

## **La eliminación de la casación civil: marchando contra los tiempos. (Una propuesta de conciliación)**

**RAÚL TAVOLARI OLIVEROS**

Ex Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

Profesor de Derecho Procesal

**UNIVERSIDAD DE CHILE**

**RESUMEN:** Al eliminar la casación, marchamos en contra de las tendencias contemporáneas; nos apartamos, inexplicablemente, del entorno jurídico continental (Argentina, Uruguay, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela, Bolivia) y de nuestro tronco originario (España), desmejoramos el nivel de la estructura jurídica nacional, 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, al final, la noción misma del debido proceso en nuestro Estado de Derecho.

\*\*\*\*\*

### **Desarrollo**

En el proceso reformador de nuestra legislación, suele invocarse, por algunos, en suprema prueba de autoridad, el derecho comparado o –modernamente– “la experiencia comparada” (fórmula esta de notable vaguedad y tras la cual el expositor, sin posibilidad alguna de ser desmentido, incluye las ideas que pretende imponer). Sin embargo, si de reformas procesales se trata, es razonablemente comprensible la cita obligada de la vigente **Ley de Enjuiciamiento española del año 2000**, cuya actualidad y, en general, calidad, la tornan en referente permanente. Ciertamente, no es la único: en Iberoamérica, nadie podría, seriamente, emprender una reforma procesal sin, a lo menos, revisar los términos de los Códigos Modelo que, en las últimas décadas, redactara el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Con todo, no se trata, solamente, de conocer lo que otros hayan aprobado, sino, además, lo que últimamente se ha incorporado a la cultura jurídica comparada, en la certeza de que estas legislaciones postreras recogen la evolución científica y jurisprudencial.

Bajo este último razonamiento, en Chile deberemos atender a los términos del Código General del Proceso, del Uruguay, de 1989, a los del Código Procesal Civil del Perú de 1992, a los de la reforma de la casación civil italiana, del **año**

**2006** y, si de afinidad jurídico-cultural y actualidad se trata, a los del modernísimo Código General de Proceso de Colombia, vigente desde **el 12 de julio de 2012**, cuya actualidad sólo aparece superada por la reforma introducida por la **ley argentina 26.853, publicada en el Boletín Oficial de 17 del mes de mayo de 2013** y que crea la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal; la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social y la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial.<sup>1</sup> Es pertinente agregar que la ley 26.371, ya había creado, en **mayo de 2008**, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.<sup>2</sup>

El elemento común que impone la cita de estas realidades legislativas extranjeras, es que **todas ellas, ora introducen, ora mejoran y mantienen el recurso de casación**, como relevante instrumento impugnador de sentencias, al tiempo que, a la inversa, nosotros postulamos su eliminación.<sup>3</sup>

En esta línea, tampoco puede soslayarse otra singular paradoja, que consiste en que en nuestros debates, citamos y, además, solemos invitar a exponer, para aprender de sus lecciones, a notables procesalistas que, por sus orígenes y formación jurídica, no sólo no descreen, sino apoyan la casación: (Serra Domínguez, Ortells, Bonet, de la Oliva, Peyrano, Landoni, Ramos Méndez, etc.).

Aunque se estime que recorro a un mero argumento de autoridad, sostengo que no existe, en la actualidad, ningún procesalista extranjero, de renombre, que propugne la eliminación de la casación...

Pues bien la realidad actual es que tenemos, debatiéndose en el Parlamento, un Proyecto de Código Procesal Civil que elimina la casación y la reemplaza por un denominado "recurso extraordinario", cuya finalidad primordial –no

<sup>1</sup> La ley 26.853 modificó también el Código Procesal Civil y Comercial e introdujo el presente nuevo **Artículo 289**: "El recurso de casación se podrá fundar en alguna de estas causales: 1. Inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley sustantiva. 2. Inobservancia de las formas procesales esenciales. **3. Unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes.** 4. Arbitrariedad

<sup>2</sup> Destaco las fechas para poner de relieve que se trata de reformas recientes....

<sup>3</sup> Innecesario parece agregar, además, que hay casación en Italia, Francia, Alemania, Grecia, Argentina, Perú, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Venezuela, etc, esto es, **en los países que, en general, comparten nuestros orígenes jurídicos históricos, lo que explica, por ejemplo, la ausencia de ella en Brasil, tributario de la legislación lusa (Ordenanzas Afonsinas, 1446 a 1521) Manuelinas y luego Filipinas(1603) y no española.**

