

¿PRESENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN CHILE DURANTE EL SIGLO XXI?

*Cristian Maturana Miquel**

INTRODUCCIÓN: 1.- Ambigüedad terminológica; 2. Ambigüedad regulatoria; 3.- Incompatibilidad del recurso con la estructura que deben tener los tribunales de justicia en un sistema democrático; 4.- Incompatibilidad del recurso con la concepción de hacer justicia con la mera aplicación de la ley; 5.- Insuficiencia del recurso de casación dentro de un sistema de justicia supranacional; 6.- Incompatibilidad práctica de la estructura del recurso con la competencia que debe asumir una Corte Suprema; 7.- Ambigüedad en la opción de privilegiar el ius constitutiones o el ius litigatoris; 8.- Deficiente sistema de selectividad de los recursos que deben ser conocidos por la Corte Suprema; 9.- Imposibilidad de concebir la casación como tercera instancia por ser incompatible con la exigencia de la pronta y debida solución de los conflictos y conducir a un deficiente mecanismo de selección de asuntos conducente a un gigantismo de la Corte Suprema; 10.- Ambigüedad en cuanto a las consecuencias que conlleva la falta de uniformidad por parte de los jueces y la fuerza vinculante de la jurisprudencia; 11.- El recurso conduce a la consagración del mito acerca de la posibilidad de separar las cuestiones de hecho y de derecho; 12.- Insuficiencia del recurso para controlar las deficiencias en que se incurre en el sistema de apreciación de la prueba; CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

Las razones por las cuales he escogido el tema de mi colaboración a este merecido homenaje que se brinda a Juan Bustos Ramírez, requieren ser brevemente explicadas cuando nos encontramos frente a un hombre tan multifacético.

Como todos pudimos apreciar en el homenaje de rango nacional que se le brindara en la misa y en sus funerales, a Juan Bustos se le destacó como esposo y padre en las sentidas palabras de uno de sus hijos; como hombre querido por la ciudadanía, como dan testimonio los pétalos que cubrieron su carroza; como destacado profesor, tanto en Chile como en el extranjero, como dan cuenta sus destacadas obras de Derecho Penal y los variados reconocimientos a través de las múltiples citas que a ellas se efectúan en las más variadas obras de diversos autores nacionales y extranjeros; como académico formador de numerosos, destacados y valiosos discípulos, siendo algunos de los más representativos quienes han organizado este reconocimiento; como abogado, defensor ineludible de causas de derechos humanos, lo que pudo apreciarse por todos aquellos que circulan en los tribunales; como militante socialista, lo que pueden testimoniar sus militantes por la vida interna partidaria, por su labor como diputado, como también las banderas desplegadas por sus electores de Quilpué y Villa Alemana en su funeral; y finalmente, por su participación como diputado durante varios períodos en el Congreso Nacional, labor reconocida por sus pares y que lo llevó a ocupar la

* Profesor Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Chile.

presidencia de la Cámara de Diputados, cargo que desempeñaba a su muerte, y que en su caso podemos decir que jamás ostentó, dada la enaltecida modestia con la cual se relacionaba con la gente.

Mi contribución a este sentido homenaje me impulsó a elegir un tema no resuelto de forma eficiente, como es la actual regulación del sistema de impugnación en los modernos sistemas procesales y, en particular, la posición que debe ocupar dentro del mismo el recurso de casación.

En las futuras reformas al sistema procesal será donde el país añorará la presencia de Juan Bustos Ramírez, porque su abnegado y valioso aporte hizo posible que se aprobaran los cuerpos legales que nos permitieron establecer los nuevos sistemas procesales penales, de familia y laboral en nuestro país.

Estas breves reflexiones van pues dirigidas a contribuir, por cierto con menor mérito y claridad que lo haría el profesor Bustos Ramírez, al logro del objetivo por el cual el luchó ineludiblemente, como fue el establecimiento de un moderno sistema procesal en sus diversos ámbitos para Chile.

Con ello se logrará la protección pronta, justa y eficaz de los derechos que debe brindarse a los ciudadanos en un Estado de Derecho.

Uno de los temas que debería motivarnos a la reflexión es el estado actual y las funciones que debe cumplir el recurso de casación, no sólo desde un punto de vista teórico, sino que también a partir de la constatación de lo que sucede en la realidad.

Esta reflexión resulta necesaria, puesto que, como nos señala Taruffo,

[n]o conocer la realidad o no distinguirla de la teoría puede, por ejemplo, dar lugar a la proyección de reformas inútiles o contraproducentes, puesto que nunca se sabe bien si lo que se quiere es modificar la realidad o la teoría. Además, para proyectar reformas es útil saber qué resultado se quiere obtener, pero ello presupone tener conciencia de la posibilidad de diversos resultados, cada uno de los cuales puede estar teóricamente justificado en base a diversas concepciones sobre la función de la Casación civil.¹

Cabe tener presente que, como nos señala Ramos Méndez,

[l]as herramientas en sí no son, normalmente, ni buenas ni malas. En muchos casos depende de cómo se usen. Pero siempre hay un mínimo de idoneidad del instrumento para los fines que se esperan de él. La casación

¹ Michelle Taruffo. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*. Palestra Editores. Lima. 2005, pág. 9.

se ha ido desvirtuando desde sus orígenes franceses y, aunque siempre hemos tenido un modelo a la española, inconscientemente se ha ido cargando de dejes y accesorios que, ahora mismo, confunden seriamente al personal.²

En este artículo, la tesis que pretendo sustentar es que en el siglo XXI no cabe mantener un recurso de casación civil tal como fue delineado por el legislador y operó en el pasado.

Para ello procederemos a enunciar y explicar someramente, dentro de los límites que debe tener nuestra colaboración, las razones para sostener la necesaria eliminación del recurso de casación en un nuevo sistema procesal.³

A continuación daremos brevemente doce razones por las cuales el recurso de casación no debería ser considerado dentro del nuevo sistema procesal:

- 1.- Ambigüedad terminológica del recurso.
- 2.- Ambigüedad regulatoria del recurso.
- 3.- Incompatibilidad del recurso con la estructura que deben tener los tribunales de justicia.
- 4.- Incompatibilidad del recurso con la concepción acerca del modo de impartir justicia.
- 5.- Insuficiencia del recurso dentro de un sistema de justicia supranacional.
- 6.- Incompatibilidad práctica de la estructura del recurso con la competencia que debe asumir una Corte Suprema.
- 7.- Ambigüedad en la opción de privilegiar el *ius constitutionis* o el *ius litigatoris*

² Francisco Ramos Méndez. ¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?, en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete*. Vicente Gimeno Sendra Director. Iustel. Madrid, 2007, pág 129.

³ Esta posición respecto del recurso de casación no reviste un carácter personalísimo, puesto que son muchos ya quienes han cuestionado la forma en la cual ha operado el recurso, tanto en nuestro país como en otros lugares. En Italia, por ejemplo, cabe destacar la postura de Taruffo, expuesta en su obra *El Vértice ambiguo*, op. cit., *passim*. En nuestro país, puede verse: Fernando Atria. “Comentarios sentencias de casación civil de la Corte Suprema”, en *Revista de Derecho Adolfo Ibáñez*, v. 2. (2005), págs 249-353; Juan Carlos Marín G. “Comentarios sentencias de casación civil de la Corte Suprema”. *Revista de Derecho Adolfo Ibáñez*, v. 3, en prensa. Raúl Núñez Ojeda. “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo”, en *Ius et Praxis*. Año 14. N°1 (2008), Universidad de Talca .Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, págs 199-223.

8.- Deficiente sistema de selectividad de los recursos que deben ser conocidos por la Corte Suprema.

9.- Imposibilidad de concebir la casación como tercera instancia.

10.- Ambigüedad en cuanto a las consecuencias que conlleva la falta de uniformidad por parte de los jueces y la fuerza vinculante de la jurisprudencia.

11.- La casación conduce a la consagración del mito de la posibilidad de separar las cuestiones de hecho y de derecho.

12.- Insuficiencia del recurso de casación para controlar las deficiencias en que se incurre en el sistema de apreciación de la prueba de la sana crítica.

1.- Ambigüedad terminológica

Uno de los principales problemas que enfrentamos cuando debemos referirnos al recurso de casación consiste en la ambigüedad terminológica, puesto que semejante denominación no nos conduce a identificar siempre ni la misma institución, ni una realidad semejante en los diversos países.

En la actualidad, nos encontramos con tres sistemas diversos respecto del recurso de casación, cada uno de los cuales puede conducirnos al logro de objetivos disímiles, no sólo respecto del recurso mismo, sino que del tribunal que debe conocer del mismo.

Primeramente existe un *modelo puro de casación*, proveniente del modelo francés y que nos describiera en su clásica obra Calamandrei, que contempla un sistema de reenvío, y en el cual el Tribunal de Casación debe cuidarse, más que de resolver según justicia el caso concreto, de sugerir hacia el futuro la interpretación teórica correspondiente en abstracto con la voluntad del legislador, de modo que la casación permanezca en el puro oficio de formulación de máximas, esto es, sin que el directo contacto con los hechos enturbie el trabajo.⁴

El segundo sistema es el de la *casación revisora*, o también denominada como una tercera instancia, en el que no existe sistema de reenvío y se faculta a la Corte para decidir la causa de fondo.⁵

Finalmente, existe un tercer *modelo mixto*, el que podemos calificar como nuevo, que nació de la tentativa de realizar una fusión entre la casación y la revisión.

⁴ Michelle Taruffo. *El vértice ambiguo...*, op. cit., pág 80.

⁵ *Ídem*, pág 11.

Este último modelo, nos explica Taruffo, “implicó, de un lado, la extensión del control sobre los errores de hecho después de la sentencia de apelación, mediante una consistente ampliación de los motivos de revocación; de otro lado, mantuvo del modelo originario de la Casación la idea de que ésta sólo puede versar sobre los errores de derecho, pero recibió del modelo de la revisión el principio por el cual corresponde a la misma Corte Suprema decidir definitivamente sobre el mérito de la controversia aplicando ‘al hecho el toque de derecho’. Se trata de un tema de tercera instancia que no coincide con la Casación ni con la revisión, y que buscó eliminar de la primera, el complicado sistema de reenvío y de la segunda, el tercer examen sobre los hechos de la causa.”⁶

En consecuencia, el primer aspecto que debemos abordar es precisar a cuál de los modelos de casación se aproxima más al que sobrevive en el proceso civil en Chile, y si ese modelo ha alcanzado los propósitos que se han previsto para su establecimiento.

Como primera aproximación, y teniendo presente, como nos señala Damaska⁷, que nunca existe un modelo que se aplique siempre en forma pura en la realidad, la única conclusión que claramente podemos sustentar es que en Chile no rige el modelo de la casación originaria o modelo francés.

