

# Perspectiva general del recurso extraordinario en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil

**Gonzalo Cortez Matcovich<sup>1</sup>**

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

## 1. Antecedentes

En mayo último, en su Cuenta Pública ante el Congreso Pleno sobre el estado político y administrativo de la Nación, la Presidenta de la República, después de destacar la obra que en materia de justicia habían desarrollado los últimos tres gobiernos, aludiendo a los cambios introducidos en el ámbito del proceso penal, la justicia de familia y la laboral, requería del Congreso destinar sus mejores esfuerzos para dar una discusión de altura a aquella otra reforma histórica propuesta pocos días atrás y que es la reforma a la Justicia Civil. En efecto, con fecha 18 de mayo de 2009, se había ingresado bajo el N° 398-357 un proyecto de ley que pretende sancionar un Nuevo Código Procesal Civil.

Cuando en diciembre de 2006 se entregó al Ministerio de Justicia el borrador de Anteproyecto del Código Procesal Civil, la idea –según el Ministerio de Justicia– era *“presentarlo como proyecto de ley –ampliamente acordado y consensuado– ante el Congreso Nacional durante el primer semestre de 2009”*.

Las líneas que siguen están dirigidas a quienes han quedado marginados del aludido amplio acuerdo consensuado –entre los que me incluyo– y constituyen una visión exegética de las disposiciones reguladoras de lo que se enarbola como la principal innovación en materia de medios de impugnación en el Proyecto de Código Procesal Civil.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Abogado, Doctor en Derecho por la Universitat de València, España.

<sup>2</sup> En adelante, simplemente PCPC.

## 2. Ubicación sistemática

En el plano de la regulación sistemática, el PCPC consta de cuatro libros, cada uno de ellos dividido en títulos y algunos en capítulos. Sin perjuicio de lo anterior, algunos capítulos se dividen, a su vez, en párrafos. Siguiendo la línea de las anteriores reformas en el orden procesal, cada artículo lleva un título indicativo de su contenido.

Específicamente respecto del tema que me concierne, el Libro III está destinado a la ordenación de los recursos procesales y contiene unas disposiciones generales aplicables a los recursos y la normativa específica de los únicos recursos que reconoce el Proyecto: la reposición, el recurso de apelación y el recurso extraordinario. A la regulación de este último recurso se destinan los arts. 353 a 362 PCPC.

## 3. Consideraciones previas sobre el establecimiento de un medio de impugnación para ante la Corte Suprema

Prácticamente todos los sistemas jurídicos contemplan dentro de su organización judicial un tribunal supremo llamado a desarrollar dos funciones principales: un control de legalidad de las decisiones emanadas de los jueces inferiores y asegurar la potencial uniformidad de la jurisprudencia, tanto propia como de los tribunales inferiores.<sup>3</sup>

Se trata de asunto de la mayor importancia. Como señala NÚÑEZ, *"Un tema de gran sensibilidad para el usuario de la administración de justicia es, precisamente, el grado de control que un sistema procesal reconoce de las resoluciones que dictan los funcionarios que integran los órganos que ejercen la función de adjudicación en un Estado de Derecho. En otras palabras, para la sociedad en su conjunto resulta importante saber hasta qué punto se puede controlar el ámbito de discrecionalidad del órgano que ejerce la jurisdicción al decidir un caso determinado"*.<sup>4</sup>

El diseño del mecanismo impugnativo que permita que el conocimiento del asunto llegue hasta la Corte Suprema, como quiera que se le pretenda denominar, casación o recurso extraordinario, no puede dejar de considerar la forma cómo están reguladas las instancias. Así como la oralidad y las reglas que le

<sup>3</sup> TARUFFO, M., "Las funciones de las Cortes Supremas", en *La prueba, artículos y conferencias*, Santiago, Edit. Metropolitana, 2009, p. 205.

<sup>4</sup> NÚÑEZ OJEDA, R., "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo", en *Ius et Praxis*, 2008, año 14, N° 1, p. 200.

son consubstanciales –inmediación, concentración y publicidad– no pueden dejar de considerarse a la hora de regular la segunda instancia y el ámbito de la misma, la casación no se puede concebir al margen de lo que se piense sobre la primera y la segunda instancia.<sup>5</sup>

En fin, la tensión entre la necesidad de un sistema de garantías que permita la revisión de lo resuelto por el juez, ya sea por él mismo o por otro órgano superior, y la realidad de que esto supone una dilación para la respuesta judicial definitiva, sólo puede resolverse con el establecimiento de un sistema recursivo que sea respetuoso de dicha garantía, pero afincado sobre la realidad y que resulte de la justa ponderación de los intereses en conflicto.