En Portugal, escribe el notable jurista que fue Enrique Vescovi, "...se crearon recursos diversos y sobre todo, **designaciones diferentes**, que hicieron que el derecho Portugués y luego el del Brasil transitaran caminos un tanto diferentes..." **Cfr Vescovi E. Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica**, Depalma. Bs Aires. 1988. pág. 18. **Por esta razón, en nuestro debate casacional NO ES POSIBLE citar como ejemplo de falta de casación a estos dos países que resultan unidos entre sí, por su tradición jurídica y política común, pero que se apartaron de los restantes países iberoamericanos.**

exclusiva– apunta a unificar la jurisprudencia, haciendo tabla rasa con lo que, ya medio siglo atrás, proclamara Guasp, en el sentido de que “...se le atribuye [a la casación] **el carácter de una verdadera conquista de la civilización jurídica y signo del avance que experimenta un cierto derecho positivo.** Constituye, por lo tanto, casi un dogma, derecho adjetivo, la afirmación del juicio favorable que debe emitirse respecto de esta figura...”<sup>4</sup>

Se trata de una sustitución que no comparto y, a la inversa, si desde los inicios de los trabajos de redacción de este Proyecto, me mostré partidario de eliminar la casación en su modalidad tradicional, tal afán no buscaba sino un propósito enteramente contrario al que se apunta con el actual recurso extraordinario, esto es, mi intención era flexibilizar la casación para que la Corte Suprema, al resolverla, no quedara al margen de las cuestiones de Justicia involucradas en las controversias sometidas su decisión. En los hechos, mi propuesta buscaba entronizar la “casación bastarda”<sup>5</sup> para asignarle finalidades dikelógicas, como proponía Werner Goldschmidt, esto es, permitir que fallándolo, la Corte velara por la Justicia de la decisión<sup>6</sup>. Este criterio, vale bien recordarlo, es compartido por el Tribunal Constitucional chileno, que ha resuelto que “*el objetivo de la casación es la aplicación de la ley en la solución de los conflictos y, **RESIDUALMENTE lograr una aplicación e interpretación uniforme del derecho***”.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Cfr: Guasp Jaime. *Derecho Procesal Civil*, p. 1427 cit. por Hitters, Juan C. *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*, Lib Edit Platense SRL, La Plata 1991, p. 129.

<sup>5</sup> Esta expresión pergeñada por la doctrina argentina, apunta a poner en evidencia la necesidad de superar los límites aprisionantes que a la casación le impusieron los legisladores y jueces franceses, sumiendo a las Cortes de Casación, no obstante encontrarse en la cúspide de la organización judicial, a un papel formal, perfectamente ajeno al de impartir justicia. Véase por todo, Morello Augusto .M. *La Casación. Un modelo intermedio eficiente*. Abeledo Perrot, 1993.

<sup>6</sup> Traigo en apoyo, nada menos, que a Calamandrei –maestro indiscutido de casación – quien llegó a escribir en sus Estudios, esto es, en la última etapa de su fecunda vida académica. “...A veces, cuando observo en la práctica profesional de todos los días el modo cómo institucionalmente funciona la Corte de Casación, con su tradicional separación entre la cuestión de derecho y la cuestión de hecho, **que parece expresamente creada para llevar a la exasperación las exigencias equitativas del caso concreto**, me pregunto si ese delicadísimo dispositivo, obra maestra del racionalismo iluminístico, es todavía idóneo para funcionar provechosamente en tiempos de renovación social, como son los nuestros, en que el derecho en formación está todavía lleno, todo él, de sorpresas y mezclado y amalgamado en los hechos como el metal en el mineral apenas excavado. Y me pregunto también, sin que lo impida aquel antiguo amor de estudioso que hace ya casi cuarenta años me lanzó a recorrer la historia gloriosa de este instituto, **si la primera responsable de esta reducción de la justicia a un juego de lógica formal no es precisamente la Corte de Casación, que casi desdeñando el impuro contacto de los casos controvertidos, por excesivo amor a la pureza lógica, llega a una fabricación en serie de abstractas premisas mayores, que obligan a los jueces de reenvío a concluir el silogismo en contraste con las exigencias de la realidad a menudo con la de sus conciencias.**

Pues bien –acota CALAMANDREI, en admirable demostración de fe y confianza– **yo no puedo resignarme a creer que el sistema de la Casación haya agotado su ciclo histórico; y estoy persuadido de que el adecuar el funcionamiento de la Casación a las nuevas exigencias de los tiempos que vivimos, que no consienten ya a la jurisprudencia aislarse en el empiro de la lógica pura, depende no tanto de los dispositivos procesales cuanto de los hombres que los administran. Y puesto que tengo confianza en estos hombres, **CONFÍO TAMBIÉN EN QUE LA CORTE DE CASACIÓN TERMINARÁ POR SER, EN EL FUTURO, CADA VEZ MÁS PRÓXIMA Y SENSIBLE A LAS EXIGENCIAS DE LA JUSTICIA SUSTANCIAL....****

<sup>7</sup> Rol 205 (1.02.1995)

## La unificación de jurisprudencia.

La unificación de jurisprudencia es un valor destacable: contribuye, sin dudas, a fortalecer la garantía de la igualdad ante la ley y, en esa perspectiva, en cuanto, además, evita arbitrariedades, debe ser fomentada.

