

La Corte Suprema y la reforma procesal civil

Alejandro Romero Seguel

Decano

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de los Andes

Doctor en Derecho

Universidad de Navarra

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de Valparaíso

Resumen: El presente trabajo describe algunos de los efectos que se producirán en el funcionamiento de la Corte Suprema, si se aprueba el Código Procesal Civil. Sin explicitarlo, el legislador pretende que nuestro máximo tribunal se convierta en una suerte de corte suprema norteamericana. Tal opción incorporará un mecanismo de selección de casos, que obligará a tener que aumentar el número de jueces, relatores y personal administrativo. La misma modificación llevará a invertir la regla actual, que permite a los abogados alegar ante la Corte Suprema, a otra donde esta defensa oral será excepcional, con todo lo que ello involucra.

1. Modelos de Corte Suprema

En todos los Estados, cualquiera sea su sistema jurídico, existe un tribunal superior, que recibe distintos nombres: Corte de Casación (Francia, Bélgica), Tribunal Supremo (España, Alemania), Tribunal Federal (Suiza), o Corte Suprema (Inglaterra, U.S.A., Chile y demás países latinoamericanos)¹.

La función de estos tribunales superiores no tiene siempre la misma finalidad. Su competencia normalmente viene condicionada por una multiplicidad de factores. En países organizados bajo el modelo federal, la función que desempeñan es diversa de los países con modelo unitario.

Para tratar de definir el modelo al que pertenece una Corte Suprema ha sido clásico distinguir el sistema norteamericano y el proveniente de la Corte de Casación de Francia.

¹ Este trabajo se realiza dentro del marco del proyecto Fondecyt Regular: "La generación de precedentes en el proceso chileno" (N° 1110917).

Sobre este tema, WOLFE, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, tr. M. De Casas y S. Valcárcel, Madrid: Civitas, 1991.

En el sistema americano el Tribunal Supremo es concebido como el garante de la Constitución². Su actuación se produce a nivel federal, mediante un mecanismo de selección de casos (*certiorari*), sin perjuicio que cada Estado cuenta con su propia organización judicial, donde existe Cortes de Apelaciones y una Corte Suprema estatal.

El tribunal Supremo americano, a través del mecanismo de selección de casos puede proceder a revisar una sentencia civil o penal, dictada por un tribunal estatal de última instancia o un tribunal de apelación.

El otro modelo de influencia en la organización de un tribunal supremo proviene del modelo francés. Como lo expone un estudio reciente de Cadiet, la justicia civil francesa se presenta bajo la forma de una pirámide que incluye tres niveles: el primer nivel corresponde a los tribunales de primera instancia que conocen del conjunto de los litigios que no han sido objeto de arreglo extrajudicial; el segundo nivel corresponde a los tribunales de apelación ante quienes se someten los fallos de primera instancia pronunciados en segunda instancia. El tercer y último nivel corresponde a la *Court de cassation*, que es el más alto tribunal en materia civil y en materia penal. Este órgano no tiene ninguna competencia en materia constitucional, que compete al Consejo constitucional, ni tampoco en materia administrativa, la que corresponde al Consejo de Estado. Según el mismo autor, no sería técnicamente una corte suprema ni tampoco un tribunal ordinario, porque, no conoce, en principio, del fondo de los asuntos. El recurso de casación se dirige a lograr que la Corte aprecie la disconformidad de la sentencia impugnada con el ordenamiento jurídico, debiendo pronunciarse sobre la legalidad y no sobre el fondo del asunto, al existir reenvío a los jueces de la instancia. En cuanto a su composición, cuenta con 153 magistrados, de los cuales 114 conocen de asuntos civiles. Funciona dividida en seis secciones³.

Tal como se explicará, la reforma procesal civil, sin explicitarlo ni haber realizado una discusión sobre el particular, está empeñada en refundar recursivamente a la República de Chile. El Proyecto de Código Procesal Civil pretende que nuestro máximo tribunal se convierta en una suerte de Corte Suprema norteamericana.

² Actualmente este órgano está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y en ocho jueces (28 USC § 1). El poder para nombrar a los jueces corresponde al Presidente de los Estados Unidos, y los nombramientos se hacen con el consejo y consentimiento del Senado. Los funcionarios judiciales (u oficiales de Corte) asisten a la Corte en el desempeño de sus funciones. Estos incluyen el Consejero del Presidente del Tribunal Supremo, el Secretario, el Bibliotecario, el Mariscal, el Relator de Decisiones, el Consejo de la Corte, Curador, el Director de Tecnología de la Información, y el Oficial de Información Pública (*Información disponible* en <http://www.supremecourt.gov/about/briefoverview.aspx>).

³ En esta descripción cfr. CADIET, Loic, "Sistema de la casación francesa", en *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa*, (VV.AA. coord. Ortells), Madrid: Difusión Jurídica, 2008, pp. 21-45. En la misma obra se puede consultar el estado de la cuestión en España y Alemania.

Tal objetivo se evidencia al haber optado políticamente por eliminar el recurso de casación en el fondo, introduciendo un mecanismo de selección de casos, donde ocupa un lugar relevante como agravio la infracción de la Constitución.

Como se pasa a explicar, la propuesta del Gobierno trata de introducir un cambio cultural muy profundo, que a nuestro entender no ha considerado una serie de elementos que se deben poner al tapete, porque definen el rol que juega la Corte Suprema en Chile.

2. La Corte Suprema en Chile: un órgano complejo

La Corte Suprema es el órgano máximo en la jerarquía del Poder Judicial chileno. Aunque su reconocimiento consta en distintas cartas constitucionales, ha cumplido diversos roles durante su historia⁴.

