

# EL ROL DE UNA CORTE SUPREMA

## THE ROLE OF A SUPREME COURT

CRISTIÁN MATURANA MIQUEL\*

*RESUMEN: A partir de la vinculación entre aspectos orgánicos y funcionales, se avanza en aportar criterios para perfilar la identidad al interior del sistema jurídico del órgano situado en la cúspide de la estructura judicial. Este esfuerzo conduce a la distinción entre tribunales supremos, cortes de casación o cortes supremas. Acorde criterios diferenciadores que se construyen desde aspectos estructurales, funcionales y aquellos relativos a las competencias en materia de procedimientos, selección de casos, amparo de la igual protección y de los derechos fundamentales, entre otros, se aportan las principales características de una corte suprema, como asimismo de los tribunales supremos y las cortes de casación. Finalmente se visibilizan algunas aporías presentes en la composición e integración de nuestra Corte Suprema, atendida la diversidad de funciones que debe acometer.*

*ABSTRACT: From the link between organic and functional traits, this paper provides rationales to grasp the identity of the institution located at the apex of the judicial structure in the legal system. This effort leads to the distinction between supreme courts, courts of cassation or supreme courts. According differentiating criteria that are constructed from structural, functional aspects and those relating to the judicial procedures, certiorary, equal protection and individual rights, among others, this work provides the main characteristics of a supreme court, as well as of the supreme courts and the courts of cassation. Finally we point out some contradictions in the composition and integration of our supreme court, if we assume the diversity of functions to be undertaken by this Court.*

*PALABRAS CLAVE: Estructura, rol, Corte Suprema, Tribunal Supremo, Corte de Casación.*

*KEYWORDS: Structure, role, Supreme Court, Higher Court, Cassation Court.*

### I. INTRODUCCIÓN

El siglo XXI deberá culminar, esperemos más temprano que tarde, con la modernización total del sistema judicial chileno, que comenzó con la reforma del sistema procesal penal, de familia, laboral y constitucional, por mencionar solamente algunas de las más trascendentes.

Sin embargo, esa labor no culminará plenamente mientras no se contemple una regulación moderna respecto del gobierno judicial, se apruebe la reforma procesal civil que cubra todos sus aspectos orgánicos y funcionales, y se cumpla con contar con una regulación uniforme y coherente del contencioso administrativo, permitiéndose así tener un sistema que asegure el respeto de los derechos y principios que deben imperar en un moderno estado de derecho.

Uno de los aspectos más trascendentales que debe dilucidar esa regulación es la estructura orgánica y la función que le cabe a un máximo tribunal dentro de un sistema judicial. Dicha materia, por lo demás, no ha estado ajena a la preocupación de

---

\* Profesor titular, Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

países regidos por los más tradicionales sistemas jurídicos, como ha acontecido con la supresión de la función jurisdiccional de la Cámara de los Lores en el Reino Unido.

En este trabajo sólo nos referiremos a los aspectos orgánicos y funcionales que deben considerarse en el ejercicio de la función jurisdiccional de la institución que se encuentra en la cúspide de una organización judicial, teniendo presente que su adecuado funcionamiento sólo será posible en cuanto exista una coherencia sistémica en la regulación de dichas materias con el gobierno judicial.

En consecuencia, no nos referiremos a las formas bajo las cuales debe regirse el gobierno judicial, respecto del cual, durante el siglo pasado, se han adoptado mediante diversas regulaciones variados modelos en casi todos los países. Con ello, se resguarda debidamente la independencia judicial, separándose las funciones jurisdiccionales —que deben radicarse exclusivamente en los jueces— de las funciones administrativas, a las cuales quienes ejercen aquella esencial función no cabe abocarse<sup>1</sup>.

## II. QUÉ ES UNA CORTE SUPREMA

La noción de Corte tiene diversos usos y acepciones, pero la más acertada y precisa, en este caso, es la que se emplea como sinónimo de un tribunal de justicia.

Por otra parte, la expresión “supremo” es un adjetivo que refiere a algo altísimo, sumo o que no tiene superior en su línea.

La Corte Suprema, por lo tanto, es el máximo órgano de justicia de un territorio y que no tiene dentro de la organización misma un superior jerárquico. Se trata del tribunal de último grado jurisdiccional, por lo que sus decisiones no pueden ser impugnadas.

Sin embargo, la identidad y alcance del concepto de una Corte Suprema puede variar en atención a los diversos sistemas jurídicos existentes, así como por la composición y las funciones que el Tribunal Superior de Justicia desempeña en ellos.

En general, podemos señalar que al utilizarse en el derecho comparado la expresión Corte Suprema se está designando al tribunal superior que se encarga de velar por el respeto e interpretación de la Constitución y por la aplicación uniforme del Derecho en la solución de los conflictos.

Para aludir al máximo tribunal de un país se han utilizado diversas expresiones, tales como Corte Suprema, Tribunal Supremo o Corte de Casación.

Por otra parte, para referirse a los tribunales que se encuentran bajo ellos se utilizan expresiones que dicen relación con el territorio en el cual desempeñan su jurisdicción, como Corte Federal, o a la función principal que las caracteriza, como Corte de Apelaciones<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Sobre los sistemas de gobierno judicial a nivel mundial puede consultarse PÉREZ y SUÁREZ (2015).

<sup>2</sup> Llama la atención que se mantenga esta denominación para un tribunal con competencia común, en circunstancias en que en los nuevos sistemas procesales penal y laboral no se contempla la apelación como medio de impugnación de las sentencias definitivas que se pronuncian por los tribunales que conocen del juicio oral.

Estimamos que la utilización de las expresiones Corte Suprema, Tribunal Supremo o Corte de Casación debe corresponder a las funciones que ellas ejercen y no a un mero capricho o signo de rango meramente bautismal. Dichas denominaciones tienen, por regla general, raigambres históricas en cada país y tienden a respetar con ello las funciones que se han encomendado por el ordenamiento jurídico respectivo, incidiendo directamente en el número de miembros que la componen.

Como ejemplo de utilización de la expresión Corte Suprema tenemos a Estados Unidos, en que la Corte Suprema está a la cabeza del Poder Judicial. El Juez Presidente y los ocho Jueces Asociados son nombrados por el Presidente y confirmados por el Senado, y sólo pueden ser destituidos por el Congreso.

En Latinoamérica, nos encontramos con la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, creada en 1863, que cuenta con un Presidente, un Vicepresidente y cinco ministros.

El último tribunal creado de esta naturaleza es la Corte Suprema del Reino Unido, que está compuesta por el Presidente, el Vicepresidente y diez jueces, siendo nominados por Su Majestad la Reina, a recomendación del Primer Ministro, contando con una comisión especial de búsqueda designada para este propósito<sup>3</sup>.

Por otra parte, la expresión Tribunal Supremo es empleada para caracterizar el Tribunal Supremo de España, que está compuesto por el Presidente del Tribunal Supremo, los cinco Presidentes de Sala y setenta y cuatro Magistrados, que se integran en las distintas Salas ordinarias del Tribunal aprobadas anualmente por la Sala de Gobierno.

En Alemania también se utiliza la expresión de Tribunal Supremo para identificar el máximo tribunal, pero con funciones muy diversas a partir de las modificaciones introducidas últimamente. El Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) tiene competencia civil y penal. Funciona en doce salas civiles, en cinco salas penales y ocho salas especiales. Está compuesto por el Presidente del Tribunal Supremo Federal, 17 presidentes de las salas civiles y penales y 110 ministros.

Finalmente, la expresión Corte de Casación se utiliza para designar al máximo órgano jurisdiccional en Francia e Italia.

En Francia, la Corte de Casación funciona dividida en seis cámaras (tres civiles, una comercial-económica, una social y una criminal) y en una cámara extraordinaria. Está compuesta por un Presidente Premier de la Corte de Casación, seis presidentes por cada sala, seis consejeros decanos (*conseiller doyen*), 120 ministros titulares (*conseillers*) y 72 jueces asesores (*conseillers référendaires*).

En Italia, la Corte Suprema funciona en cinco secciones civiles, una sección laboral, una sección tributaria y siete secciones penales. Funcionan con cinco jueces, incluyendo un presidente de la sección. En caso de jurisprudencia contradictoria, puede funcionar en secciones unidas con nueve jueces.

<sup>3</sup> Este tribunal fue establecido por el Acta de Reforma Constitucional de 2005, que entró a regir a contar del 1 de octubre de 2009.

Para culminar, nos referiremos brevemente a la situación en nuestro país.

En Chile, el Plan de Hacienda y de Administración Pública contempló un Tribunal Superior de Justicia compuesto por un Presidente y tres miembros.

Las constituciones de 1818 y 1822 contemplaron un Supremo Tribunal Judicial, luego denominado Tribunal Supremo de Justicia, compuesto por cinco ministros, de los cuales uno era su Presidente.

Respecto de nuestra Corte Suprema de Chile se contempla su actual denominación de Suprema Corte de Justicia en la Constitución de 1823, y también en la de 1828, compuesta de cuatro ministros y un Presidente.

En la Constitución de 1833 no se contempla la existencia expresa de la Corte Suprema, entregándose a la ley la regulación de la organización y atribución de todos los tribunales.

La Ley de Organización de Tribunales, promulgada el 15 de octubre de 1875, estableció que la Corte Suprema se compondrá de siete miembros, uno de los cuales es su presidente, y que no podía ejercer sus funciones sin la concurrencia de cinco de sus miembros, a lo menos<sup>4</sup>.

En la Constitución de 1925 se regula el nombramiento de los ministros de la Corte Suprema, pero no se contempla el número de miembros, entregándose la regulación de la organización y atribución de todos los tribunales a la ley en todas las materias no previstas en esa Carta Fundamental.

Por la Ley N° 17.284, de 23 de enero de 1970, se modifica la Carta Fundamental contemplándose la existencia del Tribunal Constitucional, compuesto de cinco Ministros, tres designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y dos por la Corte Suprema entre sus miembros.

En la Constitución de 1980 se regula el nombramiento de ministros de la Corte Suprema, pero no se contempla el número de sus miembros, entregándose la regulación de la organización y atribución de todos los tribunales a la ley en todas las materias no previstas en esa Carta Fundamental.