Pero entre nosotros la institución parece haber desbordado sus cauces naturales: la idea de la unificación cruza el espectro, arrasando con cuestiones que merecen mayor consideración. Por decirlo de otro modo, en la jerarquía propia de los valores –característica común a todos ellos– la uniformidad de jurisprudencia figura, a lo menos, uno o dos peldaños bajo el trascendente valor que es la justicia.<sup>8</sup>

Significo de este modo que, en mi concepto y miradas las cosas sin fanatismos, todo intérprete que se enfrente a la disyuntiva de sacrificar uno u otro, habrá de optar, siempre, por **hacer prevalecer la justicia por sobre la uniformidad jurisprudencial** ¿o alguien, que realmente entienda su función de juez, podría concurrir a confirmar una decisión injusta con la finalidad de mantener la uniformidad jurisprudencial? ¿No es acaso evidente que, parafraseando a Couture,<sup>9</sup> cada vez que encuentre en conflicto la justicia del caso, con la uniformidad de la jurisprudencia, deberá inclinarse por la primera?

Hoy, se sostiene, con el elevado número de causas que ingresan a la Corte Suprema, es imposible uniformar jurisprudencia, lo que merece, a lo menos, dos observaciones. La primera es que, con arreglo a las estadísticas que hoy se citan, menos del 0,07% de los asuntos llega a la Corte Suprema. La segunda, en cambio, es de mayor fuerza: todos sabemos que los actuales sistemas computacionales permiten que la Sala, en el acto, conozca de los fallos que ha dictado en los últimos años, de manera que la tarea de comparar el fallo que se le pide pronunciar con los dictados por ella sobre el mismo tema, hoy resulta elemental.

Ocurra lo que ocurra con el Proyecto en debate, es hora de terminar con este manido argumento que, muy irreflexivamente, destaca el volumen de causas, como impedimento insuperable en la labor de uniformar las decisiones.

<sup>8</sup> Lo anterior se confirma cuando se consulta a los señores jueces de la Sala Suprema que conocen del recurso laboral de unificación de jurisprudencia: es impresionante escuchar reconocer **la imposibilidad en que se encuentran de impartir justicia en los casos que se les someten.**

<sup>9</sup> Entre sus “Mandamientos”, Couture recuerda al abogado que su deber es luchar por el derecho; pero –le aconseja– “...el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia...”.

## ¿En qué se basa el afán de eliminar a la casación?

A favor del reemplazo de la casación por un recurso que, primordial, aunque no exclusivamente, apunte a la tarea de uniformar la jurisprudencia, se dan diversas razones, entre las cuales destaco:<sup>10</sup>

### a) Un ordenamiento jurídico cumple con su función de garantía, asegurando a los justiciables un régimen de doble instancia.

En palabras diversas, se arguye, se satisfacen los requerimientos de la legislación interna, como los de la supranacional, asegurando un juzgamiento por vía de apelación, sin que sea dable exigir el derecho a la casación.

Desde luego, la pregunta inmediata apunta a conocer cuál puede ser el fundamento sobre el que descansa la afirmación, en especial si se tiene presente que el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, bajo el epígrafe de “Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno”, proclama que “si el ejercicio de los derechos y libertades, mencionados en el artículo 1º, **no estuviere ya garantizado** por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades...”<sup>11</sup>

La argumentación es controversial, desde que, mirada la cuestión bajo la óptica de los derechos de las personas –en una época en que avanzamos raudos, ya no en los derechos de primera o de segunda generación, sino en varias otras posteriores– **parece difícil convencer que resulta más conveniente eliminar un derecho que ya existe, antes que sumarle otro adicional.**

El Proyecto en actual tránsito legislativo, por lo demás, supera el conocido reparo de la lentitud judicial –fenómeno, se sostiene, que podría incrementarse

<sup>10</sup> Es llamativo el propósito de eliminar la casación cuando, como todos sabemos, no hemos sido capaces, siquiera, de aclarar cuestiones fundamentales en el régimen de dicho recurso entre nosotros. De este modo, no hemos aclarado, por vía legislativa –por mucho que una jurisprudencia suprema reiterada así lo establezca– la improcedencia del recurso cuando el reproche apunta a una infracción de norma constitucional, lo que de ocurrir, importaría la introducción de una singular modalidad de control difuso de constitucionalidad. Tampoco hemos resuelto la contradicción, decidida por la misma jurisprudencia, en sentido negativo, en orden a que el error de derecho, y no sólo la infracción de ley, pueda ser motivo del recurso de casación. **Finalmente resultará útil discutir el concepto de “interés casacional” enfrentados a la tarea de determinar las causales de procedencia.**