En efecto, en nuestro país no tenemos el modelo de reenvío en la regulación que se efectúa del recurso de casación en el actual Código de Procedimiento Civil, lo que puede fácilmente demostrarse al constatar la dictación de la sentencia de casación y la de reemplazo por la misma sala de la Corte Suprema que acogió el recurso.⁸

Ello obedece a que nuestro país se distanció del modelo original francés, para seguir el de la casación española, la que ya a mediados del siglo XIX se había apartado en importantes materias del modelo francés.⁹

Este punto debemos resaltarlo, entre otras cosas, porque es importante determinar el *sentido* de la casación, puesto que ante la pregunta *¿es la función de*

⁶ *Ídem*, pág 62.

⁷ Mirjan R. Damaska, *Las caras de la justicia y el poder del Estado.*, Jurídica de Chile, 2000, págs 123 y 415.

⁸ Véase inc. 1° del art. 785 del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, nos señala el Mensaje del Código de Procedimiento Civil que “*aun cuando, para conservar a la casación su verdadero y elevado carácter, aconsejan muchos jurisperitos 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, con el fin de evitar dilaciones y gastos a los litigantes, y una organización más vasta del tribunal a quien se encarga esta misión.*”

⁹ Juan Carlos Marín G., “Comentarios...”, op. cit. en prensa. Para el derecho español véase Marcos Loredó Colunga. *La casación civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, .2004, pág. 80.

*casación, en cuanto a su contenido, jurisdiccional o legislativo?*¹⁰, la respuesta en Chile es: inequívocamente jurisdiccional.¹¹ En Francia, la respuesta en cuanto a la Corte de Casación es que al conocer de la casación original cumplía una función más política.¹²

Ello implica la adopción de diversas decisiones en cuanto su posterior regulación, y principalmente, debe tenerse presente en cuanto a los objetivos que pretenden atribuirse al recurso.

2. Ambigüedad regulatoria

Con motivo de las reformas introducidas recientemente a nuestra legislación procesal, mediante las cuales se estableció un nuevo sistema procesal penal, de familia y laboral, podemos constatar la falta de uniformidad en cuanto a los sistemas de impugnación de las sentencias judiciales, que tienen por objeto subsanar el vicio de la denominada infracción de ley que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

No cabe ninguna duda que el sistema de la casación civil no recibe ninguna aplicación en el nuevo sistema procesal penal que ha consagrado el recurso de nulidad.¹³ No obstante, en dicho recurso se persigue la uniformidad de la jurisprudencia de parte de la Corte Suprema en la aplicación correcta de la ley.

Al efecto, se establece la competencia *per saltum* de la Corte Suprema para conocer del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada por el tribunal de juicio oral, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y siempre que respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores.¹⁴

Como observan Duce y Riego, “el recurso central del nuevo sistema procesal chileno es el de nulidad. Ése es de hecho el único método de impugnación establecido respecto de la sentencia emanada de un juicio oral. Este recurso se construye en lo fundamental sobre la misma base del recurso de casación, es decir, se trata de un recurso que busca anular el juicio y/o la sentencia, invocando una violación del derecho aplicable al caso.

¹⁰ Fernando Atria. “Comentarios...” op. cit., pág. 255.

¹¹ Juan Carlos Marín G., “Comentarios...”, op. cit., en prensa.

¹² Pedro Troncoso Martinic. *Casación en el fondo civil y casación oficial*. Jurídica de Chile, 1992, pág. 15.

¹³ Véase arts 372 a 387 que conforman el título IV del libro III del Código Procesal Penal

¹⁴ Véase arts 373 letra b) y 376 del Código Procesal Penal

No obstante, a pesar de que el recurso de nulidad se ha construido en lo fundamental sobre la base de la casación, se ha buscado también diferenciarlo de la orientación más tradicional de la casación del sistema chileno con el fin de superar algunos problemas de formalismo que ese recurso ha tenido tradicionalmente y, sobre todo, con el fin de favorecer su ejercicio como recurso ordinario, dado que se trata del único disponible y por lo tanto en él se juega la garantía básica del derecho a obtener una revisión de la condena. Se trata, entonces, de un recurso que comparte elementos con la casación, pero que busca superar algunos de sus problemas, haciéndolo más accesible, dado su carácter de único recurso contra la sentencia emanada de juicio oral.”¹⁵

En el nuevo sistema laboral se ha contemplado el recurso de uniformidad de jurisprudencia¹⁶. Este recurso procede en contra de las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones en materia laboral para ante la Corte Suprema y su objeto es obtener la uniformidad de la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales superiores de justicia. El objeto de este recurso no es sanear un vicio como acontece con el recurso de nulidad, sino que tras ello está la finalidad mayor de uniformar criterios e interpretaciones y sentar un precedente para que los tribunales inferiores y las propias partes, al momento de presentar sus demandas, tengan a la vista la opinión de la Corte Suprema frente a una determinada materia.¹⁷

De lo expuesto, podemos constatar que surge la necesidad de reflexionar y examinar en profundidad las razones que justifiquen esta diferente regulación de los diversos medios de impugnación que persiguen subsanar el vicio de la infracción de ley, y de ser así, llegar a la conclusión que el recurso de casación civil —conforme a semejante tendencia reflejada en los nuevos sistemas— no debería ser previsto en la forma actual en un nuevo sistema procesal civil.

3.- Incompatibilidad del recurso con la estructura que deben tener los tribunales de justicia en un sistema democrático

Un modelo puro de casación, como ocurrió con el Tribunal de Casación Francés (1791), en que dicho órgano es concebido como un control parlamentario sobre los jueces para anular las sentencias que se pronunciaban, apartándose de las leyes remitiéndolas a un nuevo juez de grado,¹⁸ claramente no es posible de sostener como inspirador para la estructura del Poder Judicial.

¹⁵ Mauricio Duce y Cristian Riego. *Proceso Penal*, Jurídica de Chile, 2007, pág. 15.

¹⁶ Véase artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, modificado por la Ley 20.260.

¹⁷ Rodolfo Walter Díaz y Gabriela Lanata Fuenzalida. *Régimen Legal del Nuevo Proceso Laboral Chileno*, LegalPublishing. Cuarta Edición. 2008, pág 243.

¹⁸ María Inés Horvitz, *Estado de Derecho y Poder Judicial. Estado de Derecho y Reformas a la Justicia.*, Universidad de Chile. Facultad de derecho. Centro de Estudios de la Justicia, pág. 30.

Como observa María Inés Horvitz, la justicia de la revolución francesa ha establecido una única jurisdicción, concibiéndola como emanación de la soberanía de la nación, expresión de un poder soberano delegado en los jueces, quienes pasaron a ser funcionarios públicos estatales: “Confianza absoluta en el legislador, desconfianza en los jueces (incluso los elegidos popularmente): tal fue la doble inspiración de los constituyentes cuando edificaron la nueva justicia. Se crea el Poder Judicial pero degradado, sometido al Legislativo y al Gobierno, y también jerarquizado”.¹⁹

Por otra parte, la independencia que deben poseer los jueces dentro del Poder Judicial (no debería establecer sistemas para los efectos de consolidar funciones de jerarquía personal entre ellos), sino que solamente de criterios sustentados en la razón para velar por la justa solución de los conflictos (y respetando la independencia que debe regir al impartir justicia).

En un sistema oral, la estructura ideal para un poder judicial es la paritaria y no la jerárquica, siendo quizás esa una de las razones por las cuales la casación no ha tenido nunca un reconocimiento en el sistema anglosajón.

En el siglo XXI, respecto del modelo original de casación francés no cabe más que constatar la superación de un medio concebido de tal manera, porque una cosa era determinar y anular las violaciones de la ley por parte de los jueces, y otra la intromisión del poder legislativo en la solución misma de los pleitos judiciales.²⁰

4.- Incompatibilidad del recurso con la concepción de hacer justicia con la mera aplicación de la ley

La justa solución de los conflictos no pasa solamente por la mera aplicación de la ley, sino que además debe velar por el correcto establecimiento de los hechos, el respeto de los principios generales del derecho, como ocurre con la autonomía contractual y la fuerza vinculatoria de su manifestación a través de los contratos en materia civil, y principalmente, velar por el respeto de los derechos fundamentales.

Dentro de la concepción del recurso de casación de velar solamente por la uniforme aplicación de la ley, se deja fuera de su ámbito una serie de aspectos que son muy trascendentes para la correcta y justa solución de los conflictos.

En primer lugar, deberían quedar fuera de la función de nomofilaquia jurídica todos los aspectos que no dicen relación con la uniformidad en la aplicación de la ley, la que tiene como otra cara de la moneda, la de establecer una uniformidad en la aplicación de la jurisprudencia.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ Walter Antillón. “La casación repensada”, *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio Bernardo Maier*. Ediciones del Puerto. Buenos Aires. 2005, pág. 190.

Uno de esos aspectos sería el de velar por el respeto de la autonomía contractual, que exige la correcta interpretación y aplicación de los contratos, ámbito que, por la trascendencia particular de las relaciones, escaparía del control político que se tuvo en vista para establecer el recurso de casación.

En segundo lugar, deberían quedar fuera del control de la casación la infracción de las leyes procesales, puesto que ellas no tendrían una función *decisoria litis* según la concepción vigente a la fecha de su establecimiento

Dicha decisión resulta inaceptable dentro de un procedimiento oral, en el que como contrapartida a los amplios poderes conferidos al juez y a las partes, y por sobre su regulación legal debe velarse siempre por el respeto del *fair trial* y sancionar todas las conductas que lo infrinjan, dado que en definitiva ellas atentan en contra de la justa solución del conflicto.

Finalmente, debemos señalar que durante el siglo XX se generó una clara y profunda proyección de los derechos fundamentales, no sólo en el plano interno de los diversos países mediante su plena consagración en las diversas Cartas Fundamentales, sino que también mediante la aprobación de diversos instrumentos supranacionales y regionales, y de tribunales supranacionales destinados a velar por su respeto.

El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial.²¹

Además, se debe tener presente que las colisiones de principios no tienen lugar en la dimensión de la validez, sino que se dan en la dimensión de la ponderación, dado que sólo pueden entrar en colisión principios válidos dentro del sistema jurídico.²²

La función de velar por el respeto y promoción de los derechos fundamentales no cabe duda que es una misión de cada Estado, debiendo contemplar una estructura de los órganos jurisdiccionales y un sistema de recursos que permitan velar por la permanente protección de aquéllos.

En nuestro país, dicho deber se encuentra expresamente consagrado en el inciso 2° artículo 5° de la Carta Fundamental, según el cual:

²¹ Robert Alexy. *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, 2004, Barcelona, pág.18.

