

EL RECURSO DE CASACIÓN DEBATIÉNDOSE ENTRE EL "CERTIORARI" Y EL PRECEDENTE

THE CASSATION RECOURSE IN A QUANDARY
BETWEEN "CERTIORARI" AND PRECEDENT

OMAR ASTUDILLO CONTRERAS*

*Cuando Napoleón se enteró de la primera interpretación de su "Code", exclamó:
"¡Mi Código está perdido!..."*

RESUMEN: Entre sus innovaciones, el proyecto del "Nuevo Código Procesal Civil" contempló la supresión del recurso de casación en el fondo y su reemplazo por el denominado "recurso extraordinario", comportando un giro relevante en el estatuto procesal civil vigente y en los demás regímenes recursivos, puesto que supuso incorporar figuras hasta ahora extrañas a nuestro ordenamiento: el certiorari y la idea del "precedente". La consecución de objetivos tales como la seguridad jurídica y la igualdad de trato confieren una natural dosis de legitimación a iniciativas como la enunciada. Sin embargo, la circunstancia de que pretenda alcanzarse valores compartidos no siempre significa que deban serlo también los instrumentos utilizados ni que los mismos puedan resultar los más idóneos o eficaces para esos fines. Puede coincidir en el diagnóstico, pero eso no quiere decir que tenga que desecharse la posibilidad de seguir escrutando la bondad de las soluciones propuestas o que no deba perseverarse en la búsqueda de alternativas capaces de hacer frente a una inquietud común. En síntesis: ¿es tan preciso eliminar el recurso de casación en el fondo o bastará con reformularlo?

ABSTRACT: Among its innovations, the project of "New Code of Civil Procedure" replaces the recourse of "casación en el fondo" by the so-called "extraordinary recourse". With this innovation, the aforementioned project entails a significant turning point in the civil procedure and others regimes of recourses, endowing to our system hitherto alien institutions: certiorari and the idea of "precedent". Accomplishing objectives such as legal certainty and equal treatment confers a natural dose of legitimacy to the initiatives aforementioned. However, the pursuit of shared values do not always entail to share the same mean, neither that it be the most appropriate or effective arrangement for these purposes. You can be coincident in the diagnosis, but that does not mean you have to discard a deeper scrutiny about the goodness of the proposed solutions or should not be further pursued in the search for alternatives capable of addressing a common concern. In summary: Is it so necessary eliminate the recourse of "casación en el fondo" or is it enough to simply re-formulate it?

PALABRAS CLAVE: Certiorari, recurso extraordinario, recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, precedente, autoprecedente.

KEYWORDS: Certiorari, extraordinary recourse, recourse of "casación en el fondo", Supreme Court, precedent, auto-precedent.

I. INTRODUCCIÓN

De tiempo en tiempo, en el ámbito académico, gremial o político surgen voces sobre la necesidad de redefinir el rol de la Corte Suprema en nuestra organización y

* Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Laboral, Universidad Adolfo Ibáñez. Ministro de la última Corte de Apelaciones de Santiago.

ordenamiento jurídicos. Una de sus últimas manifestaciones estuvo constituida por el proyecto de ley que establece (o establecía) el “Nuevo Código Procesal Civil”, por la vía de contemplar la supresión del recurso de casación en el fondo y su reemplazo por el denominado “recurso extraordinario”¹. Un somero repaso de algunos artículos o publicaciones, e incluso de la cobertura periodística brindada en su momento, lleva a advertir que uno de los aspectos más polémicos de ese proyecto de ley fue precisamente la pretendida introducción en nuestra realidad procesal del “recurso extraordinario”. Tan cierto es lo que se dice que la H. Cámara de Diputados silenció su parecer sobre el tipo de recurso que debiera ser conocido por la Corte Suprema o, expresado derechamente, no aprobó la propuesta inserta en la enmienda a que se alude².

Las ideas matrices que inspiraron ese nuevo recurso se entroncan en la invocación de razones de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley (o en la aplicación de la ley), renovadas con ropajes del bien común que debiera prevalecer sobre el interés particular. Para la consecución de esos objetivos se ofrecieron dos instrumentos estrechamente relacionados: el *certiorari* y el *precedente*, de innegable raigambre anglosajona.

Difícilmente podría discutirse que la certeza, la seguridad jurídica y, especialmente, la igualdad de trato no sean valores a los que tenga que aspirar cualquier sociedad. Lo esperable y deseable es un escenario en que las personas sepan a qué atenerse y planificar sus vidas. Soslayamos, conscientemente, que el tema de la previsibilidad o predictibilidad, tanto del Derecho como de la forma en que va a ser aplicado, no concilia necesariamente con el valor de la justicia. El propio Radbruch, reconocido como un gran teórico en la materia, advertía que la uniformidad en la aplicación del derecho puede traer consigo que “lo injusto se reparte justamente y por igual entre todos, por donde el restablecimiento de la justicia requiere, ahora, antes de nada, un trato desigual, es decir, una injusticia”³ o, como lo expresa Ferrajoli, que en obsequio a la igualdad son las diferencias las que deben tutelarse, de modo que no tiene sentido contraponer igualdad a diferencias. Discriminar es no respetar las diferencias⁴.

Tal cual acontece con muchas cosas de la vida, el punto sigue siendo cómo lograr esos fines, cómo propender a ellos, sin sacrificar otros valores igualmente caros.

Se ha considerado que la solución pasaría por dotar a la Corte Suprema de un mecanismo de selección discrecional de los asuntos (*“certiorari”*) y por potenciar el valor del *“precedente”*. Para eso, sería preciso que el máximo tribunal disminuyera ostensiblemente sus pronunciamientos, porque en la profusión de sentencias no puede existir un criterio a seguir, de manera que el máximo tribunal sólo tendría que intervenir para

¹ Ver proyecto contenido en Mensaje Presidencial, Boletín 8197-07, disponible en www.bcn.cl, visitado el 21 de julio de 2016.

² Ver texto aprobado por la H. Cámara de Diputados, Oficio N° 11.172 de 7 de mayo de 2014, disponible en www.bcn.cl, visitado el 21 de julio de 2016.

³ RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1997, p. 44.

⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, pp. 79-89.

señalar directrices de recta interpretación de la ley cuando haya un "interés general" que así lo justifique. Se pregona el fracaso de la casación en el fondo —que de tanto que la han matado, todavía no muere—, porque ésta se traduciría en un recurso para la resolución de casos concretos, una suerte de tercera instancia que importaría abdicar del verdadero rol que ha de cumplir un órgano ubicado en la cúspide de la organización.

