

## En defensa de la casación

MARIO ROJAS SEPÚLVEDA

Abogado Universidad de Concepción

Ex Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**RESUMEN:** El recurso de casación, concebido en sus caracteres esenciales por los revolucionarios franceses, que actualmente es gestionado con eficiencia y fluidez por el Máximo Tribunal, es instrumento orgánico y procesal que asegura la corrección e igualación en la aplicación de la norma jurídica a la interacción social, en mayor grado que el propuesto recurso extraordinario, diseñado por algunos académicos chilenos. Este último presenta riesgos graves para la integridad y unidad del ordenamiento jurídico, y, por ende, para la vigencia de la sociedad democrática, que se basa en la operación real de la regla de derecho. Esto es tanto más evidente frente al fragmentario y deficiente resultado práctico que ha implicado, en perspectiva de control de infracciones formales y sustantivas, y también de formulación de orientaciones jurisprudenciales sistemáticas, el “insólito” sistema recursivo laboral, así como el “mejorable” diseño de la impugnación procesal penal<sup>1</sup>.

### I

Desde la concepción griega, el régimen democrático exige la igualdad ante la norma jurídica, esto es, su igual interpretación y aplicación a todas las personas, puesto que la real vigencia de la isonomía (ἰσονομία) es la cualidad que nos permite sentirnos integrando una colectividad humana de la que somos partes y a la que, en consecuencia, adherimos como propia y común.

Esta característica requiere, *per se*, de la **correcta** selección, interpretación y aplicación de la regla jurídica, toda vez que **el desacierto es prueba bastante de desigualdad**: siempre habrá algún sujeto al que la norma le haya sido, o pueda serle en el futuro, rectamente aplicada, de manera que la aplicación inexacta constituye, *per se*, discriminación arbitraria<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Los vocablos incluidos entre comillas en el resumen provienen de caracterizaciones del profesor don Raúl Tavolari Oliveros, véase cita *infra*.

<sup>2</sup> Por ejemplo: sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 15 de diciembre de 1987, confirmada por la Corte Suprema con fecha 26 de enero de 1988 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo

Aquella comunidad cuyos miembros interactúan sobre la base de reglas legítimamente generadas, correctamente aplicadas a todos los casos que en ellas pueden subsumirse o integrarse, omitiéndose diferencias arbitrarias, es la que recibió el panegírico de *Pericles* en el *Epitaphios Logos* que *Tucidides* puso en sus labios.

## II

La **corrección** e **igualdad** en la selección, interpretación y aplicación de la ley, son caracteres cuya concurrencia permite que el sistema de derecho proporcione **certeza** a todas las personas, entendida como **previsibilidad**, en sentido cognoscitivo, de manera que el sujeto disponga de “*la posibilidad de conocer las consecuencias jurídicas de hechos o actos antes de que se produzcan*”<sup>3</sup>, permitiéndosele adoptar decisiones informadas, siendo en consecuencia legítima, *ex post*, la imputación subjetiva de los resultados de derecho de la opción libremente decidida.

## III

Claro está que la característica de **corrección** de la selección normativa, así como la de **exactitud** de su interpretación y aplicación, a estas alturas de la evolución jurídica, no pueden plantearse en términos absolutos.

Kelsen, en el contexto del positivismo formalista que tanta influencia ha tenido –y mantiene– en los sistemas de derecho continentales, sostenía que la validez de la regla jurídica particular que se contiene en la sentencia supone su coherencia con los rasgos esenciales de la norma jurídica superior que le sirve de parámetro mayor, pero advertía que, como la juridicidad se desarrolla en grados de progresiva particularización, la formulación lingüística de la norma superior, más general, presenta caracteres de ineludible ambigüedad, de modo que el juez podrá discrecionalmente optar entre **significados posibles dentro del parámetro**; hallándose el límite del calificativo de **corrección** de la solución jurídica, en su ubicación como uno entre significados que el diseño de la norma de derecho admita, de modo que, en consecuencia, resulte posible<sup>4</sup>.

En similares términos se planteó H. L. A. Hart en su clásica obra, esgrimiendo la textura abierta del lenguaje ordinario, que constituye la única herramienta de que puede echar mano el constructor del derecho positivo para formular normas, la relativa indeterminación de sus propósitos y la imposibilidad de ge-

85, sección quinta, páginas 67 y ss., ver, en especial, consideraciones séptima y octava del fallo de primer grado).

<sup>3</sup> La definición es del profesor italiano Gianmarco Gometz (*La certeza jurídica como previsibilidad*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, página 73).

<sup>4</sup> Una síntesis de los planteamientos del profesor austríaco en Gometz, obra citada, páginas 80 y ss.

nerar la integridad de éstos ante la imposibilidad humana de advertir los rasgos particulares de la totalidad de los eventos que puedan caber en su contexto<sup>5</sup>.

De esta manera, la necesidad de utilización del lenguaje para formular reglas, así como el nivel de generalidad propio de éstas, y el empleo de conceptos jurídicos indeterminados<sup>6</sup>, bien de valor<sup>7</sup>, bien de experiencia social<sup>8</sup>, motivan que las soluciones jurídicas **correctas** puedan ser, en ocasiones, **plurales** o **múltiples**<sup>9</sup>, por lo que el nivel de **previsibilidad** de las decisiones judiciales de los jueces del fondo, y la correlativa **certeza** jurídica ofrecida a todas las personas por el sistema normativo, es **circunscrita**, pero a la vez: **relativa**.