#### 4. Los objetivos del recurso

Las finalidades esenciales asignadas al instituto de la casación han sido la correcta aplicación del derecho en los fallos judiciales y la unificación de la jurisprudencia. La primera imprime el carácter político al recurso y su naturaleza constitucional (*ius constitutionis*), que CALAMANDREI llamó función *nomofiláctica*. La función de unificar la jurisprudencia es posterior y propende a ella la existencia de un único órgano de casación que procure una interpretación de la norma jurídica común en todo el territorio.<sup>6</sup>

La evolución de la casación ha motivado que a los fines antes señalados se le agregue otro no menos importante, que es lo que HITTERS menciona como función *dikelógica*, esto es, la de hacer justicia del caso concreto, apareciendo de este modo como un recurso impulsado por el interés del particular que sufre un agravio por la sentencia.

Ya CALAMANDREI, en su obra fundamental,<sup>7</sup> distinguía la coexistencia de ambas funciones a que estaba llamada a cumplir la casación, la defensa del individuo (*ius litigatoris*) y la del interés general (*ius constitutionis*): “*la querella servía para garantizar la exacta observancia de la ley por parte del juez y para impedirle realizar obra de legislador: de manera que la querella en todo tiempo tuvo en sí un elemento político, asociando la defensa del individuo (ius litigatoris) a la del interés general (ius constitutionis)*”.

<sup>5</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Casación, oralidad y nuevo proceso civil*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009, p. 49.

<sup>6</sup> VESCOVI, E., *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Bs. Aires, Depalma, 1988, p. 238.

<sup>7</sup> CALAMANDREI, P., *La casación civil (trad. Sentís)*, Bs. Aires, Bibliográfica Argentina, 1945, T. I, pp. 70 y ss.

También nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a las finalidades atribuidas a nuestro sistema de casación:<sup>8</sup> “mediante el recurso de casación en el fondo, el sistema procesal da eficacia al principio de legalidad y al de igualdad ante la ley. Nuestro sistema procesal constitucional contempla los siguientes principios fundamentales: jurisdicción de derecho, debido proceso y recursos procesales; la casación en el fondo es una de las máximas expresiones de la garantía del Estado de Derecho y de la igualdad ante la ley. La sentencia de casación en el fondo que acoge el recurso pone término definitivo al conflicto con efecto de cosa juzgada y fija la doctrina generando un precedente jurisprudencial”.

## 5. Los motivos o causales del recurso

Como se sabe, la clasificación básica de los recursos en nuestra ordenación procesal es aquella que separa los recursos ordinarios de los extraordinarios. Los recursos extraordinarios o de derecho estricto son los que exigen motivos taxativos para su interposición y, por ende, limitan las facultades del tribunal *ad quem*.

La diferencia fundamental con los recursos ordinarios reside en que, mientras en estos es suficiente la existencia del agravio para la admisión y consideración del contenido del recurso, en los recursos extraordinarios este agravio tiene que estar referido a un específico motivo de impugnación configurado por el legislador. Con los recursos ordinarios se puede denunciar cualquier vicio de la sentencia impugnada, mientras que con los extraordinarios las partes sólo pueden denunciar determinados vicios contenidos en la resolución y que han sido previamente tasados por el legislador.<sup>9</sup>

Al haberse supeditado la admisión y tramitación de los recursos extraordinarios a la circunstancia de que se aleguen en su interposición unos motivos de impugnación determinados por la ley, los poderes del tribunal superior están doblemente limitados, tanto por la ley, que también recorta las posibilidades de impugnación de las partes, y por el propio acto procesal de interposición del recurso, en cuanto acota la competencia del tribunal *ad quem* a los concretos motivos de impugnación articulados por el recurrente.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, de 1º febrero de 1995, en Rev. Der. y Jur. T. 92, sec. 6º, p. 14.

<sup>9</sup> CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil, II*, México, Cárdenas Editor, 1990, p. 511.

<sup>10</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil* (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, CUCARELLA, BELLIDO, MARTÍN), 6ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2005, pp. 482-483.

Aunque pueda parecer un contrasentido, del análisis de las disposiciones reguladoras del recurso extraordinario en el PCPC no aparece con claridad cuáles serían los motivos de impugnación tasados por el legislador. Sin embargo, una consideración de elemental coherencia lleva a suponer que la denominación del recurso debe guardar relación con sus principales caracteres. No parecería sensato señalar como primera característica del recurso extraordinario el tratarse de un recurso ordinario.

Entonces y dado que el Proyecto de manera paradójica no establece los motivos del recurso extraordinario, habrá que abocarse a su búsqueda y concentrarse en el **objeto** del recurso y en sus **requisitos** para que, de este modo, puedan extraerse los motivos o causales que autorizan su interposición.