<sup>11</sup> Con redacción similar, el tema se reitera en el artículo 2º N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos... Es que nadie ignora que **las Convenciones persiguen incrementar los derechos y nunca disminuirlos**, lo que queda comprobado, además, con la referencia a la pena de muerte del Pacto de San José, cuyo artículo 4, numeral 3, declara que “**no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido...**”

por la interposición todavía de un recurso de casación—, toda vez que consagra un régimen de ejecución provisional de las sentencias de condena, lo que, en general, evitará la interposición de recursos meramente dilatorios o infundados.

### b) No puede haber unificación jurisprudencia en una Corte con 21 jueces.

A diferencia de los Tribunales o Cortes europeos, que tienen decenas y decenas de jueces, en Chile, las Salas de la Corte, que deben funcionar solamente con 5 jueces, se han especializado a virtud de la modificación introducida por la ley 19.374, en cuyo Mensaje se lee, precisamente:

*“Con esta reforma se persigue, como es natural, lograr una especialización en la labor de la Corte Suprema que incidirá de modo determinante en la eficacia del trabajo judicial y permitirá, a la vez, **avanzar sólidamente hacia la uniformidad de la jurisprudencia**... Actualmente, al tener competencia compartida las distintas salas, se dan comúnmente situaciones de fallos contradictorios entre ellas, lo que produce la impresión de no haber un solo más alto tribunal de la República...”*.

Es preciso, entonces, entender que nuestra Corte es, hoy por hoy, una de 5 jueces<sup>12</sup> por materia y si la fórmula no ha dado los resultados esperados, ello habrá que atribuirlo al error cometido por la ley al autorizar, no sólo a los mismos jueces convenir entre ellos, el pasar de una Sala a otra, sino al fijar una exigencia de permanencia de ellos en cada Sala, por apenas dos años.<sup>13</sup>

### c) Escasísima cantidad de casaciones que se interponen.

Se ha destacado que, en relación a las causas ingresadas al Sistema Judicial nacional, el número de casaciones que llegan a la Corte Suprema es ínfimo. El argumento opera en sentido contrario: si los recursos de casación tienen tan escasa relevancia en el trabajo supremo, no se divisa la razón por la cual debería eliminarse este instituto que, para los que lo emplean, constituye un derecho ya consagrado.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Es que si la Primera Sala es la que exclusivamente se ocupa de los asuntos civiles, ella constituye la Corte Suprema civil en el país; lo propio puede afirmarse de la Segunda Sala y las materias penales y de la Tercera y las constitucionales, etc.

El número de 5 jueces es igual al de la Corte uruguaya y, proporcionalmente, al de la argentina y muy superior —en relación a la población— a la de los Estados Unidos de América.

<sup>13</sup> Véase sobre estos tópicos el elocuente estudio de J. Couso y J. Mera “El rol Uniformador de la Sala Penal de la Corte Suprema. Estudio empírico” en *Ius et Praxis*. v-13, N° 1, Talca, 2007.

<sup>14</sup> Buscando crear una barrera de entrada, la vigente ley española hace procedente la casación sólo en asuntos de cuantía superior a 600.000 euros.

#### d) La demora en la resolución de los juicios<sup>15</sup>

Se explica que la tardanza en la substanciación de los juicios, agravada por los numerosos recursos, se superaría, porque los reducidos fines del recurso extraordinario que se propone en sustitución de la casación, lo tornarían de escasa aplicación y se interpondría en número considerablemente inferior.

Hay que aligerar la carga de trabajo de los tribunales, parece ser la consigna, y por doquier se citan paradigmáticos números de ingresos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, con notorio olvido, no sólo de la estructura orgánica tribunalicia norteamericana, sino de la diferente naturaleza de los recursos que se someten a esa Corte y de los que nosotros pretendemos entregar a nuestra Corte. En contra de las citas numéricas, todavía, cabe tener en cuenta que, conforme a declaraciones del presidente de la Corte de Casación francesa, formuladas en el año 2012, al, entonces, Ministro de Justicia chileno, señor Felipe Bulnes, en presencia del profesor señor José Pedro Silva y del infrascrito, ese Tribunal resuelve<sup>16</sup> 20.000 casos en el año, al tiempo que, en relación a la demora que más recursos podrían ocasionar a la tramitaciones, recuerdo, como adelanté, que la ejecución provisional de las sentencias, que el propio Proyecto consagra, constituye un cambio de enorme trascendencia para la celeridad de los juicios.

