme y, salvo muy pocas excepciones, no quedan más vías de revisión".¹⁴⁹

¹⁴⁷ Si bien él defiende el dogma casacional de que ésta no constituye una nueva instancia porque no existe una revisión (explícita) de los hechos, es interesante notar que NIEVA defiende otros aspectos de la tercera instancia en cuanto modelo. Primero es partidario de relajar los filtros de acceso, para permitir que conozca una mayor cantidad de casos y aumentar la dotación de jueces en lo que denomina una Sala de Apoyo NIEVA F., Jordi. *La relevancia social de la casación: La importancia del ius litigatoris*. op.cit. pág.74. Respecto de sus críticas ya me hice cargo en su momento a lo largo de esta tesis.

¹⁴⁸ BUCHHEISTER, Axel y GARCÍA, José Francisco. *Corte Suprema, certiorari y precedentes*. op.cit. pág 143

¹⁴⁹ Op. Cit. pág 140

Las similitudes son evidentes. Tanto el *certiorari* como la Sala de apoyo cumplen la función de filtro. En ambos ese filtro está a cargo de un grupo de asistentes (jueces de apoyos o *law clerks*) más numerosos pero de menor rango, que despachan la gran mayoría de los casos (95%). Por el otro lado tanto la Sala Oficial como la *Supreme Court* se configuran como un grupo más reducido de jueces pero del máximo rango. Estas dos se reservan para el 5% restante de casos más relevantes o necesitados unificación de jurisprudencia que, en base a esos criterios, el grupo de asistentes filtraron para ellos. Aun así conservan la facultad discrecional de abocarse o no otras causas.

La situación del recurrente también termina siendo la misma. Para él caer en la Sala de Apoyo equivale a perder porque ésta confirma la gran mayoría de los casos (80%-90) del mismo modo que él perdería si se le deniega el *Writ of Certiorari* ya que, salvo excepciones, se queda sin otras vías de revisión. Ahora bien, lo que todo recurrente pretende es la revocación y por lo tanto lo que le interesa es evitar caer en la Sala de Apoyo -que es casi completamente confirmatoria- y apunta a caer en la Sala Oficial, en que tiene más posibilidades de revocación. Pero acceder a la Sala Oficial - como superar el *certiorari* para acceder a la Corte- también depende de un concepto de trascendencia de su caso, definido en términos tan amplios que termina siendo algo impredecible y discrecional. Finalmente, entonces, tanto con el filtro por Salas de Apoyo y por *certiorari* el litigante queda en la gran mayoría de las hipótesis excluido de una última revisión por el panel de magistrados de más alto rango de su país.

Sin embargo queda un aspecto que marcaría suficiente diferencia, que refiere al estatus jurídico con que queda el caso después de ser excluido de acceder a la revisión de unificación. Que no se otorgue el *Writ of Certiorari* -si bien deja definitivamente firme la sentencia recurrida- no puede ser interpretado como una confirmación jurídica de la *Supreme Court* para constituir un precedente con efectos generales a partir del caso que no se entró a conocer.¹⁵⁰ A la inversa, que la Sala de

¹⁵⁰ "The denial means that this Court has refused to take the case. It means nothing else" - Frankfurter, J., voto disidente en *Darr vs. Burford*, 339 U.S. 200, 226 (1950). Para más LINZER, Peter. The meaning of Certiorari Denial. Columbia Law Review vol.79 N°7: 1229-1263. November 1979.

Apoyo de NIEVA no filtre un caso hacia la Sala de Oficio sí significa una confirmación jurídica del fallo recurrido, mas esa confirmación nunca podría constituir precedente porque se trata de una casación que prohíbe desde antes los efectos generales en cualquier interpretación. Por lo tanto, esta diferencia tampoco es suficiente porque la consecuencia práctica entre la denegación de *certiorari* y la confirmación por la propia Sala de Apoyo sigue siendo la misma: -Carece de efectos generales pero deja firme la sentencia específica.