La cuestión es, en rigor, antigua, y carece del grado de novedad con que suele plantearse entre nosotros, bastando con consignar que el propio Calamandrei la advertía en su obra más clásica, publicada en 1920, bajo el epígrafe: "*Posibilidad de distintas interpretaciones de una norma jurídica única*"<sup>10</sup>.

Así las cosas, el criterio de **corrección** de la selección normativa y de la interpretación y aplicación de la regla, de **nomofilaquia**, en los términos del jurista florentino, permite, únicamente en los **casos simples**, arribar a una respuesta jurídica única, que es, en consecuencia, **previsible** para todas las personas.

En cambio, tratándose de **casos difíciles**, la pauta de **corrección** sirve sólo para circunscribir a una **lista corta** las soluciones jurídicas calificables como **acertadas**, de modo que la **previsibilidad**, y, por lo mismo, la **certeza**, deviene en **circunscrita**, pero sólo de modo relativo: más de una respuesta jurídica puede calificarse como **correcta**, de manera que la salida del caso dependerá de lo que la doctrina denomina: "*margen de libre enjuiciamiento del juez*"<sup>11</sup>.

#### IV

De la circunstancia evidente que los criterios de **corrección** en la selección, interpretación y aplicación de la norma jurídica, son insuficientes –en situaciones residuales de dificultad– de cara al objetivo de fijar una respuesta jurídica única, esto es, no siempre sirven para que toda persona pueda detectar, *ex*

<sup>5</sup> *El concepto de derecho*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, páginas 155 y ss.

<sup>6</sup> Véase el trabajo de Streeter Prieto, Jorge, *El razonamiento jurídico, en Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, páginas 99 y ss.

<sup>7</sup> Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1994, páginas 283 y ss.

<sup>8</sup> Larenz, obra citada, páginas 281 y ss.

<sup>9</sup> Véase, entre muchos autores, Taruffo, Michele, *El vértice ambiguo*, Editorial Palestra, Lima 2006, páginas 106 y ss.

<sup>10</sup> *La casación civil*, Librería El Foro, Buenos Aires, Tomo III, página 65.

<sup>11</sup> Larenz, obra citada, páginas 289 y ss.

*ante* respecto de su obrar, la consecuencia jurídica que habrá de adjudicársele, surge la necesidad de agregar el criterio de **igualdad** ante la ley, que, entre nosotros, constituye derecho fundamental<sup>12</sup>.

En efecto, cada vez que diferentes personas devienen en sujetos de criterios jurídicos diversos, emanados de distintos juzgamientos, queda infringido el ideal democrático griego de la *isonomía*, que la civilización occidental ha incorporado –en los programas normativos y progresivamente en la práctica– como derecho inviolable.

Así las cosas, el sistema procesal, orgánico y funcional, debe proporcionar a todas las personas un instrumento eficaz para lograr, dentro del sistema judicial, **un tratamiento igualitario**, de modo que Pedro, Juan y Diego, autores de conductas esencialmente iguales, reciban una misma respuesta jurídica concreta y se les someta, en sus respectivas sentencias, a idénticas adjudicaciones de consecuencias de derecho.

Es así que puede distinguirse, tratándose de **casos difíciles**, entre la **corrección real** y la **corrección ficta**.

Desde la primera perspectiva, como se anotó antes, son **correctas** las soluciones jurídicas que, en el contexto de la norma jurídica aplicable, resultan **posibles**, en términos tales que el juez del fondo, en ejercicio de su margen de libre enjuiciamiento, sin infringir el parámetro general de derecho, puede optar por cualquiera de ellas.

En cambio, en la segunda mira, siendo violatorio de los derechos fundamentales propios de todo ser humano, el hecho que Pedro, Juan y Diego, intervinientes en casos sustantivamente iguales, afronten consecuencias jurídicas desiguales, el sistema jurídico habrá de optar por una entre las soluciones jurídicas posibles y esta alternativa deberá aplicársele a todos ellos; de manera que, formulada que sea la opción por el sistema jurisdiccional, la opción elegida habrá de ser considerada –**fictamente**– como la única **correcta**<sup>13</sup>.

Es claro, como lo advierte una doctrina tan nutrida que la cita es ociosa, que la univocidad de la interpretación que ha de tenerse por correcta sólo ha de mantenerse en un mismo contexto histórico, social y valorativo, siendo ésta la

<sup>12</sup> Artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, art. 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 24 de la Convención Americana.

<sup>13</sup> "... se comprende también, precisamente porque no se tiene posibilidad material de constatar de un modo absoluto cual sea la verdadera interpretación de una ley oscura, que es oportuno, para mantener la certeza y la igualdad del derecho, considerar oficialmente como interpretación verdadera de la ley la que se elige por el órgano unificador de la jurisprudencia como interpretación única" (Calamandrei, obra citada, Tomo III, página 111).

razón por la que la corrección ficta no es pétrea, pudiendo el órgano unificador de la jurisprudencia variar su opción frente a nuevas realidades culturales, con ciertas limitaciones. Intensas particularidades se presentan en el ámbito penal<sup>14</sup>.