Iacoviello apuntaba que la historia de la casación es la historia de la atribulada búsqueda de una identidad, en cuanto a si es un instrumento de control de legitimidad o el último juez del hecho⁵. Podría añadirse a ello la permanente tensión que le ha acompañado en su recorrido, puesto que la actividad del órgano jurisdiccional sólo se produce por el impulso de la voluntad del recurrente, que "compagina mal" con las notas de publicidad que también están presentes en los fines del recurso (la uniforme aplicación del Derecho). Lo que mueve al recurrente es obtener una decisión favorable a su pretensión, en tanto que el Estado actuaría fundamentalmente para proteger el ordenamiento jurídico, asegurando la uniformidad en la aplicación de la ley⁶.

En esa disputa secular, estaríamos presenciando un intento de triunfo definitivo del *ius constitutionis* en desmedro del *ius litigatoris*. Ya no tendríamos una Corte Suprema dedicada a resolver conflictos de particulares. No faltaba más. La Corte Suprema no está para hacer justicia, como "un tribunal cualquiera". Su función debiera encontrarse a la par de su poder jurídico y político que se vería robustecido con el recurso extraordinario, "a través del cual se fortalece el rol de la Corte Suprema como máximo tribunal de la República"⁷. Sin embargo, ello también significa que un error de derecho, una equivocada interpretación de la ley, en otras palabras, una decisión "injusta", no será razón suficiente para la intervención de la Corte Suprema⁸, porque de ahora en adelante sería preciso que ese tribunal "*estime que concurre un interés general*" que lo haga necesario.

En esa concepción, parafraseando a Serra Domínguez, un recurso como el "extraordinario" ni es recurso ni es jurisdiccional.

La tesis que procuraremos postular es que la importación de instrumentos foráneos puede traer consigo más costos que beneficios; que, siendo prudentes, resulta cuando menos dudoso que tengan la capacidad de responder a las expectativas que les son atribuidas generosamente, y, en fin, que no parece adecuado innovar del modo que ha venido sugiriendo parte de la doctrina nacional.

Aparentemente, el camino más aconsejable sería efectuar modificaciones de adecuación al régimen de recursos vigente y, por cierto, incorporar correcciones a su actual funcionamiento.

⁵ IACOVIELLO, Francesco Mauro, "El control de la casación sobre la motivación", en *Nueva Doctrina Penal*, 2002/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, p. 49.

⁶ DE LA PLAZA, Manuel, *La casación civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 30-34.

⁷ Mensaje 004-360, que inicia el Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil, p. 23.

⁸ BRAVO HURTADO, Pablo, "Hacia los precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y fuentes del Derecho", en *Revista Chilena del Derecho*, vol. 40 N° 2, 2013, p. 567.

II. LAS MOTIVACIONES PARA SUPRIMIR LA CASACIÓN EN EL FONDO

El “Primer Informe de la Comisión de Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados”⁹ entrega alguna información para entender las razones que legitimarían los instrumentos proyectados. Los argumentos que parecen haberse tenido en cuenta podrían reseñarse en los términos siguientes: a) La casación no ha logrado satisfacer la indudable necesidad de alcanzar los ideales de igualdad de trato y seguridad jurídica; b) En un sistema democrático lo deseable es que la ley se aplique igualitariamente para todos y no con una orientación dirigida a hacer justicia al caso particular. Se debe otorgar primacía al interés general, para lo cual habría que fijar la mirada en ejemplos como el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que “no se comporta como un tribunal que atiende casos particulares”, y c) Desde una óptica fincada en el uso racional de los instrumentos, no tendría mucho sentido mantener una Corte Suprema destinada a solucionar “casos concretos”, porque ello resultaría incluso contraproducente en términos de cifras: el tribunal recibe ingresos de 4.000 casaciones, universo que, por una cuestión de volumen, hace impracticable la fijación de criterios jurisprudenciales o la formación de verdaderos precedentes. (Una fórmula con innegables rastros “taruffianos”: a mayor número de sentencias de casación, menor posibilidad de precedente)¹⁰. Así, se acentúa que entre 2005 y 2011 ingresaron cerca de 11.000.000 causas al sistema civil, de las cuales no más de 16.000 significaron recursos de casación, o sea, una cifra ínfima; y, en la medida en que no más del 13% de los recursos de casación son acogidos y que más de la mitad son desechados por mecanismos de selección “negativos” o por filtros “preliminares”, se tiene que es poco lo que se “pierde” al eliminar la casación, con la ganancia que pasaríamos a disponer de una técnica de selección “positiva”.

Subyace entonces la idea de que la conformación actual del recurso de casación importaría centrar su atención en la justicia del caso concreto, lo que acabaría “particularizándolo”, de manera que la interpretación y aplicación de la ley quedarían fuertemente determinadas por circunstancias específicas, lo que se contrapone a la adopción de lineamientos globales, capaces de funcionar como “precedentes” a la hora de resolver asuntos futuros. Ocurre que el control de la legalidad de las decisiones puede realizarse con arreglo a criterios de orden general o con miras a tutelar el derecho individual, de manera de asegurar la revisión a la persona involucrada en la controversia. A favor de esta última alternativa se ha manifestado que “un proceso no es un instituto destinado a proteger el ordenamiento jurídico, por lo que si la casación es verdaderamente un

⁹ Documento integrante del Boletín 8197-07, especialmente pp. 493 a 503, disponible en www.bcn.cl, visitado el 21 de julio de 2016.

¹⁰ Para Taruffo la autoridad de los pronunciamientos de un órgano sería inversamente proporcional al número de veces en que se expresa. Aclaremos, eso sí, que alude a un tribunal que dicta más de 10.000 sentencias por año. TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo*, Editorial Palestra, Lima, 2006, pp. 145-150. En el mismo sentido, TARUFFO, Michelle, “Precedente y jurisprudencia”, p. 29, en *Reflexiones sobre Derecho procesal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2016.

ente procesal y no un aparato político (...) la función de protección del ordenamiento jurídico tiene que serle directa e inmediatamente ajena (...)”¹¹. Morello precisaba que lo que mejor justifica a la casación es la realización de la justicia en la solución final de la controversia, destacando que este recurso no se agota en la defensa de la ley, sino que es “un formidable instrumento para hacer justicia. Resguarda el interés tutelable del litigante, y de su derecho a recurrir. Nos parece que no es otra su más importante razón de ser”¹².

Sin eufemismos, Jordi Nieva llama a sincerar estas iniciativas de selección vía *certiorari*, afirmando que con ello no se busca otra cosa que restar asuntos al Tribunal Supremo; que la protección del ordenamiento jurídico se logra anulando las sentencias que lo contrarían; que, del mismo modo que nuestros legisladores no se ocupan de la justicia para el caso concreto, los tribunales supremos anglosajones tampoco lo hacen, por idéntica razón, es decir, porque son tendentes a establecer reglas generales y abstractas, y, en fin, que en el *civil law* una Corte Suprema “pertenece sin ninguna clase de vacilaciones, ni históricas ni dogmáticas, al Poder Judicial, y, por tanto, sí debe ocuparse de esa justicia...”¹³.