## 6. Objeto del recurso extraordinario

El texto prelegislativo parece haberle atribuido al recurso extraordinario dos objetivos:

- a) Que la Corte Suprema unifique la jurisprudencia con ocasión de una sentencia notoriamente injusta para el recurrente (art. 353 PCPC);
- b) Que la Corte Suprema revoque la sentencia, si se han vulnerado sustancialmente garantías constitucionales (art. 353 inc. 2° PCPC).

A partir de esta consideración general sobre el objeto del recurso extraordinario, podría derivarse cuáles son los motivos que autorizan la interposición del mismo. Así, si el objeto del recurso es la revocación de la sentencia por vulneración sustancial de garantías constitucionales, parece claro que la causal del recurso es la infracción sustancial de las mencionadas garantías.

No ocurre lo mismo, sin embargo, respecto de la finalidad de unificación de jurisprudencia. En efecto, aun cuando el texto prelegislativo permita derivar que la sola infracción de la jurisprudencia puede constituir un motivo por sí solo para recurrir, lo cierto es que el genuino motivo o causal del recurso no puede ser otro que la infracción de una norma aplicable para resolver la controversia. Naturalmente que dicha norma ha de entenderse de acuerdo a su interpretación jurisprudencial, lo que significa que si se entiende o aplica en sentido diverso, se abre la vía para la interposición del recurso.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> NIETO, A., "Valor legal y alcance real de la jurisprudencia", en *Teoría y Realidad Constitucional. El Poder Judicial*, Universidad Nacional de Educación a Distancia y Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Números 8-9 2º semestre 2001-1º semestre 2002, p. 106.

No ha podido ser de otro modo desde que la jurisprudencia no es fuente directa del derecho, sino complemento del ordenamiento jurídico, de manera que su desconocimiento no puede ser equiparado al incumplimiento de la norma y sólo podrá tener relevancia, supuesta la infracción, en la medida que evidencia la interpretación, aplicación o inaplicación indebidas de la jurisprudencia.<sup>12</sup>

## 7. Requisitos del recurso extraordinario

Los requisitos de un recurso son ciertas condiciones exigidas por la ley para que pueda sustanciarse el medio de impugnación. La falta de ellos impide que el tribunal pueda entrar a examinar la cuestión de fondo. Su cumplimiento, a diferencia de los presupuestos, depende de la actuación de las partes. En este sentido, de la parte recurrente depende que un recurso sea interpuesto dentro de plazo –que es un requisito del recurso–; sin embargo, no depende de la parte que la resolución de que se trate sea o no una sentencia definitiva –que es un presupuesto del recurso–. De ahí que se sostenga que los presupuestos concurren, mientras que los requisitos se cumplen.<sup>13</sup>

En cuanto a la forma y plazo de interposición del recurso extraordinario, el art. 356 PCPC señala que debe interponerse por escrito dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia dictada por el tribunal inferior.

El Proyecto exige especiales menciones acerca de su contenido, pues el recurrente debe expresar en forma fundada:

- a) En qué consiste la injusticia notoria;
- b)Cuál es el interés público del caso;
- c) Los motivos que justifican que la Corte Suprema deba abocarse al conocimiento del asunto, ya sea por la necesidad de unificación de jurisprudencia o por la vulneración de garantías constitucionales.

Respecto de la expresión *injusticia notoria*, habrá que entender que no se refiere a aquel medio de impugnación propio de la justicia colonial que consistía en una segunda *suplicación o recurso extraordinario de nulidad o injusticia notoria*, ante el Rey de España, en principio, luego ante el Consejo Supremo de Indias,

<sup>12</sup> MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 591-592.

<sup>13</sup> MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., ob. cit. nota ant., p. 48.

creado para entender en todo lo relativo a las decisiones jurisdiccionales y administrativas de la colonia, aunque cabe detenerse en la noción de *injusticia notoria*, forjada a propósito de ese singular medio de impugnación. Comenta VESCOVI que en Hispanoamérica, luego de la Independencia, el recurso extraordinario de nulidad y de injusticia notoria fueron suprimidos y derivaron en varios países en la casación.<sup>14</sup>

En un antiguo trabajo sobre el *Recurso de Injusticia Notoria*, se dice que “la voz notoria tiene su significación y valor y se entiende por tal la que resulta del proceso sin necesidad de nuevas pruebas”;<sup>15</sup> se agrega más adelante, citando a otro autor, que “es notoriamente injusta aquella sentencia cuya iniquidad aparece de solo la material lectura de los autos o por no ser la decisión conforme a la demanda o a lo deducido o probado por las partes o cuando tiene sobre sí la notoria resistencia del derecho, explíquese o no el error en la misma decisión”.