## V

Me interesa destacar que la existencia de un instrumento razonablemente eficaz de **igualación**, endógeno, esto es, ubicado dentro del Poder Judicial, resulta de acuciante necesidad en un país en que, como es el caso chileno, no existe instrumento de revisión ante un órgano exógeno de control de eficacia de los derechos constitucionales.

Diverso es, por ejemplo, el caso español, en que la persona afectada por el trato desigual del Poder Judicial tiene expedita la acción de amparo ante el Tribunal Constitucional, que tiene, al respecto, una doctrina desarrollada y precisa, que es bien sintetizada en un caso de acogimiento, fallado con fecha 2 de diciembre de 2008, en estos términos:

*“...el reconocimiento de la lesión del citado derecho fundamental exige: a) la acreditación de un tertium comparationis, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria; b) la identidad de órgano judicial, entendiendo por tal no sólo la identidad de sala, sino también la de la sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la ley; c) la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de ‘la referencia a otro’ exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la ley, excluyente de la comparación consigo mismo; d) el tratamiento desigual ha de concretarse en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, respondiendo así a una ratio decidendi sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, y ello a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia. Como hemos afirmado en reiteradas ocasiones, lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad*

<sup>14</sup> Eugenio Zaffaroni sostiene que si un sujeto ejecuta una conducta sobre la base de la impunidad considerada por la solución jurisprudencial vigente, si ésta es alterada por el órgano unificador, no concurre la responsabilidad penal por falta de culpabilidad en virtud de error de prohibición invencible (*Derecho penal*, parte general, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, página 126).

*con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad”.*

En consecuencia, en Chile, la exigibilidad del derecho de toda persona a la titularidad de un derecho procesal que le permita reclamar eficazmente de la igualitaria aplicación de la ley, dentro del Poder Judicial, reclama una necesidad más intensa que en otros países.

## VI

Corolario de lo que se viene diciendo es, a mi modo de ver, la circunstancia que la pregunta acerca del rol que ha de desempeñar la Corte Suprema en la operación del ordenamiento jurídico debe incardinarse necesariamente en esta interrogante elemental:

- ¿es el **recurso de casación**, concebido en sus caracteres esenciales por los revolucionarios franceses, o el **recurso extraordinario**, diseñado por algunos académicos chilenos, el instrumento orgánico y procesal que asegura un mayor grado de **corrección** e **igualación** en la aplicación de la norma jurídica a la interacción social?

## VII

Es que no puede olvidarse que el derecho es un elemento de **tecnología social**, una herramienta para la vida en común, para una vida, ante todo, pacífica.

La disminución de la incidencia del derecho en la experiencia vital es inversamente proporcional al grado de conflicto social. Paradigma extremo fue lo ocurrido en la Región del Bío-Bío durante los días inmediatamente posteriores al megasismo del 27 de febrero de 2010.

En ausencia de **–igualitario–** imperio del derecho, la paz no es posible y el incremento de la discordia es destino seguro.

## VIII

Me interesa también expresar que la respuesta a la interrogante propuesta no puede contentarse con un examen únicamente teórico, porque toda vez que se afirma que el derecho es una **tecnología social**, se quiere expresar que constituye un mecanismo práctico, de ingeniería social, para la vida real.

La ponderación teórica es, desde luego, imprescindible. Pero no es bastante, o, expresado con mayor rigor, si el derecho existe como instrumento para la praxis de la vida en sociedad, un examen teórico preciso requiere ineludiblemente de la evaluación práctica de las herramientas que se proponen, puesto que: “cuando digo **derecho** no pienso únicamente en la ley, sino en el conjunto de los aparatos, las instituciones y los reglamentos que **aplican** el derecho”<sup>15</sup>.

## IX

El instrumento de la **casación** se cimenta en **principios lógicos y teleológicos**, traducidos en **parámetros de deber ser**, impuestos por la asamblea legislativa –democráticamente legitimada– a las sentencias de los jueces de instancias, bajo **sanción de invalidez**.

La esencia del mecanismo fue formulada por los revolucionarios franceses:

- (i) el proceso judicial, a cargo de los jueces del fondo, se realiza en instancias o grados, que culminan en una sentencia que –dentro del contexto circunscrito por las acciones y excepciones planteadas por las partes y sobre la base de la subsunción de los hechos en la norma de derecho seleccionada como aplicable al caso– se pronuncia acerca del mérito de los hechos y del derecho, adjudicando a los contendientes ciertas consecuencias jurídicas concretas.

Empero y a la vez:

- (ii) la eficacia jurídica de la sentencia de los jueces del mérito se subordina necesariamente:

- (ii.a) a la **satisfacción real** por el fallo de ciertas **exigencias de forma**, que constituyen garantías judiciales mínimas, así como a la **exacta** selección de las reglas jurídicas por las que el caso se rige, y a su **correcta** interpretación y aplicación a la *quaestio sub lite*, de modo que el incumplimiento de estas condiciones origina una nulidad que ha de ser declarada en un juzgamiento específico a la sentencia de los jueces del fondo, examen que –para maximizar tanto el **acierto** como la **igual** aplicación del derecho– debe ser realizado por el máximo organismo judicial, es decir, por la Corte Suprema, la cual, siendo ésta su función esencial en el sistema, es una Corte de Casación.