En un entorno marcadamente inclinado a la protección de los derechos de la persona, lo que debe comprender el régimen de recursos, la selección discrecional de los asuntos parece ir a contramano.

De otro lado, las estadísticas acostumbra a ser arma de doble filo y destinatarias de muchas lecturas. Una de ellas se engarza con un hecho que es casi de pública notoriedad: prácticamente el 80% de los ingresos de causas civiles a los tribunales de primera instancia corresponde a procesos de tramitaciones masivas y estandarizadas (cobranzas y preparación de cobranza de créditos del *retail* y del sistema financiero)¹⁴, en los que difícilmente va a surgir algún extremo jurídico digno de sentar un precedente. Por lo tanto, asumir, dentro de esa globalidad, que los ingresos en casación son “ínfimos”, corresponde a una conclusión que puede ser puesta en duda. En sentido estricto, el parámetro de comparación debiera estar determinado por la naturaleza de los asuntos, en la medida en que ese factor sí puede ser indicativo de las materias que, en los hechos y en el Derecho, son potencialmente recurribles de casación, vale decir, la porción del 20% de los ingresos de los juzgados civiles que es recurrida ante las cortes de apelaciones.

¹¹ GUASP, Jaime y ARAGONESE, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, Thomson Civitas, Séptima Edición, Madrid, 2006, Tomo II, p. 504.

¹² MORELLO, Augusto M., *La Casación. Un modelo intermedio eficiente*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, p. 110.

¹³ NIEVA FENOLL, Jordi, *El recurso de casación*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 19 y 26.

¹⁴ En lo que puede ser considerada como una muestra representativa, al 31 de diciembre de 2013, los 30 juzgados civiles de Santiago mantenían en tramitación un total de 253.621 procesos, de los cuales 206.261 corresponden a cobros de créditos cambiarios, realizaciones de garantías reales, ejecuciones en general y gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, que constituyen 81,27% del total. Fuente: Información procesada a partir del “Inventario de Causas”, disponible en la intranet del Poder Judicial.

En ese orden de ideas debe enfatizarse que según estadísticas recientes, durante 2013 los ingresos de casaciones en el fondo civil alcanzaron un total de 2.244 y los recursos de casación en la forma llegaron a 154 durante todo ese año. En el mismo período, los ingresos totales de la Corte Suprema, en todas sus competencias, alcanzaron 17.398 causas. Por lo tanto, las casaciones civiles en el fondo (2.244) representaron un 12,9% del universo de causas que acceden a la Corte Suprema por distintas vías¹⁵. Otros análisis estadísticos revelan que entre 2010 y 2015 los recursos de casación en el fondo civil –repartidos entre la Primera y Cuarta Sala de la Corte Suprema– alcanzaron un ingreso promedio anual de 3.011 recursos. Respecto a los recursos de casación en el fondo “terminados” entre 2010 y 2015, su promedio anual fue estimado en 3.200 recursos. En lo que concierne a los motivos de terminación de los recursos de casación, la proporción es la que se indica enseguida, presentada decrecientemente: a) Rechazados: 42,1%; b) Inadmisibles: 21,9%; c) Desestimados por manifiesta falta de fundamento: 12,5%, y d) Acogidos: 10,5%¹⁶.

Con la perspectiva que confieren esos datos, no parece tan ajustado a la realidad hablar de un nulo o depreciado efecto persuasivo de una jurisprudencia sometida a inflación, primero, porque ni aquí ni en los países del *common law* constituyen precedente los casos no elegidos (o rechazados *in limine*) que forman parte del grueso de los recursos desechados (bordeando el 80% conforme a los datos reseñados). Luego, valiéndonos de la proporción invocada, si resultan acogidos alrededor de un 10% de los recursos de casación, quiere decir que en el mes se emiten 27 sentencias “de fondo” (6 324 por año), cantidad que razonablemente no puede ser tenida por un volumen de entidad tal que devalúe la doctrina jurisprudencial. Eso en lo que a pura cantidad se refiere.

Entonces, desde una mirada pragmática esas cifras no debieran abrumar en demasía, pero sí colocan una interrogante acerca de la verdadera necesidad de la enmienda. Considerando los ingresos promedio anuales de casaciones en el fondo “civiles”, si hay algo que no tendría mucho sentido sería atribuir a la Corte Suprema el rol de hacer una selección entre cinco o seis causas al día, en su funcionamiento extraordinario. Se entiende entonces que ante la misma Comisión el profesor Raúl Tavolari destacara que si es tan escaso el número de casaciones, entonces ese dato sólo significa “que no se divisa razón por la cual debería eliminarse este instituto”¹⁷.

En cualquier caso, no es fácil comprender la invocación de intereses públicos llamados a primar *per se* sobre el interés privado. Aunque no esté ni haya estado necesariamente en la mente de quienes defienden el cambio, su discurso sugiere de alguna manera que el empleo de los recursos públicos debiera reservarse para quienes verdaderamente los necesitan y en las situaciones que estrictamente se precisa. Acontece que hoy en

¹⁵ Fuente: anexos del “Discurso Inauguración año judicial 2014”, disponible en www.poderjudicial.cl.

¹⁶ La proporción restante se reparte entre otros motivos de término, tales como deserciones (6%) y desistidos (2,6%). Fuente: Análisis realizados por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (DECS), año 2016.

¹⁷ Informe citado en nota N° 9, p. 499.

día existe una justicia privada progresivamente potente y una profusión de tribunales especialísimos. Esto da cuenta de una nueva realidad, validada en el trabajo diario. Los casos que ingresan a la administración (pública) de justicia —excluidos los procesos sobre cobranza de deudas— están esencialmente relacionados con aquellas personas que no están dispuestas a pagar una justicia privatizada o que no están en condiciones de hacerlo y con asuntos vinculados a su cotidianeidad. Son los juicios ordinarios de “cobro de pesos”, los juicios de arrendamiento de inmuebles urbanos, de cumplimiento/resolución de contratos, las indemnizaciones de perjuicios (denominación genérica), la acciones de “precario”, etcétera. Son esos “justiciables” los que están tras esos asuntos, son esas las personas que se exponen a ver mermados sus derechos, porque los otros tipos de conflictos, las “grandes causas”, los litigantes “poderosos”, han sido paulatinamente sustraídos de la justicia ordinaria.

