

La misión de los tribunales supremos

*Michele Taruffo
Luiz Guilherme Marinoni
Daniel Mitidiero (coords.)*

proceso y derecho

Colección

Proceso y Derecho

Jordi Nieva Fenoll
Michele Taruffo
Eduardo Oteiza
Daniel Mitidiero
(dirs.)

LA MISIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPREMOS

MICHELE TARUFFO
LUIZ GUILHERME MARINONI
DANIEL MITIDIERO
(Coords.)

LA MISIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPREMOS

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© De los autores
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-1381-189-5
Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico
Fotocomposición: MILÉSIMA ARTES GRÁFICAS

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN , por <i>Michele Taruffo, Luiz Guilherme Marinoni y Daniel Mitidiero</i>	13
EL COMPLEJO DE SÍSIFO Y LA CORTE SUPREMA CHILENA , por <i>Álvaro Pérez Ragone</i>	15
1. INTRODUCCIÓN.....	15
2. INDEPENDENCIA JUDICIAL: MARCO BÁSICO PARA LO QUE ES Y DEBIERA SER LA CS.....	20
3. CONFIGURACIÓN, CONFORMACIÓN Y FUNCIONES DE LA CS.....	22
4. ROL NOMOGENÉTICO (LEGISLADOR Y ADMINISTRADOR) GOBIERNO (POLICÍA) JUDICIAL	25
A) Función nomogenética	26
B) Función sancionadora-disciplinaria (policía judicial).....	28
C) Casos actuales de combinación nomogenética y de gobierno judicial.....	29
5. CORTE SUPREMA Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL	30
A) ¿Una Corte Suprema con funciones de Corte de Casación, Corte Suprema, Tercera instancia?: la infracción de ley.....	31
B) Filtros de acceso a la CS.....	35
C) La jurisprudencia y el temor al precedente.....	37
6. LAS REFORMAS	41
7. JUSTICIA Y EN ESPECIAL LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL...	42
8. CONCLUSIONES.....	46
BIBLIOGRAFÍA.....	47
EL ROL DE LA SUPREMA CORTE , por <i>Christoph Kern</i>	53
1. INTRODUCCIÓN.....	53
2. DELIMITACIÓN DEL TEMA.....	54
A) El Tribunal Supremo	54

ÍNDICE

	Pág.
B) Las funciones de las cortes supremas	55
3. LA PREGUNTA CLÁSICA	56
A) Presentación	56
a) La pregunta.....	56
b) Interés privado e interés público.....	57
B) Discusión	58
a) «Interés Público» como «interés privado».....	59
b) «Interés privado» como «interés público».....	61
c) Implicancias.....	62
4. EL TRATAMIENTO CLÁSICO	62
A) Presentación	62
a) El enfoque de «arriba hacia abajo»	62
b) El enfoque de «abajo hacia arriba»	63
c) Cuestiones procesales relevantes.....	64
B) Discusión	72
a) Las dificultades en la distribución de las materias.....	72
b) Las dificultades en la combinación de las materias	72
5. ANÁLISIS GENERAL.....	73
A) Antecedentes constitucionales.....	73
B) Parámetros para su implementación.....	74
C) Riesgos de un enfoque demasiado resumido.....	75
6. CONCLUSIÓN	76
DOS MODELOS DE CORTES DE VÉRTICE-CORTES SUPERIORES Y CORTES SUPREMAS, por Daniel Mitidiero	77
1. INTRODUCCIÓN.....	77
2. EL MODELO DE CORTE SUPERIOR.....	77
A) La Corte Superior y la tutela de la legalidad. Presupuestos teóri- cos	78
B) La estructura del modelo de Cortes Superiores.....	83
a) Composición	83
b) Competencia	84
C) La función reactiva de la Corte Superior, la nomofilaquia recursal y la uniformización de la jurisprudencia. La Corte Superior como una corte de control. El recurso como <i>jus litigatoris</i>	86
D) La eficacia de las decisiones de la Corte Superior: la uniformiza- ción de la jurisprudencia como medio de control de la decisión recurrida y declaración del derecho de la parte. La Corte Supe- rior como Corte de Jurisprudencia, igualdad ante la ley y seguri- dad jurídica como previa determinación del sentido normativo. La eficacia para el pasado	90