O,

- (ii.b) a la **satisfacción ficta** por la sentencia de esas exigencias de forma y de fondo, generada por el fenómeno del **consentimiento** de las partes,

<sup>15</sup> Foucault, Michel, *Defender la sociedad*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2000, página 36.

que aceptan las adjudicaciones del fallo, omitiendo la impugnación en los lapsos que el ordenamiento concede.

## X

En síntesis, el instrumento casacional tiene la finalidad de **expulsar** de la realidad jurídica concreta, por medio de la **invalidación** que consagra el artículo 764 del Código de Procedimiento Civil<sup>16</sup>, las sentencias de los jueces del fondo que subvierten garantías judiciales mínimas, objetivo que logra a través del **recurso de casación en la forma** definido en su artículo 768, así como a los fallos de esos jueces del mérito que padecen de **incorrección** en la función de selección, interpretación y aplicación de la ley al caso, propósito que alcanza por medio del **recurso de casación en el fondo** definido en su artículo 767.

## XI

El sistema está impregnado, a mi modo de ver, por **tres cualidades esenciales**:

**1.- La firme defensa** de un principio lógico y teleológico elemental: la sentencia de los jueces del fondo que es irrespetuosa de las garantías procesales, o que es infractora de la norma jurídica decisoria de la litis, carece de las condiciones mínimas con las que ha de cumplir para ocupar un lugar en la realidad jurídica concreta, y debe ser, por tanto, radicalmente anulada y expulsada del ordenamiento jurídico particular que vincula a las personas contendientes.

No puede aceptarse que los jueces de las instancias se alcen ante la norma jurídica, **riesgo que justifica que, después de terminado el enjuiciamiento de hecho y de derecho del caso, labor que corresponde a los jueces de instancias, pueda tener lugar –en evento de recurso– un enjuiciamiento de derecho a la sentencia misma;**

**2.- La técnica casacional**, en virtud de su propia y refinada naturaleza, **obliga a los operadores jurídicos**, es decir, a los abogados defensores de recurrentes y recurridos, así como a los jueces de casación, **a una labor profesional refinada y sofisticada**, que consiste en la necesidad de precisar y evaluar con exactitud tanto el contexto fáctico y jurídico de la litis, dado por las alegaciones de las partes, como el contenido preciso del juicio de hecho, y de derecho, emitido por los jueces del mérito, de manera

<sup>16</sup> Cada vez que nos aludamos a un precepto legal determinado, sin referencia de Código, debe entenderse implícita la mención del Código de Procedimiento Civil.



de revisar acuciosamente si el enjuiciamiento satisface las exigencias de validez jurídica del fallo.

Esta técnica compele a emplear un fino tipo de razonamiento, lógico y teleológico, que permite ponderar con alto grado de eficiencia y eficacia la legitimidad o ilegitimidad jurídica del fallo de los jueces de las instancias, puesto que obliga a examinar el proceso de subsunción o integración de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables (selección, interpretación y aplicación).

Sea que a este proceso le denominemos, con Calamandrei, **subsunción del hecho bajo la norma**<sup>17</sup>, o, con Larenz, **integración valorativa del caso bajo la norma jurídica**<sup>18</sup>, asumiéndose por cierto las importantes precisiones técnicas que esta última calificación involucra, en las que no es pertinente profundizar aquí, lo evidente es que la precisa reproducción y la cuidadosa y profunda crítica del enjuiciamiento de los jueces del mérito asegura la valoración que es menester para predicar de éste –o no– su exigible conformidad con el ordenamiento jurídico.

La necesidad y rigor de este sofisticado examen presta enorme servicio práctico en orden a cautelar eficazmente la **juridicidad del fallo** dado por las instancias, y con ello, la **integridad del ordenamiento jurídico**;

- 3.- El enjuiciamiento de derecho a la sentencia de las instancias** se radica en la Corte Suprema, para asegurar –con la mayor probabilidad– la **igual** aplicación de la norma jurídica, cuestión bien desarrollada por multitud de procesalistas, así como porque, **en la realidad**, se trata de un examen practicado por **cinco magistrados** de notable experiencia, dotados de altos grados de conocimiento jurídico, y de prudencia, cualidades estas que son usualmente propias de la más alta jerarquía judicial; coadyuvados todos ellos por relatores selectos, que evidencian grandes capacidades profesionales; en síntesis: **grados de calidad técnica que –normalmente y es razonable que así sea– sólo se encuentran en el máximo tribunal.**

## XI

La visión del **abogado de la praxis** requiere hacer énfasis en los **altos grados de eficiencia y de eficacia** logrados por la interesante gestión de la Corte

<sup>17</sup> Calamandrei, Piero, "La génesis lógica de la sentencia civil", en *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, páginas 369 y ss.

<sup>18</sup> Larenz, Karl, obra citada, páginas 272 y ss.

Suprema en los últimos años de operación de la casación, circunstancia que es bien reconocida entre los letrados que circulan usualmente por los pasillos del segundo piso del Palacio de los Tribunales.