III. UNAS BREVÍSIMAS NOTAS SOBRE EL “CERTIORARI” Y EL “PRECEDENTE”

Aunque resulte difícil hacerlo, será obviado en estas notas que en los Estados Unidos de América (de donde la estaríamos importando), la doctrina del *stare decisis* y el *certiorari* son funcionales a un esquema organizacional determinado y al tratamiento de asuntos cuya relevancia trasciende, de suyo, los límites del caso a resolver. La Corte Suprema de Estados Unidos constituye —en propiedad— un Poder del Estado cuya misión principal es velar por la supremacía constitucional y por el respeto de los derechos civiles. Así se comprende, por ejemplo, que haya tenido que definir temas como la segregación racial, la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva, las reglas de un debido proceso, el aborto y los derechos civiles en general, cuestiones que en nuestro sistema son resueltas primariamente por la ley y no por los tribunales ordinarios de justicia.

Como quiera que sea, ha de indicarse que las posibilidades de homologación entre el *common law* y el “derecho civil” resultan progresivamente tangibles, pero esa hermandad no se limita a las virtudes que se atribuyen a uno, comprende también los defectos que se predicen del otro. No todo lo que brilla es oro.

1. Sobre el “certiorari”

La historia demuestra que los procesos de colonización traen consigo la incorporación a los territorios conquistados de formas de vida, religión e instituciones. El origen del “*stare decisis*” está en Inglaterra, que, a su vez, legó su organización jurídica a los Estados Unidos de América. La doctrina del “*stare decisis*”, no está demás decirlo, se inserta como sello distintivo en la familia del *common law*, cuya característica prevalente —por lo menos en su inspiración originaria— radica en que su Derecho no es de origen exclusivamente legislado (que sí lo tiene), sino también de fuente jurisprudencial. Es el derecho de los casos. Gruesamente planteado y prescindiendo de los matices que sin duda existen, esto significa que en la tradición del *common law* el derecho es creado y

formado por los jueces¹⁸. No es difícil deducir que en ese esquema resulta indispensable dotar de fuerza vinculante a la decisión jurisdiccional, de un modo equivalente a la sujeción que se debe entre nosotros a la ley.

En una suerte de traducción etimológica (nada de rigurosa, cabe advertir), acomodada a lo que pueda resultarnos más reconocible, "*stare decisis*" designa la idea de "estarse a lo decidido", lo que supone –por cierto– que existe un caso anterior, similar al que debe ser resuelto con posterioridad. Consiste, por ende, en respetar lo fallado con antelación y, en eso, semeja mucho a la noción de cosa juzgada. Aun cuando el asunto no es tan rígido como pasa a presentarse y siendo también cierto que en los Estados Unidos de América la doctrina del "*stare decisis*" es todavía más flexible que en el derecho inglés, el principio a que se alude, que actúa vertical y horizontalmente, es susceptible de enunciarse en los términos siguientes: a) todo tribunal está obligado a seguir y aplicar los precedentes del tribunal jerárquicamente superior (precedente vertical), y b) a su vez, los tribunales superiores están obligados a seguir sus propios precedentes (precedente horizontal, que rige de un modo muy atenuado en EE.UU.)¹⁹.

Desde luego, la doctrina que ha quedado apretadamente descrita tiene su inspiración y fundamento en las aspiraciones de certeza y seguridad, comunes a las tradiciones jurídicas. Mientras el "*civil law*" o la familia romano-germánica ha centrado históricamente sus intentos en la escritura del derecho, el *common law* emprendió su búsqueda por la vía del precedente.

En términos simplificados, dando otra muestra del pragmatismo que caracteriza a los "norteamericanos", al constatar la precariedad de su estructura y organización judicial originaria²⁰ y la consecuente recarga de trabajo que comenzara a evidenciar el Tribunal Supremo, las soluciones para el manejo de esa realidad, distanciadas en el tiempo, terminaron siendo básicamente dos: a) la creación de tribunales intermedios, y b) la supresión de la "apelación improrrogable" y su reemplazo por una apelación sujeta a discrecionalidad, el "*certiorari*"²¹. En la dimensión que interesa para los fines de ese documento, el "*certiorari*" es una técnica de selección discrecional de los casos a conocer, "un remedio para la sobrecarga de asuntos"²². Opera sobre la base de la idea que corresponde a una facultad de la Corte Suprema decidir en qué casos va a intervenir,

¹⁸ DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 2010, pp. 290-291.

¹⁹ CROSS, RUPERT y HARRIS, J.W., *El precedente en el Derecho inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 23-27, 40-41, 123-128; ITURRALDE SENA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pp. 154-158.

²⁰ Inicialmente no existían "tribunales intermedios" o "cortes de apelaciones" y los mismos jueces del Tribunal Supremo debían actuar también como jueces de circuito y se daba el contrasentido que después el Tribunal Supremo tenía que revisar, vía apelación, lo obrado por sus propios jueces, actuando como integrantes de un tribunal de distrito.

²¹ AHUMADA RUIZ, María de los Ángeles, "El 'certiorari'. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, N° 41, mayo-agosto 1994, pp. 91-109.

²² AHUMADA RUIZ (1994), p. 107.

en función de lo que ese mismo tribunal juzgue como "importante", según fueren sus propósitos, o por la concurrencia de "razones especiales" que lo ameriten²³. La vaguedad de tales expresiones y la ausencia de criterios reconocibles para que un observador externo sea capaz de discernir cuándo, cómo y por qué se admite un caso a revisión, hace que la discrecionalidad se acerque más bien a la "aleatoriedad", lo que ha llevado a decir que, en verdad, un caso es merecedor de *certiorari* sencillamente cuando cuatro de los nueve jueces de la Corte Suprema así lo deciden, queriéndose poner en relieve con ello que, al final del día, no sería más que una concesión graciosa²⁴. Aseveraciones de esa índole tendrían asidero si se considera que el *certiorari* trae consigo masivas selecciones negativas de asuntos que, en el caso de Estados Unidos, por toda respuesta reciben un lacónico "*petition for certiorari denied*", esto es, una decisión desprovista de fundamento²⁵; o que, tratándose de Argentina, caen "bajo la incansable guillotina del *certiorari* negativo que no sabe de concesiones"²⁶, amparada en la simple fórmula de citar el artículo 280 del Código Procesal de la Nación²⁷, por manera tal que ni siquiera resulta posible saber si esos rechazos implican validar la doctrina del caso desechado o si únicamente fue desestimada la elección por alguna razón que no llegó a ser conocida.