Concluyendo, a pesar de las críticas severas de NIEVA en contra del modelo de unificación de unificación, él no nota que su propuesta alternativa de reforma a la casación no se diferencia del *Writ of Certiorari* que pretendió eludir. La propuesta de NIEVA, lejos de refutar, corrobora la tendencia hacia incluir filtros excluyentes en razón de la trascendencia del caso para acceder a la Corte unificadora, como proponemos con la reforma procesal civil en Chile.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ABAD, Miguel P. *El recurso de injusticia notoria en el Derecho indiano*. En: GUZMÁN B. Alejandro (coord.) *El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los derechos patrios de América: actas del XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (16. 2008. Santiago de Chile)* Vol. 1, 2010 (Tomo I) págs. 301-315.
- ALDUNATE, Eduardo. Reflexiones en torno al rol de la Corte Suprema en el gobierno Judicial En: GARCIA, José Francisco, LETURA, Francisco J. y OSORIO, Claudio (Eds.). *Reforma al poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión*. Santiago. Ed. LyD. 2007.
- ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona. Ed. Ariel. 2006.
- ATRIA, Fernando. La casación como problema. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. N°2: 249-351. 2005.
- BUCHHEISTER, Axel y GARCÍA, José Francisco. Corte Suprema, certiorari y precedentes En: GARCIA, José Francisco, LETURA, Francisco J. y OSORIO, Claudio (Eds.). *Reforma al poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión*. Santiago. Ed. LyD. 2007.
- CAENEGEM, Raoul C. *I sistema giuridici europei*. Boloña. Il Mulino. 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*. Lima. Ed. Ara. 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro: *Judicial Review in comparative perspective* 1era edición, Gran Bretaña, Oxford University Press, 1989.
- Centro de Estudios Públicos (CEP). *Propuestas para la Reforma Judicial*. Santiago. Ed.CEP.1991
- DAMASKA, Mirjam R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2000.
- DE LA OLIVA, Andrés. *Casación, Oralidad y Nuevo Proceso Civil. Tres conferencias chilenas*. Santiago. Ed. Jurídica de Santiago. 2009.
- *La experiencia española de la casación civil*. En su: *Casación, Oralidad y Nuevo Proceso Civil. Tres conferencias chilenas*. Santiago. Ed. Jurídica de Santiago. 2009.

- Algunas ideas para la formulación de un modelo de casación civil. En su: Casación, Oralidad y Nuevo Proceso Civil. Tres conferencias chilenas. Santiago. Ed. Jurídica de Santiago. 2009.
- DELGADO C. Jordi. La historia de la casación civil española: Una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de doctrina. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 33: 345-367. 2009.
- DELGADO, Jordi. *El certiorari: un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema*. Revista de Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo). N° 22: 361-376. 2010
- GARAPON, Antoine y PAPAPOPOULOS, Ioanis. Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law. Bogotá. Legis, 2006.
- GARCIA, José Francisco, LETURA, Francisco J. y OSORIO, Claudio (Eds.). Reforma al poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión. Santiago. Ed. LyD. 2007.
- GUZMAN B. Alejandro (coord.) *El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los derechos patrios de América: actas del XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (16. 2008. Santiago de Chile)* Vol. 1, 2010 (Tomo I) H
- ISRAEL, Ruth. Control de Admisibilidad del Recurso de Casación en Materia Civil Años 2000-2004. Revista de Estudios de la Justicia (Universidad de Chile) N° 8: 191-206. 2006
- JORGE, Flavio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cívies. 4ªed. Sao Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2009.K
- LAZO, Santiago. *Los Códigos chilenos anotados. CPC*. Santiago. Ed. Poblete Cruzat Hermanos, 1918
- LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio C. Naturaleza y dimensiones del Stare decisis. En: GARCIA, José Francisco, LETURA, Francisco J. y OSORIO, Claudio (Eds.). Reforma al poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión. Santiago. Ed. LyD. 2007.
- LINZER, Peter: The meaning of Certiorari Denial. Columbia Law Review vol.79 N°7: 1229-1263. Noviembre 1979.
- MARINONI. Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatorios. Sao Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2010.
- MERRYMAN, John Henry: *La tradición jurídica romano-canónica*. 2da edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