**Avances derivados de la promulgación y leal aplicación de la Reforma de la Ley N° 19.374**, constituidos por la limitación a la procedencia del recurso de queja –que no es admisible de modo paralelo a la casación y obliga a la interposición de ésta–, la especialización de salas –que origina mayores posibilidades de uniformidad de la jurisprudencia–, la promulgación de normas destinadas a facilitar la interposición del recurso –que hacen más expedito y menos formalista su examen de admisibilidad–, la introducción de la institución del rechazo sumario del recurso de casación en el fondo por manifiesta falta de fundamento decidida por unanimidad –que concentra el trabajo extendido del máximo tribunal en asuntos que justifican la revisión–, instrumento que ha alcanzado su equivalente en casación formal por pura creación pretoriana<sup>19</sup>, unidos a **un notable y decidido esfuerzo de gestión de los ministros del máximo tribunal, y de sus relatores coadyuvantes**, todos quienes se han esforzado de manera patente en poner al día el trabajo de la Corte en función de sus ingresos, han conducido a una institución casacional que funciona de manera seria, asegurando la integridad y –hasta lo posible– la uniformidad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Como lo he demostrado en ocasión anterior<sup>20</sup>, sin haber sido concretamente controvertido, pudiendo ratificarlo cualquier examen de datos reales, así como la práctica de los abogados que intervienen usualmente en la sede, la Corte Suprema tarda aproximadamente 35 días en declarar la inadmisibilidad del recurso de casación en el fondo o en rechazarlo de inmediato por manifiesta falta de fundamento, de modo que, correspondiendo ambos tipos de respuestas a un promedio de 60% de la totalidad de las impugnaciones de fondo ingresadas, **es posible concluir en que el recurso de casación en el fondo, tratándose del 60% de los casos ingresados, introduce al proceso una dilación que no excede de algo más de un mes.**

Por otra parte, respecto de los recursos de casación en el fondo que superan el examen preliminar, el más alto tribunal demora en promedio 330 días en rechazarlos (29%), y 380 días en acogerlos (11%), **de modo que puede colegirse que el recurso de casación en el fondo, tratándose del restante 40% de los casos ingresados, que culminan en el producto que es una sentencia pronunciada después de vista pública y alegatos**

<sup>19</sup> Con el respaldo del Tribunal Constitucional, véase sentencia de 22 de enero de 2013, Rol N° 2244-12-INA.

<sup>20</sup> Rojas Sepúlveda, Mario, "El rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil", *Revista Actualidad Jurídica* de la Universidad del Desarrollo N° 22, 2010, p. 323.

**de abogados, introduce al proceso una dilación que no excede de algo más de aproximadamente un año, sin perjuicio de la facultad general de ejecución anticipada del fallo de las instancias<sup>21</sup>.**

Estos lapsos se comparan favorablemente con los tiempos reales promedio que informó la Unión Europea<sup>22</sup>, respecto del año 1996, que alcanzaron, en Portugal, a 0,75 años, en Austria a 0,91 años, en Alemania, Italia y Bélgica, a 2,5 años, en España a 3 años y en Francia a 5,41 años.

Es interesante recordar que la Corte Europea de Derechos Humanos, dictaminando acerca del **derecho fundamental a la razonable duración del proceso jurisdiccional**, viene fallando que la extensión máxima ha de ser de **un año para el juicio de casación<sup>23</sup>**, de manera que:

- los índices de gestión de nuestra Corte Suprema se hallan dentro de estándares normativos de países desarrollados.

## XII

Dicho todo lo anterior, en este contexto real de **funcionamiento progresivamente virtuoso de la casación**, la **incógnita** es la de resolver qué motivos han conducido a la curiosidad del hecho que un grupo de académicos chilenos haya planteado la abrogación del **recurso de casación**, que sería sustituido por un producto nacional: el **recurso extraordinario** que viene propuesto en la Reforma Procesal Civil, tanto en la versión planteada por la ex Presidenta señora Bachelet<sup>24</sup>, como en el texto sometido al Congreso Nacional por el Presidente señor Piñera<sup>25</sup>.

## XIII

En lo esencial, el **recurso extraordinario** es un instrumento que no asegura al justiciable la revisión de los fallos inapelables de los jueces de las instancias por la Corte Suprema, sino que le confiere la probabilidad del control de ésta, que tendrá lugar sólo si la mayoría de los miembros de la sala respectiva estiman que concurre un **interés general**, que haga necesaria su intervención,

<sup>21</sup> Artículo 774 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>22</sup> Monroy Gálvez, Juan, *Teoría General del Proceso*, Editorial Palestra, tercera edición, 2009, página 11, nota 1.

<sup>23</sup> Di Ciommo, Tiziana, *La crisis de la justicia civil italiana*, Bosch Editor, Barcelona, 2013, página 78, nota 50.

<sup>24</sup> Mensaje N° 398/357 de 18 de mayo de 2009.

<sup>25</sup> Mensaje N° 004/360 de 12 de marzo de 2012.

situación que podrá acaecer en alguna de estas dos hipótesis: **(i)** 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 o en los tratados internacionales ratificados; o, **(ii)** en caso que considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial.

Si se estimare la concurrencia de **interés general**, la Corte Suprema, en su fallo ulterior, deberá exponer los fundamentos que se tuvieron presente para declarar la admisibilidad del recurso y, si se acogiere, la forma en que se ha verificado la infracción esencial del derecho fundamental o la manera en la cual deberá ser interpretada o aplicada una determinada norma o principio jurídico, y concluirá declarando la confirmación, modificación, revocación o invalidación de la sentencia recurrida y del procedimiento del cual emanare en su caso.