2. El precedente, pero ¿cuál es el precedente?

La disección de cualquier sentencia revela una argumentación escalonada y ascendente. De la exposición se pasa a la reflexión y de ahí a la resolución. Naturalmente, los efectos expansivos de un fallo no están en la decisión misma, que radica sus alcances en la causa en que incide. Antes bien, deben encontrarse en su motivación. Acontece que en la elaboración de una sentencia se vierten distintos tipos, niveles o grados de fundamentación, expresados, además, en un lenguaje que no siempre puede asirse de igual manera por todos sus lectores.

En el *common law* sólo constituyen precedente las consideraciones que han determinado la decisión (la "*ratio decidendi*" o el "*holding*") y no aquellas que se han manifestado incidental o colateralmente ("*obiter dicta*"). En efecto, únicamente la razón,

²³ Resumidamente expuesto, de acuerdo con la regla 10 de las "Supreme Court Rules", una de las posibilidades de conceder "*certiorari*" (que no significa estimación del reclamo del peticionario) atañe a la verificación de jurisprudencia contradictoria entre tribunales superiores o con relación a la doctrina del Tribunal Supremo. BIANCHI, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 169 a 180.

²⁴ AHUMADA RUIZ (1994), pp. 96 y 118.

²⁵ AHUMADA RUIZ (1994), p. 111; BIANCHI (1993), pp. 267-270.

²⁶ MORELLO, Augusto, *Admisibilidad del recurso extraordinario (El 'certiorari' según la Corte Suprema)*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1997, p. 91.

²⁷ En lo pertinente el citado artículo 280 dispone que: "... La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia".

el criterio o la “regla” que resuelve el caso es capaz de señalar una ruta futura para el propio tribunal que la ha utilizado y para los tribunales inferiores. En consecuencia, la doctrina del *stare decisis* demanda de sus destinatarios un esfuerzo de hermenéutica dirigido a discernir si existe una regla, cuál es ésta y en qué medida resulta adecuada para resolver el nuevo caso. Para ese efecto es clave diferenciar el principio o razón jurídica que sirve de soporte a la decisión, la *ratio decidendi*, de las consideraciones que no tienen ese carácter. Enseguida, se debe definir también si hay un precedente potencialmente aplicable; si el “caso” es realmente semejante (los hechos del caso) o si, por el contrario, es susceptible de distinción (“*distinguish*”); si hay nuevas o mejores razones para apartarse del precedente; o, inclusive, si ya es tiempo de abandonar la doctrina del precedente, al punto de derogarla (“*overrule*”). Quizá por ello Llewellyn llegó a exclamar que “los resultados son desesperantemente impredecibles. No es la mera incertidumbre lo que amarga; es el sentimiento de desesperada impotencia (...); y lo que es más fácil de ver como incorrecto es que los jueces, el tribunal, (...) se han desbocado y están haciendo lo que se les pasa por la cabeza”²⁸; o que en una de sus sentencias una Corte de Apelaciones de Estados Unidos haya afirmado que su decisión era tan mala que se tendría que saber que sería derogada y que un abogado que aconsejara a su cliente, confiando en ese fallo, habría demostrado su incompetencia²⁹.

No está demás dejar consignado que la permanencia de los fallos de la propia Corte Suprema de Estados Unidos se encuentra expuesta a los vaivenes de su composición, apuntándose, *u. gr.*, que sus integrantes no comparten necesariamente decisiones anteriores adoptadas por un Tribunal Supremo más liberal (de los años sesenta), “*pero lo que hará será siempre interpretar restringidamente esas decisiones con el fin de minimizar su impacto*” y, si logra reunir la mayoría necesaria, puede obtener que se aparte del rumbo trazado, para tomar uno nuevo³⁰.

En síntesis, el sistema del precedente supone también un ejercicio de interpretación asimilable al que debemos hacer los jueces a propósito del “juicio de derecho” en el sistema continental; y ya sabemos desde hace mucho tiempo que en esa actividad —positivistas y pospositivistas unidos— el juzgador debe escoger uno de los varios significados posibles de la regla, privilegiando diversos elementos de valoración (entre ellos el contexto social vigente) y que, en todo caso, la certeza es certeza mientras dura.

IV. PONIENDO EN RELIEVE ALGUNOS OBSTÁCULOS PARA UNA JURISPRUDENCIA ESTABLE, COHERENTE Y RAZONABLEMENTE UNIFORME

No es posible eludir que la eficacia del precedente —cualquiera que sea ésta— está determinada por el carácter vinculante de lo resuelto con anterioridad. De otra parte,

²⁸ Citado por LAPORTA, Francisco, en *El imperio de la ley. Una visión actual*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 127-128.

²⁹ ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 137.

³⁰ POSNER, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 305.

tampoco pueden pasar inadvertidos los bemoles derivados de nuestra realidad judicial y legislativa.

Intentaremos abordar esos extremos en las líneas que siguen.

1. El Derecho "mal" legislado

Guste o no, el nuestro es un derecho escrito y, a veces, mal escrito. Dentro de ese marco estarían los primeros tropiezos para un instituto como el que se propicia. La seguridad jurídica exige un derecho positivo estable, no sujeto a cambios frecuentes y que los hechos sobre los que se basa ese derecho puedan establecerse con el menor margen de error posible³¹. Y en eso hay paño que cortar.

En lo que se refiere al derecho legislado, a los clásicos problemas de indeterminación (las lagunas, antinomias, la vaguedad semántica, la ambigüedad conceptual de las normas, entre otros) se añaden dos fenómenos que se han tornado regulares en nuestra realidad y que conspiran contra la estabilidad anhelada. Primero, "la huida hacia las cláusulas generales", reflejada en el empleo cada vez más frecuente de "*conceptos jurídicos indeterminados*", acompañados de un lenguaje "de textura abierta", que obligan a los tribunales a officiar una suerte de legislatura supletoria, asignando contenido a esas normas incompletas, y luego la producción legislativa "aluvial y contradictoria", esto es, "el número enorme de las leyes que cada año se dictan y que, como la mayor parte de ellas no contienen cláusulas derogatorias expresas, no termina de saberse si derogan o no derogan las anteriores", leyes hechas de prisa "que no tienen ayer y que no tienen mañana"³².

Esa forma de legislar termina siendo campo abonado para confusiones, decisiones dispares y variedad de comprensiones para un mismo tema. De este modo, la dispersión de pareceres o de pronunciamientos jurisdiccionales queda también condicionada por la falta de normas claras, por la profusión legislativa reinante y por la progresiva particularización de las reglas concebidas por los órganos colegisladores, cada vez más proclives a las reacciones coyunturales.