Por la Ley N° 19.541, de 22 de diciembre de 1997, se modificó el artículo 75 de la Constitución de 1980, fijando en la Carta Fundamental su composición en 21 miembros, para permitir la incorporación de cinco miembros extraños a la Administración de Justicia.

La Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, entregó el control preventivo y represivo de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, privando a la Corte Suprema de la facultad para conocer de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

<sup>4</sup> La Ley N° 1.552, de 30 de agosto de 1902, determinó que se integraría con diez magistrados; la Ley N° 3.390, de 15 de junio de 1918, precisó que se integraría con 13 ministros; la Ley N° 18.750, de 15 de octubre de 1988, había fijado su composición en 17 ministros, y la Ley N° 19.541, de 22 de diciembre de 1997, la fijó en 21 ministros.

Por otra parte, en lo relativo a la composición e integración de las cortes de casación y los tribunales supremos que tienden a resolver un asunto meramente particular, el desempeño del cargo no reviste un carácter personalísimo<sup>5</sup>.

De allí que es posible que, en caso de ausencia de ministros titulares, se integren con abogados integrantes o con el Fiscal del Ministerio Público Judicial de la Corte Suprema, sin perjuicio que incluso se prevea la designación de ministros suplentes en el ejercicio del cargo, todo ello según la duración del impedimento del titular para ejercerlo.

En las cortes supremas que tienden a resolver un asunto que tiene una trascendencia más general que particular, el desempeño del cargo reviste un carácter personalísimo.

De allí que, en ausencia del titular, no se contemple la existencia de abogados integrantes, como tampoco la integración por el Fiscal del Ministerio Público Judicial de la Corte Suprema o la designación de suplentes en el ejercicio del cargo. Ello guarda estrecha relación con los requisitos estrictos y poderes que deben intervenir para la designación de los ministros titulares, que no se condice con la posibilidad, aun meramente transitoria, que puedan desempeñar esos cargos otras personas.

En consecuencia, podemos afirmar que existe una distinta denominación, composición, integración y funciones que se asignan al Tribunal Superior de Justicia en los diversos sistemas jurisdiccionales.

Por otra parte, en nuestro país se ha experimentado una clara evolución a lo largo de nuestra historia en cuanto a la denominación, composición y funciones de la Corte Suprema.

Dicha evolución se ha acentuado con la creación y posterior modificación del Tribunal Constitucional, el establecimiento creciente de diversos órganos jurisdiccionales especializados, la consagración de nuevas acciones constitucionales para la protección de derechos fundamentales, la creación de tribunales supranacionales como la Corte Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el establecimiento de soluciones diversas para conflictos internacionales como el arbitraje comercial internacional y, finalmente (quizás lo más trascendente), el cambio de los sistemas procesales penales, de familia y laboral, inspirados en los principios de la oralidad, contradictorio, publicidad, inmediatez, concentración, continuidad y apreciación racional de la prueba. Todas esas modificaciones nos conducen a una operación más funcional y concentrada que jerárquica y desconcentrada de una Corte Suprema en la solución de los conflictos.

Ante esta realidad, no resulta aventurado dar una adecuada respuesta a la pregunta acerca de qué rol debe desempeñar la Corte Suprema en el siglo XXI, conforme a un sistema democrático basado en procesos regidos por derechos y principios modernos, extraños a la fecha en que se efectuara su regulación orgánica y funcional.

<sup>5</sup> En este sentido, se ha señalado por Taruffo que los jueces de la casación francesa minimizan totalmente su personalidad individual cuando escriben las sentencias. Entre estos dos extremos, el de la frase única de la casación francesa y el de la motivación libre del juez americano, existen infinidad de variaciones y combinaciones. TARUFFO (2012), p. 145.

### III. ¿QUÉ FUNCIONES DEBE TENER UNA CORTE SUPREMA?

En un sistema democrático moderno se tiene, entre muchos otros fines esenciales, la garantización a sus ciudadanos de ciertos derechos fundamentales que los gobiernos no democráticos no garantizan ni pueden garantizar<sup>6</sup> y, por otra parte, el fomento de un grado relativamente alto de igualdad política<sup>7</sup>.

Las instituciones que otorgan y protegen los derechos y oportunidades democráticos básicos son necesarias para la democracia: no simplemente como una condición lógicamente necesaria, sino empíricamente necesaria para la existencia de la democracia<sup>8</sup>.

Como nos señala Taruffo, toda Corte Suprema desarrolla dos funciones fundamentales para el respeto de la legalidad: en primer lugar, efectúa un control de legalidad sobre las decisiones pronunciadas por los jueces inferiores, y, en segundo lugar, opera asegurando una relativa uniformidad de la jurisprudencia, tanto de la propia como la de los órganos judiciales de nivel inferior<sup>9</sup>.

Sin embargo, las cortes supremas desarrollan esas funciones con modalidades muy diferentes, con efectos distintos en cada caso y, en particular, con un mayor o menor acento en la función de legalidad o en la función de aseguramiento de la uniformidad de jurisprudencia, distinguiéndose por ello, por ese autor, tres modelos: el angloamericano, el modelo alemán y el modelo francoitaliano<sup>10</sup>.

Nosotros podríamos agregar un cuarto modelo, el hispano, dentro del cual se encontraría el chileno, según la regulación de los recursos que actualmente efectúa el Código de Procedimiento Civil.

El modelo angloamericano tiene por finalidad fijar una legalidad futura, es decir, la definición de la correcta interpretación y aplicación de las normas que serán objeto de juicio en los casos posteriores, en los que las mismas normas podrían ser relevantes para la decisión<sup>11</sup>.

El precedente es el instrumento que permite expandir hacia futuro la aplicación que la Corte ha dado a una cuestión de derecho como una tendencia uniforme en la aplicación de la ley, que radica su eficacia más en una fuerza persuasiva que en su obligatoriedad<sup>12</sup>.

Se caracteriza la Corte por la existencia de pocos jueces que deciden pocos casos gracias al mecanismo del *certiorari*, lo que permite producir una jurisprudencia coherente

<sup>6</sup> DAHL (2012), p. 58.

<sup>7</sup> DAHL (2012), p. 67.

<sup>8</sup> DAHL (2012), p. 59.

<sup>9</sup> TARUFFO (2009), p. 93.

<sup>10</sup> TARUFFO (2009), p. 93.

<sup>11</sup> TARUFFO (2009), p. 94.

<sup>12</sup> TARUFFO (2009), p. 95.

susceptible de ser conocida y, sobre todo, con autoridad y capacidad para influenciar –en el sentido de una razonable uniformidad– la jurisprudencia posterior<sup>13</sup>.

El modelo alemán, propio del *civil law*, a partir del 2001 permite a la Corte en forma discrecional admitir el recurso sólo cuando éste implique una cuestión jurídica de fundamental importancia o cuando una decisión de la corte de revisión fuese necesaria para la evolución del derecho o para crear una jurisprudencia uniforme<sup>14</sup>.

La Corte debe *administrar la legalidad* conforme a una precisa determinación normativa, pero posee espacios de discrecionalidad bastante amplios, de manera que pueda generar decisiones de *cara al futuro*, es decir, dirigidas a hacer que la misma cuestión se resuelva por los jueces posteriores siguiendo las indicaciones dadas por la Corte Suprema<sup>15</sup>.

De allí que se nos ha señalado que “la uniformidad de la jurisprudencia se pone en peligro, por ejemplo, cuando el tribunal de apelación ha aplicado la norma de manera incorrecta no sólo en el caso concreto, sino de modo que puede esperarse que ese error se repita en otras sentencias, del mismo u otro tribunal, de modo que la inseguridad así generada exige una sentencia resolutive por parte del tribunal de casación. Si no existe el riesgo de reiteración, la discrepancia con una sentencia de un tribunal superior no es causa suficiente para admitir la casación. También es necesaria la sentencia del BHH para garantizar la uniformidad jurisprudencial cuando la sentencia recurrida resulta arbitraria o lesiona los derechos fundamentales procesales de una parte de modo relevante para la propia resolución. No es necesario que las vulneraciones sean manifiestas. Se da también un error en la aplicación del Derecho relevante para la admisión de la casación y no un mero caso de error judicial cuando existe una comprensión errónea de la jurisprudencia del BGH que da lugar a un ‘riesgo estructural de reiteración’”<sup>16</sup>.

La Corte alemana conoce de unos cuantos de miles de casos. Su intervención no es una *rara avis*, destinada a hacer su aparición sólo en poquísimos y excepcionales casos, sino que es un evento normal en la vida del ordenamiento<sup>17</sup>.

El modelo francoitaliano, basado en la corte de casación, no reconoce la existencia de filtros para los recursos que se someten al examen de la Corte de Casación, lo que conlleva que los asuntos resueltos sean más de 22.000 en materia civil –al año 2006– y que cuenten con casi 200 magistrados<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> TARUFFO (2009), p. 97.

<sup>14</sup> TARUFFO (2009), p. 98.

<sup>15</sup> TARUFFO (2009), p. 99.

<sup>16</sup> BURKHARD y JAUERNING (2015), p. 433.

<sup>17</sup> TARUFFO (2009), p. 100.

<sup>18</sup> TARUFFO (2009), p. 101.

La Corte se remite a una función esencialmente privatista, en tanto responde a la exigencia de las partes privadas de encontrar una solución final a la cuestión particular planteada<sup>19</sup>.

Se genera una jurisprudencia tumultuosa, desordenada, escasamente previsible y —sobre todo— de tendencia contradictoria. Se habla de jurisprudencia para aludir a un conjunto excesivo, desordenado y a menudo incoherente de sentencias, en el cual cada uno, tarde o temprano y con un poco de paciencia, encuentra lo que le sirve (e incluso lo contrario)<sup>20</sup>.

La Corte se limita a anular la sentencia en la cual se hubiere cometido la infracción de ley, pero no procede, como regla general, a dictar una sentencia de reemplazo, sino que a efectuar un reenvío del asunto para su fallo por el tribunal inferior.

El modelo hispano, al cual se adhiere nuestra casación en el fondo, no es más que una variante del modelo francoitaliano, en el cual la Corte no se limita solamente a anular la sentencia en la cual se hubiese cometido la infracción de ley, sino que, actuando como tribunal, procede a dictar una sentencia de reemplazo, sin efectuar por ello un reenvío del asunto al tribunal inferior.