En su origen tenía competencia para conocer de los recursos del sistema de impugnación del derecho castellano. Con la promulgación del Código de Procedimiento Civil, en 1902, derivaría a un tribunal de casación. En esta primera época de la codificación se concibe a la Corte Suprema como un órgano que, por su ubicación en el vértice de la estructura judicial, debía unificar la jurisprudencia⁵.

Como tribunal de casación no fue organizado como una copia del modelo francés, incorporando ciertos elementos distintivos, que le dieron tempranamente su propia fisonomía en el proceso civil. La principal diferencia es haber establecido un recurso de casación en el fondo sin reenvío. Con esta solución se ha permitido a la Corte Suprema, durante más de un siglo, que aplique al caso concreto la pauta de lo que entiende por correcta interpretación de la ley, dictando una sentencia de reemplazo⁶.

⁴ La carta de 1818 creaba el Supremo Tribunal Judiciario; la Constitución de 1822 establecía un Tribunal Supremo de Justicia; la Carta Fundamental de 1823 declaraba que la primera magistratura judicial del Estado era la Suprema Corte de Justicia; La Constitución de 1828 disponía que el Poder Judicial reside en la Corte Suprema, Cortes de Apelación y juzgados de primera instancia. Desde la Constitución de 1828 recibe el nombre de Corte Suprema.

⁵ Sobre la incorporación del recurso de casación y su evolución, entre otros, MUÑOZ GAJARDO, Sergio, "Presente y futuro de la casación civil en Chile", en *Derecho Procesal Contemporáneo*, VV.AA., Santiago: Punto Lex, 2010 (coord. R. Tavolari), pp. 90-182.

⁶ La opinión de José Clemente Fabres, emitida en la discusión sobre el proyecto de ley que quería crear la Corte de Casación, sintetiza los puntos esenciales del sistema que sería aceptado luego en el CPC, al indicar: "(...) el proyecto en debate no es una imitación servil a la legislación francesa. Nos hemos separado de ella en varios puntos importantes. Así, por ejemplo, no la hemos seguido en la teoría adoptada en Francia que consideran las sentencias de la Corte de Casación como interpretación auténtica de la ley obligatoria para todos los demás tribunales. Y nos hemos separado de esta teoría por dos razones: la primera por respeto a nuestro sistema político, apoyado universalmente por la ciencia, que divide los poderes públicos y deslinda sus respectivas atribuciones. Según este principio, es al Poder Legislativo a quien corresponde interpretar la ley de una manera generalmente obligatoria para todos; de modo que

Para potenciar el cumplimiento de su rol unificador, la Ley N° 1.552, de 28 de agosto de 1902, dispuso que el recurso de casación en el fondo se conocería por el pleno de la Corte Suprema. A través de ello se estimaba se lograría el valor persuasivo que debería alcanzar la jurisprudencia para el resto de los tribunales.

Por razones vinculadas básicamente con el retardo de la Corte Suprema, el sistema descrito no duró más que tres lustros. En 1918 se inició una serie de cambios que terminarían por volatilizar el modelo original. La modificación más sustantiva se produjo durante el segundo gobierno de don Arturo Alessandri Palma. Con la promulgación de la Ley N° 5.980, de 7 de enero de 1937, que autorizó a la Corte Suprema a dividirse extraordinariamente en dos salas. La debacle del modelo original llevaría a que la unificación de jurisprudencia por décadas no fuera el elemento distintivo que justificó introducir el recurso de casación en el fondo por el codificador del siglo XIX.

Recién, con la promulgación de la Ley N° 19.374, de 18 de febrero de 1995, se inició a una nueva etapa en la organización de la Corte Suprema, con el objeto de intentar –nuevamente–, obtener la unidad de la jurisprudencia. A esta ley se debe el actual funcionamiento de la Corte Suprema en salas especializadas y el reconocimiento para que ella misma, sin sorteo anual, decida su funcionamiento y destinación de sus ministros (art. 99 COT)⁷.

En lo que fue un primer injerto del modelo norteamericano, la Constitución de 1925 y luego la de 1980 (modificada el 2005), le asignaron el control de la constitucionalidad de las leyes, a través del denominado recurso de inaplicabilidad. Tal función se mantuvo vigente hasta que la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, otorgó tal competencia al Tribunal Constitucional. Sin embargo, todavía actúan en materia constitucional, a través de la competencia que tiene para pronunciarse de una serie de acciones constitucionales (*habeas corpus*, recurso de protección, reclamo de la nacionalidad, recurso de amparo económico, entre otras).

Junto a lo anterior, la Corte Suprema también es considerada como la máxima instancia de control disciplinario. La Constitución vigente le reconoce la super-

conceder esta facultad a la Corte de Casación sería dar al Poder Judicial una parte de las atribuciones del Poder Legislativo". "La segunda razón que se tuvo presente para no aceptar aquella teoría fue que se la consideró perjudicial por todos los conceptos. Y en realidad no conviene que la Corte que dicta una sentencia no pueda más tarde, en una causa análoga, volver atrás y dar una diversa. Si se admitiera que las sentencias de la Corte de Casación fueran la interpretación auténtica de la ley, esto no podría suceder; y la verdad es que sucede a menudo, y en Francia, como en otras partes de Europa donde existen Cortes de Casación, se ve muchas veces que una sentencia está en contradicción con la dictada anteriormente" (Actas sesión extraordinaria del Senado, 41º, de 9 de enero de 1895, pp. 736-737).