²² *Ídem*.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Como refiere Cecilia Medina, “la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, correspondiendo al Estado, y no al derecho internacional, decidir el modo más conveniente para cumplir con ella, que podrá ser la incorporación de dichas normas directamente o la dictación de normas internas que las reproduzcan. En todo caso, una vez ratificada la norma internacional, el Estado debe adecuar todo su derecho interno de conformidad con ella”.²³

Adicionalmente, cabe tener presente según la señalada autora que “por supuesto, para que las normas internacionales operen, el Estado debe establecer, además, recursos adecuados y eficaces que los individuos puedan ejercer para reclamar la violación de los derechos humanos.”²⁴

Para cumplir con este deber de promoción y fundamentalmente de respeto de los derechos fundamentales debe contemplarse un medio de impugnación que permita a la Corte Suprema, como máxima detentadora de las facultades conservadoras, conocer y resolver acerca de si sentencias definitivas pronunciadas por sus tribunales inferiores infringen los derechos fundamentales y adoptar las medidas para restaurar dichos derechos cuando hayan sido indebidamente amenazados, perturbados o privados, con motivo de la dictación del fallo o cuando ellos emanen de un proceso en el cual se hubieren producido semejantes violaciones.

5.- Insuficiencia del recurso de casación dentro de un sistema de justicia supranacional

El agotamiento de los recursos internos es una regla del derecho internacional, mediante la cual se permite al Estado reparar por sí mismo una supuesta violación de sus obligaciones internacionales, antes de que ella pueda ser reclamada en el ámbito internacional.

La principal característica de la institución procesal del “agotamiento de los recursos internos” es que se encuentra establecido a favor de los Estados.²⁵

²³ Cecilia Medina Quiroga. *La Convención americana: Teoría y Jurisprudencia*. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Centro de Derechos Humanos. 2003, págs. 17 y 18.

²⁴ *Ídem*, pág. 19.

²⁵ El artículo 46 1.letra a) de la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, dispone que *para que una petición o comunicación presentada conforme a los*

De esta forma, es renunciable y será el Estado denunciado quien podrá invocarlo como excepción de admisibilidad en la etapa que corresponda ejercerla. No corresponde a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión) pronunciarse sobre el agotamiento de los recursos internos sin darle una oportunidad al Estado para que invoque esta causal de admisibilidad o la renuncie, tácita o expresamente.

En la práctica, sin embargo, la Secretaría de la Comisión pide regularmente que se acredite por el peticionario que los recursos se han agotado, posiblemente porque es una manera de no dar trámite inmediato a toda petición con el fin de no recargar innecesariamente el trabajo de la Comisión, que es voluminoso.²⁶

La Corte Suprema, como tribunal en quien se radican las facultades conservadoras, es a quien debe entregarse la decisión final acerca de la protección de los derechos fundamentales, anulando toda sentencia que se pronuncie con infracción sustancial de los derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.²⁷

En el nuevo sistema procesal penal, la causal contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal nos garantiza que en caso de infracción sustancial de los derechos fundamentales con la dictación de una sentencia penal en un juicio oral debe agotarse la vía interna con la interposición del recurso de nulidad para ante la Corte Suprema.

6.- Incompatibilidad práctica de la estructura del recurso con la competencia que debe asumir una Corte Suprema

En cuanto a la Corte Suprema, se ha señalado que “están presentes a lo menos tres tipos de solución al problema de la magistratura suprema: la Corte de Casación de derivación francesa, la Corte de revisión de derivación austríaca, y la Corte de revisión de tipo mixto, donde la sentencia es impugnabile también por el motivo típico de la casación, es decir, por violación de la ley”.²⁸

artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

²⁶ Cecilia Medina Quiroga y Claudio Nash Rojas. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Centro de Derechos Humanos. 2007, pág. 63.

²⁷ Véase art. 373 letra a) Código Procesal Penal.

²⁸ C. fr., Michelle Taruffo. *El Vértice ambiguo*, op. cit., pág 41.

La corte de casación “funda su función unificadora en la «autoridad absoluta y jerárquica», mientras que la Corte de revisión desarrolla una función similar, pero sobre la base de una «autoridad libre y racional».²⁹

La Corte de Casación es vista como eje del Poder Judicial concentrado, no sólo y no tanto por las funciones que le son atribuidas en el plano estrictamente jurisdiccional, sino sobre todo porque en ella se concentra la cantidad máxima de poder, y porque a ella está subordinada jerárquicamente la magistratura por entero.

“La Corte de Casación es el órgano supremo de un control jerárquico que opera sobre todos los aspectos del comportamiento del magistrado y no sólo sobre el referido a la interpretación y aplicación de la ley: no es sólo la unificación de la jurisprudencia el objetivo que realmente se quiere conseguir, sino la homogeneidad y el conformismo de la magistratura en un plano más amplio y tendencialmente omnicompreensivo, con el objeto de garantizar la subordinación del poder judicial al poder político”.³⁰

Aquello que realmente se quiere no es una magistratura que tome opciones uniformes con plena autonomía e independencia, sino una magistratura homogénea en el sistema de poder en su conjunto.

“Es decir, el dogma teórico de la uniformidad de la jurisprudencia se revela como un valor político instrumental: debe ser uniforme la jurisprudencia producida por una magistratura compacta y homogénea porque, de esta manera, el poder político logra asegurarse el control total sobre la administración de justicia”.³¹

“Hay ambigüedades incorporadas en lo que la casación concretamente hace, dado que ella se mueve erráticamente entre varios modelos, interpretando uno u otro, comportándose a veces como Corte Suprema, y más menudo, como juez de tercera instancia, o a veces como custodio de la legitimidad o, más a menudo, como juez del caso concreto, o a veces como garante de la racionalidad o, más a menudo, como juez de hecho”.³²

Por ello, como se ha observado por el tratadista español Manuel Ortells, “desde los ochenta, el Tribunal Supremo atraviesa una «crisis de identidad», cuyos rasgos generales podrán sintetizarse, plásticamente, diciendo que ha dejado de ser supremo y quiere dejar de ser tribunal.

Ha dejado de ser supremo. De Derecho, por la supremacía atribuida al TC en materia constitucional, cuya articulación legal no ha logrado hacerse o, en todo caso,

²⁹ Sandonnini, *Apud*, en Michele Taruffo, *Ídem*, pág 53.

³⁰ Taruffo, *El Vértice ambiguo*, op. cit., pág 57.

³¹ *Ídem*, pág 65.

³² *Ídem* pág. 31.

aplicarse de manera que ambos tribunales ejerzan su jurisdicción sin tensiones estériles. Pero también ha dejado de ser supremo de hecho, porque la falta de capacidad para asumir, en un tiempo razonable, la resolución de la gran cantidad de asuntos que penden ante él, le imposibilita manifestar su supremacía jurisdiccional en todos los litigios no afectados por la salvedad del Tribunal Constitucional”.³³

Agrega el referido autor que “La pérdida de la condición de supremo está entre las causas de la crisis. La pérdida de la condición de tribunal podría venir de la mano de alguno de los remedios que se proponen para la misma.

En el ordenamiento español, los tribunales no crean Derecho, ni vinculan, con una determinada interpretación de la norma en un caso concreto, a otros tribunales en el momento en que deban sentenciar sobre un caso sustancialmente igual. En cuanto ordenamiento adscrito al sistema de *civil law*, los jueces – todos y cada uno de ellos- son considerados por la Constitución y las leyes como aplicadores de la ley, con independencia y responsabilidad.

Algunas propuestas de reforma de las competencias funcionales y de las potestades del TS van dirigidas a que la ley establezca, expresamente, el valor vinculante de la doctrina jurisprudencial del TS, que, de ese modo, pasaría a ocupar una posición bien distinta a la de un tribunal de justicia en un sistema de *civil law*.”³⁴

Adicionalmente, cabría analizar la labor de supremacía en que se encontrarían respecto de las cortes supremas los tribunales supranacionales, como sería el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el viejo continente, y la Corte Interamericana en nuestro continente.

Dicha labor de supremacía, que se presentaría desde el momento en que no puede acudir a los tribunales supranacionales sino una vez agotadas las vías de recurso internas, no se ha manifestado en la realidad al no haberse contemplado un instrumento jurídico idóneo para producir la nulidad del acto o resoluciones que produjeron la violación del derecho fundamental conforme a la declaración del tribunal supranacional.³⁵

Sin embargo, las sentencias del TEDH no dejan de tener eficacia, a pesar de que la misma no consiste en quebrar la eficacia de las sentencias de los tribunales internos. Sólo que su eficacia queda limitada a la mera declaración y, en

³³ Manuel Ortells Ramos. “El Tribunal Supremo Español: Un tribunal en busca de identidad”, en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete*. Vicente Gimeno Sendra Director. Iustel. Diciembre 2007. Madrid, págs 34. .

³⁴ *Ídem*, págs 34 y 35.

³⁵ *Ídem*, pág. 54.

su caso, a una condena a indemnización que ya preveía, como válvula de escape de estas limitaciones de Derecho interno, el artículo 41 CEDH.

En nuestro país, la Corte Suprema también ha visto disminuidas sus facultades con motivo de la entrega del control represivo al Tribunal Constitucional, sin perjuicio de no contemplarse filtros adecuados como vamos a ver más adelante para concentrar el trabajo de la Corte Suprema de forma tal que sea posible concebir una uniformidad de la jurisprudencia.

En lo que dice relación con la fórmula para conciliar la labor de la Corte Suprema con los tribunales supranacionales es también una tarea pendiente en nuestro país, sin que se haya legislado para determinar cuál será la vía para dar cumplimiento a los fallos que se pronuncien por los tribunales supranacionales.

7.- Ambigüedad en la opción de privilegiar el *ius constitutiones* o el *ius litigatoris*

Para determinar el objetivo que debe perseguirse con el recurso de casación es necesario tomar partido en cuanto a otorgar preeminencia a la tutela del *ius litigatoris*, es decir, optar por la búsqueda de la solución interpretativa que permita pronunciar una resolución que mejor se adapte a las peculiaridades del caso concreto, o al *ius constitutionis*, es decir, optar por la solución más justa sobre la base de criterios generales de interpretación más que la solución de un caso particular.³⁶

La opción entre ambas posturas no es menor, dado que la primera se centra en la solución del conflicto según criterios de justicia, y la segunda en la creación de una norma para uniformar la jurisprudencia, más que en la solución de un asunto particular.

En el primer caso, de preeminencia a la tutela del *ius litigatoris*, la casación es propiamente un recurso y la Corte al resolverlo acerca su labor a la de un tribunal que ejerce una función jurisdiccional, siendo lógico de entender por ello que el legitimado para deducirlo es sólo la parte agraviada con el fallo y la causal que hace procedente su interposición.