#### IV. ¿QUÉ PAPEL DEBE JUGAR UNA CORTE SUPREMA EN LOS PROCEDIMIENTOS?

En doctrina, sólo existen tres posibilidades respecto de las atribuciones que pueden entregarse a la Corte Suprema:

a) Tribunal de instancia, en que la Corte Suprema puede conocer tanto los hechos como el derecho en un conflicto particular. Sería el caso del conocimiento del recurso de queja, del recurso de apelación, de la protección, el amparo y el amparo económico.

b) Tribunal de casación, en que la Corte Suprema puede entrar a conocer, fundamentalmente, la infracción de ley en la resolución de un conflicto particular. Sería el caso de la Corte Suprema en el conocimiento del recurso de casación en el fondo, en que lo esencial es la invalidación del fallo por haber incurrido en error de derecho, pero con la anomalía sistémica en que se la obliga a dictar sentencia de reemplazo para la solución de un asunto particular.

c) Tribunal de unificación de jurisprudencia, en que la Corte Suprema puede entrar a conocer de un asunto, fundamentalmente, para los efectos de fijar un criterio que uniforme a futuro al resto de los tribunales sobre cómo debe aplicarse el Derecho para la solución de conflictos semejantes. Sería el caso de lo que se pretendería de la Corte Suprema conociendo del recurso de nulidad por infracción de ley en caso de

<sup>19</sup> TARUFFO (2009), p. 102.

<sup>20</sup> TARUFFO (2009), p. 103. En este mismo sentido se señala que cuando una jurisdicción debe resolver infinidad de apelaciones es altamente improbable que se desarrolle una regla en virtud de la cual dichas decisiones se consideren precedentes vinculantes. Esta explicación se puede comprender mejor si se tiene en cuenta que la Cámara de los Lores únicamente conoce de aproximadamente 30 apelaciones anualmente, mientras que las diferentes salas de la Court de Cassation llegan a conocer anualmente de cerca de 10.000 asuntos. Véase CROSS y HARRIS (2012), p. 35.

existencia de fallos contradictorios en materia penal y de unificación de jurisprudencia en materia laboral<sup>21</sup>.

Estamos ciertos que el camino para lograr que se trabaje en base a los precedentes importa un cambio de mentalidad. En este sentido se nos señala que “el jurista del *civil law* cree en silogismos, el del *common law* en precedentes; el primero silenciosamente se pregunta a sí mismo cada vez que surge un nuevo problema; ¿qué debemos hacer esta vez?; mientras que el segundo indaga en voz alta en la misma situación: ¿qué hicimos nosotros la última vez?”<sup>22</sup>.

En cuanto a la función que desempeñan los tribunales en un sistema judicial, se puede concluir que en el sistema del *civil law* la existencia de Tribunales superiores no permite distinguir la misión entre los diversos tribunales en la solución de conflictos particulares, dado que todos ellos, en mayor o menor medida, participan —ya sea en la instancia, en la apelación y en la casación, en que se contempla incluso la existencia de sentencias de reemplazo— en la solución del conflicto particular.

En cambio, en el sistema del *common law* es posible distinguir la misión entre los diversos tribunales en la solución de conflictos particulares, dado que en la instancia se discute, prueba y falla el asunto particular, en la apelación sólo se revisa lo resuelto por el inferior, y en el último grado se vela por el sistema de precedente.

#### V. ¿QUÉ PAPEL DEBE JUGAR UNA CORTE SUPREMA EN RELACIÓN CON LA IGUALITARIA APLICACIÓN DEL DERECHO?

No cabe duda que dentro de nuestro ordenamiento jurídico los tribunales deben resolver los conflictos conforme a Derecho.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>23</sup> que se debe reconocer a las personas para proteger sus derechos en un ordenamiento jurídico siempre tiene como finalidad la justa composición del litigio por medio de una sentencia, que debe emanar de un racional procedimiento.

La justa composición del conflicto pasa, en primer lugar, por la determinación de los hechos que conforman el conflicto a través de la utilización de los diversos medios de prueba que se hubieren hecho valer en el proceso<sup>24</sup>, de manera que permitan

<sup>21</sup> Véase art. 409 del Proyecto de Código Procesal Civil (en adelante el proyecto o NCPC, contenido en el Mensaje 004-360 de 12 de marzo de 2012 ingresado por S.E. el Presidente de la República, don Sebastián Piñera, a la H. Cámara de Diputados). En adelante todo artículo citado respecto del cual no se indique el cuerpo legal al que pertenece deberá entenderse que forma parte del mencionado Proyecto, sin que nos refiramos al aprobado por la Cámara de Diputados por no haber dilucidado el tema recursivo al no aprobar el recurso extraordinario para ante la Corte Suprema.

<sup>22</sup> COOPER, citado por DA ROSA (2016), p. 22.

<sup>23</sup> Véase art. 1º proyecto de Código Procesal Civil.

<sup>24</sup> Art. 286.

aproximarnos lo más posible a la verdad<sup>25</sup>, debiéndose para ello valorar la totalidad de la prueba rendida en forma racional<sup>26</sup>, lo cual se debe fundamentar en la parte considerativa de la resolución<sup>27</sup>.

Determinados los hechos, el conflicto se fallará conforme a derecho, para lo cual se deberán aplicar las leyes, principios de derecho y, en su defecto, la equidad natural. Para ello debe efectuarse necesariamente el razonamiento que justifique su aplicación para el caso concreto<sup>28</sup>.

Si el sentenciador se apartare de la aplicación de la ley en el caso concreto<sup>29</sup> o su sentencia no fuere debidamente fundada para arribar a su decisión<sup>30</sup>, podrá ser impugnada por la vía de apelación.

En consecuencia, la justicia de la decisión pasa, en nuestro ordenamiento jurídico, por la aplicación de la ley en los diversos grados jurisdiccionales para que nos encontremos ante la justa composición del litigio, dándose satisfacción con ello al *ius litigatoris*.

Sin embargo, el Derecho requiere también de seguridad jurídica para los efectos de ser eficaz en la solución de los conflictos y, por otra parte, asegurar una igualdad en la aplicación de la ley y una predictibilidad acerca de la manera en que se resolverán conflictos similares por los órganos jurisdiccionales.

De allí que, en aras de la protección del *ius constitutionis*, debe velarse siempre por la aplicación en forma igualitaria de la ley para la solución de conflictos similares, para lo cual resulta necesario asegurar la existencia de una sola doctrina jurisprudencial<sup>31</sup>, que debe emanar de la Corte Suprema en forma vertical hacia los otros tribunales de justicia<sup>32</sup>, pero también en forma horizontal hacia ella misma<sup>33</sup>.

Como nos señala certeramente Radbruch, “existen relaciones estrechas entre la seguridad y la justicia, que llegan a encontrarse y confundirse. La seguridad exige la misma generalidad de las normas que caracteriza a la justicia: porque sólo una norma general es capaz de regular con anterioridad los hechos por venir, de establecer un derecho futuro cierto. Por el contrario, un derecho incierto es al mismo tiempo injusto, porque no puede asegurar para el porvenir un trato igual de hechos iguales. En este sentido se puede circunscribir la idea de seguridad, como ‘la igualdad ante

<sup>25</sup> Art. 288.

<sup>26</sup> Art. 295.

<sup>27</sup> Arts. 205 y 206 N° 5.

<sup>28</sup> Art. 206 N° 6.

<sup>29</sup> Véase arts. 379 y 397 inc. 2°.

<sup>30</sup> Véase art. 381 letra c).

<sup>31</sup> Véase art. 405.

<sup>32</sup> Véase art. 409 letra b).

<sup>33</sup> Véase art. 414 inc. 2°.

la ley”. Así, Lord Bacon podía ya decir: “*Legis tantum interés ut certa sit ut absque hoc nec justa esse possit*”. Con la justicia la seguridad comparte también el carácter individualista liberal. No existe interés del derecho en tanto tal, sino en interés del derecho del individuo: como seguridad contra los actos arbitrarios y, en este sentido, como libertad del individuo<sup>34</sup>.

De allí que Bentham “reconocía en la seguridad el signo distintivo de la civilización, la marca distintiva entre la vida de los hombres y los animales. Es ella la que nos permite formar proyectos para el porvenir, trabajar y hacer economías; es ella sola la que hace que nuestra vida no se disuelva en una multitud de momentos particulares, sino que esté asegurada de una continuidad. Es la seguridad la que une nuestra vida presente y nuestra vida futura por un lazo de prudencia y previsión y perpetúa nuestra existencia en las generaciones que nos siguen”<sup>35</sup>.

Por ello es posible concluir con Le Fur que “la justicia y la seguridad, lejos de ser verdaderamente antinómicas, son más bien los dos elementos, las dos caras del bien común o del orden público que, bien comprendidas tienen el mismo sentido, un poco como se dice indiferentemente libertades individuales o derechos públicos, según que uno se coloque en el punto de vista del individuo o de la sociedad, lo que otros también han llamado libertades necesarias o derechos fundamentales”<sup>36</sup>.

Como nos señala Marinoni, “el ciudadano necesita tener seguridad de que el Estado y los terceros se comportarán de acuerdo con el derecho y los órganos incumbidos de aplicarlo lo harán valer cuando sea irrespetado. Por otro lado, la seguridad jurídica también importa que el ciudadano pueda definir su propio comportamiento y sus acciones. El primer aspecto demuestra que se trata de una garantía en relación al comportamiento de aquellos que pueden contestar el derecho y tienen el deber de aplicarlo; lo segundo quiere decir que ella es indispensable para que el ciudadano pueda definir el modo de ser de sus actividades”<sup>37</sup>. Por ello, la seguridad jurídica vista como estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, es indispensable para la conformación de un Estado que pretende ser “Estado de Derecho”<sup>38</sup>.

De acuerdo con lo señalado, todos los jueces deben respetar tanto la ley como los fallos de los tribunales superiores que determinan su alcance para un caso similar, porque ellos deben resolver los asuntos conforme a un sistema jurídico y no en base a decisiones individuales o personalistas, erróneamente sustentadas en una mal entendida independencia personal.

<sup>34</sup> RADBRUCH *et al.* (1967), p. 65.

<sup>35</sup> RADBRUCH *et al.* (1967), pp. 65-66.

<sup>36</sup> RADBRUCH *et al.* (1967), p. 15.