ÍNDICE

	Pág.
3. EL MODELO DE CORTE SUPREMA.....	95
A) La Corte Suprema y la tutela del Derecho. Presupuestos teóricos	96
B) La estructura del Modelo de Corte Suprema.....	103
a) Composición.....	103
b) Competencia.....	104
C) La función proactiva de la Corte Suprema, la nomofilaquia recur- sal y la unidad del Derecho por el precedente. La Corte Suprema como una Corte de Interpretación. El recurso como jus constitu- tionis	106
D) La eficacia de las decisiones de la Corte Suprema: la formación del precedente judicial y la declaración del Derecho de la parte. La Corte Suprema como una Corte de Precedentes, igualdad ante el Derecho y seguridad jurídica como cognoscibilidad normativa. La eficacia para el futuro	111
4. CONSIDERACIONES FINALES.....	118
BIBLIOGRAFÍA.....	118
JURISPRUDENCIA Y DEBIDO PROCESO. LA CORTE SUPREMA AR- GENTINA Y LA CORTE INTERAMERICANA, por Eduardo Oteiza	123
1. REACCIÓN CONTRA LA PREGUNTA SOBRE SI ES VINCULANTE LA JURISPRUDENCIA Y EL ENFOQUE EVOLUTIVO SOBRE EL DEBIDO PROCESO.....	123
2. LA CORTE ARGENTINA	127
A) Formalismo literal.....	127
B) Mutación hacia la sustancia del debate procesal a partir de la doctrina de la arbitrariedad	129
C) El exceso ritual manifiesto como pauta valorativa y señal a las instancias inferiores.....	131
D) El respeto de la garantía de duración razonable de los procesos .	132
E) De la igualdad formal a la igualdad de los desiguales	132
F) Límites al abuso procesal que atenta contra el debido proceso	134
G) La creación pretoriana del enjuiciamiento colectivo. El redimen- sionamiento del debido proceso	136
3. EL ORDENAMIENTO ARGENTINO Y EL SISTEMA INTERAME- RICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN TIEMPOS DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	141
4. LA VISIÓN DEL DEBIDO PROCESO SEGÚN LA CONVENCIÓN.....	145
5. NOTAS ESPECÍFICAS ELABORADAS POR LA CORTE INTERAME- RICANA SOBRE EL DEBIDO PROCESO	146
A) El acceso a la justicia.....	147
B) El juez natural, independiente e imparcial	148
C) Sentencias motivadas.....	151
D) Plazo razonable.....	152
E) Los criterios de protección judicial en la etapa de ejecución de sentencias internas.....	154