En este sentido se ha señalado por Taruffo que, “si en efecto se entiende a la Casación como órgano supremo para la tutela de los derechos individuales y para la justa aplicación de la ley en los casos concretos, la ambigüedad se resuelve en el primer sentido: la nomofilaquia es la tutela del *ius litigatoris*. Sin embargo, esta opción implica un riesgo y un costo: el riesgo es que, debiéndose interpretar la ley desde el punto de vista del caso concreto, consideraciones *latu sensu* equitativas terminarían por influir (o inclusive determinar) la interpretación; el costo es que, maximizando la interpretación al caso concreto, disminuye la posibilidad de

³⁶ C. fr., Michelle Taruffo. *El Vértice ambiguo...*, op. cit., 131.

emplear la misma interpretación para otros casos: es decir, se reduce la posibilidad de asegurar la uniformidad de la interpretación de la ley”.³⁷

En consecuencia, si se privilegia el *ius litigatoris* sería un contrasentido con semejante objetivo sostener que lo que cabe es sancionar la infracción de ley y uniformar la jurisprudencia.

En cambio, si optamos por la preeminencia de la tutela del *ius constitutionis*, la casación se aleja propiamente de la función de un recurso y la Corte al resolverlo acerca más su labor a la de un legislador, que persigue crear una norma de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores, siendo lógico de entender por ello, en tal caso, que el legitimado para deducirlo no será sólo la parte agraviada con el fallo y la causal que hace procedente su interposición, sino que además debería contemplarse la factibilidad de su deducción por el Ministerio Público, al perseguir fines generales más que particulares con su interposición.

En este sentido, se ha expresado por Taruffo que “si se entiende a la Casación como órgano de garantía para la justa interpretación de las normas y para la tutela de la legalidad como valor general, la ambigüedad se resuelve en el segundo sentido: la nomofilaquia es la tutela del *ius constitutionis*. También esta elección implica un riesgo y un costo: el riesgo es que prevalezcan el formalismo y la abstracción en la interpretación; el costo es la imposibilidad de tener en cuenta todas las peculiaridades del caso concreto. Sin embargo, hay una ventaja que deriva de maximizar el alcance general de la interpretación: aumenta la posibilidad de emplear la misma solución interpretativa para otros casos similares y, por tanto, se verifica la posibilidad de asegurar la uniformidad en la interpretación de la ley”.³⁸

Sobre esta interpretación puede fundarse la uniformidad, sea en el sentido de que la decisión de la corte pueda operar como precedente para otros jueces, sea en el sentido de que, probablemente, la misma corte seguirá la misma orientación interpretativa juzgando otros casos idénticos o análogos.³⁹

“Lo que se admite no son las derogaciones o las excepciones a una interpretación que permanece firme, sino únicamente las variaciones a esta interpretación: es el significado de la norma en términos generales, en relación a todos los casos que tengan que ver con aquella norma, el que puede cambiar, mas no en función de su aplicación a algún caso en particular. El caso concreto puede tener relevancia, pero sólo cuando haga emerger la necesidad (y cuando sea la ocasión) de un cambio global de interpretación de la norma”.⁴⁰ Además, “lo que se

³⁷ *Ídem*, págs 132 y 133.

³⁸ *Ídem*, pág. 133.

³⁹ *Ídem*, págs 34 y 35.

⁴⁰ *Ídem*, págs 139 y 140.

debe justificar no es una «excepción a la regla»: es el cambio de la regla, y éste sólo puede estar fundado en razones que van más allá del caso concreto”.⁴¹

En la actualidad, existe una tendencia muy difundida según la cual las cortes supremas continúan desarrollando su función “privada” consistente en la decisión de las controversias particulares que le son sometidas a su examen, pero su función que deviene preeminente es la “pública”, que consiste en interpretar la ley en una perspectiva de aplicación uniforme del derecho inspirada en el principio de igualdad.

En realidad, hay varias maneras para definir las funciones que se atribuyen a las cortes supremas, pero es evidente que estas definiciones convergen en el sentido de privilegiar la eliminación de los errores en la interpretación de la ley y en la formulación de interpretaciones que puedan guiar las decisiones de los jueces sucesivos, asegurando la uniformidad de la jurisprudencia y la actuación del principio de legalidad.

Se trata, evidentemente, de nomofilaquia, pero de una que se realiza principalmente a través del valor del precedente que se atribuye a las decisiones de la Corte Suprema, o sea, a través de la uniformidad de la jurisprudencia que tendencialmente se forma sobre la base del precedente. El respeto de la ley según la interpretación dada por la Corte Suprema es asegurado no sólo en el caso particular en ocasión del cual la decisión es dada, y tampoco haciendo de tal manera —o haciendo posible— que la corte intervenga en todos los casos en los cuales la misma norma es aplicada, sino que haciendo que los jueces de los casos sucesivos sigan en sus decisiones la interpretación que la Corte Suprema ha formulado. Es oportuno notar que ello no depende de la eventualidad que el precedente tenga una eficacia jurídicamente vinculante. Aparte la consideración de que en numerosos casos el precedente no es absolutamente vinculante, ni siquiera en los ordenamientos del *common law*, la realidad es que el efecto de nomofilaquia uniforme se realiza en función de la fuerza persuasiva del precedente, o sea de la capacidad de influenciar efectivamente las decisiones de los jueces sucesivos.⁴²

Como observa Ramos Méndez, “hay una carga dogmática apabullante sobre si la casación, en origen o en sus diversas manifestaciones tutela el *ius constitutionis* o el *ius litigatoris*. La discusión es tan interminable como estéril, porque, en definitiva, depende de la configuración concreta que un determinado sistema le atribuya al recurso. Lo que quiero decir es que mi opción personal es la conservar claro, en cualquier tipo de recurso civil que se regule, que éste debe tutelar primordialmente al ciudadano y no a la ley. De ello se sigue que un recurso

⁴¹ *Ídem*, pág. 140.

⁴² Taruffo “¿Una reforma de la casación civil?”, en *Proceso Civil, Hacia una nueva justicia civil*. Andrés de la Oliva Santos y Diego Iván Palomo Vélez (coordinadores), Jurídica de Chile. 2007, págs. 523 y 524.

meramente nomofiláctico, sin repercusión en el caso concreto, no es el modelo que deseo en el enjuiciamiento civil.

Ya digo que éste no es un tema que se solucione con un debate doctrinal meramente técnico. Es un problema de filosofía personal. Entiendo que de los tribunales de justicia se espera que administren justicia en los casos concretos, teniendo presente que las respuestas que éstos dan son el “derecho” mismo para las partes, el que se les puede dar. No hay pues que desviar al litigante a otros fines supuestamente de interés general. Estamos en el campo del derecho privado, que es la raíz de cualquier otra estructura jurídica. En nuestra tradición, por fortuna, la iniciativa particular siempre ha sido un eficaz dinamizador del ordenamiento jurídico. La mayoría de lo que hoy se nos vende como actuación legislativa, de un determinado color o corte, proviene, en origen, de iniciativas individuales. Estas son todavía en el campo civil la razón de ser de los tribunales civiles. Éstos, en toda la escala jurisdiccional, tienen el deber de resolver casos concretos y no convertirse en legisladores o en oráculos de lo que dice o no dice la ley con aspiraciones de generalidad”.⁴³

Por mi parte, entiendo que el recurso de casación debe desprenderse del debate entre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*, dado que la resolución del conflicto en los procedimientos orales, tal como decía el Presidente de la Corte Suprema norteamericana Charles Evans Hughes, es: “*Quien decide debe escuchar*”.⁴⁴

En consecuencia, la Corte Suprema, en virtud del principio de concentración que debe conducirnos a evitar dilaciones indebidas en la solución de los litigios, nunca debe tener como misión transformarse en una tercera instancia, o atribuirle tareas que tengan como finalidad pronunciarse —por lo menos— acerca de una parte de la resolución, como es la aplicación del derecho acerca de cómo debe resolverse un conflicto particular. La misión de la resolución de los conflictos particulares debe corresponder a los jueces de la instancia.

Sin embargo, la Corte Suprema como máximo tribunal de la República debe velar siempre por un trato legal igualitario, ser la principal garante en la protección de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico nacional y acercarnos a la aspiración en la aplicación de un derecho nacional en forma uniforme.

En consecuencia, un recurso que nos conduzca a la Corte Suprema debe tener como misión acercarnos al cumplimiento de esos objetivos, que son los que se recogen en el ámbito de procedencia del recurso de nulidad en el nuevo sistema procesal penal.

⁴³ Francisco Ramos Mendez. “¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?”, op. cit., pág. 133.

⁴⁴ Fiss Owen. *La burocratización de la judicatura. El derecho como razón pública*, Marcial Pons. 2007. Madrid, pág. 113.

8.- Deficiente sistema de selectividad de los recursos que deben ser conocidos por la Corte Suprema

Uno de los mayores problemas que se han suscitado respecto del recurso de casación dice relación con los criterios de selección que deben seguirse para determinar los asuntos que deben ser conocidos por parte de la Corte Suprema.

Como nos señala con meridiana claridad Ortells, “es obvio que para modificar el indeseable resultado de la demora excesiva en la resolución de los recursos de casación ante el TS, sólo existen dos soluciones: el aumento del número de magistrados que forman las plantillas de las respectivas Salas; la reducción del número de asuntos que pueden acceder en casación ante el TS”.⁴⁵

La solución indicada, en primer lugar, obedece a criterios meramente cuantitativos; nos conduce a aumentar el número de magistrados y conlleva un verdadero gigantismo judicial de la Corte Suprema,⁴⁶ prescindiendo de una reflexión sobre la función que ella debe cumplir.

Como observa Ortells, compartiendo lo señalado por Taruffo, “la preponderancia de este enfoque cuantitativista del problema, no mejora la calidad de las sentencias del TS, por las razones intrínsecas de que se dictan «de un modo apresurado y superficial» y de que «aumenta la posibilidad de que (las decisiones) no sean coherentes entre sí»⁴⁷. Añade que “[a]demás, hacia los órganos jurisdiccionales de grado posterior, las priva de *autoritas*, porque es «lícito pensar que la autoridad de las decisiones de un órgano es, o tiende a ser, inversamente

⁴⁵ Manuel Ortells Ramos. “El Tribunal Supremo...”, op. cit., pág. 81.

⁴⁶ Como nuestra de ello, debemos tener presente lo que ocurre en España, país en el cual como nos señala Ortells, en el anexo II de la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre de 1988 estableció la siguiente plantilla del TS:

	Presidente	Magistrados	Total	Total Asuntos Pendientes al termino del año 2002
Sala I Civil	1	9	10	13.367
Sala II Penal	1	14	15	3.832
Sala III Contencioso Administrativo	1	29	30	16.825
Sala IV Social	1	12	13	3.937
Sala V de lo militar	1	7	8	
Totales	5	71	76	

Manuel Ortells Ramos. “El Tribunal Supremo...”, op. cit., pág. 81. La última columna Total de asuntos... ha sido agregada por el autor de este artículo, tomando los datos de la propia publicación del profesor Ortells..