Reitero, entonces, que el cargo se desvanece cuando al Ordenamiento Jurídico se incorpora, como lo propone el Proyecto, la modalidad de la ejecución provisional de las sentencias, sistema con arreglo al cual el fallo condenatorio de primera instancia podrá cumplirse, sin caución, una vez notificado a las partes.

#### e) Por vía de casación no se unifica jurisprudencia.

Esta llamativa imputación, formulada con una enorme contundencia y, últimamente, asumida casi como dogma es, desde un punto de vista, equivocada, y superable, desde otro. En efecto, es sorprendente que se olvide que, teniendo la casación propósitos múltiples, se incluye, entre ellos, por todos los comentaristas, sin excepción alguna, precisamente, el **de unificar jurisprudencia**. Basta, para confirmarlo, revisar cualquier texto de estudio de la casación.

En Chile, ya largo tiempo atrás, don Mario Casarino sostenía que

*“el recurso de casación en fondo procura **la formación de la jurisprudencia**, pues aunque los fallos que recaen en esta clase de recursos no obligan a*

<sup>15</sup> No obstante que entre nosotros la admisibilidad de una casación se decide en 30 a 45 días y en España, donde el estudio lo verifica una Comisión de Magistrados – esto es, no los mismos jueces del Tribunal Supremo–, demora de 12 a 18 meses...

<sup>16</sup> Entendemos que declara inadmisibles muchos de ellos y que la Corte no dicta sentencia de reemplazo.

*los tribunales inferiores, desde el momento en que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren ...influyen sobre ellos con gran fuerza moral, lográndose así **la aplicación constante, uniforme y metódica de los numerosos y variados preceptos legales que reglan la vía jurídica del país.***<sup>17</sup>

Es, por lo demás, la opinión de nuestro Tribunal Constitucional, según se anotara precedentemente;

La idea la recoge, contundentemente, el artículo 333 del nuevo Código General del Proceso, de Colombia, declarando que

*"...El recurso... de casación tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, **unificar la jurisprudencia nacional** y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida"* El texto no puede ser más contundente: con la casación se busca "unificar la jurisprudencia nacional".

Este propósito lo reitera el artículo 384 del Código Procesal Civil del Perú, que alude, expresamente, como fin de la casación, a la "**unificación de la jurisprudencia nacional**".

Es, por lo demás, lo mismo que han fallado tantos tribunales, afirmando "...[que la Corte Suprema o Tribunal Supremo] es en su naturaleza un Tribunal de derecho, cuya misión es velar por la recta aplicación de la ley **y mantener la uniformidad de la jurisprudencia...**"<sup>18</sup>

Citando a Calamandrei, entre nosotros, Pereira Anabalón se refiere a la Corte Suprema afirmando que

*"...la excelencia en la motivación de sus resoluciones a lo largo del tiempo y el consecuente prestigio de los fallos del órgano, originan una creciente influencia en la jurisprudencia, del mismo modo como es influyente en el atento discípulo la sabia y penetrante enseñanza del maestro eminente.*

*Los fallos de la Corte de Casación – continúa– tienen la fuerza que deriva de la bondad de sus razonamientos y de la recepción en ellos de los valores jurídicos, en especial del trascendente valor que es la justicia.*

<sup>17</sup> Cfr Casarino Viterbo, Mario, *Manual de Derecho Procesal* t. IV (cuarta edic) Edit. Jurídica de Chile Stgo. 1984, p. 346.

<sup>18</sup> C. Suprema de Venezuela Decis. de 15.03.1992 CSJ-SCC cit. por A. Abreu B. y Luis Aquiles Mejía, *La Casación Civil*, prólogos H. Fix Z. y Sergio García R. 2ª edic. 2005. Caracas, p. 187.

*Esta función magisterial, concluye Pereira<sup>19</sup>, ha permitido **que la casación sea vehículo para la unificación jurisprudencial del derecho**, lo que, a su vez, contribuye a la vigencia del derecho de toda persona a la igualdad ante la ley (art 10 N° 2 de la C.P.) y a la certeza del derecho...”*

Es la opinión de la doctrina más relevante. Hitters, por ejemplo, tras consignar esta uniformidad como finalidad casacional, escribe que

*“...se ve con claridad **la misión política que cumple la casación a través de la unificación de la interpretación**, produciendo una cohesión interpretativa...que no debe desdeñarse dado que su vez...es fuente de seguridad, certeza e igualdad y, por ende, de equidad...”<sup>20</sup>*

El maestro Morello aludiendo a esta función del recurso, enseñaba que “...es coherente y se corresponde con la misión de uniformar –que sea única, una sola– la interpretación, en el modo, alcance y sentido de derecho con que se la ha de aplicar...”<sup>21</sup>