	Pág.
6. SÍNTESIS CONCLUSIVA	155
¿UN JUEZ SUPREMO O UN LEGISLADOR «SUPREMO»?, por <i>Jordi Nieva Fenoll</i>	157
1. UNA PEQUEÑA, PERO RELEVANTE, REVISIÓN HISTÓRICA.....	157
2. EL MODELO DE RECURSO PARA EL CIUDADANO.....	161
3. EL MODELO CUASILEGISLATIVO	164
4. LOS MODELOS HÍBRIDOS.....	168
5. ¿ES NECESARIO UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, O SUS CORRESPONDIENTES INTERNACIONALES?	169
6. ¿ES NECESARIO UN JUEZ SUPREMO?	172
EL ROL INSTITUCIONAL Y POLÍTICO DE LA CORTE DE CASACIÓN EN FRANCIA: ¿TRADICIÓN, TRANSICIÓN, MUTACIÓN, por <i>Loïc Cadet</i> ..	175
RESUMEN.....	175
1. MISIÓN TRADICIONAL	177
A) Estatuto de la Corte de Casación	178
a) De los miembros.....	178
b) Función.....	181
B) Funcionamiento de la Corte de Casación	182
a) El recurso de casación.....	183
b) El procedimiento ante el Tribunal de Casación.....	187
2. DILEMAS CONTEMPORÁNEOS.....	190
A) Control de casación elegibilidad: la tentación del elitismo.....	190
B) La remisión en las cuestiones previas de constitucionalidad: la obsesión del sometimiento.....	196
DEL TRIBUNAL QUE DECLARA «EL SENTIDO EXACTO DE LA LEY» AL TRIBUNAL QUE SIENTA PRECEDENTES, por <i>Luiz Guilherme Marinoni</i> .	205
1. LOS TRIBUNALES SUPREMOS Y LA FUNCIÓN DE LA UNIDAD DEL DERECHO EN IBEROAMÉRICA.....	205
2. LA TRANSFORMACIÓN DE LA FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPREMOS	208
A) De la tutela de la ley a la atribución del sentido al Derecho.....	208
B) La función de colaboración con el Poder Legislativo	211
C) La imprescindibilidad de superar la relación «corregir la decisión-definir el sentido del Derecho»	214
D) La necesidad de establecer un filtro de recursos para el desempeño de las funciones del tribunal.....	215
3. LA AUTORIDAD DE LOS PRECEDENTES	219
A) Los precedentes en el orden jurídico vinculante	219
B) La decisión interpretativa del tribunal supremo como «reconstrucción» que regula la vida social y guía la resolución de los casos conflictivo: la eficacia obligatoria del precedente como consecuencia.....	220

ÍNDICE

	Pág.
C) La posición de vértice	223
4. FUNDAMENTOS DE LOS PRECEDENTES OBLIGATORIOS.....	224
A) La realización de la igualdad	224
B) La imparcialidad	226
C) La coherencia del Derecho	227
D) La seguridad jurídica.....	229
LAS FUNCIONES DE LAS CORTES SUPREMAS. ASPECTOS GENERALES , por <i>Michele Taruffo</i>	231
1. INTRODUCCIÓN.....	231
2. TUTELA Y PROMOCIÓN DE LA LEGALIDAD	233
A) Legalidad y aplicación del Derecho	235
B) Legalidad y evolución del Derecho.....	238
C) Legalidad y derechos fundamentales.....	240
3. MODALIDADES DE DESARROLLO DE LAS FUNCIONES.....	242
A) El precedente.....	243
B) La circulación del Derecho extranjero	245
C) La selección de los recursos	246
4. CONCLUSIONES.....	248
EL TRIBUNAL SUPREMO DEL REINO UNIDO Y LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES INGLESES , por <i>Neil Andrews</i>	253
1. INTRODUCCIÓN.....	253
2. EL TRIBUNAL Y SUS COMPETENCIAS.....	254
3. LOS PROCEDIMIENTOS QUE LLEGAN AL TRIBUNAL SUPREMO: LA NECESIDAD DE PERMISO.....	257
4. SENTENCIAS EXTENSAS	258
5. MÁS DE UN JUEZ DE APELACIÓN DICTANDO SENTENCIA DE APELACIÓN.....	259
6. EL PROBLEMA DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS INCOMPLETOS.....	262
7. REFLEXIONES FINALES.....	266
LAS CORTES SUPREMAS Y LA IMAGINACIÓN DE LO REAL , por <i>Oscar G. Chase</i>	267
RESUMEN.....	267
INTRODUCCIÓN	268
1. LAS CORTES SUPREMAS EN CONTEXTO INTERPRETATIVO	270
2. LAS CORTES SUPREMAS Y LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO Y TIEMPO.....	280
A) Tiempo	280
B) Espacio	285
C) La representación de «lo justo» para sí mismo y para otros	290
CONCLUSIÓN.....	300