En España, DE VICENTE Y CARAVANTES señalaba que “Este recurso tenía lugar según las leyes recopiladas, siempre que la injusticia resultaba notoriamente de los autos: por juzgar los jueces arbitrariamente contra lo que resultaba de estos o infringiendo manifiestamente las disposiciones del derecho: v.gr. por falta de citación, o de alguna solemnidad sustancial del juicio; y aun cuando hubiere tres sentencias conformes, se suspendía su ejecución hasta que se sustanciase y determinara el recurso”.<sup>16</sup> En similares términos, más recientemente, escribía DE LA PLAZA que resultaba difícil definir los perfiles del recurso de injusticia notoria y, tratando de encontrar una fórmula genérica, procedía cuando la injusticia resultaba notoriamente de los autos, bien porque los jueces juzgasen arbitrariamente contra lo que de éstos resultaba o porque hubiesen infringido abiertamente las disposiciones del derecho.<sup>17</sup>

Tampoco podría entenderse como una simple referencia al agravio como presupuesto de todo medio de impugnación.

Me resisto a entender –como fundadamente lo ha sugerido un apreciado colega–<sup>18</sup> que la mención de la *notoria injusticia* podría significar la reimplantación

<sup>14</sup> VESCOVI, E., ob. cit., p. 21.

<sup>15</sup> DE TAPIA, E., *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos Legistas*, T. IV, Valencia, Imprenta Ildelfonso Mompie, 1837, p. 384.

<sup>16</sup> VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento: con sus correspondientes formularios*, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, 1858, p. 77.

<sup>17</sup> DE LA PLAZA, M., *La Casación Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 91.

<sup>18</sup> Ponencia del profesor Claudio Meneses P., sobre “El sistema recursivo en el Proyecto de CPC”, en el Seminario “Proyecto de Nuevo CPC. Claves y retos”, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, el día 5 de noviembre de 2009.

del tristemente célebre recurso de queja, suprimido en términos prácticos por la reforma de la Ley 19.374. Pero no se puede desconocer que varios de sus elementos se encuentran presentes en este nuevo recurso y que lo alejan de la casación: su interposición directa ante la Corte Suprema (art. 353 PCPC); la posibilidad de decretar orden de no innovar de plano u oyendo previamente a la contraria (art. 357 inc. 2° PCPC) o en fin, el contenido de la sentencia que lo falla, que debe ordenar lo que estime procedente en derecho para “*subsanan la injusticia notoria en que se hubiere incurrido*”. (art. 361 inc. final PCPC)

No es difícil concluir que, miradas las cosas desde esta perspectiva, el motivo de *injusticia notoria* que hace procedente el recurso extraordinario permite una revisión íntegra de lo obrado en las instancias y, con todas sus letras, abre pues una tercera instancia, dado que una *injusticia notoria* puede derivarse de la falta de observancia de las reglas que disciplinan el procedimiento, o de una infracción de un precepto legal o de una errónea reconstrucción de los hechos de la causa o por una variedad de razones,<sup>19</sup> que no tienen que ver solamente con la correcta aplicación de la ley.

Esta solución interpretativa me parece contradictoria por varias razones. Por un lado, colisiona frontalmente con todos los fundamentos invocados a propósito de la reforma de los recursos de casación y de queja que apuntaban a una severa restricción en las posibilidades de interposición de este último como manera evitar su transformación en una tercera instancia y la consiguiente recarga de trabajo de los tribunales superiores.<sup>20</sup> Es de temer que el máximo tribunal entendiera que existe *injusticia notoria* ahí donde había una equivocada interpretación o aplicación del derecho o, peor aún, donde habiendo una correcta interpretación o aplicación del derecho, ella pudiese conducir a una solución injusta. Volveríamos a la consabida frase “*al no entenderlo de este modo, han cometido los ministros injusticia notoria que autoriza a este tribunal a ordenar lo procedente para subsanarla...*”.

Por otra parte, es contradictoria con el sistema procesal civil en sí mismo, que aspira a establecer la centralidad del juicio oral y reposa sobre la base de una apuesta de confianza hacia los jueces de primer grado, quienes no sólo tienen importantes poderes de dirección formal y material del proceso, sino que aprecian la prueba con libertad, sin otros límites que los impuestos principalmente por las máximas de la experiencia.

<sup>19</sup> Así, BORDALÍ SALAMANCA, A., “Justicia del proceso y de la sentencia civil”, en *La Reforma procesal civil en Chile*, Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de Los Andes) N° 16, 2009, p. 95.

<sup>20</sup> TAVOLARI OLIVEROS, R., *Recursos de Casación y de Queja. Nuevo Régimen*, Santiago, Edit. Jurídica Conosur, 1996, p. 9.