Conclusivamente, cito a Vescovi, quien, a propósito de lo que llamaba los objetivos de la casación, bajo el título de “*Los fines tradicionales*”, escribía que

*“...luego de una revolución histórica en la cual se ha producido alguna alteración de sus finalidades esenciales, hace ya más de un siglo que la más relevante doctrina sobre el tema asignaba a nuestro instituto (la casación) estas dos finalidades esenciales: la defensa del derecho objetivo y **la unificación de la jurisprudencia**”<sup>22</sup>*

De todos modos, bien vale tener presente lo que ha escrito Nieva Fenoll,<sup>23</sup> cuyas opiniones han recibido tanta adhesión entre nosotros:

*“debo insistir –sostiene Nieva– en que la misión del Tribunal Supremo NO es la unificación de la doctrina. Esta denominación que después ha hecho fortuna en otros órdenes jurisdiccionales y actualmente en los Anteproyectos (referencia directa al caso chileno, agregó yo) no es en realidad tan oportuna como puede parecer. Y simplemente porque la misión de un Tribunal Supremo no es unificar doctrina legal o jurisprudencia, dígame como se quiera. **La misión del tribunal supremo es anular resoluciones contrarias al ordenamiento jurídico.** Y*

<sup>19</sup> Pereira A. Hugo, *Curso de Derecho Procesal* t. I. Edit. J. ConoSur. 1993. Stgo. p. 341.

<sup>20</sup> Cfr. Hitters, Juan C. *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*, L. E. Platense 1ª reimp. marzo 1991, La Plata p 123.

<sup>21</sup> Cfr. Morello, Augusto M. *La Casación* cit., p. 271.

<sup>22</sup> Cfr Vescovi. *Los recursos...*, cit. p. 237.

<sup>23</sup> Cfr. *Jurisdicción y Proceso. Estudios de Ciencia Jurisdiccional*. Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 430-431.

*mientras realiza dichas actuaciones, al tener que ser motivadas por imperativo constitucional, crea jurisprudencia; esa jurisprudencia es la que orienta, aunque no obliga a los tribunales inferiores para que se adapten a la visión de las cosas del Tribunal Supremo, previniendo nuevas infracciones del ordenamiento jurídico.*

*La unificación de la doctrina precisa simplemente dos sentencias contradictorias y se parte de la base de que una de ellas será contraria al ordenamiento jurídico. Y justamente en este punto estriba el primer error. Es perfectamente posible que ambas interpretaciones sean jurídicamente válidas. O que una responda a una época y la otra a un diferente estado de circunstancias.*

*Dejemos ya de aludir a la "unificación de doctrina" como la herramienta para obtener la protección del ius constitutionis, porque esa unificación de doctrina es la muerte de ese ius. **Digamos las cosas claras: lo que se quiere es simplemente restarle asuntos al Tribunal Supremo...**"<sup>24</sup>*

En conclusión preliminar, la uniformidad de la jurisprudencia es y ha sido, históricamente, un fin de la casación, por lo que es innecesario introducir un recurso nuevo para alcanzar dicha finalidad. Si, en los hechos, la Corte de Casación descuida o ha descuidado la función uniformadora, pues lo que cabe es tomar las medidas para que esa faceta casacional recupere su importancia –creo que la adopción de una causal casacional vinculada con la materia, como se ha hecho recientemente en la Argentina, podría ser una buena solución–, pero no, como con cierta ingenuidad se propone, eliminar el recurso...<sup>25</sup>

#### **f) La existencia de un recurso de casación no se aviene con procedimientos orales.**

Si no el último, un argumento llamativo es el que destaca la idea de que la intermediación sería contraria a las posibilidades de impugnación ante jueces que no estuvieron presentes durante el desarrollo del juicio oral. Esta convicción es equivocada, porque el tribunal debe dejar constancia, en su resolución, de los fundamentos sobre los cuales ella descansa y, a la inversa, no resulta posible que el fallo se apoye en razones que el juez guarde en su fuero íntimo. Si los motivos del fallo se deben consignar, entonces la posibilidad del control recursivo no puede desconocerse.

<sup>24</sup> Para confirmar esta conclusión, que comparto, basta revisar algunas columnas que personas sin mayor experiencia forense han publicado en los diarios nacionales, empleando el artificioso argumento de las "políticas públicas", rótulo que, como todos sabemos, sirve tanto para un barrido como para un fregado, según sea necesario.