⁷ De conformidad al art. 95 del COT, la Corte Suprema funcionará dividida en salas especializadas o en pleno. En ambos casos su funcionamiento puede ser ordinario o extraordinario. El primero se da cuando actúa a través de las tres salas especializadas. El extraordinario, cuando agrega adicionalmente a su funcionamiento una sala más.

intendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación, salvo el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales (art. 82). El mecanismo disciplinario le viene dado por la regulación del Título XVI del Código Orgánico de Tribunales, que se ocupa "De la jurisdicción disciplinaria y de la inspección y vigilancia de los servicios judiciales" (artículos 530 al 553 del COT)⁸. Con la reforma de la Ley N° 19.374, de 18 febrero de 1995, se ha tratado de erradicar que esta potestad disciplinaria de los tribunales superiores actúe como mecanismo de impugnación de las decisiones de fondo, regulando la procedencia estricta del recurso de queja, y los efectos de la sentencia que en él se dicte por las Corte de Apelaciones, pero sin que ello haya fructificado.

3. Elementos metajurídicos para entender su fisonomía

Como se puede apreciar de la descripción anterior, la actividad que realiza la Corte Suprema deja en evidencia que se trata de un órgano complejo.

En el imaginario colectivo, la Corte Suprema es un organismo dotado de gran poder, cuyas competencias le permiten participar prácticamente en todas las instancias de control que es posible realizar en materia de procesos judiciales y actuación de los auxiliares de la administración de justicia.

El diseño omnicompreensivo de la competencia de la Corte Suprema ha llevado a que los justiciables se generen grandes expectativas en el rol que se le reconoce como garante en la declaración del Derecho.

Atendido lo anterior, el éxito de la reforma procesal civil no pasa simplemente por introducir un nuevo recurso. Si no abordan con antelación otros factores, el fracaso del Proyecto está garantizado. El cambio que se quiere introducir está lejos de incorporar un nuevo recurso extraordinario, ya que se trata de enfrentarse con una compleja realidad.

3.1. Funcionamiento de la Corte Suprema y etnografía

La etnografía es una rama de la antropología cultural que tiene por objetivo el estudio y descripción de los pueblos. A través de ella se construye una narra-

⁸ La fuente original de esta potestad se encuentra en la Constitución de 1833, al disponer en su art 108 inc.1º, que corresponde a la Corte Suprema en virtud en virtud del art. 113 de la Constitución Política del Estado ejercer la jurisdicción correccional, disciplinaria y económica sobre todos los tribunales de la Nación. La misma norma agregaba que la Corte Suprema puede, además, siempre que lo juzgare conveniente a la buena administración de justicia, corregir por sí las faltas o abusos que cualesquiera jueces y funcionarios del orden judicial cometieren en el desempeño de su ministerio, usando para ello de las facultades discrecionales que corresponden a las Cortes de Apelaciones.

tiva basada en datos obtenidos del encuentro intersubjetivo prolongado en el tiempo⁹.

La Corte Suprema chilena, por más de un siglo, ha logrado este encuentro con todos los tribunales de la República, y a través de ellos, con los justiciables, a través de la realidad física del expediente. Esa es la vía de conocimiento de los hechos y del derecho que permiten decidir el caso concreto.

Aunque las formas tecnológicas han modificado el funcionamiento del sistema de recurso, ese elemento no permite alterar la esencia de su actuación. La oralidad y la informática sólo son opciones técnicas, que pueden dar mayor rapidez e intermediación, pero el elemento cultural estudiado por la etnografía no desaparece; sólo cambian los problemas que trae aparejada la forma cómo obtiene la Corte Suprema el conocimiento de los asuntos.

Actualmente la Corte Suprema *se encuentra* con los justiciables mediando la participación oral de ocho relatores, que auxilian a los 21 ministros en el conocimiento que en pleno o en salas hacen de los distintos temas. Según las estadísticas del Poder Judicial, desde el 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre de ese año ingresaron 12.713 recursos a la Corte Suprema. Las causas que estaban en estado de pendientes para el año 2011 alcanzaban a 3.509 recursos. La duración promedio de terminación de una causa para el año 2011 era de 125,4 días.

Ahora, si lo que el legislador del proceso civil quiere introducir es un sistema de selección para el conocimiento de recursos civiles, se pecaría de ingenuidad si ello no contempla la incorporación de un mayor número de ministros a la Corte Suprema, junto a otros tantos relatores y personal administrativo. Sería un error de concepto del Código Procesal Civil partir del supuesto que por otorgar a este Tribunal la posibilidad de realizar la selección de casos ello traerá celeridad.

Si se quiere introducir un cambio en tal sentido, se debe partir de la base que se garantizará a todos el estudio minucioso de los expedientes (cualquiera sea su materialidad). No contemplar este factor etnográfico llevaría a validar un trato desigual a los justiciables, que seguramente podría venir acompañado de la canonización de un sistema recursivo de imprecisos contornos y de fomento de prácticas que hoy no se dan.

Si el Proyecto de CPC entiende que el recurso extraordinario traerá menos trabajo para la Corte Suprema se equivoca profundamente, salvo que se esté pensando en un mecanismo de selección sin rigor ni seriedad alguna.

⁹ Cfr. BARRERA, Leticia, *La Corte Suprema en escena*, B. Aires: Siglo XXI, 2012, pp. 29-87.

La selección de casos llevará a que surja un cuerpo auxiliar que prepare memorándum internos, donde se consignen los elementos o razones que llevarán a motivar por qué no conocerá del caso.

El aumento de esta *población judicial* se verifica al considerar el funcionamiento de otros tribunales superiores de países que se han anticipado a establecer mecanismos de selección, donde ha surgido una impresionante burocracia judicial que obliga a aumentar el número de ministros y auxiliares, para garantizar que efectivamente todos los recurrentes tengan la posibilidad que su recurso sea estudiado seriamente y la selección se realice lejos de la arbitrariedad.