En este orden de ideas, las anteriores apreciaciones sobre el sentido y alcance de la expresión *injusticia notoria* no coinciden con el sentido que convendría darle al recurso extraordinario, como está regulado en el Proyecto, sino que la referencia a la *injusticia notoria* debe entenderse como referida a una formulación cualificada del agravio como manifestación de la conservación de la función del *ius litigatoris*, como último recurso que se concede a los justiciables frente a las posibles arbitrariedades de los tribunales inferiores, atendiendo de este modo también a la necesidad de justicia del caso concreto. La cualificación del agravio derivará de la gravedad de la infracción normativa que le sirve de fundamento al recurso. Complementa lo anterior la regla del inciso final del art. 361 PCPC, que impone al tribunal, en su sentencia, expresar las razones para proceder a la unificación de la jurisprudencia *así como la decisión definitiva del asunto y ordenar lo que estime procedente en derecho para subsanar la injusticia notoria en que se hubiere incurrido*.

En lo que atañe al *interés público del caso*. Dejando a un lado lo impreciso de la expresión, la referencia no puede ser otra que al interés general que subyace en el instituto de la casación y que apunta a la correcta aplicación del derecho en los fallos judiciales y la unificación de la jurisprudencia.

Finalmente, en cuanto a *los motivos que justifican que la Corte Suprema deba abocarse al conocimiento del asunto*, se trata de justificar las razones en cuya virtud procede que la Corte Suprema ejerza su función de unificación jurisprudencial, abocándose al conocimiento del recurso. Esta función sólo la podrá desplegar en los casos previstos en el art. 354 PCPC.

Si en el recurso se ha denunciado vulneración sustancial de garantías constitucionales, para cumplir con el deber de expresar la motivación que justifica el conocimiento del recurso por la Corte Suprema, resulta suficiente la exposición fundada de la garantía que se sostiene fue conculcada y la forma cómo dicha infracción influye en lo dispositivo de la sentencia, vale decir, la condición de *sustancial* de la vulneración.

## **8. Efectos del recurso extraordinario**

La pendencia del plazo para recurrir y el acto procesal de interposición de un recurso repercute de diversos modos en la resolución que se impugna. En general, la interposición de un recurso produce el efecto de impedir la firmeza de la resolución impugnada, abre la expectativa de invalidación y puede producir la suspensión de los efectos de la resolución que se impugna.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*, III (con MONTERO, GÓMEZ y MONTÓN), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 343.

Tradicionalmente la expresión *efectos de un recurso* ha quedado reservada aludir a las consecuencias jurídicas de la impugnación tocante a la ejecutabilidad de la sentencia recurrida. Como señala TAVOLARI, por efectos de los recursos se entiende la suerte que corre la resolución recurrida, de cara a sus posibilidades de ejecución, cuando en su contra se ha enderezado un recurso.<sup>22</sup> Desde este punto de vista, los efectos de los recursos se refieren a la posibilidad o no de ejecución inmediata de la resolución impugnada pendiente el recurso deducido en su contra. En otras palabras, efecto suspensivo o no del recurso. La regla básica del PCPC es el efecto no suspensivo de los recursos. Esta regla tiene doble consagración, como norma general y en términos negativos, en el art. 321 PCPC y, como norma propia del recurso extraordinario en el art. 357 PCPC, que contiene alguna matización de la regla general.

La primera de estas disposiciones señala que *“La interposición de un recurso no suspenderá la ejecución de la resolución judicial, salvo cuando la ley disponga expresamente lo contrario”*. Este efecto aparece reiterado específicamente a propósito del Recurso Extraordinario, estableciéndose que la interposición del recurso no suspende los efectos de la sentencia recurrida, salvo cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso, que no es sino la reiteración literal del efecto general del recurso de casación previsto en el actual art. 773 CPC. Sin embargo, en lugar de haber previsto como atenuación del principio la regla de la petición de otorgamiento de fianza de resultas, que conjuga adecuadamente a mi juicio los intereses de ambas partes, reserva a la Corte Suprema la potestad de decretar orden de no innovar, la que incluso puede adoptar de plano, es decir, sin oír a la contraria.

## 9. Límites para el acceso al recurso extraordinario

Una configuración eficiente de un último recurso ante el máximo tribunal supone mantenerlo dentro de ciertos límites que eviten que lo que constituye garantía de uniformidad y de igualdad de los justiciables ante los tribunales, se convierta en una importante fuente de retraso de los procesos. Es decir, su regulación debe responder a la conjugación entre distintas necesidades: la de uniformidad de la jurisprudencia, junto a la concesión a los litigantes de un último y definitivo recurso y, por otro lado, la necesidad de restringir el acceso al recurso como forma de asegurar la seguridad jurídica y evitar la incertidumbre derivada del retraso en la declaración definitiva del derecho para el caso concreto.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> TAVOLARI OLIVEROS, R., “De los recursos en el nuevo Código Procesal Penal chileno”, cit., p. 398.