Respecto a la determinación de los hechos, puede intuirse con alguna facilidad que el Derecho recibirá una aplicación diferente o que no será aplicado, en función de los hechos que el juez determine, lo que ha llevado a sostener, inclusive, que el ideal de la certeza es un "mito jurídico", porque la naturaleza elusiva de los hechos haría prácticamente imposible predecir las futuras decisiones en la mayoría de los casos³³. Dando por descontado que el punto exige ciertas matizaciones, la renuencia a asignar efectos *erga omnes* a una sentencia pasa precisamente por la consideración de que cada causa

³¹ RADBRUCH (1997), p. 40.

³² Díez-PICAZO, Luis, "La justicia y el sistema de fuentes del Derecho", en *La vinculación del juez a la ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997, p. 216.

³³ FRANK, Jerome, citado por LAPORTA (2007), p. 129.

sería una individualidad en sí misma, difícilmente repetible, donde la realización del juicio de hecho juega un papel muy importante en esa singularización³⁴. Si esto es así, un sistema procesal gobernado por la valoración probatoria en sana crítica intensificaría las posibilidades de diferenciación³⁵.

2. La eficacia persuasivo/vinculante del precedente

Quedó esbozado con antelación que la doctrina del *stare decisis* afianza su operatoria en la obligatoriedad del precedente, pero su sustento no debiera encontrarse en la obediencia ciega e irrestricta a lo fallado con anterioridad, sino en la idea de que –al decir de Dworkin– todo juez está obligado a revisar lo que han escrito otros jueces, desde el momento en que tiene una responsabilidad institucional “de hacer avanzar la empresa que tiene entre manos y no dar un viraje hacia una dirección individual (...). El deber de un juez es interpretar la historia legal que encuentra, no inventar una mejor”³⁶.

En todo caso, quienes promueven la idea del precedente lo proponen con una fuerza morigerada para nuestro sistema³⁷. La seguridad jurídica, la uniforme aplicación del derecho no se obtendrían merced a la exclusiva ubicación institucional del tribunal que va a emitir sus pronunciamientos ni serán producto de la pura necesidad de acatarlos “porque sí”. De lo que se trata es que van a estar revestidos de la autoridad que emana de la bondad de las razones que sostienen ese pronunciamiento, del “prestigio intrínseco” que va a disipar y disuadir cualquier posibilidad de disenso, expandiendo su efecto virtuoso por todo el territorio nacional. Pues bien, para eso no bastan las buenas intenciones. Lejos de ello, es imprescindible la confluencia de múltiples factores. En lo inmediato, esa forma “débil” de precedente no tiene más alcance que el de una directriz y no está llamado a provocar más consecuencias que la probabilidad de ser dejada sin efecto la decisión que se aparte de él³⁸. De esa forma, y a fin de cuentas, terminaría siendo la reiteración sostenida de una misma doctrina judicial la que, paso a paso, va a ir entregando los grados de certeza requeridos, o sea, la jurisprudencia, tal y como la hemos venido conociendo.

³⁴ Con relación a esta idea, TARUFFO (2006), pp. 232-233.

³⁵ Sin que esto importe, valga aclararlo, una promoción del restablecimiento sistema probatorio de prueba legalmente tasada.

³⁶ Citado por SODERO, Eduardo, “Sobre el Cambio de los Precedentes”, en *Isonomía* N° 21, octubre de 2014, p. 217.

³⁷ En un sistema como el nuestro, Igartua refiere que la eficacia vertical/vinculante del precedente refleja –entre otras implicaciones– “la elaboración de una doctrina en la sede central y padecida en la periferia”. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 40 (2006), pp. 73 y 75.

³⁸ AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 126.

En rigor, la autoridad del pronunciamiento final se ve necesariamente reforzado o debilitado según la presencia o ausencia de algunos factores que actúan como condicionantes. A saber:

a) *La especialización*: Los grados deseables de especialización de quienes componen una sección o sala puede incidir razonablemente en el reconocimiento de una autoridad inherente a la decisión o dictamen. Por cierto, ha de tratarse de una especialización de orden sustancial y no derivada de una simple distribución de materias, que responde a un criterio puramente económico o de regulación de funcionamiento;

b) *Estabilidad en la integración de las salas*: Es evidente que los cambios bruscos o frecuentes en la composición del tribunal no contribuyen a la formación de precedentes o de criterios uniformes y reconocibles en la resolución de los asuntos. Tratándose de las cortes de apelaciones, contraproducentemente es la propia ley la que dispone una rotativa permanente y periódica, una vez por año³⁹. En el caso de la Corte Suprema, esas variaciones han tenido lugar en cuatro ocasiones en los últimos cinco años, entre las que destaca el cambio íntegro de la composición de la Cuarta Sala de la Corte Suprema, verificado en diciembre de 2014⁴⁰;

c) *Permanencia en la distribución de las materias*: Estrechamente ligado a lo anterior está el factor atingente a la asignación de los asuntos que deben ser conocidos por el máximo tribunal. Aporta poco a la estabilidad una regla como el artículo 99 del Código Orgánico de Tribunales que permite a la Corte Suprema establecer cada dos años las materias de las que conocerán cada una de sus salas. Esto trae consigo que temáticas relevantes pasen a ser conocidas por secciones y miembros distintos, con los subsecuentes cambios de criterio⁴¹, y

d) *El autoprecedente*: Naturalmente, el más alto tribunal debe decir la "última palabra", pero tanto o más preciso que ello es que diga una "única" palabra⁴² (no en el sentido aritmético, claramente), aspecto sobre el que volveremos enseguida.

V. OTRAS ADECUACIONES NECESARIAS Y DEL "AUTOPRECEDENTE" EN PARTICULAR

Al remontarse a los orígenes históricos de la casación puede apreciarse que surgió como un instrumento marcadamente político, de defensa del ordenamiento jurídico,

³⁹ El artículo 61 del Código Orgánico de Tribunales establece que para la constitución de las salas en que se dividen las cortes de apelaciones sus respectivos integrantes deben sortearse anualmente.

⁴⁰ Acuerdos de la Excm. Corte Suprema, contenidos en los documentos siguientes: a) Acta 121-2010, de 13 de agosto de 2010; b) Acta 138-2010, de 13 de septiembre de 2010; c) Acta 232-2014, de 26 de diciembre de 2014, y d) Acta 224-2015, de 22 de diciembre de 2015.

⁴¹ Un ejemplo de su impacto pudo verse en los pronunciamientos disímiles que hubo sobre una misma materia (responsabilidad civil-extracontractual de particulares) por la Tercera y Cuarta Salas de la Corte Suprema.