	Pág.
¿DEBEN LOS JUECES CREAR DERECHO? , por <i>Teresa Arruda Alvim Wambier</i>	301
1. NOCIONES INTRODUCTORIAS. TENSIÓN ENTRE ESTABILIDAD Y EVOLUCIÓN. ¿QUÉ CORRESPONDE A LA LEY? ¿QUÉ CORRESPONDE A LA JURISPRUDENCIA? AMBIENTES DE DECISIÓN	301
2. <i>COMMON LAW</i> Y <i>CIVIL LAW</i> . SISTEMAS DIFERENTES, OBJETIVOS COMUNES. NOTAS SOBRE ALGUNOS ASPECTOS HISTÓRICOS.....	307
A) La situación actual —casos complejos—.....	313
3. PRESUPUESTOS DE LA NECESIDAD DE RESPETO A LA JURISPRUDENCIA CONSOLIDADA EN EL <i>CIVIL LAW</i> . LA DEFORMACIÓN. LA SISTEMÁTICA FALTA DE RESPETO. EL DESCRÉDITO DEL PODER JUDICIAL	319
4. LA TÉCNICA DEL <i>STARE DECISIS</i> . <i>RATIO DECIDENDI</i> Y <i>OBITER DICTA</i> . NECESIDAD DE INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEDENTES.....	327
5. EL PROBLEMA DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO. LOS AMBIENTES DE DECISIÓN. EL EFECTO SORPRESA.	336
6. IDENTIDAD ABSOLUTA E IDENTIDAD ESENCIAL. CASOS DIFÍCILES Y CASOS RUTINARIOS. ¿PODEMOS APRENDER ALGO CON EL <i>COMMON LAW</i> ?	341
7. FLEXIBILIDAD Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO EN EL <i>CIVIL LAW</i> : ¿TAREA DE LA JURISPRUDENCIA? AMBIENTES DE DECISIÓN. TÉCNICAS DE LA LEY. PELIGRO DE DISPERSIÓN. UNIFORMIZACIÓN POR IDENTIDAD ESENCIAL. LÍMITES A LA LIBERTAD DEL JUEZ	347
8. SOLUCIONES DEL SISTEMA BRASILEÑO PARA UNIFORMIZAR Y ESTABILIZAR LA JURISPRUDENCIA.....	361
9. ¿SON BIENVENIDOS LOS PADRONES INTERNACIONALES?	363
10. BIBLIOGRAFÍA	372

PRESENTACIÓN

Entre aquellos temas que pertenecen a una perspectiva jurídica que implica a más de un ordenamiento, ciertamente ocupa un lugar destacado el concerniente al papel que los tribunales supremos deben desempeñar. Ello se debe no solo al hecho de que la relación entre legislación y jurisdicción, especialmente la otorgada a los tribunales supremos, sufre significativos influjos de la teoría de la interpretación subyacente al pensamiento de una determinada cultura jurídica, sino también porque los propios tribunales supremos están viendo reconstruidas sus funciones con el advenimiento de los tribunales internacionales.

Con ese telón de fondo deben ser leídos los ensayos aquí recogidos. A partir del impacto de la cultura jurídica en la conformación del Derecho, es preciso preguntarse cuál es la misión que hoy desempeñan los tribunales supremos. Las respuestas a esas preguntas —plurales y divergentes, como es propio del debate académico— están recogidas a lo largo de esta obra colectiva que tenemos el placer de coordinar y someter a la lectura de la comunidad académica. Por ello, con gran alegría agradecemos a los colegas Álvaro PÉREZ RAGONE, Christoph KERN, Eduardo OTEIZA, Jordi NIEVA FENOLL, Loïc CADIET, Neil ANDREWS, Oscar CHASE y Teresa ARRUDA ALVIM WAMBIER, por haber tomado parte en este debate, dado que son los coautores de este libro. Igualmente, agradecemos a los colegas Álvaro PÉREZ RAGONE y Renzo CAVANI las versiones en lengua española de los trabajos escritos originalmente en otros idiomas, y al colega Jordi NIEVA FENOLL por la revisión de todas las traducciones. Esperamos que este trabajo pueda contribuir al debate respecto de un tema de importancia fundamental para el imperio del Derecho.