<sup>23</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Del Recurso de Casación”, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coord. CORTÉS, V.), Madrid, Tecnos, 1985, pp. 783-785.

Voces autorizadas han insistido en que las funciones tradicionalmente atribuidas al máximo tribunal, velar por la correcta interpretación del derecho y la uniformidad de la jurisprudencia, pueden ser desarrolladas de manera eficiente sólo en presencia de un sistema de selección que permita a la Corte Suprema afrontar un número limitado de cuestiones que merezcan realmente ser decididas por el máximo tribunal. Sólo de este modo se puede cumplir la finalidad de conservación de la unidad jurisprudencial.<sup>24</sup>

Los mecanismos previstos en el PCPC encaminados a reducir el número de recursos son los siguientes:

**A) Limitación de las resoluciones recurribles:** El recurso extraordinario ha quedado reservado sólo a las sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, inapelables, dictadas por Cortes de Apelaciones (art. 355 PCPC).

**B) La exigencia de la injusticia notoria:** Según se ha pretendido explicar precedentemente, como una formulación cualificada del agravio como manifestación de la conservación de la función del *ius litigatoris*.

**C) Limitación cuando la Corte Suprema ejerza su función de unificación de jurisprudencia:** No es suficiente denunciar la *injusticia notoria* sufrida con ocasión de la sentencia. A ella debe agregarse la demostración de los motivos que justifiquen que la Corte Suprema se aboque a su conocimiento para uniformar la jurisprudencia. Dichos motivos sólo pueden estar referidos a aquellos previstos en el art. 354 PCPC:

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

Debo insistir en que la sola infracción de la jurisprudencia no constituye un motivo por sí solo para recurrir. El genuino motivo o causal del recurso es la infracción de una norma aplicable para resolver la controversia. Naturalmente que dicha norma ha de entenderse de acuerdo a su interpretación jurisprudencial, lo que significa que si se entiende o aplica en sentido diverso, se abre la vía para la interposición del recurso.

<sup>24</sup> TARUFFO, M., "¿Una Reforma de la Casación Civil?" en *Proceso Civil. Hacia una Nueva Justicia* (Coord. DE LA OLIVA, A., y PALOMO, D.), Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2007, p. 539.

Desde luego, se despliega aquí un amplio espacio para las explicaciones. Qué debe entenderse por jurisprudencia uniforme; si debe ser emanar necesariamente de la Corte Suprema; si se necesitan dos o más sentencias para conformarla; si la Corte Suprema, sienta un determinado criterio jurisprudencial, ¿basta con una sentencia? Tratándose del criterio de la jurisprudencia previa contradictoria, habrá que definir si la contradicción sólo puede emanar de la parte resolutive de la sentencia y no de lo manifestado en las motivaciones de la misma.

No debe olvidarse, como lo señala SERRA, que *“la uniformidad de la jurisprudencia no constituye sin embargo un bien en sí misma considerada, sino únicamente en cuanto permite a los ciudadanos conocer por anticipado con una cierta seguridad la regla que les será aplicada en una eventual controversia... Y para conseguir una igualdad de tratamiento jurisdiccional, es absolutamente necesario que al menos en su vértice el órgano jurisdiccional sea único y que se conceda a los ciudadanos la posibilidad de acudir a un Tribunal Supremo que esté por encima de las posibles diferencias entre los órganos inferiores”*.<sup>25</sup>

**D) El control de admisibilidad:** Tradicionalmente, ante la ausencia de mecanismos eficientes y objetivos para la selección de los asuntos, la Corte Suprema ha utilizado el examen de admisibilidad como instrumento para filtrar los casos que merecen la atención del máximo tribunal.<sup>26</sup> Sigo discrepando de la tendencia jurisprudencial que recoge como nota distintiva de la casación su rigor formal. Este recurso, como todas las actuaciones judiciales, está sometido al cumplimiento de determinados requisitos formales. Pero no existe justificación para incrementar su formalismo. El antiguo exceso de rigor formal en la casación ha desaparecido y hoy sólo cabe recordarlo como una página oscura en la evolución de la casación nacional.

A partir de la reforma de la Ley 19.374, el control se ha trasladado en buena medida desde el examen de los requisitos formales para la admisión del recurso, hacia el sistema del rechazo del recurso por *manifiesta falta de fundamento* (art. 782 CPC) como mecanismo informal de descongestión del sistema, con una cuota significativa de ejercicio de discrecionalidad.