Si los ideólogos de este cambio creen que selección de asuntos es sinónimo de *decretazo*, estamos avanzando en una línea equivocada. Como la reforma procesal ha sido comenzada definiendo el sistema teórico del proceso civil, relegando considerar la capacidad del órgano que será llamado a conocer del recurso extraordinario, es explicable que tan esencial elemento esté en el aire.

A lo más el Mensaje se limita a señalar que otra de las innovaciones será reemplazar el actual recurso de casación en el fondo por un recurso extraordinario, "a través del cual se fortalece el rol de la Corte Suprema como máximo tribunal de la República encargado de preservar los derechos fundamentales y de dar coherencia y unidad a los criterios de decisión de los tribunales del país".

"La Corte podrá avocarse al conocimiento de un asunto siempre que concurra un interés general que haga necesaria su intervención y ello con base en un sistema amplio de tipificación de causales que justifiquen ese interés general".

"Se introducen, asimismo, criterios de discrecionalidad en la admisibilidad del recurso, de manera que corresponderá a la sala respectiva de la Corte Suprema decidir, soberanamente, si las razones invocadas por el justiciable cualifican o no con ser de interés general, y por ende si amerita avocarse o no al conocimiento del asunto".

En consonancia con lo anterior el art. 409 dispone que la Corte Suprema "determinará avocarse al conocimiento del asunto cuando la mayoría de los miembros de la sala respectiva estime que concurre un interés general que haga necesaria su intervención". Luego, el art. 410 establece que "la Corte Suprema admitirá para su conocimiento sólo aquellos recursos que, cumpliendo con los requisitos formales, revistan interés general, conforme a lo previsto en el artículo anterior". "Si la Corte Suprema declara inadmisibles los recursos por estimar que no se cumple con los requisitos formales, *deberá señalarlo fundadamente en la resolución que pronuncie al respecto, otorgando al recurrente el plazo de cinco días para subsanar dichos defectos*".

"Previo a resolver sobre la admisibilidad del recurso, la Corte Suprema podrá dar traslado al recurrido, para que en el plazo de diez días haga valer las razones por las cuales, en su concepto, no se justifica que la Corte Suprema se avoque al conocimiento del asunto".

"La Corte Suprema deberá pronunciarse sobre la admisibilidad dentro de los treinta días siguientes a su ingreso".

"Declarada la admisibilidad del recurso, dicha resolución deberá ser notificada, electrónicamente, al recurrido que no hubiere comparecido previamente de acuerdo a lo establecido en el inciso tercero".

Como se puede apreciar, la propuesta descrita es un diseño jurídico parcial. Mientras el modelo orgánico no defina el número de ministros que deberá tener esta nueva Corte Suprema, sus relatores y el personal auxiliar, no podremos cuantificar cómo se cumplirá con este exigente modelo recursivo que impondrá al país.

Dicho de otro modo, que el recurso pase a ser extraordinario, si queremos ser serios, no puede llevar a que surja una justicia *off the record*, con tramitadores de pasillo, que sean los portadores fácticos del oráculo que permita delimitar la gaseosa fórmula del interés general, que como se ha explicado es el elemento central del estudio recursivo¹⁰.

Sería ilusorio pensar que la Reforma se puede hacer solo con la formulación de postulados teóricos. La administración de justicia no se hace con axiomas, sino considerando la capacidad real del órgano jurisdiccional.

Para que lo teórico funcione siempre se necesita contar con hombres de carne y hueso, que sean capaces, en este caso, de cumplir la exigente tarea de justificar las razones de por qué la máxima autoridad no se avocará al conocimiento del asunto, previo concienzudo estudio preliminar de los autos, aunque sea un expediente, en el neologismo del Proyecto, desmaterializado.

No tener claro lo anterior podría llevar a hacer una suerte de trasplante legal del modelo norteamericano. Naturalmente que ese ejercicio obliga a asumir el riesgo que esta delicada actividad lleva aparejada, el de su rechazo y muerte del sujeto que lo recibió, en este caso, la Corte Suprema.

¹⁰ El art. 409 inc. 2° del CPC dispone que "sólo podrá estimarse que concurre un interés general para avocarse al conocimiento del asunto en los siguientes casos: a) Cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanare, un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y; b) En caso que considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial".

3.2. Corte Suprema y represión de la anomia

La introducción del recurso extraordinario le impone a la autoridad política abordar la reforma de un órgano complejo, como lo es la Corte Suprema.

El ejercicio político de tratar de disminuir el rol de la Corte Suprema es un objetivo de gran envergadura, atendido que como poder del Estado tiene el legítimo derecho a rechazar la restricción de sus atribuciones.

Esta realidad, mirada desde un prisma sociológico, se explica porque nuestro máximo tribunal ejerce una función relevante en evitar el fenómeno de la anomia. Cualquier conocedor de las últimas reformas en el proceso laboral y penal sabe que por esa vía se ha limitado la actuación de la Corte Suprema, con todo lo que ello involucra en su función de evitar anomias, especialmente si ellas se dan dentro del seno judicial.

"La anomia (*a-nomos*, carente de ley) es una situación social en la que ya no existen leyes o reglas, o si existen, se hallan en estado de confusión, son contradictorias o ineficaces. En una situación de esta clase, aunque continúe existiendo el grupo, no existe la menor solidaridad y el individuo deja de tener sistema de apoyo o referencia"¹¹.

En otra descripción, la de Mac Iver, anomia significa "el *estado de ánimo* del individuo cuyas raíces morales se han roto, que ya no tiene normas, sino impulsos desconectados, que no tiene ya ningún sentido de continuidad, de grupo, de obligación. El individuo anómico se ha hecho espiritualmente estéril, responsable sólo ante sí mismo, y ante nadie más. Se ríe de los valores de otros individuos. Su única fe es la filosofía de la negación, vive en la delgada frontera de la sensación entre ningún futuro y ningún pasado"¹².