<sup>25</sup> Es que sustituir la casación por un remedio que persiga, principalmente, la unificación jurisprudencial, no es más que echar al olvido la trascendencia del rol que, en otros aspectos, como la nomofilaquia, juega la casación. El ejemplo sería del dueño de un auto cómodo, amplio, seguro y económico, pero lento, quien, para viajar más rápido, en lugar de cambiar el motor por otro más potente, lo reemplaza por una moto, dejando de lado la comodidad, la amplitud y la seguridad del vehículo anterior.

**g) En esta línea nadie puede dejar de citar lo que ha resuelto la Corte Suprema argentina.**

En el conocido *leading case* "Casal", de **20 de septiembre de 2005**, esa Corte recuerda lo que la doctrina y jurisprudencia alemanas denominan la *teoría de la Leistungsfähigkeit*, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. *Leistung* es el resultado de un esfuerzo y *Fähigkeit* es capacidad –la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento–, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable.

Formulada esta teoría, sostiene esa Corte, se impone preguntar qué es lo no revisable. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la intermediación.

No obstante, la sentencia reconoce que se plantea como objeción que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la intermediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la intermediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. **De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc.**<sup>26</sup>

En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que **no se quiera magnificar el producto de la intermediación**, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar. Rige a su respecto un principio general del derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad o, dicho de manera más clásica, *impossibilium nulla obligatio est*. No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto.

<sup>26</sup> Énfasis agregado.

Lo notable es que el razonamiento de la Corte argentina, si bien formulado a propósito de la casación, es idénticamente aplicable a la apelación, desmistificando la idea de que las sentencias pronunciadas por un tribunal de juicio oral no podrían ser revisables en apelación: a más de la reproducción audiovisual que hoy se generaliza, lo cierto es que lo no controlable por casación o por apelación es aquello que el juez oculta o simplemente, impresentablemente, no quiere dar a conocer en sus fundamentos, porque todo lo demás es, efectivamente, controlable.<sup>27</sup>

He recordado antes que con fecha 12 de julio del año recién pasado se ha promulgado el Código General del Proceso de Colombia, cuerpo legal que, **tras establecer un juicio verbal** –con actos de postulación escritos– consagra en su artículo 333 un recurso extraordinario de casación que

*“tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, **unificar la jurisprudencia nacional** y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida”*

Destaco de este Código que, en armonía con lo que expuse cuando comenzaron los trabajos del Proyecto, más de cuatro años atrás, señala como causal de procedencia de la casación (art 336 N°2) “La violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, **o de una determinada prueba.**”

La norma recoge, de modo indubitado, la posibilidad del control probatorio en casación, apuntando a la justa decisión del conflicto.

No es posible dejar de citar, a propósito de estos temas, la legislación uruguaya, porque su **Código General del Proceso**, que adoptó definitivamente el **proceso civil oral**, no sólo establece un recurso de casación sino, además, declara en su artículo 270 que

*“...el recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, sea en el fondo o en la forma. Se entenderá por tal, inclusive, la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba”.*

<sup>27</sup> Argumentando, sólidamente, a favor de la procedencia de la casación en contra de sentencias dictadas en procesos orales, véase, Borges, Marcos Afonso, “O recurso de cassação no processo civil oral” en *Revista Peruana de Derecho Procesal* IV dic. 2001, págs. 31 a 42.

Categorícamente, entonces, se puede sostener que la circunstancia de que el juicio que el Proyecto contempla sea un juicio oral, resulta perfectamente indiferente al establecimiento del recurso de casación, por el que, bueno es tenerlo presente, se impugnará la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones y no el por el tribunal unipersonal de primera instancia.

De este modo, me parece, se pueden controvertir los principales argumentos esgrimidos por quienes postulan reemplazar en el nuevo Código del Proceso Civil, la casación por un recurso extraordinario.

### **Colofón**

Son tantas y tan diversas las razones que me hacen discrepar de la solución propuesta en el Proyecto que, como adelanté, se separa de las experiencias argentina, colombiana, peruana, ecuatoriana, venezolana, alemana, francesa, italiana, griega, etc., que no tendría sentido intentar desarrollarlas en un mero "paper" sin pretensiones como éste, pero, a lo menos, a más de las anotadas, consigno las que siguen:

- a) La idea de agotar la controversia sometida a los tribunales en la segunda instancia –en un país, como el nuestro, que tiene tradición, personal, estructura material y desarrollo dogmático adecuados para conocer de la casación– no sólo me parece un despilfarro sino, además, induce a pensar que tenemos un notorio desconocimiento de la realidad jurisprudencial nacional.

Es que, aunque no sea "políticamente correcto" decirlo en estos categóricos términos: ¿quién, con experiencia efectiva y no teórica en tribunales, desconoce que existe una notoria diferencia de calidad entre los fallos de la Suprema y los de las Cortes de Apelaciones?