De acuerdo a la regulación del PCPC, la Corte Suprema declarará admisible el recurso cuando estime que se cumplen con los requisitos formales. En caso

<sup>25</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Del Recurso de Casación” cit., p. 784.

<sup>26</sup> Sobre el rígido formalismo que dominó la casación en nuestro medio, pueden verse mis “Reflexiones sobre la evolución de la casación en el proceso civil”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 211, pp. 165-178; sobre la misma situación en el recurso de nulidad, “El excesivo rigor formal y otras limitaciones impuestas al recurso de nulidad”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 215-216, pp. 105-139.

contrario, así lo señalará fundadamente, concediéndose al recurrente plazo para la subsanación de los defectos (art. 358 PCPC).

**E) El *certiorari*:** El *certiorari* es un mecanismo de selección de casos que emplea la *Supreme Court* de Estados Unidos, basado en un criterio discrecional, según el cual ésta debe decidir sólo los casos "importantes", lo que le permite filtrar una gran cantidad de cuestiones potencialmente susceptibles de ser decididas.<sup>27</sup>

Como señala ORTELLS, frente al excesivo número de asuntos que pueden llegar al máximo tribunal y la consiguiente demora en la resolución de los recursos, sólo existen dos soluciones: *"el aumento del número de magistrados o la reducción del número de asuntos que pueden acceder en casación ante el Tribunal. La solución indicada en primer lugar obedece a criterios meramente cuantitativos, que prescinden de una reflexión sobre la función del Tribunal. La segunda solución permite plantearse diversas alternativas para la selección de asuntos con acceso a casación ante el Tribunal, entre las que el legislador puede elegir en atención a la función que quiera asignarle a ese Tribunal"*.<sup>28</sup>

La práctica parece demostrar la exactitud de los dos cuasiaxomas que plantea DE LA OLIVA sobre el particular: primero, mientras mayor amplitud exista en cuanto a las resoluciones recurribles y a las causales del recurso, menor será la protección efectiva del recurrente, pues será el propio tribunal quien se encargará de estrechar lo que en la letra de la ley parece amplio; segundo, cuanto más trabajo tiene un tribunal, menos trabaja.<sup>29</sup>

A partir de lo anterior, probablemente la mejor solución sea establecer un mecanismo que permita restringir los asuntos que pueden acceder al máximo tribunal, pero la cuestión que se plantea a continuación es la relativa al modo de seleccionar los asuntos y, en su caso, la de los criterios para hacer dicha selección, así como los grados de discrecionalidad para hacerlo. En este aspecto, no coincido con la línea seguida por el PCPC.

El Proyecto regula el *certiorari*, bajo la misma denominación, en el art. 359 PCPC, señalando que la Corte Suprema seleccionará para su conocimiento sólo

<sup>27</sup> Sobre el origen del *certiorari* puede verse AHUMADA RUIZ, M. A., "El *certiorari*". Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1994, N° 41, pp. 99-109; SANJURJO REBOLLO, B., *Los Jurados en USA y en España. Dos contenidos distintos de la misma expresión*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 532-535.

<sup>28</sup> ORTELLS RAMOS, M., "El Tribunal Supremo español: un tribunal en busca de identidad" (Segunda parte), en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 4, julio-diciembre 2005, p. 193.

<sup>29</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Casación, oralidad y nuevo proceso civil*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009, pp. 48-49.

aquellos casos que, cumpliendo con los requisitos, revistan interés público a juicio de a lo menos tres de sus ministros.

El *certiorari*, cuyo origen se remonta al derecho común inglés y fue incorporado al derecho norteamericano desde la colonia, fue la respuesta del sistema estadounidense a la crisis por sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo y que le garantiza el control sobre su agenda de casos a decidir. La importancia del *certiorari* obedece a que el poder de seleccionar, entre la multitud de casos, aquellos que según su criterio merecen su atención, le ha permitido desempeñar mejor su función institucional y decidir sólo o preferentemente las cuestiones cuyo impacto trasciende los límites de la controversia particular en que se plantean. Es decir, proveer de guías y directrices para la adecuada interpretación y desarrollo del derecho federal, así como asegurar la uniformidad de su aplicación.

En esta virtud, la Corte Suprema de los Estados Unidos, con plena e ilimitada discrecionalidad, selecciona los casos que entiende merecedores de su consideración, cuando, por ejemplo, se trata de resolver cuestiones jurídicas novedosas, conflictos de jurisprudencia entre tribunales inferiores o superar viejos precedentes.<sup>30</sup>

Este mecanismo seguramente debe parecer atractivo para muchos cuando se constata el reducido número de decisiones que pronuncia la Corte Suprema de los Estados Unidos, que no supera las 200 sentencias en el año.