La resolución de la Corte Suprema no será susceptible de recurso alguno, pero, excepcionalmente, si se demostrare que la sentencia que se ha dictado contradice otra pronunciada por la misma sala especializada, pero sin que en el fallo se hubiere dejando constancia de haberse modificado la doctrina anterior, el recurrente podrá solicitar al Pleno que se anule la sentencia y para que se proceda a una nueva audiencia por una sala no inhabilitada.

#### XIV

Lo **fundamental** de la reforma propuesta consiste en que el conflicto entre partes terminará con el fallo de instancia del Juez, o, si éste fuere apelado, con el fallo de instancia de la Corte de Apelaciones, **sin que el litigante tenga derecho, propiamente tal, a un subsecuente enjuiciamiento de derecho, sobre validez de forma y de fondo del dictamen del mérito**, a cargo de la Corte Suprema; salvo el caso de **infracción esencial de un derecho fundamental**; puesto que, en todo otro caso, la eventualidad de examen del máximo tribunal no dependerá de haberse incurrido en una infracción de derecho por los jueces del grado, sino de una cuestión enteramente diferente: la estimación de pertinencia, en perspectiva de interés general, de fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial, pertinencia que dependería de consideraciones discrecionales de bien común.

Dicho en otros términos: a menos que se haya incurrido en infracción esencial de un derecho fundamental, todo defecto de competencia o de habilidad de los jueces de instancias, de congruencia, de motivación o de integridad del fallo, de duplicidad de juzgamiento, de violación de formalidades esenciales en el nivel legal, así como todo defecto de conformidad con el ordenamiento

jurídico, en que hayan incurrido los jueces de las instancias, quedarán virtualmente saneados, **paradojalmente**, por el efecto conclusivo del propio pronunciamiento de los magistrados infractores.

## XV

Lo primero que cabe hacer notar es que una propuesta como ésta no ha podido razonablemente emanar de abogados que practiquen el derecho de manera intensa, porque todo letrado de la praxis sabe bien –puede advertirlo también un teórico puro: bástele revisar diariamente los fallos de la Corte Suprema en la página web institucional– que lo que hace el Máximo Tribunal, en la realidad concreta, mucho más que declarar **correcciones fictas** optando entre interpretaciones posibles, es resolver **correcciones reales y agraviantes**, enmendando serias infracciones de garantías judiciales mínimas, o infracciones de ley manifiestas que, pese a su evidencia, **en la realidad concreta que los autores del proyecto de reforma desatienden**, transcurren de hecho por las instancias, en que se cometen con frecuencia.

Cierto es, como lo ha recordado el profesor José Pedro Silva<sup>26</sup>, que “*el 99,7% de los asuntos civiles se debate en las dos instancias y no llega a la Corte Suprema*”, pero no puede olvidarse que, amén de haberse incluido impropiamente en ese guarismo la muy mayoritaria cantidad de procedimientos ejecutivos, que en rigor práctico son puros mecanismos de recaudación de bancos, instituciones financieras y empresas de retail, el 0,3% de asuntos civiles, que desatiende, corresponden aproximadamente a 4.200 recursos de casación de forma y de fondo que arriban anualmente al conocimiento del máximo tribunal de derecho, el que anula los fallos de las instancia tratándose de alrededor de 460 casos por año; **los que suelen corresponder a los casos civiles y comerciales más complejos que se someten al sistema judicial**, reclamando soluciones jurídicas correctas.

En una época en que intensos esfuerzos de gestión de ministros y relatores de la Corte Suprema han conducido a que la casación funcione correctamente y en tiempos razonables para estándares de países desarrollados, **no se advierte razón para eliminar el instrumento más refinado que se ha diseñado en el derecho occidental continental para cautelar los derechos fundamentales y la unidad e integridad de ordenamiento jurídico**, mecanismo que se mantiene plenamente vigente y se potencia en otros Estados democráticos<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> *El Mercurio*, 3 de octubre de 2013, carta al director.

<sup>27</sup> Por ejemplo, véase el recientemente promulgado Código General del Proceso de Colombia.

Como lo ha expresado, en notable síntesis, el destacado procesalista don Raúl Tavolari Oliveros<sup>28</sup>:

*“Detrás de la idea de reemplazar la casación civil por un recurso extraordinario subyacen, sea que se haya advertido o no, dos órdenes de consideraciones. Por una parte, la idea de reducir el ámbito de influencia político-jurídica de la Corte Suprema. Es que resulta evidente que, en cuanto se le priva de su condición de Tribunal de Casación, se le resta influencia en el quehacer social, político y jurídico del país. Se silencia una voz con la que se puede o no estar de acuerdo, pero que entre nosotros ha sido siempre relevante: baste recordar el interés con el que se esperó su pronunciamiento en torno al aniversario del golpe militar. Por otra parte, se pretende sancionar lo que se estima que es un defecto de dicha Corte, consistente en no haber velado, en el desempeño de la función casacional, por la uniformidad de la jurisprudencia, cuestión que, de ser efectiva, con los actuales sistemas computaciones y, si fuere menester, con una breve adecuación legal, es hoy de muy simple solución.*

*Con todo, es preocupante y debiera invitar a la reflexión el que en estas materias marchemos en contra de los tiempos y de toda la tendencia del Derecho Comparado: todavía más, no por la circunstancia de que en reformas anteriores hayamos cometido errores (como ocurre con el insólito régimen de recursos en materia laboral, o con el mejorable sistema que adoptamos en materia penal) habremos de perseverar en ellos.*