<sup>37</sup> MARINONI (2012), p. 251.

<sup>38</sup> MARINONI (2012), p. 250.

Por ello es que se nos ha indicado en forma certera por Couso y Mera que “el pretendido derecho de los jueces a fallar de acuerdo con sus propias convicciones es un error. Los jueces –funcionarios no electos que carecen de legitimación popular directa– deben fallar de acuerdo con la manifestación de la voluntad soberana, que es la ley, cuyo sentido lo fija el máximo tribunal, que precisamente se justifica en cuanto órgano necesario para preservar la unidad del ordenamiento jurídico mediante la interpretación uniforme de sus normas; ello garantiza el derecho de igualdad ante la ley y la seguridad jurídica”<sup>39</sup>.

De allí que se ha concluido en la actualidad que “cualquier sistema jurídico que se desarrolle hasta un nivel mínimo de racionalidad necesita de cierto grado de adherencia al precedente judicial, bajo pena de frustrarse los propios presupuestos formales implícitos en la idea de Estado de Derecho”<sup>40</sup>.

#### VI. ¿QUÉ PAPEL DEBE JUGAR LA CORTE SUPREMA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y, EN PARTICULAR, RESPECTO DE LAS NORMAS CONTEMPLADAS EN TRATADOS INTERNACIONALES?

Luego de las dos guerras mundiales que asolaron a la humanidad en el siglo pasado, y la consecuente globalización, se ha construido un sistema de derechos fundamentales asentado tanto en los diversos tratados que los consagran como en la existencia de tribunales supranacionales, encargados de velar y asegurar su efectivo cumplimiento. Los Estados, conscientes de ello, tienden a consagrar dichos derechos en sus Cartas Fundamentales<sup>41</sup>, sin perjuicio de estipular su compromiso de reconocerlos, respetarlos y promoverlos<sup>42</sup>, así como dar cumplimiento en virtud del principio de convencionalidad a los tratados internacionales que los consagran.

No debemos olvidar que nuestra Carta Fundamental dispone en la actualidad que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”<sup>43</sup>.

De allí que –como nos señala precisa y categóricamente Humberto Nogueira Alcalá– “al ratificar la CADH<sup>44</sup> como también otros tratados sobre derechos humanos, el Estado, en el ejercicio de su potestad pública (soberanía) ha consentido en limitar su propio poder en beneficio de un bien superior al mismo, que es el respeto de la dignidad inherente a toda persona humana que se expresa en el reconocimiento de derechos humanos o fun-

<sup>39</sup> COUSO y MERA (2011), p. 15.

<sup>40</sup> DA ROSA (2016), p. 98.

<sup>41</sup> Véase art. 19 C. Pol.

<sup>42</sup> Véase art. 5º inc. 2º C. Pol.

<sup>43</sup> Véase art. 54 N° 1 inc. 5º C. Pol.

<sup>44</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

damentales, los cuales se constituyen como un límite al ejercicio del poder estatal. En tal sentido, ello implica reconocer que el poder del Estado, la soberanía estatal, se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de tales derechos, reconociendo los Estados parte de la CADH, jurisdicción de la CIDH para que ésta determine con carácter vinculante y con la obligación del Estado Parte de acatar la sentencia y concretarla como obligación de resultado, aunque ello implique la reforma misma de la Constitución, como ocurrió en el caso 'La última tentación de Cristo', donde la sentencia de la CIDH ordenó que el Estado de Chile debía modificar el artículo 19 N° 12, inciso final, de la Constitución, por ser contrario al artículo 13 de la Convención que asegura el derecho a la libertad de expresión e información sin censura previa<sup>45</sup>.

Asimismo, nos señala Sagüés que "si el Estado no está dispuesto a pagar ese precio para sumarse al ámbito integrativo de derechos humanos, le quedará la salida honrosa (si decide afrontar el costo jurídico y político que ella también tiene) de denunciar el Pacto de San José de Costa Rica e irse de él según el trámite de retiro. Lo que no parece honroso es ratificar el Pacto y después argumentar que no cumple alguna de sus cláusulas porque ella no coincide con su Constitución"<sup>46</sup>.

La mejor forma de respetar y promover los derechos fundamentales contemplados en los tratados internacionales consiste en tratar de armonizar la interpretación de esos derechos conforme a la jurisprudencia que emana de los tribunales supranacionales, con los que pudieren existir en el plano interno en la solución de los conflictos que se promueven ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

La adecuación de la interpretación de los derechos fundamentales por parte de nuestros tribunales con la que existe en los tribunales supranacionales en materia de derechos fundamentales es de gran trascendencia, porque importa, en la práctica, dar cumplimiento al principio de la convencionalidad que rige respecto del cumplimiento de los tratados.

De allí que se nos ha señalado por Claudio Nash que, al momento de resolver un caso o tomar cualquier decisión estatal, lo que debe hacerse es determinar los hechos relevantes sobre los cuales debe tomarse una cierta decisión; luego analizar el sistema normativo a utilizar. Es aquí donde tiene un primer impacto el control de convencionalidad, ya que se amplía o robustece el sistema normativo aplicable, pues no sólo queda limitado a las normas de origen interno (constitucionales, legales y reglamentarias), sino que también se extiende a aquellas de origen internacional que han sido recepcionadas internamente (en este caso a CADH)<sup>47</sup>.

Que la Corte Suprema sea el órgano jurisdiccional encargado por excelencia de uniformar los estándares de interpretación de los derechos fundamentales frente a

<sup>45</sup> NOGUEIRA ALCALÁ (2012), p. 289.

<sup>46</sup> SAGÜÉS (2010), p. 125.

<sup>47</sup> NASH (2012), p. 273.

los que emanan de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales importa una labor de suma trascendencia, por cuanto permite que las cortes supremas se transformen en la primera vía efectiva para evitar que se transgredan los tratados internacionales por fallos de los distintos tribunales nacionales en los procesos internos que conocen. Se impide de este modo el aumento del número de asuntos que deben conocer los tribunales supranacionales, logrando que ellos puedan así impartir una pronta y efectiva jurisdicción en estas materias, sin sobrecargarse innecesariamente con mayores asuntos que conocer por transgresión de derechos fundamentales en el plano interno.

Es así como se debería contemplar como competencia de la Corte Suprema tanto la de uniformar una jurisprudencia sobre el derecho interno como también velar por el respeto y promoción de los derechos fundamentales, permitiendo con ello crear estándares que sean coincidentes con los que emanan de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, con lo cual honraríamos los tratados internacionales suscritos por Chile a los cuales nos compromete el principio de la convencionalidad<sup>48</sup>.

En este sentido se ha señalado que “el Estado democrático de Derecho, al atribuir supremacía sobre la ley a la Constitución —que deja de ser programática— y al Derecho Internacional —y, en el ámbito europeo, también al comunitario— ha supuesto otro cambio radical en la función judicial, pues el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de una ley y el Poder Judicial puede instar esa declaración. También el Poder Judicial puede inaplicar una ley contraria a normas internacionales o de derecho comunitario. O sea, si el Poder Judicial puede instar por la inconstitucionalidad de una ley ante el Tribunal Constitucional, e incluso inaplicarla de ser contraria a normas supranacionales, la conclusión es que el Poder Legislativo pierde parte de su protagonismo a favor del Judicial, porque éste puede hacer lo que antes —a través de la derogación de las leyes— sólo podía hacer aquél.

No acaba ahí la intervención de los jueces en el ámbito de la legalidad constitucional pues, se trate de una corte constitucional o de un tribunal ordinario, esos órganos, al resolver cualquier litigio donde se aplique una norma constitucional, la deben interpretar; y ello determina que esa norma constitucional puede cambiar a través de la interpretación judicial (...). Ello es así tanto si quien interpreta es una corte constitucional como si quien interpreta es un tribunal ordinario, cuyas resoluciones pueden crear jurisprudencia. Sin embargo, el estado constitucional de Derecho pide más pues el desiderátum último es que sean los jueces, y no el Tribunal Constitucional, quienes asuman el papel de garantes ordinarios de la Constitución. Aquí está el sentido nuclear de la afirmación “más Jueces y menos Tribunal Constitucional”<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Véase art. 409 letra b).

<sup>49</sup> LOUSADA y RON (2015), p. 34.

VII. ¿QUÉ PAPEL DEBE JUGAR LA CORTE SUPREMA  
EN RELACIÓN CON EL *IUS CONTITUTIONIS* O EL *IUS LITIGATORIS*?

En nuestro país debemos hacernos cargo de este dilema y afrontar claramente la identidad que queremos atribuirle a nuestra Corte Suprema, teniendo presente que las legítimas aspiraciones de quienes quieren que solucione casos particulares la acercan más bien a un Tribunal Supremo de instancia legal o Corte de Casación, y que aquellos que desean decisiones generales y hacia futuro, que trasciendan de casos particulares, la acercan más bien a un verdadero papel de Corte Suprema.

Mientras no tomemos una decisión clara en esta materia, cada vez que nuestra Corte Suprema intervenga en un asunto particular nos veremos avocados a un cuestionamiento de su actuar, que parte más bien de la función que se le asigna por la visión de los comentaristas en relación con la forma en que ella debe ejercer sus labores. Es así como jamás se podrá entender –por quienes no sean técnicos en el derecho– que no es lo mismo ejercer la función jurisdiccional conociendo una apelación de un amparo o protección, que resolviendo un recurso de casación en el fondo o de unificación de jurisprudencia.

De allí, mas que comentar sus decisiones por algunos con vista a una resolución general, se le cuestiona su intervención particular en determinados asuntos específicos, en especial si ellos inciden en asuntos técnicos en que se han creado instancias resolutorias particulares con tal objeto. Ello nos demuestra que aún no hemos superado la tradicional visión de posición jerárquica, más que funcional, que se suele atribuir a nuestro máximo tribunal, basado en sistemas y procedimientos contruidos sobre la base de la escrituración, la mediación y la prueba legal.

En síntesis, se postula por muchos que nuestro máximo órgano jurisdiccional debe continuar con el ejercicio de atribuciones relacionadas con el papel de Tribunal Supremo para la justicia del caso concreto, más que el de Corte Suprema. En éste no debe intervenir en toda clase de asuntos, sino que debe trazar las doctrinas generales que nos regirán a futuro, más que buscar soluciones particulares en asuntos específicos, lo que sería misión de los tribunales.