⁴² Aunque sobre esto el proyecto contempla una innovación interesante, contenida en su artículo 479, conforme al cual es posible promover la invalidación de una sentencia de la Corte Suprema que contraría su propia doctrina sin justificación.

destinado a impedir los desbordes en que pudieran incurrir los jueces, desatendiendo la ley, asumida ésta como una manifestación de la voluntad popular o soberana. Es dable sostener que una concepción como la bosquejada pudo ser tributaria de una particular visión del *iuspositivismo* (la ley tiene un significado “único”) y asociado a la autosuficiencia y completitud de la ley. En su evolución el instituto adquirió la fisonomía de un “recurso” propiamente dicho, entendido como un instrumento franqueado al litigante para alcanzar el éxito de su pretensión y que luego se ha venido erigiendo en una suerte de garantía para la igualdad de trato, expresada en la necesidad de propender a la uniformidad en la aplicación del Derecho.

Ahora bien, es cierto que el recurso de casación civil que nos rige precisa de algunas adecuaciones y de comprensiones renovadas del mismo, de manera que pueda atender a sus fines uniformadores. El propio Taruffo acepta (en el contexto del Derecho italiano) que su reorientación puede lograrse merced a algunas enmiendas, mencionando entre ellas la implementación de mecanismos de selección, pero bastante más tenues que los que se viene refiriendo. En tal sentido, sugiere excluir los recursos “manifiestamente infundados”, los recursos que impugnan cuestiones no decisivas para el resultado de la controversia (falta de influencia sustancial del error de derecho en la decisión), aquellos que buscan replantear asuntos relativos a orientaciones interpretativas ya aclaradas y consolidadas (cuando los planteamientos del recurrente contrarían jurisprudencia reiterada) y ampliar las posibilidades de pronunciamiento de sentencia de reemplazo, para el caso de ser estimado el recurso⁴³. Curiosamente, ése es un camino que tenemos transitado y, curiosamente también, ansía llegar a la cifra de 100 sentencias por año, baremo emanado de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, que sería el paradigma en la materia; y ya quedó señalado que, datos mediante, nuestra realidad no es tan lejana de ese supuesto ideal.

Como fuere, admitiendo —como se anticipara— que son necesarios algunos cambios es pertinente poner el acento en otras proposiciones efectuadas para perfeccionar el sistema. En ese orden de ideas, Romero Seguel designa como un error decisorio *litis* a tener en cuenta la “discriminación” en la decisión de casos análogos, entre otras propuestas⁴⁴. En cierta medida ello se conecta con lo que parece ser un razonable requerimiento que, hasta ahora, no habría encontrado la mejor solución: el “auto-precedente”.

Alguna doctrina, que consideramos autorizada, ha destacado que un buen juez será “aquél que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace”⁴⁵, lo que res-

⁴³ TARUFFO (2006), pp. 251-256.

⁴⁴ ROMERO SEGUEL, Alejandro, “Reforma Procesal Civil y los trasplantes jurídicos”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 29, enero 2014, pp. 73-74.

⁴⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, citado por GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Igualdad y respeto al precedente”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año 1, N° 2, 1993/1994, p. 214.

ponde al imperativo de universalizar las propias decisiones. De acuerdo con ese predicamento, la regla (concebida por el Tribunal Constitucional Español) consiste en que un mismo órgano jurisdiccional está llamado a resolver de modo uniforme los casos sustancialmente idénticos, pudiendo separarse de ese precedente únicamente cuando adopte un criterio diferente, de modo fundado y razonable, en términos que no sirva sólo para la resolución del "nuevo" caso sino que ha de ser funcional para decidir casos semejantes en el futuro. En suma, se proscriben las decisiones *ad hoc*. De esta forma, el respeto al precedente propio se traduce en la prohibición de modificar de manera arbitraria los criterios que un mismo tribunal ha empleado para la resolución de casos esencialmente similares⁴⁶.

En esa línea de pensamiento, Marina Gascón argumenta que la regla del precedente, genéricamente entendido, pretende satisfacer los fines de seguridad jurídica, en cuanto previsibilidad de la decisión; propende a la observancia del principio de igualdad formal, desde que garantiza que los casos iguales sean tratados de igual manera; ahorra tiempo al tribunal, puesto que si ya existe una solución jurídica para el caso no es necesario *justificarla* nuevamente (la fundamentación ya fue realizada al decidirse el caso anterior), pero hace especial hincapié en que el *autoprecedente* promueve, además, la racionalidad en la aplicación del Derecho, dado que, en estricto sentido, esta regla no es un instituto para la seguridad, estabilidad e igualdad jurídicas. De un modo más exacto, es un instrumento de racionalidad, "una garantía contra la arbitrariedad", cuya derivada es la unificación jurisprudencial, que se articula como un mecanismo de argumentación que exige de los tribunales seguir el precedente o justificar su abandono, demostrando que el nuevo criterio tiene propósitos de universalización. La autora se hace cargo también de los efectos que tendrían los cambios de composición del tribunal y las mecánicas de funcionamiento colegiado (distribución del trabajo en salas), cuestionándose en qué medida la regla del autoprecedente podría imperar en esas situaciones. Sobre lo primero (modificaciones en la composición), aduce que no se produce incompatibilidad, porque la regla no obliga primariamente a seguir el precedente, sino a justificar su cambio y lo normal es que esos cambios tengan lugar cuando varía la integración del órgano judicial; respecto a lo segundo (distintas salas con diferentes criterios), tras subrayar que "resulta mal entendido y peor admitido" para el público que en un mismo tribunal conviva jurisprudencia contradictoria, sugiere la posibilidad de implementar algún tipo de arbitrio de unificación dentro de ese tribunal⁴⁷.

Sucintamente expuesto, podría explorarse entonces la posibilidad de agregar a la vertiente clásica de la casación alguna causal o motivo que ponga remedio a la diferen-

⁴⁶ GASCÓN ABELLÁN (1993/1994), pp. 215-222.

⁴⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Racionalidad y (auto) precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones la regla del autoprecedente", en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, Diciembre, 10/2011, pp. 135-136, 140-142.

ciación arbitraria o que se genere algún instrumento o instancia para frenar la diversificación de pronunciamientos en una misma Corte de Apelaciones, respecto de casos reductibles a semejanza neurálgica, haciendo de ese modo realidad la proclamación del artículo 66 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales: *"Cada sala representa a la Corte en los asuntos de que conoce"*.

No debiera parecer tan extraviado lo que se insinúa. En lo que pudiera estimarse como un aspecto muy interesante del aludido proyecto de reforma procesal se contiene una regla, circunscrita a la Corte Suprema, que es concordante con lo delineado:

"Artículo 419.- Improcedencia de recursos. La resolución que fallare un recurso extraordinario no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 212."