En el otoño italiano y la primavera brasileña de 2015.

Michele TARUFFO
Luis Guilherme MARINONI
Daniel MITIDIERO

EL COMPLEJO DE SÍSIFO Y LA CORTE SUPREMA CHILENA

Álvaro PÉREZ RAGONE*

1. INTRODUCCIÓN

1. El ordenamiento jurídico chileno comprende el Poder Judicial, legislativo y ejecutivo a quienes se suma como órgano autónomo el Tribunal Constitucional. Esta contribución judicial se concentra en la Corte Suprema (CS), aunque como veremos hay puntos de su relación y el rol del Tribunal Constitucional (TC) que no pueden dejar de ser tratados. Es que quizás el problema y desafío más grande de la CS ha sido y es comprender y emprender el diálogo con los tribunales superiores (que comprenden a la CS y a las 17 Cortes de Apelaciones distribuidas en el territorio nacional) y los inferiores, entre los Tribunales de Justicia y Tribunal Constitucional y de los Tribunales chilenos con la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹.

2. En el relato de Albert Camus se cuenta que los dioses condenaron a Sísifo a empujar eternamente una roca hasta lo alto de una montaña, desde donde la piedra volvía a caer por su propio peso. Pensaron, con cierta razón, que no hay castigo más terrible que el trabajo inútil y sin esperanza². Lo cierto es que la realidad del rol y el entorno regulativo de la CS dentro del Poder Judicial, especialmente distinguiendo entre lo no jurisdiccional (superintendencia y rol disciplinario) y lo jurisdiccional, parece estar como en el inconsciente colectivo chileno y no hay mayor preocupación por generar cambios

* Profesor de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Este aporte forma parte del Proyecto Fondecyt Regular núm. 1150468 «Dirección Material y gestión eficiente de los procesos civiles».

¹ Vid. R. GARGARELLA, *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Bs. As., Siglo XXI, 2014, *passim*.

² A. CAMUS, *Le Mythe de Sisyphe*, Paris, Gallimard, 1942.

que son necesarios, menos por observar estas deficiencias que atentan contra las bases de la cúspide del Poder Judicial y su función misma. Veremos que estos temas o son «vulgares» (en la terminología aristotélica) de no pertenecer ni a lo político ni a lo contemplativo³; o bien como correctamente lo señala un autor nacional que «nuestro modelo de organización judicial, inclusive el diseño del gobierno judicial, no ha sido objeto de reflexión consciente en ningún momento de nuestra historia»⁴.

La CS ha optado más bien por extremos como salida frecuente y pragmática de gestión que diluye la crítica. Tomaré el análisis de SUNSTEIN *mutatis mutandi*, probablemente el autor que más contribuciones ha hecho al enfoque minimalista y refiriéndose a las constituciones en tanto «herramientas pragmáticas, no guiones sobre una sociedad justa, y, por tanto, existe una brecha entre lo que las constituciones dicen y lo que la justicia requiere» para referirse al rol que debieran tener por ende en la adjudicación constitucional⁵. Con el enfoque contrario maximalista (o con ciertas reservas usaré el término «incrementalista») pueden adoptarse cambios y llegar a decisiones que impliquen una consecuencia experimentalmente reversible, es decir, se hace camino —incluso radical— al andar y todo podría ser rectificable⁶. Haciendo uso de estas distinciones hablaré de un actuar judicial (Sísifo) minimalista o maximalista.

(i) La opción de lo que llamaré un actuar judicial como *Sísifo minimalista*⁷ parte de que las cortes supremas (sean o no constitucionales), ante conflictos de gran complejidad, casos duros valóricos y que generan en la sociedad convicciones profundas y divididas, optan por: 1) Una discusión simplificada y con argumentos concretos no abstractos, 2) Esos argumentos concretos permiten concentrarse en puntos que quizás no son los más relevantes y evadir aquellos que sí lo son, 3) Proponer acuerdos de decisión a partir de esos argumentos concretos, parciales y pon ende incompletos, 4) Considerar que el contenido concreto de esos argumentos permiten fundamentar las sentencias con interpretación y aplicación de un texto legal completo correcto y autosuficiente y 5) Consciente de lo anterior siempre en aquello que no se dijo (consciente o inconscientemente) dejar abierta la posibilidad de cambios posteriores que incluso pueden pasar por desapercibidos.