VIII. ¿DE QUÉ FORMA SELECCIONA  
LOS ASUNTOS QUE DEBE CONOCER LA CORTE SUPREMA?

Somos partidarios del sistema que regula el acceso a la Corte Suprema a través de *petitions of certiorari*, en las cuales se solicita que ella se haga cargo del asunto resuelto por un tribunal de apelación o que asuma el examen de las cuestiones de derecho resueltas en ese asunto. La *petition of certiorari* importa el ejercicio de una facultad discrecional, actualmente sancionada expresamente en la ley en Estados Unidos<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> En contra de este método de selección *certiorari* se pronuncia NIEVA (2010), p. 20. La posición del autor resulta plenamente consecuente con su postura de reconocerle a la Corte una competencia tan amplia que revestiría casi

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

Si la solicitud resulta admitida, se prepara un *record* que se funda en el del tribunal inferior y las partes presentan informes escritos, al igual que sucede en los demás procedimientos de recursos. Se admite normalmente la celebración de una vista oral, con media hora de tiempo para cada parte, aunque el Tribunal resuelve muchos casos únicamente sobre la base de los informes escritos<sup>51</sup>.

En la actualidad, el *certiorari* como criterio de selección discrecional refleja un claro pragmatismo entregado a la Corte Suprema para que seleccione los casos de mayor trascendencia a los cuales debe avocarse en su conocimiento, garantizando con ello una administración de justicia eficiente y que respete los derechos fundamentales.

Como nos recuerda Nancy de la Fuente, el *certiorari* es una válvula de admisión que evita la ineficiencia del Tribunal Supremo por saturación<sup>52</sup>. Asimismo, nos señala Morello —en relación a la Corte Suprema argentina— que es necesario limitar la jurisdicción obligatoria de ésta y dejarle la discreción para conocer solamente los casos de gran importancia pública o jurídica<sup>53</sup>.

No debemos olvidar al respecto que se ha señalado que la concepción subjetiva de la garantía está tendencialmente en contraposición con la idea de que se puedan seleccionar los recursos de casación, o si una selección no es evitable, esto implica que aquélla se desarrolle con criterios referidos a los intereses de las partes en la controversia<sup>54</sup>.

Sin embargo, la consecuencia de un sistema deficiente de selección nos conduce, como señala Taruffo, a que la Casación decide demasiado, por eso a menudo no decide bien y, sobre todo, no está en posibilidad de intervenir racionalmente sobre las

---

el carácter de una verdadera tercera instancia y por privilegiar claramente el *ius litigatoris*, obligando al tribunal a pronunciarse respecto de cada recurso que cumpla con los requisitos legales formales. Sin embargo, en conversaciones sostenidas con este autor el año pasado en nuestro país, me habría comentado que estaría en estudio la revisión de su posición en cuanto a la misión que corresponde asignarles a los tribunales superiores de justicia.

<sup>51</sup> HAZARD JR. y TARUFFO (2006), pp. 207-208.

<sup>52</sup> DE LA FUENTE (2011), p. 373.

<sup>53</sup> MORELLO (1997), p. 188.

<sup>54</sup> TARUFFO (2005), p. 26.

cuestiones más relevantes. La consecuencia es la misma, en particular la eliminación de la función de unificación de la jurisprudencia<sup>55</sup>. Existe una conexión directa entre la fuerza del precedente y el hecho de que éste provenga de una corte que decide pocos casos, disponiendo –eventualmente– del poder de escoger en cuáles casos considera oportuno decidir en el fondo.

En sustancia es más autorizado el precedente establecido por una corte que dicta pocas sentencias con la finalidad precisa de establecer puntos de referencia para la decisión de casos idénticos, y es menos autorizado el precedente que pertenece a un raudal formado por un número elevado de decisiones emitidas con la sola perspectiva de resolver cuestiones de derecho surgidas en los casos específicos. Hay que considerar, además, que la nomofilaquia que se realiza a través del precedente está evidentemente dirigida al futuro: verdad es, en efecto, que la decisión que establece el precedente resuelve un caso pasado, pero se trata de una decisión que se dirige hacia el futuro, porque se propone como un modelo para decisiones sucesivas<sup>56</sup>.

#### IX. VALOR DE LA SENTENCIA DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO

Las cortes de casación y tribunales supremos se encuentran insertas dentro del sistema del *civil law*. De allí que sus sentencias no constituyan fuente del derecho, por mantenerse en general una concepción rígida del positivismo jurídico.

De acuerdo con lo anterior, se señala que los jueces no son más que la boca de ley y no crean derecho. Las sentencias tienen un efecto relativo, rigiendo sólo para las causas en que actualmente se pronunciaran<sup>57</sup>.

Las cortes supremas tienden a estar insertas dentro del sistema del *common law*, regidas por un paradigma más bien neopositivista. De allí que sus sentencias constituyen fuente del Derecho, crean Derecho y producen efectos generales mediante el sistema de precedentes.

En la actualidad, siguiendo lo que nos señala Da Roca, es posible clasificar las fuentes del derecho en tres categorías: *must-sources*, *should-sources* y *may sources*.

El primer grupo, de las fuentes obligatorias en sentido fuerte (*must-sources*), comprende los materiales normativos con mayor contenido de normatividad en determinado sistema jurídico. En otras palabras, hay una obligación de obedecer la fuente del

<sup>55</sup> TARUFFO (2005), p. 165.

<sup>56</sup> TARUFFO (2007), p. 524.

<sup>57</sup> Sobre la materia se nos ha señalado que la evolución hacia un Estado constitucional de Derecho –o, en términos más familiares, hacia un Estado social y democrático de Derecho– ha posibilitado más avances en el tema de la independencia judicial en la Europa continental derivados de una nueva situación institucional del Poder Judicial, que supera a todas luces el ser “la boca que dice la ley” y se convierte en garante efectivo de los derechos de la ciudadanía frente a los otros dos Poderes del Estado. LOUSADA y RON (2015), p. 23.

derecho, como acontece en nuestro sistema con la Constitución, la ley, el decreto con fuerza de ley, los tratados internacionales, etc.<sup>58</sup>.

El segundo grupo, de las fuentes obligatorias en sentido frágil (*should-sources*), consiste en aquellas fuentes que deben normalmente ser seguidas en la interpretación. Es decir, son las fuentes en relación a las cuales el intérprete tiene sólo una obligación frágil de obedecer, como los precedentes que emanan de los tribunales superiores, que si no son seguidos en un proceso penal o laboral, pueden constituirse en un fundamento para acudir ante nuestra Excma. Corte Suprema.

El tercer grupo, de las fuentes permitidas (*may sources*), está formado por aquellas a las que un aplicador del derecho puede referirse en la argumentación jurídica, como la doctrina nacional y extranjera<sup>59</sup>.

En nuestro país, con la gran claridad y precisión a las que nos tiene acostumbrados en sus trabajos, y partiendo del concepto del derecho de Hart, Daniela Accatino nos propone recuperar el concepto de “reglas secundarias” y, en particular entre ellas, el de “reglas de adjudicación”, y mostrar cómo permiten ofrecer una reconstrucción de la posición de los precedentes judiciales en el sistema jurídico chileno, que escape a la habitual disyuntiva “o los precedentes judiciales son fuente formal del derecho o no hay ningún deber de considerarlos en la justificación de la sentencia” y que pueda dotar de un sentido unitario a las diversas reformas legales que se han introducido en las últimas décadas (y a las que se proyectan en el marco de la reforma al proceso civil) con el fin de favorecer la “unificación de la jurisprudencia” por la Corte Suprema<sup>60</sup>.

En este sentido, nos indica que “las reglas de adjudicación, como se recordará, confieren a determinados órganos la potestad para resolver autoritativamente sobre la aplicación de las normas jurídicas a casos particulares y regulan su ejercicio. Seguramente, lo primero que se piensa al hablar de reglas de adjudicación, son las normas de derecho procesal orgánico que instituyen a los órganos jurisdiccionales y las normas que regulan los procedimientos judiciales. Pero una mirada más detenida a la noción de reglas de adjudicación permite advertir que su alcance es más amplio y que también las normas que determinan cómo debe justificarse una decisión jurídica particular, es decir, cómo debe sustentarse el salto desde el texto o el hecho normativo (las fuentes formales o fuentes reconocidas) a la solución del caso concreto, son normas que regulan el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Podría decirse que así como las reglas de cam-

<sup>58</sup> En el Reino Unido, las fuentes más importantes son el Parlamento y los jueces de los tribunales de mayor jerarquía. Así, si un abogado inglés quiere conocer cuál es el régimen jurídico aplicable a un caso, lo primero que debe hacer es averiguar si el tema ha sido regulado por una ley, y si ello es así, él mismo deberá ocuparse de consultar la normatividad relevante, habida cuenta de que, de acuerdo con la doctrina de la soberanía del Parlamento, los jueces están obligados a dar efecto a las leyes del Parlamento. CROSS y HARRIS (2012), p. 20.

<sup>59</sup> DA ROSA (2016), pp. 302-303.

<sup>60</sup> ACCATINO (2014), p. 188.

bio y las reglas de reconocimiento determinan la identificación de las normas jurídicas válidas, las reglas de adjudicación (o más precisamente, algunas reglas de adjudicación, las que regulan las condiciones de justificación jurídica) determinan la identificación de los argumentos jurídicos válidos.

“A partir de la justificación de ciertas reglas de adjudicación podría distinguirse un tercer sentido de la expresión fuente del derecho, para designar las *fuentes de argumentos jurídicos*, cuando las formas de argumentación que esas reglas de adjudicación autorizan o prescriben tengan su punto de partida en una cierta clase de textos o hechos a los que ellas atribuyen su consiguiente relevancia jurídica”<sup>61</sup>.

En consecuencia, sostiene Accatino, ninguna de las modificaciones a nuestros cuerpos legales, como la Ley N° 19.374, que modificó el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil para permitir el conocimiento del recurso de casación en el fondo por el Pleno del Tribunal; el artículo 376 del Código Procesal Penal, que establece competencia de la Corte Suprema para conocer del recurso de nulidad cuando existieren distintas interpretaciones sostenidas en fallos de los tribunales superiores, y el artículo 483 del Código del Trabajo, que contempla el recurso de unificación de jurisprudencia, han atribuido fuerza obligatoria absoluta a los precedentes emanados de la Corte Suprema, ni han modificado el artículo 3° del Código Civil<sup>62</sup>.