Bajo este prisma, la Corte Suprema está llamada a cumplir con un rol relevante, que evite un descalabro institucional, permitiendo que el Derecho actúe cuando alguien no quiere someterse a su imperio. Como en toda sociedad, con mayor o menor vigor, siempre están presentes fenómenos de anomia, la función de la Corte Suprema será hacer respetar las reglas. Cuando la Corte Suprema no ha podido o no ha querido actuar declarando el Derecho, el resultado para más de alguien ha sido devastador. Por lo mismo, pretender políticamente que disminuya sus funciones, no es solo una materia de regulación recursiva, sino que un asunto de Estado.

¹¹ REALE, Giovanni, ANNTISERI, Dario, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, Barcelona: Herder, 3ª ed. 2001, t. 3, p. 357.

¹² MAC IVER, R. M., *The Ramparts*, citado por Merton en *Teoría y estructuras sociales*, México: Fondo de Cultura económica, 1ª reimp. 2010, p. 240.

A modo de referencia, la Corte Suprema elimina anomalías a través del conocimiento de los recursos, pero también acudiendo al ejercicio de otras potestades. Dentro de los ejemplos de corrección de graves errores en la aplicación del derecho que pueden cometer los tribunales, no son pocos los casos donde ha tenido que dejar sin efecto sentencias que estaban bajo el efecto de la cosa juzgada. Un ejemplo reciente consta del acuerdo del pleno de 26 de junio de 2012, donde procedió a anular una resolución dictada por una Corte de Apelaciones, que había confirmado el remate de un bien raíz de dominio de una persona diversa de la propietaria. Por la vía de la potestad del art. 82 de la CPR, ordenó al tribunal de primera instancia que adoptara todas las providencias necesarias para restituir el asunto al estado en que se encontraba con anterioridad al remate del inmueble¹³.

También la eliminación de las anomalías la ha tenido que ejercitar en relación a la titulación de los abogados. El Pleno de la Corte Suprema, con fecha 3 de septiembre de 2010, acordó anular los títulos de abogados concedidos a ocho personas, que habían presentado antecedentes falsos para su obtención. Junto con lo anterior, se procedió a remitir los antecedentes al Ministerio Público para indagar eventuales ilícitos. De los casos detectados, tres correspondían a individuos que no habían estudiado en la Universidad utilizada para falsificar los documentos respectivos y los otros a personas que no habían rendido el examen de grado, exigencia que la ley tiene prevista dentro de los requisitos de la licenciatura en Derecho, previo al juramento como abogado ante la Corte Suprema.

En relación a la aplicación de derecho internacional, actuando en ejercicio de la superintendencia directiva correccional y económica, en más de una ocasión ha tenido que corregir gruesos errores cometidos por los jueces del fondo, que olvidaron el carácter absoluto que tiene la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, dejando sin efecto sentencias que ya habían alcanzado el efecto de cosa juzgada¹⁴.

Como se puede apreciar, tratar de disminuir el rol de la competencia de la Corte Suprema no es algo fácil, y en mi opinión, deseable. Su existencia y potestades vigorosas son una garantía institucional para que el Derecho cumpla su función.

4. El error de derecho que justifica el recurso

4.1. La infracción de derecho

La propuesta de reforma también concibe al recurso extraordinario como un instrumento que permita reparar la infracción a los derechos y garantías fundamentales contemplados en la Constitución o en tratados ratificados y vigentes.

¹³ AD- 701-2012.

¹⁴ Entre otras, CS, 3 de septiembre de 1969, RDJ, t. LXVI, sec. 3ª, pp. 125-130. CS, 2 de mayo de 1975, F. del M, N° 199, pp. 90-93.

En este punto hay otra opción política, de consecuencias tan profundas como la incorporación de un sistema de selección de causas.

Más allá de las dificultades y formalismos que ha tenido el desempeño del recurso de casación en el fondo durante su vigencia, este ha sido durante mucho tiempo el medio para aplicar el derecho heredado de la tradición romano-canónica a la que pertenecemos.

Ahora, sin mediar ningún cambio cultural alguno, el Proyecto trata de cambiar la actividad judicial de la Corte, centrada en el examen de la legalidad de la sentencia, por otra matriz, la constitucional.

Como se anticipaba, la idea de incorporar un Tribunal de Casación en nuestro sistema partió constatando la necesidad de que el sistema judicial necesitaba contar con un órgano, que erigido como Juez Supremo, garantizara la certidumbre jurídica, ante el evento siempre posible de múltiples y hasta contradictorias interpretaciones judiciales. Esa es la mutación que explicó el abandono del sistema recursivo del derecho castellano al de la casación civil, vigentes desde 1902.

En un plano cuantitativo, nadie podría negar que los juicios civiles son resueltos, normalmente, aplicando las distintas leyes existentes en nuestro ordenamiento, sin perjuicio del rol que tienen las otras fuentes del derecho.

En este desempeño, no se puede negar que la Corte Suprema, después de la reforma de 1995, ha incorporado a su actividad la utilización de una serie de instituciones jurídicas no necesariamente codificadas, demostrando que tiene una capacidad de innovar.

Un ejemplo de lo anterior, entre otros, se encuentra en la aceptación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, que ha ido recibiendo cada vez mayor recepción jurisprudencial. En este último ámbito, es obligatoria la referencia a la sentencia de la Corte Suprema de 2 de junio de 2009, con una lata exposición teórica¹⁵.