*Eliminando la casación inferimos un daño a nuestra cultura y privamos a los justiciables de uno de los más refinados y relevantes instrumentos de impugnación de resoluciones judiciales, perjudicando la noción del debido proceso en nuestro Estado de Derecho”.*

## XVI

La idea matriz de la reforma, en la materia, en palabras de la Ministra de Justicia, señora Patricia Pérez Goldberg<sup>29</sup>, consiste en que el máximo tribunal debiera

*“encargarse de crear, modificar o uniformar una doctrina jurisprudencial que ilumine y oriente al resto de los tribunales y a la ciudadanía, abocándose solo al conocimiento de aquellos asuntos en que verdaderamente se encuentre afectado el interés general”, es decir, aquellos “cuya resolución sirva al bien*

<sup>28</sup> *El Mercurio*, 9 de septiembre de 2013, carta al director. Si bien el profesor Tavolari había invitado a “pensar –sin temores– en eliminar la casación” (*Proceso civil, hacia una nueva justicia civil*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, página 51, parece haber reconsiderado su opinión, o bien, preferir la casación al diseño nacional de un recurso extraordinario.

<sup>29</sup> *El Mercurio*, 16 de agosto de 2013, carta al director.

*común más que al bien particular de las partes en litigio”, cautelándose “así la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley”.*

En similares términos se ha planteado el profesor José Pedro Silva<sup>30</sup>.

Pero es esta una visión teórica que no tiene en cuenta, además de lo ya expuesto (*la persona queda en realidad inerme ante los jueces de las instancias que suelen incurrir en errores que sólo se detectan –en la realidad de los operadores jurídicos– mediante la sofisticada técnica casacional*), que una idea como la propuesta culminará, en rigor, como anuncia el especialista que es Jordi Nieva Fenol en torno a esta clase de planteamientos<sup>31</sup>, en la **fragmentación de la jurisprudencia de la Corte Suprema**, que se reconducirá a “*auténticos agujeros*”, los cuales

*“más pronto que tarde, provocarán una peligrosísima desorientación en los jueces de instancia, tanto en los de primera como en los de segunda”, los que “tienen una lógica tendencia natural a superar con rapidez las lagunas y los problemas interpretativos de las leyes a través de su propia solución del caso concreto”.*

El anuncio de Nieva Fenol muestra un riesgo patente en Chile. Piénsese en la reforma procesal laboral, cuyo diseño recursivo es, como afirma Tavolari, “*insólito*”<sup>32</sup>. Baste revisar, desde su vigencia, los fallos de la Corte Suprema, para constatar que la instauración del recurso de unificación de jurisprudencia ha originado orientaciones del máximo tribunal que inciden en escasísimos casos. Los motivos son muchos, obedeciendo a un diseño meramente teórico y gravemente defectuoso. Podrán ser objeto de análisis detallado en otra ocasión. Lo que aquí interesa es, en la perspectiva reclamada por el pensador contemporáneo Michel Foucault: **la realidad concreta en medio de la que viven las personas**. Y, en esta mira, durante las épocas en que el Máximo Tribunal conoció del recurso de casación laboral, forjó una jurisprudencia nutrida y orientadora, que generaba la previsibilidad de sus soluciones, y, por ende, certeza jurídica para empleadores y trabajadores. Eso está hoy enteramente perdido. Es claro que habría sido tanto más prudente mantener la casación laboral, con modificación, únicamente, de los mecanismos de ejecución provisional de la sentencia de la instancia revisada por la Corte de Apelaciones.

Fenómeno similar, aunque de menor gravedad comparativa, ha ocurrido con el sistema recursivo en lo procesal penal, el cual, como expresa el profesor

<sup>30</sup> *El Mercurio*, 3 de octubre de 2013, carta al director.

<sup>31</sup> *Jurisdicción y proceso*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009, páginas 483 y ss.

<sup>32</sup> *El Mercurio*, 9 de septiembre de 2013, carta al director.

Tavolari, es *"mejorable"*<sup>33</sup>. Bien sabemos los abogados que el sistema, como ha puesto recientemente de relieve el profesor Alfredo Etcheberry, promueve la concentración de los magistrados en la prueba de los hechos, lo que es sano, pero lo hace con mecanismos que les privan del tiempo que es necesario para reflexionar acerca del derecho, lo que origina grados de vulgarización de éste, en unión a un diseño de recursos procesales que culmina, en rigor práctico, que es lo que interesa, en que la Corte Suprema emita infrecuentes pronunciamientos en materia de derecho sustantivo, con evidente desmedro para la integridad y unidad del ordenamiento jurídico sustantivo.

Lo dijo el profesor Tavolari Oliveros con una claridad que merece ser reiterada:

*"... no por la circunstancia de que en reformas anteriores hayamos cometido errores (como ocurre con el **insólito** régimen de recursos en materia laboral, o con el **mejorable** sistema que adoptamos en materia penal) habremos de perseverar en ellos".*

## XVII

La jerarquía académica del profesor Cristian Maturana obliga a hacerse cargo de algunas de sus críticas a la casación<sup>34</sup>.

Bajo el epígrafe **"ambigüedad regulatoria"**, el docente señor Maturana recuerda que existe en Chile una diversidad de recursos procesales, en el orden civil y comercial, en la rama penal y en la disciplina laboral, diferenciación que debe ser revisada.