(ii) Por el contrario el otro extremo es un *Sísifo maximalista* 1) Se discute con un elevado, a veces innecesario e incomprensible nivel de abstracción,

³ ARISTOTELES, *Ethics* (traducción al inglés de M. Ostwald), Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1962, p. 938.

⁴ E. ALDUNATE, «Reflexiones en torno al rol de la Corte Suprema en el gobierno judicial», J. F. GARCÍA, F. LETURIA y C. OSORIO (coords.), *La reforma al Poder Judicial: gobierno judicial Corte Suprema y gestión*, Santiago, LyD/UAI/PUC, 2007, p. 121.

⁵ SUNSTEIN, Cass R., *Designing Democracy: What Constitutions do*, Oxford, 2001, Oxford University Press, p. 10; del mismo «Beyond Judicial Minimalism», *Tulsa Law Review*, vol. 43, 2007, pp. 825-862.

⁶ Cfr. S. LEVMORE, «Interest groups and the problem with incrementalism», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158, 2010, pp. 815-858.

⁷ El autor Cass R. SUNSTEIN, que sostiene esta teoría llega a afirmar que «el minimalismo no es siempre la mejor manera de proceder... [pero los] jueces, prevenidos de sus propias limitaciones, saben que a veces la mejor decisión es dejar las cosas sin decidir». La referencia del libro es Cass R. SUNSTEIN, *One Case at the Time, Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Mass., Harvard University Press, 1999, *passim*.

2) Suelen tratarse todos los temas necesarios para decidir pero en forma difusa, técnica y con un academicismo que convierte a la decisión en un oráculo solo descifrable por algunos 3) A partir de argumentos completos y complejos se decide con cierta generalidad que genera dudas sobre los casos concretos a los que se podría aplicar; 4) Esos argumentos sirven para fundar la decisión independiente de la interpretación y/o aplicación o referencia a normas y más bien combinando y mezclando argumentos incomprensibles lo que dificulta su discusión, 5) Normalmente son decisiones sobre temas complejos o simples pero que justamente por la complejidad argumentativa tienden a cerrar toda discusión futura, decisiones que implican traspasar las competencias propias para asumir la de otro poder sin coordinación ni explicación alguna.

3. La CS en la definición de la manualística y textos de estudios universitarios chilenos es un tribunal «colegiado, ordinario, letrado, de derecho, permanente y posee la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales de la República, salvo las excepciones legales establecidas en la Constitución». Añadiendo, también, que es el «más alto tribunal de la República y debe velar por la correcta aplicación de la Constitución y las leyes». La Corte Suprema Chilena existe antes que los códigos sustantivos y procesales. Es decir el órgano y sus iniciales competencias precedió a la existencia de la norma procesal completa que le atribuye en plenitud sus funciones⁸. Incluso existe antes que Chile tuviera la norma que parece ser base común en la historia de los ordenamientos jurídicos privados Latinoamericanos, me refiero a la magna obra, normalmente con un autor identificable que es el Código Civil. La línea de la codificación se inicia por el Derecho sustantivo y trata incluso de dar respuestas, fijar limitaciones y dar todas las respuestas, incluso para problemas institucionales, orgánicos y de la judicatura como procesales⁹.

Podría describirse la historia de la Corte Suprema de Chile hasta la actualidad justamente como el perpetuo intento de asumir el rol directriz, piramidal, hasta casi monárquico del Poder Judicial¹⁰. El control administrativo regulatorio y disciplinario de los subalternos, donde la roca (como a Sísifo) apenas llega a la cumbre y cuestionamientos constitucionales le dan un peso adicional que vuelve a caer. A este rol de «superintendencia» se le suma otro

⁸ J. BARAONA GONZALEZ, «La cultura jurídica chilena: apuntes históricos, tendencias y desafíos», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXV*, Valparaíso, Chile, segundo semestre de 2010, pp. 427-448.