- MERRYMAN, John H. *The civil law tradition*. 3er ed. California. Standford University Press. 2007.
- MONTESQUIEU, Charles-Luis. Espíritu de las leyes. Libro XI c.6.
- MOSQUERA, Mario R. y MATURANA M., Miguel. Los Recursos Procesales. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2010.
- MURRAY, Peter L. y STÜRNER, Rolf. German Civil Justice. Durham. Carolina Academic Press. 2004.
- NIEVA F., Jordi. El recurso de casación. Santiago. Abeledo Perrot. 2010. (serie Derecho y Proceso)
- La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la “Unificación de Doctrina. Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho. En su: El recurso de casación. Santiago. Abeledo Perrot. 2010. (serie Derecho y Proceso)
 - La relevancia social de la casación: La importancia del ius litigatoris. En su: El recurso de casación. Santiago. Abeledo Perrot. 2010. (serie Derecho y Proceso)
 - La enunciación de los motivos de casación en las leyes procesales. En su: El recurso de casación. Santiago. Abeledo Perrot. 2010. (serie Derecho y Proceso)
 - La casación en materia social (“ordinaria” y por unificación de doctrina): La decadencia de la casación. En su: El recurso de casación. Santiago. Abeledo Perrot. 2010. (serie
- NÚÑEZ O., Raúl. *El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo*. Ius et Praxis (Universidad de Talca) vol.14.nº1: 199-223. 2008.
- PAILLAS, Enrique. *El recurso de casación en materia civil. Derecho chileno y comparado*. Santiago. Ed. Jurídica. 2008.
- PAILLAS, Enrique. Estudios de Derecho Probatorio. 2ªed. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2002.
- PEREZ, Víctor. *Previsiones y Reforma Procesal Civil*. Diario El Mercurio. (1/11/2010)
- PEREZ-RAGONE, Álvaro y ORTIZ P., Juan Carlos. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Montevideo. Ed. Fundación Konrad Adenauer. 2006.
- QUINTANA B., Fernando. Interpretación y Argumentación Jurídica. Santiago. Ed. Jurídico de Chile. 2006.
- REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York. Ed. Random House. 2002

- ROJAS, Mario. El Rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil. Revista de Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo). N°2: 315-360. Julio 2010.
- ROMERO S., Alejandro. La Jurisprudencia de los tribunales como fuente del Derecho. Una perspectiva procesal. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2004.
- ROMERO S. Alejandro, AGUIRREZABAL, Maite y BARAONA, Jorge. Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil. Ius et Praxis (Universidad de Talca) año 14 N°1. 225-259. 2008.
- ROMERO S., Alejandro. *El principio de buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios*. Revista Chilena de Derecho (PUC) N°30: 167-173.2003.
- TAPIA R., Mauricio. *Código Civil 1855-2005. Evolución y Perspectivas*. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2005.
- TAVOLARI O., Raúl. Comentarios Procesales. Valparaíso. Edeval. 1994.
- TAVOLARI O., Raúl. Recurso de Casación y Queja. Santiago. Ed. Conosur. 1996.
- TARUFFO, Michele. Páginas sobre Justicia Civil. Madrid. Marcial Pons. 2009. (serie Proceso y Derecho)
- Las funciones de las Cortes Supremas En su: Páginas sobre Justicia Civil. Madrid. Marcial Pons. 2009. pp. 93-106
 - Dimensiones del precedente judicial En su: Páginas sobre Justicia Civil. Madrid. Marcial Pons. 2009. pp. 541-556
 - Precedente y Jurisprudencia En su: Páginas sobre Justicia Civil. Madrid. Marcial Pons. 2009. pp. 557-570
 - El precedente en Italia En su: Páginas sobre Justicia Civil. Madrid. Marcial Pons. 2009. pp. 571-580
- TARUFFO, Michele. *Il Vertice Amgiuo, Saggi sulla cassazione civile*. Bologna. Il Mulino. 1991.
- *Il Controllo del Diritto e del Fatto in Cassazione*. En su: Il Vertice Amgiuo, Saggi sulla cassazione civile. Bologna. Il Mulino. 1991.
 - *Il Controllo sulla motivazione della sentenze civile*. En su: Il Vertice Amgiuo, Saggi sulla cassazione civile. Bologna. Il Mulino. 1991.
 - *Funzioni e problemi attuali della Corte di Cassazione* En su: Il Vertice Amgiuo, Saggi sulla cassazione civile. Bologna. Il Mulino. 1991.

— Linee per una riforma della Cassazione Civile En su: Il Vertice Amgiuo, Saggi sulla cassazione civile. Bologna. Il Mulino. 1991.