⁴⁷ Taruffo, citado por Manuel Ortells Ramos. “El Tribunal Supremo...”, op. cit., pág. 82.

proporcional al número de veces que él mismo se pronuncia: como es conocido, la inflación produce devaluación»⁴⁸.

En consecuencia, como nos indica Ortells, la segunda solución consistente en restringir los asuntos que pueden acceder a la casación ante la Corte Suprema aparece como la más idónea, siendo en este caso el problema el consistente en determinar cuáles serán los criterios para seleccionar los asuntos⁴⁹, los que deberán adoptarse por el legislador en atención a la función que quiera asignarse a ese tribunal.⁵⁰

El primer criterio ha sido establecer la procedencia de la casación según la **cuantía del asunto litigioso** en el cual ha recaído la sentencia que se impugna.

“Este modo de selección de los asuntos para acceso a la casación ha sido criticado, básicamente, porque cercena la posibilidad de que sea fijado, respecto de un importante sector de asuntos litigiosos, el «criterio de interpretación último y unificador del Tribunal Supremo», y por ser contrario a los principios de uniformidad jurisprudencial y de igualdad de los ciudadanos ante la ley.⁵¹

El segundo criterio de selección ha consistido en reglar las resoluciones recurribles conforme a criterios objetivos, sin atribuirles a las salas del Tribunal Supremo una potestad discrecional para seleccionar los asuntos merecedores de acceso a la casación por la vía del *certiorari*.

Este criterio, que se asienta en un criterio objetivo, pareciera desterrar el modo de selección del *certiorari*. No obstante, dicho “régimen de admisión a trámite de la casación —complejo y cargado de dificultades— parece, en ocasiones, disfrazar un real ejercicio de discrecionalidad”⁵².

En tercer lugar, existen además, como señala Ortells, otras restricciones como son las “referidas al régimen de tiempo y de forma de los actos de preparación y de interposición del recurso. También figuran en la propia ley los controles de admisión rigurosos, que dificultan alcanzar una sentencia sobre el fondo del recurso y hacen posibles resoluciones anticipadas sobre el fondo en sentido desestimatorio”⁵³.

⁴⁸ Taruffo, citado por Manuel Ortells Ramos. “El Tribunal Supremo...”, op. cit., pág. 82.

⁴⁹ *Ídem*, pág. 83.

⁵⁰ *Ídem*, pág. 81.

⁵¹ Sala Sánchez y Serra Dominguez, citados por Ortells, *Ídem*, págs. 83 y 84.

⁵² *Ídem*, pág. 84.

⁵³ *Ídem*, pág. 85.

“La sospecha de solapado ejercicio de discrecionalidad nace al observar que estas limitaciones legales son objeto de una práctica aplicativa extremadamente restrictiva por parte del TS”⁵⁴.

Finalmente, “otro modo de selección de asuntos para el acceso a la casación ante el TS vincula ese acceso a que se haya manifestado una concreta divergencia entre sentencias de tribunales sobre la interpretación y aplicación de las normas en casos iguales, de modo que eso justifica el ejercicio de la potestad del TS para uniformar la interpretación y aplicación de la ley en los casos iguales”.^{55 56}

Sobre la materia, Taruffo nos ha señalado que en Italia, al igual que en otros países, nuestro legislador “parece considerar que la Corte de Casación debe desplegar la función de nomofilaquia decidiendo toda particular y específica cuestión de derecho que surge en el ámbito de cualquier controversia. Se trata por así decirlo, de una nomofilaquia *particularista y analítica*: toda cuestión de derecho debe poder ser llevada directamente a la atención de la Corte, y esta deberá verificar, pronunciándose explícitamente al respecto, si el juez inferior ha o no aplicado correctamente la ley resolviendo cada una de estas cuestiones. Un control de legitimidad de este tipo representa una suerte de sublimación de *jus litigatoris*: está claro, en efecto, que la Corte está llamada a decidir de la legitimidad de la solución de cada cuestión sobre la cual el *litigator*, o sea el particular recurrente, decide de hacer intervenir a la Corte. Ésta está llamada a concentrarse sobre el caso en particular y sobre todas las cuestiones que en él han surgido, porque todas y solamente estas cuestiones constituyen el objeto de su examen. En una perspectiva de este tipo de *jus constitutionis*, o sea el interés de carácter general a hacer sí que la Corte diga en términos generales cual es la correcta interpretación de las normas, queda en el trasfondo, y más bien se pierde de vista: la Corte debe

⁵⁴ *Ídem*, pág. 85.

⁵⁵ *Ídem*, pág. 85. Calamandrei consideró que el remedio debía consistir en un conjunto de medidas destinadas a disminuir el número de recursos por decidir: al respecto no excluyó la introducción de la *summa gravaminis* y un consistente aumento del depósito por multa, así como admitió la introducción de un examen preliminar de recurso, destinado al rechazo *in limine* de los recursos inadmisibles.

⁵⁶ En la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Español se ha introducido el apartado tercero del artículo 477 se ha introducido el *interés casacional*, el cual se configurará: 1º cuando la sentencia que se recurre se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo 2º cuando la sentencia que se recurre resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las audiencias Provinciales y 3º cuando la sentencia que se recurra aplique normas que no llevan más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Sin embargo, el instrumento fundamental para reducir el número de recursos por decidir vino individualizado en la drástica reducción de las causales del recurso que, en realidad, supuso una redefinición del rol de la Casación: se trató esencialmente de eliminar el control de la Corte sobre los *errores in procedendo* y de limitar el control sobre los *errores in indicando* sólo al supuesto de la errónea interpretación de la normas sustancial, con la exclusión de todo reexamen de hecho y del control sobre los vicios de motivación.

ocuparse de la decisión de caso particular, no de la general exigencia de que las normas del derecho sean interpretadas y aplicadas de modo uniforme”.⁵⁷

Debe resaltarse que uno de los más graves inconvenientes es el que se deriva “del incontenible exceso de carga de trabajo de la Corte: de la excesiva duración del procedimiento a la variabilidad, incoherencia y contradictoriedad de la inmensa jurisprudencia que la Corte produce”⁵⁸, lo que obliga a introducir “algún límite o algún criterio de selección”.⁵⁹

Nosotros somos partidarios del sistema que regula el acceso a la Corte Suprema a través de *petitions of certiorari*, en las cuales se solicita que ella se haga cargo del asunto resuelto por un tribunal de apelación o que asuma el examen de las cuestiones de derecho resueltas en ese asunto. La *petition of certiorari* importa el ejercicio de una facultad discrecional, actualmente sancionada expresamente en la ley en los Estados Unidos.

“El número de solicitudes dirigidas al Tribunal Supremo ha ido aumentando progresivamente con el paso del tiempo y en los últimos tiempos ha alcanzado la cifra de entre seis y siete mil casos al año. Una parte relevante del tiempo y del trabajo del tribunal se dedica a decidir que casos pueden ser admitidos para ser resueltos. Con arreglo a una praxis consolidada, la solicitud es admitida si cuatro jueces están favor: de este modo se evita que una mayoría pueda impedir el examen de un asunto que se preferiría no tomar en consideración. Un aspecto importante de la estrategia institucional del Tribunal Supremo consiste en la selección de los casos que serán resueltos. Con frecuencia el Tribunal trata de aplazar el examen de cuestiones jurídicas muy importantes hasta que no hayan sido resueltas por diversos tribunales inferiores, para poder tener así un cuadro más completo del problema y de sus diversas implicaciones”⁶⁰.

“Si la solicitud resuelta admitida, se prepara un *record* que se funda en el del tribunal inferior, y las partes presentan informes escritos, al igual que sucede en los demás procedimientos de recursos. Se admite normalmente la celebración de una vista oral, con media hora de tiempo para cada parte, aunque el tribunal resuelve muchos casos únicamente sobre la base de los informes escritos”.⁶¹

En la actualidad, el *certiorari* como criterio de selección discrecional refleja un claro pragmatismo entregado a la Corte Suprema para que seleccione los casos de mayor trascendencia a los cuales debe avocarse en su conocimiento y garantizar

⁵⁷ Taruffo “¿Una reforma de la casación civil?”, *op. cit.*, págs 524 y 525.

⁵⁸ *Ídem*, págs 518.

⁵⁹ *Ídem*, págs 519.

⁶⁰ Geoffrey Hazard Jr. Y Michele Taruffo *La Justicia civil en los Estados Unidos*, Editorial Aranzadi. 2006. Navarra: España, pág 207. (Traducido del italiano *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bolonia, 1993).

⁶¹ *Ídem*, 208,

con ello una administración de justicia eficiente y que respete los derechos fundamentales.

No debemos olvidar y dejar de tener presente al respecto que se ha señalado que la concepción subjetiva de la garantía está tendencialmente en contraposición con la idea de que se puedan seleccionar los recursos de casación, o si precisamente una selección no es evitable, esto implica que aquélla se desarrolle con criterios referidos a los intereses de las partes en la controversia.⁶²

En este mismo sentido, debemos recordar que en el proceso rol 205 nuestro Tribunal Constitucional en sentencia de 1 de febrero de 1995, declaró contraria a los artículos 6º, 7º, 19 N°s 2 y 3, 73 y 74 de la Constitución Política, la frase “o carece de relevancia jurídica para la adecuada interpretación y aplicación del derecho” la que se eliminó del Proyecto de Ley que se promulgara bajo el N° 19.374. En consecuencia, el *certiorari* requeriría la necesaria modificación de nuestra Carta Fundamental.

La consecuencia de un sistema deficiente de selección nos conduce, como señala Taruffo, a que “la casación decide demasiado, por eso a menudo no decide bien y, sobre todo, no está en posibilidad de intervenir racionalmente sobre las cuestiones más relevantes. La consecuencia es la misma, en particular la eliminación de la función de unificación de la jurisprudencia”.⁶³

No debemos olvidar que existe una “conexión directa entre la fuerza del precedente y el hecho de que éste provenga de una corte que decide pocos casos, eventualmente disponiendo del poder de escoger en cuáles casos considera que sea oportuno decidir en el fondo. En sustancia, es más autorizado el precedente establecido por una corte que dicta pocas sentencias con la finalidad precisa de establecer puntos de referencia para la decisión de casos idénticos o similares, y es menos autorizado el precedente que pertenece a un raudal formado por un número elevado de decisiones emitidas en la sola perspectiva de resolver cuestiones de derecho surgidas en los singulares casos específicos. Hay que considerar además que la nomofilaquia que se realiza a través del precedente está evidentemente dirigida al futuro: verdad es, en efecto, que la decisión que establece el precedente resuelve un caso pasado, pero se trata de una decisión que se dirige hacia el futuro porque se propone como un modelo para decisiones sucesivas”.⁶⁴

Como nos señala Ramos Méndez, “la mayor parte de las energías del TS se consumen en un trabajo negativo: inadmitir recursos de casación, con o sin queja previa, para descargarse de trabajo. Claro que, ¡a qué coste! Dedicar la mayoría de los esfuerzos y consumir el resuello en rechazar recursos a la propia puerta de entrada del tribunal, es una tarea nada gratificante. ¿Cómo se puede

⁶² Michelle Taruffo. *El Vértice ambiguo...*, op. cit., pág 26.