Sin embargo, concluye Accatino que todas esas normas legales “refuerzan respecto de los precedentes de la Corte Suprema la fuerza obligatoria presuntiva que se deriva del derecho a la igualdad en la aplicación judicial del derecho. Esta fuerza obligatoria presuntiva –que, según hemos visto se resuelve en la carga de argumentar el cambio de criterio interpretativo de un precedente– es compatible con una interpretación restrictiva del artículo 3° del Código Civil, que entienda que lo que éste excluye es la obligatoriedad general absoluta de los precedentes. Dicha norma no debiera, por tanto, considerarse tácitamente derogada (o más precisamente, afectada de invalidez sobrevinida) por la norma constitucional que consagra el derecho a la igualdad, ya que puede ser interpretada de modo consistente con ella”<sup>63</sup>.

Por otra parte, debemos tener presente que, respecto de la naturaleza y la fuerza del precedente, cabe reconocerle diversos alcances en los distintos sistemas jurídicos, según sus etapas históricas dentro de cada uno de ellos<sup>64</sup>.

Ello es posible de realizar si –como señala Taruffo– el precedente se analiza desde una dimensión institucional (en cuanto a factores que tienen que ver con la organización judicial y la forma en que se dan las relaciones de autoridad en el sistema de

<sup>61</sup> ACCATINO (2014), pp. 197-198.

<sup>62</sup> ACCATINO (2014), pp. 205-206.

<sup>63</sup> ACCATINO (2014), p. 206.

<sup>64</sup> CROSS y HARRIS (2012), p. 23.

las cortes)<sup>65</sup>, una dimensión objetiva, esto es, la capacidad de influenciar a la decisión sucesiva<sup>66</sup>, una dimensión estructural (si se atiende a aquello que constituye el precedente que es usado como punto de referencia para una decisión sucesiva)<sup>67</sup>, y una dimensión de eficacia, conforme con la escala existente respecto de los diversos grados de efectividad del precedente<sup>68</sup>.

En todo caso, y como ha sido señalado por Rupert Cross y J. Harris, no podemos olvidar que el precedente está subordinado a la legislación como fuente de Derecho en el sentido de que una ley siempre puede derogar el efecto de una decisión judicial y en el sentido de que los tribunales están obligados a darle efecto a la legislación una vez que verifiquen que la misma fue debidamente promulgada<sup>69</sup>.

Es por ello, como nos señala Agustín Squella, nuestro más importante actual filósofo del Derecho, que “el derecho no es de una pieza, sino que está hecho de varias piezas. Las piezas más relevantes y visibles son las normas, pero hay también otras piezas en el derecho. Como los ya mencionados principios y valores, que no son normas, que tampoco funcionan como normas y que han adquirido creciente importancia en los distintos procesos de argumentación jurídica y de justificación de decisiones normativas”<sup>70</sup>.

De allí que podemos concluir con Squella que “es cierto que en el caso del legislador la función de producir derecho es más visible que la de aplicarlo, y que en el del juez lo es más la de aplicarlo que la de producirlo, pero se trata de una cuestión de énfasis y no de una diferencia cualitativa que permita continuar sosteniendo que sólo el legislador produce derecho y que los jueces meramente lo aplican. Ambos, en verdad, producen y aplican derecho, y mejor aún, porque ambos producen derecho, aplican derecho”<sup>71</sup>.

Finalmente, reviste especial importancia distinguir los conceptos de precedente y jurisprudencia, para apreciar la diferencia que adopta su utilización por los jueces para la solución de los conflictos que se promueven ante ellos. Manuel Atienza realiza de forma clara y precisa esta distinción en su magnífica obra de argumentación jurídica de acuerdo con el siguiente gráfico<sup>72</sup>:

<sup>65</sup> TARUFFO (2012), p. 265.

<sup>66</sup> TARUFFO (2012), p. 267.

<sup>67</sup> TARUFFO (2012), p. 270.

<sup>68</sup> TARUFFO (2012), p. 272. En cuanto a la escala de grados de uno a cuatro de la fuerza normativa del precedente desarrollada por MacCormick y Summers puede consultarse en nuestro país a BRAVO (2013), p. 560.

<sup>69</sup> CROSS y HARRIS (2012), p. 203.

<sup>70</sup> SQUELLA (2007), p. 38.

<sup>71</sup> SQUELLA (2007), p. 65.

<sup>72</sup> ATIENZA (2013), p. 91.

|                     | Precedente vinculante                                                                                                                                                               | Jurisprudencia indicativa                                                                                                                                                                                                        |
|---------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Regla de relevancia | Un precedente es relevante cuando se presenta un caso análogo por sus hechos y circunstancias.                                                                                      | La jurisprudencia es relevante cuando trata de un tema o concepto común presente en el caso nuevo, sin necesidad de verificar criterios de analogía fáctica entre ambos.                                                         |
| Fuerza vinculante   | Tiene fuerza gravitacional que atrae la decisión de un caso nuevo análogo por sus hechos y circunstancias.                                                                          | La jurisprudencia no tiene fuerza gravitacional específica frente a la decisión en el nuevo caso. El concepto jurídico utilizado en el caso anterior tiene alguna tendencia a ser utilizado de la misma manera en el caso nuevo. |
| Regla de cambio     | Sólo procede cuando resulta razonable desvirtuar la fuerza gravitacional que <i>prima facie</i> tiene el precedente. Ello exige argumentación explícita, transparente y suficiente. | Siendo la jurisprudencia indicativa, la doctrina fijada con anterioridad no tiene peso suficiente como para crear cargas especiales de argumentación al momento del cambio jurisprudencial.                                      |

Si lo resuelto por los tribunales debe ser considerado para la argumentación con el fin de velar por la igualdad y seguridad en la aplicación del derecho, como nos señala Atienza en su obra antes mencionada<sup>73</sup>, cabe necesariamente calificar la forma en la cual puede el precedente ser utilizado para la solución de un asunto.

| Argumentos ilegítimos                                | Argumentos legítimos                                                    |
|------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|
| Negación del valor general de la jurisprudencia.     | Obediencia al precedente.                                               |
| Ignorancia de la jurisprudencia vigente.             | Disanalogía o distinción fáctica de los hechos relevantes o materiales. |
| Desobediencia o renuncia frente a la jurisprudencia. | Distinción entre <i>ratio decidendi</i> y <i>obiter dictum</i> .        |
|                                                      | Indeterminación de la jurisprudencia previa.                            |
|                                                      | Cambio de jurisprudencia.                                               |

De acuerdo con lo anterior es que se sostiene tradicionalmente que en el sistema del *civil law* las cortes de casación y tribunales supremos son meros aplicadores de la ley, siendo la ley la única fuente que se basta a sí misma para configurar el principio de legalidad, conforme al cual deben solucionarse los conflictos promovidos entre las partes.

En consecuencia, nos encontramos con un sistema en que la ley constituye la única fuente del derecho conforme al principio de legalidad.

En cambio, en el sistema del *common law* se sostiene que las cortes supremas son creadoras del Derecho y no meras aplicadoras de la ley, constituyendo fuentes del Derecho no sólo la ley, sino que también los precedentes, la costumbre, las reglas y los principios, conforme deben solucionarse los conflictos mediante una aplicación sustancial de las normas.

<sup>73</sup> ATIENZA (2013), p. 94.

En consecuencia, nos encontramos con un sistema en que la ley no constituye la única fuente, sino que existe una diversidad de fuentes y entre las cuales es posible reconocer diversas jerarquías.

#### X. REVISIÓN DE LOS HECHOS DEL CONFLICTO

En el sistema del *civil law* se sostiene que las cortes de casación y tribunales supremos, como regla general, son meros aplicadores de la ley y no cabe revisión de los hechos del conflicto, a menos que se hubieren violado las reglas reguladoras de la prueba<sup>74</sup>.

Como nos explica claramente De la Oliva, en la casación “no debemos poner a la Corte o al Tribunal competente en el trance de revisar y eventualmente cambiar el juicio sobre los hechos. No lo hagamos, no tanto porque esa tarea sea poco propia de la casación clásica, sino porque debemos haber logrado en la primera instancia un buen sistema de fijación de hechos, con certera aplicación de unas buenas reglas de carga de la prueba a hechos relevantes que resultan dudosos. Es en la primera instancia donde hay que lograr que sólo se admitan las pruebas pertinentes y útiles (que se admitan todas ellas y que no se admitan las impertinentes), que se produzca una buena práctica de las pruebas, con inmediación y contradicción y que se lleve a cabo una aceptable valoración, con respeto a los parámetros legales en ciertos casos y conforme a la sana crítica, en la mayoría de ellos. Disponemos de una segunda instancia para corregir errores graves. Después de dos instancias, es poco razonable pensar que el tribunal de casación, más alejado en el tiempo y sin inmediación alguna alcanzará un juicio más acertado sobre los hechos”<sup>75</sup>.

De allí que podamos concluir, como nos indica certeramente Bordalí, que las distintas instancias o momentos procesales, por ejemplo, del proceso civil ordinario —primera instancia, apelación y casación—, son autónomas respecto de las demás. Cada tribunal que lleva a cabo esa fase realiza contribuciones que en general son irrepetibles<sup>76</sup>.

Por otra parte, se ha señalado por Nieva Fenoll que la división dogmática entre el fondo y la forma en el proceso constituye una de las categorizaciones dogmáticas que más absurdos problemas jurisprudenciales y doctrinales le han traído al Derecho Procesal<sup>77</sup>.

En la actualidad, rigiéndonos por un sistema de libertad probatoria o prueba racional, se ha señalado que control de hecho significa exclusivamente control sobre la motivación relativa al juicio de hecho<sup>78</sup>, correspondiendo ante todo a la exigencia de

<sup>74</sup> Cabe tener presente la advertencia de Taruffo en cuanto a que “continúa siendo evidente que la corte cae en una desviación muy grave respecto de los límites institucionales de sus funciones cuando interpreta el control sobre la motivación como si éste implicase una nueva verificación del hecho”. TARUFFO (2005), p. 28.