Empero, concordando en esto último, atento lo ya expresado, parece evidente que la solución unificadora no puede ser la de aproximarse al *"insólito"* sistema recursivo laboral, ni al *"mejorable"* diseño recursivo penal, al menos mientras éste no sea perfeccionado, en perspectiva de integridad y unidad práctica y real –no meramente buscada por la norma procesal idealizadora<sup>35</sup>– del ordenamiento jurídico sustantivo.

Expresa el profesor Maturana que *"en un **sistema oral**, la estructura ideal para un poder judicial es la paritaria y no la jerárquica"*.

<sup>33</sup> *El Mercurio*, 9 de septiembre de 2013, carta al director.

<sup>34</sup> "¿Presencia del recurso de casación en Chile durante el Siglo XXI?", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12, 2010, páginas 315 y ss.

<sup>35</sup> Artículo 376 inciso 3° del Código Procesal Penal, precepto que constituye ejemplo clásico de un programa legislativo bien intencionado, que en la realidad de la operación jurídica práctica no funciona, porque diseña un mecanismo tan poco empleado, que no presta utilidad alguna para la unidad e integridad del ordenamiento.



Al respecto, dos comentarios.

**El primero:** no es cierto que la atribución a la Corte Suprema de la función de conocer y resolver el recurso de casación involucre necesariamente una cuestión de jerarquía, en el sentido de dominación, sino que consiste, simplemente, en una cuestión funcional de distribución de competencias jurisdiccionales<sup>36</sup>.

Y **el segundo:** ha recordado Michele Taruffo<sup>37</sup> que

*“el tema de la inmediación es un tema mucho más complejo y peligroso de lo que normalmente se considera. Inmediación significa falta de control, porque significa intuición: el contacto directo significa que yo entiendo de inmediato si un testigo dice o no la verdad; escucho sobre todo en Latinoamérica este mito de la inmediación, conectado con el mito de la oralidad; el tema es muy complicado; me limito a decir que es muy peligroso”; a lo que añade: “En Europa el sistema (recursivo) es bastante simple: una apelación contra la sentencia de primera instancia y un recurso para el tribunal supremo o corte de casación. La apelación tiene que considerar los hechos; el acceso al supremo está limitado, pues es de control; no ve los hechos. Pero controlar si la sentencia es válida significa también controlar si el juez ha cumplido con el deber de motivar correctamente”.*

En síntesis, inmediación y oralidad generan posibilidades de error por incremento de actuación de las disposiciones psicológicas meramente intuitivas de los jueces, lo que exige control judicial *ex post*, y, en todo proceso jurisdiccional que implique la formulación por los jueces de un enjuiciamiento de hecho y de derecho, siempre es posible ese control por vía del recurso de casación.

## XVIII

Se ha planteado, también, **aunque sin evidencia objetiva y cuantitativa**, que la Corte Suprema carecería de la posibilidad objetiva de hacerse cargo de la totalidad de los asuntos que se le plantean por vía de casación.

Amén de tratarse de una aseveración que parece desmentida por la **actual operatoria real de la casación**, esto es, de una Corte Suprema cuyos ministros han puesto énfasis en **eficiente y fluida gestión** en los últimos años, lo cierto es que hay modos de mejorar la capacidad de procesar asuntos, por

<sup>36</sup> Con todo, la praxis me obliga a una constatación en nota: tratándose del extraño y torpe sistema recursivo laboral, el único modo de resolver manifiestos errores y graves iniquidades de las Cortes de Apelaciones ha estado dado por la vía disciplinaria. Basta examinar los fallos de la Cuarta Sala de la Corte Suprema, en especial, las resoluciones que desestiman recursos de queja, pero se actúa de oficio nada menos que para reponer la garantía fundamental del debido proceso.

<sup>37</sup> *El Mercurio Legal*, entrevista, 7 de septiembre de 2012.

la vía de optimizar la cantidad del cuadro de relatores coadyuvantes, agregando más personal de la más alta calidad técnica del país, lo que es del todo evidente que permitiría mejorar –sin desmedro jurídico– los mecanismos de inadmisibilidad, de rechazo del recurso de casación en el fondo por manifiesta falta de fundamento, y su equivalente pretoriano en casación formal, porque el abogado de la praxis tiene claridad en orden a que, actualmente, atenta la cantidad de relatores por sala, superar en examen de admisión y arriban a vista de la causa algunas impugnaciones que no merecieren emplear vistas públicas.

Bastaría un aumento de rendimiento de estos instrumentos desde el 60% al 80% para mejorar al doble la capacidad de la Corte Suprema de conocer y resolver asuntos que en realidad lo merezcan técnicamente, mediante el sofisticado mecanismo de relación pública y alegatos orales de letrados.

## XIX

Con lo que se lleva dicho, me parece del todo evidente que el **recurso de casación**, concebido en sus caracteres esenciales por los revolucionarios franceses, es instrumento orgánico y procesal que asegura la **corrección e igualación** en la aplicación de la norma jurídica a la interacción social, en mayor grado que el **recurso extraordinario**, diseñado por algunos académicos chilenos, el cual presenta **riesgos extremadamente graves para la integridad y unidad del ordenamiento jurídico**, y, por ende, para la vigencia de una sociedad democrática que se basa en la operación real de la norma de derecho.