⁶³ *Ídem*, pág 165.

⁶⁴ Taruffo, “¿Una reforma de la casación civil?”, op. cit., pág. 524.

dispendiar las mejores cabezas de la magistratura y sus equipos de apoyo en apuntalar las puertas para que no entren los recursos, cual si montones de basura se tratara? Pues, ciertamente, eso es lo que hace, exageradamente, la Sala de lo Civil del TS. ¡Quién lo diría! [...] Con ello desmerece el verdadero trabajo positivo que se espera del TS: enjuiciar los casos y resolver definitivamente los litigios, con autoridad suprema. También produce descrédito y desconfianza en los usuarios: ¡allá arriba no quieren saber nada de mí!”⁶⁵

Según la investigación efectuada en nuestro país por la profesora Ruth Israel, entre los años 2000 a 2004, respecto de los recursos de casación en el fondo, sólo un 10% de los recursos son acogidos, alcanzando los desestimados a un 55%. En cuanto a los fallos en que no existe un pronunciamiento de fondo, ellos alcanzan a un 35%, correspondiendo a dos grupos de causales: el primer grupo está conformado por los recursos que han sido declarados inadmisibles por algunas de las causales que contempla la ley, y el segundo grupo de causales se refiere a los fallos respecto de los cuales la Excma. Corte Suprema hizo uso de la facultad del artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, desestimándolos por manifiesta falta de fundamento, sin entrar a la vista de la causa.⁶⁶

Ramos Méndez señala que su apuesta personal “es suprimir el trámite de admisión y deducir cuanto antes, aun sumariamente, sobre la estimación o desestimación del recurso. Una resolución definitiva negativa, aun con motivación formal o sumaria (“no reviste interés casacional”, etc.), puede parecer drástica, pero es clara, rápida y despeja todas las dudas. Igual de claro que una simple carta de cortesía de y un empleador, cuando rechaza un *currículum* que se dice brillante. Basta de subterfugios formales que encubren la nada procesal y pretenden disfrazar el mensaje. Es preferible la transparencia. Allá el tribunal con su sensibilidad o con la proyección de su papel en la sociedad. Cada uno debe asumir su propia responsabilidad y, si no nos gustan las instituciones que cavamos, pues en eso que llaman soberanía del pueblo estaría el promover los cambios necesarios. Todo menos el atasco descomunal y el cuello de botella que ahora incomoda a todo el mundo”.⁶⁷

Los criterios de carácter objetivo hasta ahora establecidos por el legislador no han resultado pragmáticos, han generado por su rigidez un colapso irreversible en cuanto al número de causas que son conocidas por las Cortes de Casación o los Tribunales Supremos y en tales condiciones atendido el número de fallos no conducen a lograr el objetivo de la uniformidad en la jurisprudencia.

⁶⁵ Francisco Ramos Méndez. “¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?”, op. cit., págs 113 y 114.

⁶⁶ Ruth Israel López. “Control de Admisibilidad del recurso de casación en materia civil años 2000-2004”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Centro Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Número 8 (2006), págs. 202 y 203.

⁶⁷ Francisco Ramos Méndez. “¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?”, op. cit., págs. 131 y 132.

Es por eso que, siguiendo a Morello, creemos que ha llegado la hora de la conveniencia de que por ley “se arbitre una fórmula para que a su sana discreción que acuerde, acaso, una libertad más adecuada a este expediente que puede generar el “abuso”(arbitrariedad) en la búsqueda de la descompresión”.⁶⁸

La Corte Suprema como máximo tribunal debe actuar con responsabilidad en la selección de los asuntos y ello no se logra ni resulta ser más transparente cuando el legislador pretende crear filtros en apariencia objetivos, pero que, como hemos visto, a nivel mundial no funcionan, conduciendo a un formalismo excesivo para la eliminación de causas y, a lo menos, a no mantener las buenas relaciones que deben existir entre los abogados y los jueces. En efecto, resulta mucho más armonioso para semejantes relaciones que la Corte Suprema nos diga que el asunto no se estima de relevancia jurídica para ser conocidos por ella y no que dicho acceso se ha declarado inadmisibile por algún motivo meramente formal.

9.- Imposibilidad de concebir la casación como tercera instancia por ser incompatible con la exigencia de la pronta y debida solución de los conflictos y conducir a un deficiente mecanismo de selección de asuntos conducente a un gigantismo de la Corte Suprema

La tercera instancia no es compatible con la exigencia de la pronta y debida solución de los conflictos, con la centralidad que debe tener el juicio oral, pues ella conduce al gigantismo de la Corte Suprema -con una órbita de gran amplitud de competencia- y reconoce un deficiente mecanismo de selección de asuntos para su conocimiento que impide concebir una real nomofilaquia jurídica y uniformidad de la jurisprudencia.

En los procesos orales debemos privilegiar las decisiones de la instancia y, por ello, el acceso a la Corte Suprema necesariamente debe ser restringido.

Si los tribunales de la instancia funcionan adecuadamente, los casos que ameritan el conocimiento de la Corte Suprema deben ser los menos y por ello no se justifica establecer recursos que nos conduzcan en forma masiva ante ella.

Si los tribunales de la instancia no funcionan adecuadamente, por registrar un alto porcentaje de fallos que deban ser anulados o revocados, ello no nos permite llegar a una conclusión diversa, puesto que la mayor amplitud de la competencia de la Corte Suprema en la solución de los asuntos conducirá al colapso de la justicia y, bien sabemos todos, y en especial en el mundo actual, que justicia que se tarda es justicia que se deniega. En tal caso, lo que deberá efectuar será una mejor selección y capacitación de los jueces de la instancia, pero no otorgar una mayor amplitud de competencia al tribunal supremo.

⁶⁸ Morello Augusto. *El certiorari en su aplicación concreta. La Corte Suprema en acción.*, Abeledo Perrot, 1989, pág. 484.

10.- Ambigüedad en cuanto a las consecuencias que conlleva la falta de uniformidad por parte de los jueces y la fuerza vinculante de la jurisprudencia

La principal función de casación es la de lograr la uniformidad de la jurisprudencia. De acuerdo con ello, el motivo del recurso de casación queda reducido a uno principal: infracción de ley siempre que se dicte una resolución judicial que resulte contradictoria con otra resolución dictada por el mismo u otro tribunal de idéntico⁶⁹ grado o por el tribunal supremo, quedando sin acceso a la casación las infracciones de ley que no conlleven discriminación ni alteración del principio de igualdad.

La desvinculación del juez no autorizada por el ordenamiento, observa Ortells⁷⁰, sólo debe conllevar, como ocurre con la casación, a afectar la validez o eficacia de la sentencia de modo de garantizar una aplicación e interpretación uniforme de las normas y, con ello, la igualdad en la aplicación de las mismas. “No obstante, no podemos dejar de recordar que el Tribunal Supremo español revocará la sentencia que se hubiera desvinculado indebidamente, y resolverá con arreglo a la doctrina jurisprudencial, pero también puede no revocar la sentencia y modificar la doctrina jurisprudencial”.⁷¹

La desvinculación no autorizada de la jurisprudencia de los tribunales superiores puede conllevar, a criterio de algunos, a determinar la ilicitud de la conducta del juez o jueces que la hubieran realizado⁷² y ello importaría la supresión de la independencia, como ha observado Ortells, en un doble sentido:

“1° Se suprime una de sus manifestaciones esenciales, porque la norma de vinculación somete al juez a “una regla general de enjuiciamiento” (la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español sobre cierta materia), de rango ciertamente infralegal y, en todo caso, de mayor densidad normativa que la ley, **privándole de la potestad de examinar su legalidad.**

2° A partir de lo anterior ya no hay razón para suprimir una de las principales garantías de la independencia – que hacen posible en la práctica su efectividad-, a saber, la garantía consistente en que los criterios que el juez sostenga sobre la interpretación y aplicación de la ley, en los casos concretos que juzga, no deben tener incidencia negativa en su carrera profesional, para evitar que el temor a esa incidencia (o el deseo de la misma) se utilice como instrumento de control sobre aquellos criterios”.⁷³

⁶⁹ Vicente Guzmán Fluja. *El recurso de casación civil*. Tirant Lo Blanch Valencia, 1996, pág. 35 y 36.

⁷⁰ Manuel Ortells Ramos. “El Tribunal Supremo Español...”, op. cit., pág.100.

⁷¹ *Ídem*, pág.100.

⁷² *Ídem*, pág.101.

⁷³ *Ídem*, pág. 104.

Por otra parte, nos señala Ortells, que es posible sustentar que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español (TS) “desempeñaría, en el enjuiciamiento de fondo, el mismo papel que la ley u otra fuente del Derecho, aunque con subordinación a esas fuentes —así hay que pensarlo, por más que no sea fácil, ver cómo se instrumenta la efectividad de este límite—.

En definitiva, el TS quedaría investido de una potestad «normativa», para producir normas de rango inferior a la ley, con capacidad de proyectarse sobre el enjuiciamiento de fondo de todo tipo de asunto litigioso.

Se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de esta atribución, porque la potestad que se atribuye al TS, al menos en el supuesto de la cuestión prejudicial de legalidad, es diferente a la potestad de juzgar, única que el artículo 117 de la Constitución Española le encomienda y permite encomendarle en exclusiva”⁷⁴.

Más adelante añade el autor en cita. “Ahora me limitaré a apuntar que, desde un punto de vista práctico es inadecuada, salvo que vaya acompañada de importantes reformas complementarias. Actualmente resulta difícil que el juez haga efectiva su sumisión a la ley, principalmente por la complejidad de la producción normativa y por los acelerados cambios que se producen en la misma. A lo anterior vendría a añadirse un deber preciso de conocimiento de las doctrinas jurisprudenciales, cuya forma de expresión carece de idoneidad para facilitar que los órganos jurisdiccionales adquieran un conocimiento razonablemente seguro de las mismas y de su alcance.

Sustancialmente, la potestad del «significaría dictar instrucciones, de carácter general (...), dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o aplicación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su potestad jurisdiccional» que es lo que, actualmente, expresamente le veta el artículo 12.3. Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero además, esa potestad sería ejercida sin que formalmente quedaran definidos, con suficiente precisión, los contenidos dotados de eficacia vinculante general, ni estuviera garantizada la publicidad general de los mismos”⁷⁵.