Excepcionalmente, si se demostrare que la sentencia que se ha dictado contradice otra pronunciada por la misma sala especializada, pero sin que en el fallo se hubiere dejado constancia de haberse modificado la doctrina anterior, el recurrente podrá dentro del plazo de quince días solicitar al pleno que se anule la sentencia y que se proceda a una nueva audiencia por una sala no inhabilitada. Esta solicitud de nulidad será resuelta por el pleno sin audiencia pública de vista de la causa".

VI. CONCLUSIONES

El actual régimen recursivo, conformado por los distintos procedimientos reformados a la fecha (procesal penal, de familia y laboral), se caracteriza por su heterogeneidad, sea por las distintas modalidades de impugnación, por la competencia atribuida, por las diversas formas de conocimiento de los recursos, por el alcance de las posibilidades de revisión o por las facultades entregadas a los tribunales superiores a la hora de resolver los recursos y, en especial, a la Corte Suprema.

En nuestra cultura jurídica, el Código de Procedimiento Civil ha sido la fuente subsidiaria de las reglas procesales para las otras disciplinas. Visto así, una reforma al proceso civil está llamada a dotar a nuestro sistema procesal de un régimen recursivo que unifique las diversas vías de impugnación que se contemplan hasta hoy, en términos de asignarle coherencia y hacer efectivo el rol supletorio que debe cumplir el Código Procesal Civil en el ordenamiento jurídico procesal en general. Por lo tanto, tendría que adoptarse un modelo de impugnación de raigambre común, que sea capaz de servir de sustrato para todas las materias reformadas y no reformadas (asuntos contencioso administrativo, materias relativas al ejercicio de facultades conservadoras —recursos de amparo y protección— de policía local, etcétera) adaptándose a sus diferentes características. La reforma procesal civil es la última de las reformas procesales que resta por implementar. La fuerza de los hechos hace entonces que sea ella la que deba adecuarse a las que le han antecedido y no al revés, como habría sido esperable. No es un dato menor que hayan transcurrido más de quince años desde la puesta en marcha de la reforma procesal penal y otros ocho años desde la implementación de la reforma procesal laboral, de modo que los recursos previstos en esas

materias están en vías de asentamiento y corresponden a regímenes que comienzan a afianzarse e incorporarse al conocimiento y manejo de los operadores del sistema. La utilización de ese mismo modelo matriz resulta lo más razonable y adecuado, porque corresponde a algo conocido. Sería contraproducente y desorientador incorporar un cuarto régimen de recursos.

Al margen de la denominación que quiera asignarse al recurso, lo relevante es que conserve las virtudes de la casación, que la despoje de sus formalismos excesivos y que potencie sus objetivos de uniformidad, coherencia y predictibilidad razonable, para lo cual es indudable que se precisan correcciones, algunas de las cuales han quedado insinuadas en este documento.

La misión institucional de la Corte Suprema debiera identificarse con la necesidad de "fijar, uniformar, aclarar o modificar" una doctrina jurisprudencial, pero sirviéndose para ello de casos concretos y con miras a resolver o decidir esos casos concretos, respondiendo de esa manera a su condición de Tribunal de la República que administra justicia. Ése tendría que ser su rol proverbial, su competencia natural u ordinaria y no de un modo excepcional o "extraordinario", menos a través de mecanismos para la selección discrecional de los asuntos.

No es extraño que la confrontación de opiniones distanciadas conduzca a virajes bruscos que implican desandar una experiencia centenaria, renegando de lo hecho y logrado. Un borrón y cuenta nueva, que desoye las contribuciones y alertas sobre cuestiones que pudieran demandar una mayor meditación. En el choque de posiciones antagónicas generalmente es posible discernir un criterio rector que las aúne. Se ha hecho notar en otras ocasiones que "En una suerte de vacilación pendular que parece caracterizarnos como nación, oscilamos de un extremo a otro, como si el Derecho no fuera capaz de ofrecernos soluciones intermedias".

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- AHUMADA RUIZ, María de los Ángeles, "El 'certiorari'. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, N° 41, mayo-agosto 1994.
- BIANCHI, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1993.
- BRAVO HURTADO, Pablo, "Hacia los precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y fuentes del Derecho", en *Revista Chilena del Derecho*, vol. 40 N° 2, 2013.
- CARRIÓ, Genaro y CARRIÓ, Alejandro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- CÓRDOVA, Gabriela, "La influencia del recurso extraordinario federal en el recurso de casación penal a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema", en *Los recursos en*

- el procedimiento penal*, MAIER, Julio; BOVINO, Alberto y DÍAZ CANTÓN, Fernando, compiladores, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- CROSS, Rupert y HARRIS, J.W., *El precedente en el Derecho inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- DE LA PLAZA, Manuel, *La casación civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.
- DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 2010.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, "La justicia y el sistema de fuentes del Derecho", en *La vinculación del juez a la ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Igualdad y respeto al precedente", en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 1, Nº 2, 1993/1994.
- "Racionalidad y (auto) precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente", en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, diciembre, 10/2011.
- GUASP, Jaime y ARAGONESE, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, Thomson Civitas, Séptima Edición, Madrid, 2006.
- IACOVIELLO, Francesco Mauro, "El control de la casación sobre la motivación", en *Nueva Doctrina Penal*, 2002/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 40 (2006).
- ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- MORELLO, Augusto, *Admisibilidad del recurso extraordinario (El 'certiorari' según la Corte Suprema)*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1997.
- *La casación. Un modelo intermedio eficiente*, Librería Editora Platense, Buenos Aires.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *El recurso de casación*, Abeledo/Perrot, Santiago, 2010.
- POSNER, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo Cultura Económica, Bogotá, 1997.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, "Reforma Procesal Civil y los trasplantes jurídicos", en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Nº 29, enero 2014.
- SODERO, Eduardo "Sobre el cambio de los precedentes", en *Isonomía*, Nº 21, octubre de 2014.
- TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo*, Editorial Palestra, Lima, 2006.
- "Precedente y jurisprudencia", en *Reflexiones sobre Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2016.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

Anexos del "Discurso Inauguración año judicial 2014", disponible en www.poderjudicial.cl.

Boletín 8197-07, disponible en www.bcn.cl, visitado el 21 de julio de 2016.

Inventario de causas en los juzgados civiles de Santiago, al mes de diciembre de 2013, disponible en la intranet del sitio www.poderjudicial.cl.

Primer Informe de la Comisión de Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados, consultado en julio de 2016, en el sitio web www.bcn.cl, enlace relativo a tramitación de proyectos de ley, Boletín 197-07.

Análisis Estadísticos de Ingreso de Recursos de Casación 2010-2015, Dirección de Estudios de la Corte Suprema (DECS).

Análisis Estadísticos de Causas Terminadas sobre Recursos de Casación 2010-2015, Dirección de Estudios de la Corte Suprema (DECS).