¹⁵ Sobre el tema que nos interesa declaró: "Sexto: Que, como fuere, subyace en toda la dialéctica del recurso la pretensión de elevar a la condición de principio insoslayable la regla según la cual una persona jurídica no puede jamás responder por las conductas de otra, cualquiera sea la similitud entre ellas. Pero esta visión resulta en nuestro tiempo inconciliable con la proliferación de entidades comerciales coligadas o vinculadas entre sí, alrededor de organizaciones matrices dirigidas muchas veces a ocultar la realidad de controladores únicos, para fines de eludir o reducir obligaciones tributarias, cuando no prohibiciones o limitaciones impuestas a ciertos tipos societarios para determinadas actividades, que sí pueden ser emprendidas bajo fórmulas jurídicas alternativas. Séptimo: Que, desde la década de los treinta, ya en el siglo pasado, se ha venido generalizando en el derecho norteamericano la teoría denominada 'disregard of legal entity', traducida libremente en lengua española como del 'levantamiento del velo de las personas jurídicas', la que postula que es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin

Ha seguido la senda anterior la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 11 de enero de 2011, al declarar: "Que, (...) en homenaje a la buena fe que debe primar en todas las relaciones jurídicas, la judicatura está autorizada para ir más allá de la ficción que constituye la persona jurídica y descubrir al que se esconde bajo su sombra para defraudar a su acreedor. Y es cierto que la sociedad es una persona distinta de los socios pero, opuesta la excepción de dolo y comprobándose en la especie las maniobras de mala fe tendientes a perjudicar a Scharfstein S.A., debe levantarse el velo de Inmobiliaria Loreto S.A. y determinarse que el verdadero dueño del inmueble embargado es Browne Keeling y Compañía Limitada (...)">¹⁶.

La doctrina del acto propio está plenamente aceptada en el campo judicial¹⁷, permitiendo que esta pauta sea utilizada con mayor frecuencia, para evitar actuaciones contrarias al principio de la buena fe¹⁸. Entre otras la Corte Suprema,

de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente". "Esta formulación doctrinaria, que ha tenido también desarrollo en el derecho europeo continental –especialmente en Alemania y España– permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de la una sobre la o las otras, que esta o estas últimas no son sino el 'alter ego' de la dominante, utilizada para obtener un resultado antijurídico. Se previene de este modo abusos del derecho y fraudes a la ley, privilegiándose los principios de supremacía de la realidad y de buena fe, que podrían verse sobrepasados si, en virtud de una interpretación puramente formalista, se diera estricta aplicación a los preceptos que la recurrente entiende vulnerados, particularmente en los capítulos 1º y 3º de su escrito de casación, conforme a los cuales Remolcadores Ultragas Ltda., titular del 99,9% del capital de la demandada Sociedad Naviera Ultragas Ltda., sería una entidad completamente distinta e independiente de la primera, siéndole por tanto inoponible lo obrado en estos autos". "El derecho no podría avalar una solución tan contraria a la realidad de las cosas y a la evidencia que emana de los antecedentes documentales compulsados, demostrativos de que efectivamente la compañía presuntamente ajena a los hechos, intervino activamente en la ejecución del contrato de remolque transporte, indistintamente con las dos demandadas, de manera que, al cuestionar el recurso su legitimidad pasiva (de Remolcadores Ultragas Ltda.) intenta excusar extemporáneamente su intervención en el proceso contractual, lo que, a más de ir contra sus actos propios, importa una pretensión de revisar los hechos asentados soberanamente por los Jueces del fondo, lo que es inaceptable si, como está justificado, no se ha producido infracción de las leyes reguladoras de la prueba" (CS, 2 de junio de 2009, Rol N° 1527-2008, N° Legal Publishing: 42232).

¹⁶ C. de Ap. de Santiago, 11 de enero de 2011, Rol N° 771-2010 (Legal Publishing: 47765). Es obligatorio transcribir de esta sentencia el siguiente considerando: "DUODÉCIMO: Que esta doctrina, la del levantamiento del velo corporativo, ha sido aceptada por la Excm. Corte Suprema en autos rol 1527 2008 (...). De dicho fallo cabe citar lo siguiente: "es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente, agregando el más alto tribunal que esta doctrina "permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de la una sobre la o las otras, que esta o estas últimas no son sino el 'alter ego' de la dominante, utilizada para obtener un resultado antijurídico. Se previene de este modo abusos del derecho y fraudes a la ley, privilegiándose los principios de supremacía de la realidad y de buena fe...".

¹⁷ Por todos, en el último tiempo, *cf.* "Venire contra factum proprium", VV. AA. (Coordinación Hernán Corral T.), Santiago: Universidad de los Andes, *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 18, 2010, pp. 19-151.

¹⁸ Sobre el alcance de este principio, *cf.* BOETSCH GILLET, Cristián, *La buena fe contractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 39-85.

en sentencia de fecha 2 de noviembre de 2011, ha señalado: "Que al actuar de la forma en que lo hicieron los ejecutados (...) equivale a hacer valer un derecho o una pretensión en contradicción con la manera en que previamente venían conduciéndose esas mismas personas, importando un perjuicio en contra del acreedor, circunstancia que no resulta aceptable, de acuerdo al principio acogido por la doctrina y que, además, inspira disposiciones como la del artículo 1683 del Código Civil y otras de nuestro ordenamiento y que recibe el nombre de "teoría del acto propio, vinculada con toda claridad a uno de los puntales de nuestro sistema jurídico: el principio de la buena fe y respecto del cual se ha dicho: "Según un antiguo proverbio, no es lícito *venire contra factum proprium*, esto es, actuar de una manera que resulte contradictoria con la confianza justificada que había generado en un tercero una conducta anterior del titular del derecho... El bien jurídico cautelado por la doctrina de los actos propios es la confianza; el ejercicio del derecho resulta contrario a la buena fe, porque no se condice con las expectativas ciertas que el titular había generado en un tercero con su propio comportamiento. Quien hace valer el acto propio del titular del derecho subjetivo no tiene derecho a que éste se comporte de cierta manera, de modo que no se trata de un conflicto entre derechos. Por eso, la aplicación del principio está sujeta a los criterios de excepcionalidad y de actuación contraria a la buena fe que caracterizan al abuso del derecho. (Enrique Barros B., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, pág. 637)¹⁹".