Por ello, la vinculación debe ser entendida con un criterio menos constrictivo, de manera que, como nos señala Ortells, “la vinculación incidiría en el método del razonamiento judicial en el momento de sentenciar, imponiendo que ese razonamiento sobre el caso litigioso, que debe ser resuelto con sujeción al sistema de fuentes, se desarrolle en contemplación con los precedentes o doctrinas

⁷⁴ *Ídem*, pág.105.

⁷⁵ *Ídem*, págs.105 y 106.

jurisprudenciales pertinentes y «en diálogo» con ellos, lo que implica una posibilidad de divergencia razonada”.⁷⁶

Lo anterior es sin perjuicio de tener que preguntarnos, como lo hace Walter Antillón, “¿es posible la recta interpretación de los textos normativos?, ¿es deseable la uniformidad de la jurisprudencia? No lo creo. Es mejor optar simplemente por la búsqueda de la justicia en cada caso concreto, en un esfuerzo siempre renovado. Ni siquiera me parece que deba considerarse sano que alguien, invocando precedentes, pretenda llegar al proceso con la “justicia” en el bolsillo; es mejor que cada litigante reconozca modestamente la posibilidad de que la parte contraria tenga razón, y contribuya lealmente para que del proceso salga lo mejor posible: las soluciones acertadas, expuesta con sencillez, enriquecen a toda la comunidad.

La casación no puede cumplir con el objetivo de uniformar la jurisprudencia, porque inevitablemente, en vista del aumento en el número de procesos, los tribunales de casación han tenido que ser muchos, y sus opiniones son, también inevitablemente diversas. Pero además, en caso de nuestra casación, quedan excluidos de ella una gran cantidad de fallos judiciales, correspondientes, por ejemplo, a los procesos «menores», de manera que ya en la ley está la negación de aquel ideal de uniformidad: ésta no existe donde un enorme número de causas (por ser sumarias, por ser de baja cuantía) escapan al control de la casación”.⁷⁷

Finalmente, debemos tener presente que la uniformidad más bien se logra con la especialización de los tribunales de la instancia y de los tribunales de alzada, en funcionamiento en salas especializadas, que con la existencia de recursos masivos que conduzcan a la Corte Suprema. Además, si se desea privilegiar la jurisprudencia uniforme se deben resolver los conflictos con criterio de *ius contitutionis* y no de *ius litigatoris*, haciéndose una difusión y estudio de ella no sólo en los fallos que se dictan, sino que también en las aulas, lo que no acontece en la realidad como sistema.

La masividad de recursos ante la Corte Suprema jamás generará la uniformidad de la jurisprudencia, no sólo porque la sobreabundancia genera confusión, sino que porque no se tendrá ni siquiera conocimiento real acerca de su existencia, descansando con ello el sistema más bien en ficciones que en realidades.

Sin embargo, y para concluir; lo más importante es que la uniformidad no necesariamente conduce a la justicia, dado que la fría norma legal requiere ser ajustada en su aplicación equitativa a los hechos que configuran el conflicto. Así por ejemplo, en un caso de despido de un trabajador por inasistencia durante tres días consecutivos; no es lo mismo que nos encontremos ante un trabajador con 30 años de servicios y dos períodos de vacaciones pendientes y con un trabajador con

⁷⁶ *Ídem*, pág.106.

⁷⁷ Antillón, Walter, “La casación repensada”, op. cit., págs 192 y 193.

un mes de antigüedad y sin derecho a gozar de ningún día de permiso. La norma y los hechos que contemplan su aplicación son los mismos, pero la equidad del caso concreto hace necesaria una aplicación diversa.

En consecuencia, la uniformidad de la jurisprudencia siempre va a ser selectiva en cuanto a las materias que se estima pertinente uniformar criterios, y predictiva y no normativa, porque ella no vincula en forma obligatoria a nadie en forma horizontal ni vertical.

11.- El recurso conduce a la consagración del mito acerca de la posibilidad de separar las cuestiones de hecho y de derecho

Sobre esta materia se ha sostenido que el recurso de casación es medio para denunciar las infracciones jurídicas en los casos establecidos en la ley, por lo que el tribunal supremo es juez del derecho aplicado y nunca juez de los hechos, a los cuales no puede extender su conocimiento.⁷⁸

Quiere decirse que un error en la aplicación e interpretación de derecho es susceptible de reproducirse en casos futuros, porque la norma jurídica está pensada, por su mismo carácter abstracto y general, para regir las múltiples situaciones o supuestos de hecho que puedan tener cabida en su tenor. Son errores que, además de producir la injusticia en el caso concreto debido a las transgresiones de la norma por el juez, pueden trascenderlo y reproducir la injusticia para casos futuros semejantes, porque es una aplicación o interpretación normativa que se fija con aptitud de utilizarse en casos futuros. Todo ello explica la necesidad de uniformar estableciendo un único criterio. Por el contrario, las circunstancias fácticas son propias de cada caso concreto: puede incurrirse en un error al establecer y fijar los hechos, error que afectará a la justicia del caso pero no trascenderá su ámbito, porque tiene su causa en un escaso conocimiento histórico de las concretas circunstancias fácticas del litigio.⁷⁹

En la casación el sentido de juicio no se guiaría ni dependería de lo que es contingente, de las circunstancias particulares e individuales que distinguen a un caso de otro, sino que se centraría y atendería a lo que es general y susceptible de posterior reproducción, esto es, lo que trasciende el caso concreto: el problema de la graduación de interés se resolvería a favor del interés general en la unidad del derecho, quedando en segundo plano el interés particular.⁸⁰

La cuestión de hecho es ámbito de la soberanía del juzgador de instancia⁸¹

⁷⁸ Vicente Guzmán Fluja, *El recurso de casación civil*, op. cit., pág. 19.

⁷⁹ *Ídem*, pág.73.

⁸⁰ *Ídem*, pág.144.

⁸¹ *Ídem*, pág.135.

Sobre semejantes afirmaciones se han formulado las refutaciones que se indican a continuación.

En primer lugar, la distinción entre la cuestión de hecho y de derecho no es pacífica, siendo muchos quienes niegan tajantemente la posibilidad de realizar semejante separación, dada su interrelación e influencia mutua que impide su consideración aislada.⁸²

Como nos señala Morello, en su parecer —que comparte el profesor Vásquez Sotelo— es difícil, sino imposible, fracturar en dos compartimentos estancos el “hecho” y el “derecho”, como igualmente, legitimar una exacta y fiel actuación nomofiláctica cuando se construye sobre una plataforma fáctica lastrada del absurdo o de la arbitrariedad en la determinación y alcance de los hechos probados una quiebra del razonamiento lógico que deba sentenciar toda sentencia justa.⁸³

En segundo lugar, los jueces de casación no dudan en censurar los hechos cuando sea manifiesta la iniquidad de la decisión.⁸⁴

Las Cortes Supremas han flexibilizado su papel de controladoras de la legitimidad y han utilizado el recurso de casación para adentrarse de lleno, cuando lo consideran oportuno, en el análisis fáctico desarrollando una tarea más propia de los jueces de la instancia; de esta forma, han privilegiado la justicia del caso concreto sobre la uniforme aplicación e interpretación de la ley.⁸⁵ Algunas veces, aunque resulta infrecuente, efectúan un control directo de los hechos sin rubor de ninguna clase; la más de las ocasiones recurren a expedientes más sutiles, vías indirectas, tales como el control sobre la motivación, el control de la tergiversación del contenido de los actos y negocios jurídicos, o disfrazar de control de aplicación e interpretación de normas de derecho lo que es simple utilización de reglas de hecho.⁸⁶

En tercer lugar, no se acepta reconocer la realidad de que un juez de legitimidad es algo muy diverso que un juez como categoría general, al no ser las mismas cualidades las que se requieren para ejercitar funciones jurisdiccionales de fondo que las precisas para ser titular de la función de legitimidad. No es posible un juez de legitimidad que no sea, no sólo conciente sino partícipe de la específica función que debe cumplir. Si la actitud de los jueces de casación es proclive a la

⁸² *Ídem* pág.137.

⁸³ Augusto M. Morello. “El mito de las cuestiones de hecho y de derecho en la casación”, en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete*. Vicente Gimeno Sendra Director. Iustel. Diciembre 2007. Madrid, pág. 393.

⁸⁴ Satta, *Comentario al Codice di Procedura civile*, pág 182.

⁸⁵ Taruffo, “La corte de casación entre la función de control de legitimidad y de la instancia”, en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairen Guillen*, Valencia. 1990, pág. 544.

⁸⁶ Vicente Guzmán Fluja. *El recurso de casación civil*, op. cit., pág.163.

realización de la justicia del caso concreto, siempre encontrarán los resquicios necesarios en la ley para llevarla a cabo, por estricta que ésta sea respecto a la interdicción del control de hecho.⁸⁷

En cuarto lugar, se debe establecer un control respecto de la sana crítica en caso que el fallo contravenga las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, en atención a que con ellas se permite el logro de una convicción de carácter objetiva sujeta a control y no una motivación subjetiva que permanece en el plano interno, no sujeta a control.

En quinto lugar, en modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la intermediación, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que sea posible revisar.⁸⁸

En sexto lugar, la reforma de la casación, para que cumpla con las exigencias que la legislación internacional de derechos humanos le impone, para constituir la en un recurso efectivo de protección de los derechos del justiciable respecto de los aspectos de forma y de fondo del pronunciamiento condenatorio, no sólo conlleva una reforma legislativa y de actitud de los jueces, sino también de la estructura del despacho judicial para acercarlo a las exigencias de la oralidad y de la forma de documentar la actividad procesal.⁸⁹

En séptimo lugar, la exclusión del control sobre los hechos mediante el recurso de casación muchas veces ha sido ineficaz.

Como señala Francisco Ramos, “los ciudadanos nunca se han amilanado por las dificultades de la casación, ni por los gravosos peajes de esta herramienta. Como es lógico, cada recurrente se las ha ingeniado, en el pasado y en el presente, para presentar “su” caso ante el tribunal, de la forma mas completa posible. Por supuesto, ello incluye los hechos, algo que aterroriza al TS. En la regulación tradicional del recurso, hubo siempre un portillo por los hechos. La exigencia de “documento autentico”, que evidenciara la equivocación del juzgador, permitía jugar a intentar pasar el camello por el ojo de la aguja, al estilo bíblico. Poco juego, sin duda, cartas marcadas, pero había una posibilidad. Desaparece la exigencia de autenticidad del documento y se aumentan las posibilidades e controlar el error de hecho. Pero tanto ha ido el cántaro a la fuente, al parecer, que se decide cerrar la fuente. Se pretende blindar, a cal y canto, el acceso a la casación de los hechos. En adelante, la casación se reserva a la infracción de preceptos jurídicos sustantivos.