ANEXO

ARTÍCULOS RECURSO EXTRAORDINARIO. 353-362 PCPC

Título IV

RECURSO EXTRAORDINARIO

Art. 353. Objeto del Recurso. El recurso extraordinario tiene por objeto que la Corte Suprema unifique la jurisprudencia con ocasión de una sentencia notoriamente injusta para el recurrente. Se interpondrá directamente ante la Corte Suprema y lo fallado por ella será irrecurrible.

El recurso además tendrá por objeto revocar la sentencia impugnada si se han vulnerado sustancialmente garantías constitucionales.

Art. 354. Unificación de la Jurisprudencia. La función de la Corte Suprema es preservar la coherencia y unidad de los criterios de decisión en los tribunales del país en virtud del recurso extraordinario. En consecuencia, ejercerá su función de unificación cuando:

- a) La sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme.
- b) La jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí.
- c) No existiere jurisprudencia sobre la materia.
- d) Nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial.

Art. 355. Sentencias recurribles. El recurso sólo procederá en contra de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, inapelables, dictadas por Cortes de Apelaciones.

Art. 356. Plazo y Forma de Interposición. El recurso deberá interponerse por escrito dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia dictada por el tribunal inferior.

En su escrito el recurrente expresará en forma fundada en qué consiste la injusticia notoria, cuál es el interés público del caso y los motivos que justifican que la Corte Suprema deba avocarse al conocimiento del asunto, ya sea por la necesidad de unificación de jurisprudencia o por la vulneración de garantías constitucionales.

Deberá acompañarse siempre una copia de la sentencia recurrida y una certificación del tribunal inferior en que conste la fecha de notificación al recurrente del fallo impugnado. El recurrente podrá acompañar a su recurso, además, un informe en jurisprudencia.

Art. 357. Efectos del recurso. La interposición del recurso no suspende los efectos de la sentencia recurrida, salvo cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso. En este caso el tribunal se pronunciará a petición de parte y fundadamente, acerca de la suspensión del cumplimiento del fallo, de sus efectos, o de ambos.

La Corte Suprema podrá decretar orden de no innovar, de plano o previo traslado al recurrido que hubiere comparecido ante ella.

Art. 358. Control de admisibilidad. La Corte Suprema declarará admisible el recurso cuando estime que se cumplen con los requisitos formales. Si estimare que no se cumplen lo señalará fundadamente en la resolución que rechace la tramitación el recurso, teniendo el recurrente el plazo de cinco días para subsanar dichos defectos.

Admitido a tramitación el recurso, el recurrido tendrá el plazo de 10 días para hacer valer las razones por las cuales estima procedente que la Corte Suprema no se avoque al conocimiento del asunto.

Art. 359. Certiorari. Con todo, la Corte Suprema seleccionará para su conocimiento sólo aquellos casos que, cumpliendo con los requisitos anteriores, revistan interés público a juicio de a lo menos tres de sus ministros.

Art. 360. Vista del Recurso. Una vez admitido a tramitación y favorablemente seleccionado el caso, la Corte Suprema ordenará sin más trámite el decreto autos en relación para su vista en la Sala respectiva.

Extraordinariamente, a petición de parte, la Corte Suprema podrá ordenar que el recurso sea conocido por el Pleno, cuando se justificare por la relevancia que tenga la resolución del mismo atendida la trascendencia jurídica del asunto.

Art. 361. Fallo del recurso. La Corte Suprema actuando en Sala o en Pleno según el caso, deberá fallar el recurso dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que hubiere terminado su vista.

En la sentencia, sea que acogiere o no el recurso, el tribunal deberá exponer los fundamentos que sirvieran de base a la selección del caso, las razones para proceder a la unificación de la jurisprudencia en su caso, así como la decisión definitiva del asunto. Finalmente, ordenará lo que estime procedente en derecho para subsanar la injusticia notoria en que se hubiere incurrido.

Art. 362. Publicación de las sentencias. Las sentencias que fallen un recurso extraordinario deberán todas ser publicadas en la página Web del Poder Judicial, conteniendo especialmente un extracto de la doctrina jurisprudencial que se haya establecido con motivo del fallo.

La publicación deberá además señalar nominativamente qué Ministros fueron los redactores de los votos de mayoría, de minoría y quienes solamente concurrieron a la vista y acuerdo, sin haber intervenido en la redacción.