¹⁹ También es pertinente hacer referencia al siguiente considerando: "DÉCIMO: Que así, entonces, mirando la buena fe desde su ángulo objetivo y como principio inspirador de la regla de los actos propios, se colige que esta última se orienta a combatir aquellos casos en que se ve burlada o desvanecida la confianza que un tercero tiene puesta en una determinada situación jurídica que le incumbe, de acuerdo a la conducta jurídicamente relevante desplegada por otro al respecto con anterioridad, tanto así, como para hacer que éste se haga cargo de las resultas de su inestabilidad o falta de coherencia. En esta línea argumentativa se ha escrito: "La conducta contraria es una contravención o una infracción del deber de buena fe. Ya antes hemos señalado que el hecho de que una persona trata, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falta de lealtad. He aquí por donde la regla, según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, se anuda estrechamente con el principio de derecho que manda comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas (Luis Diez Picazo, "La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo", citado por María Fernanda Echar Escobar en *La doctrina de los actos propios*, Ed. Jurídica de Chile, págs. 72 y 73). En otras palabras, el efecto que produce la teoría en mención es, fundamentalmente, que una persona no pueda sostener con posterioridad, por motivos de propia conveniencia, una posición jurídica distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto, por haberle cambiado las circunstancias y, en definitiva, si así lo hace, habrán de primar las consecuencias jurídicas de la primera conducta, debiendo rechazarse la pretensión que se invoca, apoyada en una nueva tesis o idea, por envolver un cambio de conducta que no se acepta. Se trata, en consecuencia, de la interpretación que se hace al analizar la procedencia o no de cierto derecho –la extinción cabal de una obligación por pago, como en el presente caso– auscultando el proceder previo desplegado por quien se pretende su titular que, en caso de resultar insuperablemente discordante –decir que se pagó una parte, para luego afirmar que se pagó el todo–, autorizará para "acomodar la 'existencia' del derecho a la conducta del titular que sólo puede ejercerlo sin incurrir en comportamientos contradictorios... nadie podría exigir que sus derechos se extiendan más allá de lo que su titular, en los hechos, ha determinado con su propia conducta. (Pablo Rodríguez Grez, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Ed. Jurídica de Chile, págs. 42 y 43).CS, 02 de noviembre de 2011, Rol 5978-2010, Legal Publishing: 55161, "Banco Security con Jorge Andrés Cherva Almeida y otra".

Un examen de nuestra jurisprudencia evidencia que la causal de casación en el fondo ha permitido controlar la juridicidad de muchas decisiones de relevancia, aportando al desarrollo del Derecho codificado.

4.2. La moción parlamentaria de 1 de agosto de 2012

Naturalmente que el desempeño del recurso de casación presenta también elementos criticables, pero que en vez de llevar a su supresión, lo mejor sería abordarlos. No resulta justificado el cambio que se propone en este tema. A parte de las consideraciones personales de los autores del Proyecto, que siendo legítimas, no se sabe sobre qué base empírica y teórica se quiere suprimir la casación.

En tal sentido, debería prestarse atención a una moción parlamentaria, presentada el 1 de agosto de 2012 (Boletín N° 8465). Se trata de un proyecto de ley presentado por los diputados Pedro Araya Guerrero, Alberto Cardemil Herrera, Fuad Chahín Valenzuela, Alfonso De Urresti Longton, José Manuel Edwards Silva, Cristián Letelier Aguilar, Sergio Ojeda Uribe, Ricardo Rincón González y Jorge Sabat Villalobos.

En síntesis, allí se propone una serie de modificaciones para corregir algunas disfunciones en el sistema de casación, que no han permitido que la sala civil de la Corte Suprema pueda unificar criterios de decisión.

Dentro de los cambios propuestos está homologar la causal del recurso, en orden a que se justifique por infracción de derecho, eliminando la restricción que aparece en el texto del art. 767 del CPC, que no fue sintonizado en la reforma de 1995 con lo señalado en el art. 772 N° 1, que alude a infracción de derecho.

5. ¿Un cambio al neoconstitucionalismo?

El abandono explícito del recurso de casación en el fondo no es simplemente una cuestión de técnica recursiva. En efecto, no se trata de abandonar un instrumento al que se estima obsoleto y formalista, para cambiarlo por otro más flexible y con un mecanismo de selección de asuntos. Es mucho más que eso.

Aunque el tema es amplio, por ahora anticipemos que el art. 409 del Código Procesal Civil considera la causal fundante del recurso con expresa referencia a infracción de las garantías constitucionales.

Esta propuesta, a nuestro entender, busca cambiar la forma como se ha concebido al derecho civil en nuestro país, introduciendo el fenómeno que la doctrina describe con el nombre de neoconstitucionalismo²⁰.

²⁰ Sobre el tema, *El canon neoconstitucional*, VV.AA, ed. Carbonell y García Jaramillo, Madrid: Trotta-UNAM, 2010, pp. 11-443.