- b) Desde otro punto de vista, cuando se trata de crear, modificar o eliminar recursos en contra de resoluciones judiciales, me llama la atención cómo se atiende a diversas opiniones, pero se soslaya, nada menos, que la del consumidor del servicio de justicia. Esta situación, por momentos, se me antoja tan absurda, como si para resolver los problemas del transporte público, el Estado atendiera, solamente, a las necesidades, consejos y aspiraciones de las empresas de buses, de sus asesores y no a las de los millones de usuarios.
- c) Al final, es cierto, lo que subyace es un tema de filosofía jurídico-política, aunque la expresión parezca pretenciosa: hay quienes pensamos que a la justicia hay que darle todas las oportunidades posibles y descreemos de lo rotundo de aquello que se contiene en el brocardo, "*justice denied is justice denied*", si para cumplir con el precepto es necesario no atender al

reclamo de justicia de una persona. Este punto de vista lleva a privilegiar lo que se denomina el *jus litigatoris* por sobre el *jus constitutionis* pero, para evitar objeciones precipitadas, convengo en que es necesario establecer un adecuado sistema de elección de asuntos, incluyendo, por ejemplo, a la usanza española, la reserva del recurso cuando se funda en el interés particular (*jus litigatoris*), a materias de alta cuantía patrimonial.<sup>28</sup>

Es que ¿cómo justificar este privilegio colectivo por sobre lo individual, si el art 1° de nuestra Carta Política sostiene que “el Estado está al servicio de la persona humana”?

Describiendo la situación casacional italiana, Taruffo sostiene que

*“como ha sido considerado recientemente, la casación entiende la nomofilia más como una actuación del ius litigatoris que la del ius constitutionis, privilegiando precisamente las exigencia de justicia del caso concreto sobre aquel de la uniforme interpretación de la ley.”<sup>29</sup>*

*En sustancia, resume, la Corte de Casación adopta, a menudo, un modelo de decisión que es mucho más cercano al juez de mérito que al del juez de legitimidad correspondiente con la concepción “pura” de la casación (lo que, en contra de la opinión del autor, me parece de una enorme sabiduría y debería tranquilizar a Calamandrei cuyo temor, al efecto, he consignado antes, en nota a pie de página).*

- d) *Last but not least*, será también preciso sincerar una realidad que subyace esta controversia: la eliminación de la casación rebaja notablemente la trascendencia e influencia de uno de los principales actores del debate político-institucional del país, como es la Corte Suprema.<sup>30</sup> Ésta es una conclusión que –sea que se la haya buscado deliberadamente, sea que resulte ser un subproducto no querido de la reforma– ningún operador, de buena fe, puede dejar de reconocer.

Mi conclusión última es que, al **pretender eliminar la casación, marchamos en contra de las tendencias contemporáneas**; nos apartamos, inexplicablemente, del entorno jurídico continental (Argentina, Uruguay, Perú,

<sup>28</sup> Según adelanté, la actual ley española fija en 600.000 euros esa cuantía (art. 477), lo que parece francamente absurdo, en especial si se repara en la fenomenal crisis económica por la que atraviesa ese país...

<sup>29</sup> Cfr. Taruffo Michele, *El Vértice ambiguo*, Palestra Edit. Lima, 2006, pág. 159.

<sup>30</sup> La situación está dramáticamente reflejada en el ámbito laboral, **terreno en el que, casi subrepticamente y sin un real debate nacional, se eliminó a la Corte Suprema, por la misma vía que se propone hoy, al entregársele un recurso de unificación de jurisprudencia estéril y excluyente.**

Ecuador, Colombia, Venezuela, Bolivia) y de nuestro tronco originario (España), desmejoramos el nivel de la estructura jurídica nacional, 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, al final, la noción misma del debido proceso en nuestro Estado de Derecho.

### **Una propuesta**

Por la convicción que me anima, en torno a la gravedad de la sustitución recursiva que se propone en el Proyecto –y en afán de conciliar posturas–, sugiero, entonces, que manteniendo la casación, sigamos el modelo argentino y establezcamos, como causal autónoma de impugnación casacional, una similar a la que se recoge en el numeral 3° del artículo 289 del Código trasandino, esto es, que también constituya motivo para que se acoja el recurso de casación la circunstancia de que el recurrente persiga obtener **“unificación de la jurisprudencia cuando, no obstante versar la controversia sobre hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales a otros ya resueltos por la Corte, en el fallo impugnado se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes”**.

Lo anterior más un régimen que, si se estima necesario, limite el acceso de recursos a la Corte, armonizará las posiciones.

De este modo, sin prescindir de la casación, para tranquilidad de quienes creen que la unificación jurisprudencial es la meta a la que se debe aspirar, podemos incluir ésta en aquélla.