⁸⁷ Ídem, págs.165 y 166.

⁸⁸ Luis Paulino Mora Mora. “La casación penal en la encrucijada”, en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete*. Vicente Gimeno Sendra Director. Iustel. Diciembre 2007.Madrid, pág. 384.

⁸⁹ Ídem, pág. 386.

A grandes males, grandes remedios. Las reglas de la lógica y el juicio humano es difícil trasgredirlas de forma indemne. Los errores de bulto saltan a la vista y no pueden bendecirse. Pero, además, los juristas descubren que hay otros motivos, la incongruencia, las reglas lógicas o legales de la prueba, la infracción de determinados artículos comodín, que permiten sobrevivir y seguir intentando el control de los hechos. Ello explica, por ejemplo, el sobredimensionamiento que ha tenido un insignificante motivo como la incongruencia, que ha generado una pléyade de resoluciones jurisprudenciales.

Si se repasa la historia legislativa reciente, se comprobará que la casación se ha modificado en cada reforma, siempre con urgencia, invariablemente en el sentido de cerrar el paso a los hechos. Si la herramienta era obsoleta ya en el pasado, con esta filosofía de las reformas, es lógico que se haya convertido en un instrumento decadente. El ciudadano no ha tenido duda alguna del carácter restrictivo de las intervenciones legislativas realizadas en esta herramienta, alejando el recurso de sus posibilidades. Sólo ha faltado añadirle el encierro de las Salas en sí mismas, dando con la puerta en las narices a quien pretendía acceder a la solemne ceremonia de la puesta en escena del recurso. Se ha perdido de vista la importancia de la estética de estos ritos, para tranquilidad de los justiciables en cuanto transparencia de las actuaciones judiciales. ¡Que derroche de pasillos vacíos en los escenarios más solemnes donde se administra justicia! Ni el sistema se puede permitir tal dispendio de meros cuadrados desocupados, ni se puede pedir “buen rollo” en las valoraciones que brotan del que se queda a la puerta. Dígase lo que se diga, la herramienta se ha ido desgranando y es hoy un instrumento rústico, inapropiado para la operativa del Tribunal Supremo español”.⁹⁰

Por ello se postula una nueva casación, “la que deberá hacerse cargo del caso en su globalidad, lo que incluye cuestiones de derecho (como ahora) y cuestiones de hecho”.⁹¹

12.- Insuficiencia del recurso para controlar las deficiencias en que se incurre en el sistema de apreciación de la prueba

En la actualidad, resulta imperativo establecer un control respecto de la sana crítica en caso que el fallo contravenga las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, en atención a que con ello se permite consagrar el logro de una convicción de carácter objetiva, sujeta a control, y no una motivación subjetiva, la que permanece en el plano interno, no sujeta a control.

⁹⁰ Francisco Ramos Mendez. “¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?”, op. cit., pág. 110 y 111.

⁹¹ Luis Paulino Mora Mora, “La casación penal en la encrucijada”, op. cit., pág. 381.

Además, si se permitió el control de las reglas del sistema de prueba legal no se aprecia la razón por la cual no sea posible controlar los factores que deben ser considerados en un sistema de la sana crítica.

Si ello no fuera así, significa que en la práctica nos encontraríamos más bien con un sistema de libre convicción al no existir medios de impugnación eficaces para velar por el respeto en la aplicación correcta de las normas de la lógica y las máximas de la experiencia que importan el límite legal trazado para la sana crítica, y que nos permite diferenciar este sistema de la libre convicción.

En este sentido nos señala Morello, siguiendo a Serra Domínguez, “que la generalización de las reglas de la sana crítica en la nueva Ley Enjuiciamiento Criminal debe llevar al Tribunal Supremo español a apreciar en casación *la infracción de las reglas de la sana crítica*, porque todo lo que se radica en esas expresiones comunes del razonamiento humano pertenecen a las mismas categorías y si se padece o se realiza con manifiesto error corresponde denunciarse porque es causal invalidativa que arrastra *el juicio de derecho* construido sobre supuestos errados. Y ello interesa el contenido y fines de su razón de ser sin vestir a la casación de una tercera instancia. *No puede operar sino así.*”,⁹²

Asimismo, observa Vescovi “que resulta evidente que la tendencia Iberoamericana parece imponer, al menos en ciertos casos extremos, que existe un *absurdo evidente*, la posibilidad de que la Corte de Casación pueda anular las sentencias basándose en un error evidente en la apreciación de la prueba, con el fin de lograr la verdadera justicia. En cuyo caso entendemos que no cabe sostener que se esté ante una *quaestio iuris* diferente del caso en que esté la prueba sujeta al sistema de valoración legal (que en realidad constituye la excepción en nuestras legislaciones, afiliadas al sistema de valoración racional o de sana crítica), en que la violación constituye entonces sí un error de derecho y no de hecho”.⁹³

CONCLUSIÓN

Parece entonces indispensable una “gran reforma” que parta de una adecuada meditación acerca de las funciones que la Corte Suprema está llamada a desarrollar en el ordenamiento actual, y acorde con ello determinar los recursos que deben ser de su conocimiento, propendiendo a una uniformidad en su regulación.

En ese sistema, creemos que la Corte Suprema debe contar con facultades de *certiorari*, para seleccionar los casos que ella debe conocer para establecer la uniformidad de la jurisprudencia en las materias que considere necesario y

⁹² Augusto M. Morello. “El mito de las cuestiones de hecho y de derecho en la casación”, op. cit., pág. 393 y 394.

⁹³ Enrique Vescovi. *Los Recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma. Buenos Aires. 1988, págs. 245 y 264.

resguardar los derechos fundamentales, cuando ellos han sido sustancialmente infringidos durante la tramitación del juicio o con la dictación de la sentencia pronunciada dentro del mismo.

El recurso, en lo que dice relación con su procedencia, debe sólo contemplarse en contra de la sentencia definitiva cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En el recurso se debe privilegiar el *ius litigatoris*, eliminándose como regla general por ello el sistema de reenvío.

Con ello, nuestra Corte Suprema asumirá un rango de tribunal supremo de nuestro Poder Judicial con las facultades conservadoras plenas y selectivas que debe poseer en un Estado de derecho, privilegiándose así lo que se resuelva por los tribunales que conozcan de los juicios orales civiles, salvo errores o absurdos evidentes.

Esta competencia limitada y selectiva de la Corte Suprema no hace más que reconocer que todos los hombres, incluidos los jueces, podemos cometer errores, pero no resulta admisible llegar a admitir el error cuando es evidente, manifiesto o sustancial en un sistema en que debe primar la razón.

Como se ha dicho, en el mundo actual debemos tener la modestia de reconocer que los errores son posibles, lo inadmisibles son los horrores. No por nada es que siempre se ha requerido que la violación de los derechos fundamentales y la infracción de ley sean sustanciales para la procedencia de la causal, no bastando su mera concurrencia para admitir la procedencia de éste.

En definitiva y como conclusión, como afirmara alguna vez un Decano de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en cuanto a lo inadmisibles de aceptar: *errare humanum est, man non tantum*.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ ALEXY, Robert: *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2004.
- ❖ ANTILLÓN, Walter: “La casación repensada”. *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio Bernardo Maier*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires. 2005.
- ❖ ATRIA, Fernando: “Comentarios sentencias de casación civil de la Corte Suprema” *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, Peñalolén, 2000.
- ❖ CALAMANDREI, Pietro: *La casación civil*, Tomo II, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.
- ❖ DAMASKA, Mirjan: *Las caras de la Justicia y el Poder del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- ❖ DÍAZ, Rodolfo Walter; LANATA FUENZALIDA, Gabriela: *Régimen Legal del Nuevo Proceso Laboral Chileno*, Cuarta Edición, LegalPublishing, 2008.
- ❖ DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian: *Proceso Penal. El recurso de nulidad en el nuevo sistema procesal penal*, Editorial Jurídica, 2007.
- ❖ GUZMÁN FLUJA, Vicente: “El recurso de casación civil”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- ❖ HAZARD Jr., Geoffrey; TARUFFO, Michelle: *La Justicia civil en los Estados Unidos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.
- ❖ HORVITZ, María Inés: “Estado de Derecho y Poder Judicial”. *Estado de Derecho y Reformas a la Justicia*, Universidad de Chile Facultad de Derecho. Centro de Estudios de la Justicia, Santiago, 2004.
- ❖ ISRAEL LÓPEZ, Ruth: “Control de Admisibilidad del recurso de casación en materia civil años 2000-2004”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°8, Santiago, 2006.
- ❖ LOREDO COLUNGA, Marcos: *La Casación civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- ❖ MARÍN, Juan Carlos: “Comentarios sentencias de casación civil de la Corte Suprema” *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, Peñalolén, 2000.
- ❖ MEDINA QUIROGA, Cecilia: *La Convención americana: Teoría y Jurisprudencia*, Universidad de Chile Facultad de Derecho. Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2003.
- ❖ MEDINA QUIROGA, Cecilia; NASH ROJAS, Claudio: *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Universidad de Chile Facultad de Derecho. Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2007.
- ❖ MORA MORA, Luis Paulino: “La casación penal en la encrucijada” *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete*, Vicente Gimeno Sendra Director, Madrid, 2007.
- ❖ MORELLO, Augusto: *El certiorari en su aplicación concreta. La Corte Suprema en acción*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.
 _____ “El mito de las cuestiones de hecho y de derecho en la casación”, *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete*, Vicente Gimeno Sendra Director, Iustel Madrid, 2007.
- ❖ ORTELLS RAMOS, Manuel: “El Tribunal Supremo Español: Un tribunal en busca de identidad” *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete*. Vicente Gimeno Sendra Director, Iustel, Madrid, 2007.
- ❖ OWEN, Fiss: *La burocratización de la judicatura. El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ❖ RAMOS MÉNDEZ, Francisco: “¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?”. *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete*. Vicente Gimeno Sendra Director, Iustel, Madrid, 2007.
- ❖ SATTA, Salvatore: *Commentario al Codice di Procedura civile*, Vallardi, Milan, 1959.
- ❖ TARUFFO, Michele: *El Vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, Palestra Editores, Lima, 2005.
 _____ ¿Una reforma de la casación civil? *Proceso Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

_____ “La corte de casación entre la función de control de legitimidad y de la instancia”.
Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairen Guillen, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990.

- ❖ TRONCOSO MARTINIC, Pedro: *Casación en el fondo civil y casación oficial*, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- ❖ VESCOVI, Enrique: *Los Recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamerica*, Depalma, Buenos Aires, 1988.