Como lo explica Núñez Poblete²¹, el neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo, más que designar una doctrina se identifica con diversas evidencias. Entre las manifestaciones más difundidas en la ciencia jurídica contemporánea pueden identificarse las siguientes: el crecimiento de las atribuciones de la judicatura constitucional, la constitucionalización del derecho, la difusión de la concepción axiológica de los derechos constitucionales, la progresiva consolidación de ciertas metodologías de resolución de conflictos (tales como la ponderación) o de ciertos principios de escrutinio judicial de la actividad pública (tales como el principio de subsidiariedad) que aumentan la incidencia de los jueces en el ámbito público o privado, la renovación del concepto de principios del Derecho, la crisis de las Constituciones nacionales frente a la globalización, y la apertura de las Constituciones y las magistraturas nacionales frente al Derecho internacional y al comparado.

En explicación de Núñez, "este giro metodológico supone abrir el Derecho a una racionalidad constructiva y discursiva que desempeña una labor tanto de identificación como de justificación. No es baladí –entonces– que una de las principales preocupaciones del Neoconstitucionalismo haya sido elaborar una acabada teoría de la argumentación jurídica, tema absolutamente descuidado por el positivismo. Aporte que según Prieto Sanchís responde a una necesidad de legitimación, pues la propuesta de sustitución del juez "boca de la ley" por un juez sometido a las cláusulas materiales de la Constitución sólo es posible (y aceptable) en tanto que su labor pueda ser validada por una sólida argumentación racional. Quizás la principal novedad o propuesta metodológica del Neoconstitucionalismo sea el famoso *principio de proporcionalidad* (también llamado método de la ponderación)..."²².

El principal efecto práctico que tendrá la aprobación del art. 409 del Código Procesal Civil, si se acepta en esos términos, será la desaparición de la técnica recursiva para denunciar la infracción jurídica que permite actualmente anular una sentencia por error en la aplicación de la ley²³, y el surgimiento de otros efectos que le son inherentes a ello.

Más que estudiar instituciones jurídicas codificadas o reguladas por la ley, el énfasis pasará a las técnicas del razonamiento judicial. En el neoconstitucionalismo el derecho es subsumido por la retórica y en algunos países por el activismo judicial.

²¹ NUÑEZ POBLETE, Manuel, "El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 34, 2010, pp. 523-541.

²² NUÑEZ, Juan Ignacio, "¿Cómo reconocer a un Neoconstitucionalista?", *Parte VII: ¿Ponderar, jerarquizar o subsumir?*, en *Diario Constitucional*, 14/08/2012.

²³ En la actual normativa la doctrina y la jurisprudencia ha decantado las hipótesis de infracción de ley que influye en la parte dispositiva del fallo, consumando una la contravención formal de la ley; la errónea interpretación de la ley; la falsa aplicación de ley; la infracción a las leyes reguladoras de la prueba.

Ya no serán los conceptos de una técnica jurídica los que centren la actividad de la Corte Suprema, si no los discursos sobre el alcance constitucional que tiene cualquier problema, ya sea de derecho civil, comercial, laboral, etc. Para ello será relevante establecer el "canon constitucional" aplicable al caso concreto (discriminación, ponderación de intereses, conflictos de derechos, test de proporcionalidad, etc.).

En buenas cuentas, de un derecho con preferente respaldo en su génesis parlamentaria, pasaremos a otros más dependiente de la sociología, donde el resultado del caso vendrá dado muchas veces por el dato previo que arroje una encuesta de opinión, sin importar mucho si la solución es necesariamente justa, con base en la moral o si de ella se sigue un resultado racional.

El civilista, en esta concepción jurídica neoconstitucional, es remplazado por el constitucionalista.

Se abandona la visión de la Constitución como un límite al ejercicio del poder estatal, la que pasa a ser utilizada como un instrumento de construcción de realidades, naturalmente al gusto de la ideología predominante.

Para evitar ser acusado de agorero del mal, un buen ejemplo de lo que aquí puede ocurrir es observar lo acontecido en Colombia. Este país, que era tributario del Código Civil de Bello, está recibiendo los embates de esta tendencia en un grado que debería llamar la atención en la tramitación del Código Procesal Civil. Nos ahorra un mayor comentario sobre este fenómeno lo expuesto en el prólogo del libro *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado*, al señalar que "después de la entrada en vigencia de la Constitución Colombiana de 1991, son muchas las controversias presentadas en relación con el grado de penetración que la Carta Política debe tener en las relaciones jurídicas privadas, más aún teniendo en cuenta que algunas de las instituciones del Derecho Civil tienen fundamento legal en una codificación elaborada en el siglo XIX, que aun con todas las transformaciones que ha tenido, da lugar a serias reflexiones, tanto por parte de los jueces como de los doctrinantes. Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad, los fundamentos de la interpretación constitucional, los límites de la interpretación constitucional y los principios constitucionales, aplicados todos ellos a las relaciones familiares, a principios centrales en el derecho privado, como el de la autonomía de la voluntad, a las sociedades y a las empresas, al mundo de los negocios, a la protección de los derechos humanos en las actuaciones privadas, entre otros". [...] "Conviene precisarle al lector que el marco teórico que ha dado origen a la mayoría de las discusiones en torno a la constitucionalización del Derecho (no solo en el área del Privado), es el del neoconstitucionalismo, lo cual nos impone un estudio del derecho en dos dimensiones, una encaminada al análisis de los fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del

Estado Constitucional; y otra, dedicada al estudio de "una determinada teoría del derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o da cuenta del ellos"²⁴.

Si en el desempeño del recurso de casación la Corte Suprema podía contribuir a dar certeza jurídica en la aplicación de la ley, con este recurso extraordinario será difícil, cuando no ilusorio, que pueda cumplir su rol de dar certeza jurídica. Cada juez propondrá la solución que la lectura de la Constitución le permita, poniendo en verdad lo que el título del nuevo recurso nos anuncia: *ser extraordinario*.

²⁴ *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado*, Actas del Congreso Internacional : Bogotá, Colombia. Septiembre 13, 14 y 15 de 2006.