<sup>75</sup> DE LA OLIVA (2009), p. 53.

<sup>76</sup> BORDALÍ (2013), p. 100.

<sup>77</sup> NIEVA (2010), p. 81.

<sup>78</sup> TARUFFO (2005), p. 179.

verificar que se haya realizado una premisa indispensable para la correcta aplicación de la norma<sup>79</sup>, encontrándonos más bien ante controles en cuanto justificación, sin que esto implique la reformulación de la decisión<sup>80</sup> de manera de comprobar que hay plenitud en la justificación al no presentarse lagunas en la argumentación justificativa respecto de lo que constituye el efectivo contenido de la decisión<sup>81</sup>.

En el sistema del *common law* no cabe revisión de los hechos, al no encontrarnos ante la solución de un asunto particular, sino la determinación con carácter general de cómo debe aplicarse el derecho para la solución de asuntos semejantes<sup>82</sup>.

## XI. ALCANCE DE LA RESOLUCIÓN E INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

Las cortes de casación nunca se pronuncian sobre un asunto particular, puesto que se limitan a anular la sentencia en la cual se hubiera aplicado mal la ley para la solución de un asunto, reenviando el asunto al tribunal de la instancia para su resolución.

Los tribunales superiores, si anulan la sentencia por infracción en la aplicación de la ley (sentencia de casación), proceden a resolver a continuación el asunto particular, dando una correcta aplicación a la ley (sentencia de reemplazo).

Las cortes supremas fijan el criterio general de cómo debe aplicarse la ley a asuntos semejantes a futuro, sirviéndose para ello del conocimiento de un asunto particular, el cual resolverán o no atendida la dimensión de la irregularidad que motivó que se avocara a su conocimiento.

Por otra parte, en el sistema del *civil law* se sostiene que las cortes de casación y tribunales supremos no afectan el principio de la independencia de los tribunales, puesto que al ser meros aplicadores de la ley para casos particulares, se deja a los jueces en entera libertad para la solución diversa de asuntos futuros, aun cuando sean ellos semejantes, rigiendo el principio de la relatividad de las sentencias<sup>83</sup>.

En cambio, en la tradición del *common law* se sostiene que las cortes supremas, con el sistema de precedente, permiten que nos encontremos ante un sistema judicial del cual forman parte todos los jueces y no ante una mera suma de opiniones particulares que no aportan a la trascendental misión de alcanzar la igualdad, uniformidad y certeza en la aplicación del Derecho.

<sup>79</sup> TARUFFO (2005), p. 181.

<sup>80</sup> TARUFFO (2005), p. 194.

<sup>81</sup> TARUFFO (2005), p. 207.

<sup>82</sup> Se ha señalado que esta distinción es artificial y abstracta: por un lado, son importantes y numerosas las cuestiones que no ingresan claramente en uno ni en otro (como, por ejemplo, la interpretación de la voluntad de los contratantes); por otro lado, se consideraba absurdo un control sobre la legalidad de la decisión de mérito que prescinde de la consideración del hecho concreto al cual se aplicó la norma. TARUFFO (2005), p. 46.

<sup>83</sup> TARUFFO (2005), p. 19.

Por lo demás, en tales casos no existe una vinculación obligatoria y los jueces pueden apartarse del precedente a través de los mecanismos del *distinguishing* o del *overruling*.

Como nos han señalado Couso y Mera, el que la independencia de los jueces sea una razón para justificar la inseguridad jurídica se contradice con el sistema institucional, dado que ella debe ser concebida como una garantía para las partes y no un privilegio judicial<sup>84</sup>. Los jueces –funcionarios no electos que carecen de legitimación popular directa– no pueden fallar conforme a sus propias convicciones jurídicas, sino que de acuerdo a la manifestación de la voluntad soberana que se expresa a través de la ley<sup>85</sup>, y, finalmente, la afirmación que la obligación de someterse los jueces únicamente a la ley y no a la jurisprudencia, por no ser fuente de derecho, carece de justificación en atención a que para la realización y respeto de la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica debe existir una instancia en la cual se señale cuál es el correcto sentido del derecho, lo que hace posible su aplicación uniforme<sup>86</sup>. No existe oposición entre la ley y la jurisprudencia (salvo en el caso extremo de prevaricación judicial). Al interpretar la ley dentro de su horizonte semántico y de acuerdo con las posibilidades que ella misma brinda, los jueces de la Corte Suprema están aplicándola, sometiéndose a ella<sup>87</sup>.

Sobre la materia, Garapon y Papadopoulos nos explican que “en Francia contamos con cerca de nueve mil jueces, contra menos de un millar *stricto sensu* en Inglaterra. ¿Cómo asegurar la coherencia de la jurisprudencia y la previsibilidad de las decisiones en contextos diferentes? En Francia, éstas están garantizadas por la colegialidad –un control lateral entre jueces– y por la jerarquía. La tradición inglesa está puesta sobre un pequeño número de jueces, de gran calidad intelectual y moral, integrados a un sistema muy centralizado. La previsibilidad de las decisiones depende de una autodisciplina interna, garantizada por el reducido número, la organización bajo forma de circuitos y un control muy estricto de la Corte de Apelación, única jurisdicción con sede en Londres. La experiencia inglesa muestra que mientras más grande es la independencia de la magistratura –en tanto que cuerpo frente al ejecutivo– menos importante es la independencia interna, la de cada juez frente a sus superiores. Es, más o menos lo inverso, de lo que sucedía en Francia –ya que la situación probablemente está cambiando– donde la independencia externa respecto al poder político era menor que al otro lado de la Mancha, pero donde cada juez –por el hecho de que su única maestra era la ley y no la jurisprudencia– gozaba de una gran libertad”<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> COUSO y MERA (2011), pp. 14-15.

<sup>85</sup> COUSO y MERA (2011), pp. 15-16.

<sup>86</sup> COUSO y MERA (2011), pp. 16-20.

<sup>87</sup> COUSO y MERA (2011), p. 17.

<sup>88</sup> GARAPON y PAPADOPOULOS (2006), pp. 156-157.

En atención al alcance de las resoluciones, y dado que en las cortes de casación y tribunales supremos se privilegia la satisfacción del *ius litigatoris* de las partes del conflicto en los recursos que conocen, se permite generalmente solamente la intervención de las partes.

En las cortes supremas, al privilegiar la satisfacción del *ius contitutionis*, consistente en la concurrencia de un interés público o de carácter general en la solución de la materia planteada en el recurso, se admite la intervención no sólo de las partes del conflicto, sino que también del procurador privado y de los *amicus curiae*<sup>89</sup>.

## XII. LAS CARACTERÍSTICAS DE UNA CORTE SUPREMA

En primer lugar, tenemos que señalar que es posible constatar, conforme con el derecho comparado, las principales características que deben concurrir para encontrarnos en presencia de una Corte Suprema:

- a) Las cortes supremas son tribunales que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes y no existen los tribunales constitucionales dentro de la estructura política.
- b) Las cortes supremas cuentan con un pequeño número de ministros, sin la intervención de nadie que no sea miembro titular de ellas.
- c) Las cortes supremas funcionan en pleno para el conocimiento de los asuntos.
- d) Las cortes supremas no convocan a miembros que no pertenecen a ellas para el conocimiento y resolución de los asuntos que conocen, y de allí que se desconoce la existencia de abogados integrantes o de ministros suplentes.
- e) Las cortes supremas cuentan con el mecanismo de *certiorari* para la selección de los asuntos que deben conocer, lo que importa tener filtros positivos que conducen a un pronunciamiento sobre una materia que se considera de interés general.
- f) Las cortes supremas no conocen del recurso de casación.
- g) Las cortes supremas privilegian la unificación de jurisprudencia, dando prioridad al *ius contitutionis* sobre el *ius litigatoris*.
- h) Las cortes supremas conocen de asuntos que son muy inferiores en números a los que conoce un tribunal supremo o corte de casación.
- i) La posibilidad de generar una igualdad en la aplicación e interpretación del Derecho con miras más generales respecto de un asunto particular es alta, no sólo porque es la finalidad que se persigue con el precedente, sino porque atendido el bajo número de asuntos es posible que sus fallos sean entendidos, conocidos y respetados por el resto de los jueces y de la comunidad.
- j) La falta de respeto a un precedente por parte de un juez en forma no razonada importa una infracción moral por violar la igualdad ante la ley, la justicia y la seguridad que se persigue en la aplicación del Derecho respecto de todos los ciudadanos, por lo que semejante conducta resulta impensable dentro del sistema.

<sup>89</sup> GARAPON y PAPADOPOULOS (2006), p. 234.

k) La corte no tiene limitación formal para establecer la órbita dentro de la cual debe ejercer sus atribuciones, careciendo de sentido las superadas distinciones existentes en los sistemas casacionales de cuestiones de hecho y de derecho, entre leyes procesales y sustanciales, leyes procesales *ordenatoria* y *decisoria litis*, etc., las que sólo se conciben en el *civil law* como filtros negativos cada vez más difusos para impedir la revisión de determinados asuntos.