Respecto de este mecanismo me inquietan dos cuestiones: el criterio absolutamente discrecional de selección y la suerte de los asuntos que quedan sin repuesta del tribunal por "no ser merecedores de su consideración". No hay claridad sobre el significado de que un caso sea "importante" o, como se expresa en el art. 359 PCPC, nuestro criollo *certiorari* "revista interés público", como si este concepto jurídico indeterminado supusiera en términos prácticos una significación más objetiva que el vago expediente de atender a la importancia del asunto. En Estados Unidos, si bien hay situaciones en las que resulta predecible que se concederá el *certiorari*, hay otras en que es desestimada de plano, pero siempre hay algunas que contra toda previsión terminan siendo objeto de estudio y decisión por el tribunal (*uncertain cases*), o supuestos en que el tribunal se abstiene o no entra por *political questions*. En suma, "no hay nada seguro; incluso el tribunal puede, una vez que el *certiorari* ha sido concedido, decidir no decidir, esperando una posibilidad futura mejor".<sup>31</sup>

<sup>30</sup> TARUFFO, M., "Las funciones de las Cortes Supremas", en *La prueba, artículos y conferencias*, Santiago, Edit. Metropolitana, 2009, p. 209.

<sup>31</sup> SANJURJO REBOLLO, B., cit., p. 538.

Por otra parte, el mecanismo podrá resultar seductor como instrumento de descongestión del sistema recursivo, pero no puede dejar de preocupar la gran cantidad de cuestiones que requieren un precedente que la Corte no les da. En este sentido, el escaso número de pronunciamientos de la *Supreme Court* deja, por otro lado, un porcentaje altísimo –sobre el 90%– de asuntos fuera del sistema del precedente, dado que la denegación del *certiorari* (*denials certiorari*) no constituye precedente judicial, aun cuando la no concesión pudiera estimarse como un respaldo a la decisión del inferior. Sería deseable, en este sentido, disponer de información acerca de la frecuencia e importancia de los casos sobre los que la *Supreme Court* no decide.

La experiencia de las Cortes Supremas del *common law*, señala TARUFFO, parece haber demostrado que la eficacia del precedente es inversamente proporcional al número de decisiones que lo establecen. El precedente está dotado de una notable eficacia persuasiva e influye de manera determinante en las decisiones sucesivas.<sup>32</sup>

Me parece, sin embargo, que si en esos sistemas el precedente se sostiene en virtud de su autoridad intrínseca y en su calidad, lo mismo puede predicarse de nuestro país: una decisión de calidad se sostendrá en virtud de su autoridad intrínseca, por la calidad de sus fundamentos y por el cumplimiento efectivo y no formal del deber de motivar las decisiones.<sup>33</sup>

Entre la facultad discrecional de la Corte Suprema de Estados Unidos para seleccionar unos cuantos casos con el *certiorari* hasta la situación de la Corte Suprema italiana, que parece tener el deber de pronunciarse sobre todo recurso que le sea presentado, por la interpretación de la garantía del derecho a recurrir, hay sistemas intermedios, como el alemán.

La Corte Suprema chilena ha contado desde hace tiempo con las herramientas que le permitirían constituirse en una Corte de *precedentes* y ha aplicado con una cuota importante de discrecionalidad mecanismos de selección informales, que enmascaran una suerte de *certiorari* “a la chilena”.

En efecto, con la reforma introducida por la Ley N° 19.374, el año 1995, se incorporaron varios instrumentos que correctamente utilizados podrían contribuir a disminuir la tasa de asuntos y proveer una orientación unitaria y constante de aplicación e interpretación de las normas jurídicas. Así, la sustitución del requisito de mencionar la ley o leyes infringidas, por el señalamiento del o los

<sup>32</sup> TARUFFO, M., “Las funciones de las Cortes Supremas”, cit., pp. 208-210.

<sup>33</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Casación, oralidad y nuevo proceso civil*, cit., p. 56.

*errores de derecho* que influyen en lo dispositivo del fallo (art. 772 N° 1 CPC); la especialización de las salas de la Corte Suprema; la posibilidad de rechazo del recurso por adolecer de manifiesta falta de fundamentos, en fin, la posibilidad de que conozca el recurso el pleno del tribunal.<sup>34</sup>

Si la Corte Suprema no ha utilizado adecuadamente dichos mecanismos, rehusando desempeñar el fin político atribuido al Tribunal de Casación, sin duda que no obedece a la falta de instrumentos ni a la ausencia del *certiorari*.

---

<sup>34</sup> ROMERO SEGUEL, A., AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M., BARAONA GONZÁLEZ, J., "Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil", en Revista *Ius et Praxis*, año 14, N° 1, pp. 248-9.