### XIII. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS TRIBUNALES SUPREMOS Y LAS CORTES DE CASACIÓN

Por otra parte, conforme con el derecho comparado y nacional, respecto de los tribunales supremos y las cortes de casación podemos constatar como concurrentes principales las características siguientes:

- a) Son tribunales que no ejercen el control de constitucionalidad de las leyes, dado que esa misión se ha entregado a los tribunales constitucionales dentro de la estructura política.
- b) Son tribunales que cuentan con un gran número de ministros.
- c) Funcionan divididos en salas o cámaras para el conocimiento de los asuntos.
- d) Convocan a miembros que no pertenecen a ellos para el conocimiento y resolución de los asuntos que conocen, conociéndose la existencia de abogados integrantes y de ministros suplentes.
- e) Son tribunales que no cuentan con el mecanismo de *certiorari* para la selección de los asuntos, tendiendo a establecer requisitos de admisibilidad de carácter formal mediante filtros negativos que conducen a que la mayoría de los asuntos terminen con sentencias que declaran la inadmisibilidad –basadas muchas veces en cuestiones meramente formales– o bien, basado en semejantes razones, en el rechazo de los recursos.
- f) Son tribunales que por lo general conocen del recurso de casación.
- g) Son tribunales que generalmente privilegian la solución de conflictos particulares dando primacía al *ius litigatoris* sobre el principio de unificación de jurisprudencia, existiendo un desconocimiento o falta de valoración del precedente como una subordinación del papel del *ius constitutionis* al *ius litigatoris* en la solución de sus conflictos.
- h) Son tribunales que conocen miles de asuntos al año.
- i) La posibilidad de generar una igualdad en la aplicación e interpretación de la ley con miras más generales que respecto de un asunto particular es imposible, porque la finalidad que se persigue al fallar es la solución de un asunto en particular, con una visión retrospectiva, más que con un énfasis general y con miras prospectivas o hacia futuro, a regir respecto de diversos asuntos. Además, atendido el alto número de asuntos, es imposible conocer los fallos pronunciados por el Tribunal Supremo por el resto de los jueces y la comunidad, quedando limitada su eficacia al caso particular, sin perjuicio de que la doctrina de una jurisprudencia se asiente por una multiplicidad de fallos.
- j) No se propugna el respeto del precedente, sino que llega incluso a sostenerse que tratar de establecer la necesidad de acatarlo atentaría en contra de la independencia de los jueces.

k) Limitan el conocimiento de los asuntos sólo a las denominadas cuestiones de derecho, gozando de plena aplicación para que operen como filtros negativos distinciones superadas como las cuestiones de hecho y de derecho; leyes procesales y sustanciales; leyes procesales *ordenatoria* y *decisoria litis*, etc.

#### XIV. CONCLUSIONES

Creemos que la evolución de un sistema democrático de las cortes de Justicia deberá tender en el siglo XXI hacia las características que hemos señalado de las cortes supremas. Por ello, deberán adoptarse las medidas para regular su composición, funcionamiento y atribuciones de manera de poder lograr los objetivos que justifican su existencia.

Lo que no resulta posible es pretender concebir tribunales superiores que puedan cumplir a la vez las funciones de tribunal de instancia, de casación y de unificación de jurisprudencia, puesto que la forma de composición, funcionamiento y atribuciones son distintos en cada caso, como lo son los instrumentos y finalidades que deben perseguir dentro del sistema jurídico.

De acuerdo con ello es que no resulta entendible por la ciudadanía que en algunos casos nuestra Corte Suprema, con una misma composición, integración y funcionamiento, ante una diversidad de procedimientos basados en diversos principios, pueda ser:

- a) Un tribunal de segunda instancia y como tal revisor de los hechos y el derecho, como ocurre en los recursos de apelación en la protección, amparo, amparo económico y en la reclamación contra fallos del Tribunal de la Libre Competencia;
- b) Unificador de jurisprudencia en materia laboral y en proceso penal;
- c) Tribunal de casación en materia civil;
- d) Tribunal de instancia meramente de derecho en la casación en el fondo, al dictar sentencia de casación y, en caso de acoger el recurso, la sentencia de reemplazo, y
- e) Soberano en atribuciones en virtud del ejercicio de facultades disciplinarias en el conocimiento del recurso de queja.

Adicionalmente, en todas esas materias es posible que una Sala de la Corte Suprema sea integrada por abogados integrantes que no forman parte de ella. Muchas veces, ellos sumados a un solo ministro pueden imponer un criterio diverso a la de los otros dos ministros que la componen permanentemente, y sólo respecto de quienes ha sido regulado minuciosamente su nombramiento por nuestra Carta Fundamental para la efectiva participación de todos los órganos políticos.

Finalmente, se puede constatar que el diseño que se contempla por el legislador para la Corte Suprema no es el adecuado, desde que a poco andar en la historia de nuestro país dejó de funcionar en Pleno para funcionar en Salas. Por otra parte, desde hace muchas décadas nunca ha funcionado en forma ordinaria, sino que conforme al funcionamiento extraordinario por habersele asignado funciones resolutorias de conflictos particulares más que de generadora de precedentes.

En síntesis, nuestra Corte Suprema no está exenta de lo que acontece en muchos países que se encuentran observando a sus tribunales superiores, especialmente en Europa. Todos ellos están luchando en pos de dotarlos de una identidad que les permita consolidar un sistema que conduzca a la máxima eficacia y uniformidad en el ejercicio de su función jurisdiccional y alcanzar el reconocimiento por parte de la comunidad.

En un sistema democrático —considerando que el mismo constituye un ideal al cual se debe tender— no cabe pretender que las instituciones no se adapten a los cambios necesarios para alcanzar sus fines.

Por ello se nos ha señalado por Robert Dahl, destacado profesor de Yale, que “desde la perspectiva de los países no democráticos, el desafío consiste en ver si pueden realizar *la transición* a la democracia y cómo van a hacerlo. Para los nuevos países democráticos, el reto es ver si y cómo pueden ser reforzadas las nuevas instituciones y prácticas democráticas o, como dirían algunos politólogos, si pueden ser *consolidadas* de forma de pasar la prueba del tiempo, el conflicto político y la crisis. Para las viejas democracias, el reto estriba en perfeccionar y *profundizar* la democracia<sup>90</sup>.”

Esperemos que para consolidar y profundizar nuestra democracia podamos, en el siglo XXI, dotar a nuestra Corte Suprema de una plena y clara identidad acorde con dicho sistema político en que se contempla la participación de diversos agentes, con nuevos y modernos procedimientos orales, y, finalmente, y quizás lo más importante, con la existencia de una nueva institucionalidad que vele por el respeto de la supremacía constitucional; la igualitaria, uniforme, cierta y racional aplicación del Derecho, y la debida y plena protección de los derechos fundamentales.

Como base del principio de la igualdad de trato que debe regir en una democracia, debemos tratar de acercarnos lo más posible a cumplir con la exigencia de tratar los casos semejantes de modo semejante, de manera que en base a la razón y la justificación de la decisión se demuestre que no estamos ante una norma jurídica *ad hoc* y tampoco *ad hominem*<sup>91</sup>.

Algarrobo, 21 de mayo de 2016.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCATINO, Daniela (2014): “Una revisión del concepto de fuentes del derecho a propósito de la posición de los precedentes judiciales en el sistema jurídico chileno”, en ATRIA, Fernando *et al.* (editores), *Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés* (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters).
- ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de Argumentación jurídica* (Madrid, Trotta), 873 pp.
- BORDALÍ, Andrés (2013): “Los jueces al acecho”, en *Anuario Derecho Público N° 1*, Universidad Diego Portales, pp. 97-109.

<sup>90</sup> DAHL (2012), p. 2.

<sup>91</sup> MACCORMICK (1987), p. 162.

- BRAVO HURTADO, Pablo (2013): "Hacia los precedentes en Chile: Reforma procesal civil y fuentes del Derecho", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 2, pp. 549-576.
- BURKHARD, Hess y JAUERNING, Othmar (2015): *Manual de derecho procesal civil* (trad. Roig Molés, Eduard, Madrid, Marcial Pons), 573 pp.
- COUSO, Jaime y MERA, Jorge (2011): *Precedentes y justicia penal* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), 338 pp.
- CROSS, Rupert y HARRIS, J.W. (2012): *El precedente en el derecho inglés* (trad. Pulido, M<sup>a</sup>. Angélica, Madrid, Marcial Pons), 280 pp.
- DA ROSA DE BUSTAMANTE, Thomas (2016): *Teoría del precedente judicial. La justificación y aplicación de las reglas jurisprudenciales* (Lima, Legales Ediciones), 585 pp.
- DAHL, Robert A. (2012): *La democracia* (trad. Vallespín, Fernando, Barcelona, Ariel Quinta Esencia), 272 pp.
- DE LA FUENTE HERNÁNDEZ, Nancy (2011): "El *certiorari* en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil", en LETURIA, Francisco (editor), *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?* (Santiago, Universidad Católica de Chile, Universidad Diego Portales, Fundación Libertad y Desarrollo), 600 pp.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Casación, oralidad y nuevo proceso civil* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago), 93 pp.
- GARAPON, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis (2006): *Juzgar en Estados Unidos y en Francia: Cultura jurídica francesa y common law* (Colombia, Legis Editores), 304 pp.
- HAZARD JR., Geoffrey y TARUFFO, Michele (2006): *La justicia civil en los Estados Unidos* (trad. Gascón Inchausti, Fernando, Navarra, Editorial Aranzadi), 332 pp.
- LOUSADA A., José Fernando y RON L., Ricardo Pedro (2015): *La independencia judicial* (Madrid, Dykinson) 138 pp.
- MACCORMICK, Neil (1987): "Why Cases Have Rationes and What these are", en GOLDSTEIN, L. (coordinador): *Precedent in Law* (Oxford, Clarendon) pp. 155-182.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2012): "El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica", en *Revista Ius et Praxis*, Año 18 N° 1, pp. 249-266.
- MORELLO, Augusto (1997): *Admisibilidad del recurso extraordinario* (Buenos Aires, Abeledo Perrot), 192 pp.
- NASH ROJAS, Claudio (2012): "Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador), *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (Santiago, Librotecnia), pp. 359-387.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2010): *El recurso de casación* (Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales" en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador), *El diálogo*

- transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (Santiago, Librotecnia), pp. 279-359.
- PÉREZ MARTÍN, Agustín y SUÁREZ ROBLEDANO, José (2015): *Independencia judicial y Consejos de la Judicatura y Magistratura (Europa, EE.UU. e Iberoamérica)* (Barcelona, Atelier Libros Jurídicos), 462 pp.
- RADBRUCH, Gustav (1967): "El fin del derecho" en RADBRUCH, Gustav *et al.*, *Fines del Derecho. Bien común, justicia y seguridad* (trad. Kuri Breña, Daniel, Ciudad de México, Unam), 95 pp.
- SAGÜES, Néstor Pedro (2010): "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8 N° 1, pp. 117-136.
- SQUELLA, Agustín (2007): *¿Qué es el Derecho? Una descripción del fenómeno jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TARUFFO, Michele (2005): *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil* (Lima, Palestra Editores).
- *¿Una reforma de la casación civil? Proceso Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
  - "Las funciones de las cortes supremas", en TARUFFO, Michele, *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho* (trad. Aramburo Calle, Maximiliano, Madrid, Marcial Pons), 600 pp.
  - *Proceso y decisión* (trad. Bochichio, Daniela y Valle, Federico, Madrid, Marcial Pons), 285 pp.