⁹ A. BELLO, «Codificación del Derecho civil», *El Araucano*, núm. 146, 28 de junio de 1833; M. MIROW, *Latin American Law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Texas, Texas U. Press, 2004, esp. conclusiones; en profundidad y detalle *vid.* A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador: Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile*, 2 vols., Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982.

¹⁰ Así por ejemplo, en el Código Civil chileno dos artículos paradigmáticos del Código Civil pueden dar una idea de lo sostenido: «Art. 3. Solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren», y *vid.* el artículo referido en nota 12.

F. G. DAWSON, «The Influence of Andrés Bello on Latin American Perceptions of Non-Intervention and State Responsibility», *The British Yearbook of International Law*, 1986, Oxford, The Clarendon Press, 1987, pp. 253-315.

que es la función netamente jurisdiccional y el problema de personalidad del supremo tribunal. En la clásica (aunque cuestionable nomenclatura)¹¹ develar realmente cuál es su rol dentro del sistema jurídico-político chileno con los medios que se establecieron ya en las normas procesales: ¿es de nomofilaquia y/o aspira a asumir posiciones mediante un rol unificador y/o directamente se concentra en la justicia del caso individual que le toque resolver contentándose con lo dikelógico? En este campo de lo jurisdiccional también intentó subir la roca hasta la cima, pero siempre con diplomacia y cortesía ha sabido disimular que en realidad la roca vuelve a caer y cada vez con mayor peso¹².

El ámbito administrativo interno y el jurisdiccional (difuso) conforman el problema del maximalismo y minimalismo judicial de la CS chilena. El minimalismo-maximalismo no son el problema, sino la fachada que esconde justamente el perpetuo intento por sacarse una roca de encima y llevarla a la cima, asumiendo que siempre aquella volverá a caer. Cabe mencionar que en lo jurisdiccional, donde aún es posible hablar de un tímido minimalismo Una Corte como cúspide del sistema puede ser ora «tercera instancia» (hace justicia para el caso resolviendo conflictos), ya «casación de ley o más amplia de Derecho» (controla y corrige errores en la interpretación y aplicación del Derecho) o bien de «unificación de jurisprudencia» (decide asumiendo una posición entre varias contradictorias entre sí). A partir de estos tres posibles prismas es posible desarrollar no solo la finalidad de una Corte, sino además las mejores herramientas para aquello que incluyen los medios de impugnación, el interés público y/o privado que persigue como una adecuada división de trabajo o selección (filtros) de ingreso de causas ya que es imposible que un número reducido de jueces puedan conocer todo lo que ingresa en la base amplia de la pirámide judicial¹³. La casación de ley sería una vía que operaría a partir de una sumatoria de casos particulares igualmente decididos que generen a la larga una jurisprudencia constante. La unificación de jurisprudencia, por su parte, opera con precedentes donde un único fallo puede sentar pautas generales de interpretación para futuros casos. No pretendo comparar (ni traducir) el nombre del máximo tribunal (Corte Suprema) con otros similares en el Derecho comparado, tampoco lo haré con el mecanismo

¹¹ M. TARUFFO, «Las funciones de las cortes supremas», en *Páginas sobre la Justicia Civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 93-106.

¹² Resulta ya interesante que legislativamente exista una disposición tanto en el Código Civil como en el Código Orgánico de Tribunales que pueda ser interpretada y aplicada en tanto CS colaboradora de la función legislativa y no como cierre de todo rol creativo del derecho en la actividad interpretativa o de obtención del sentido de la ley. El centro continúa siendo interpretar y anquilosarse con el texto de la ley cognitivamente y no argumentativamente. «La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas» (art. 5.º del Código Civil, en relación con el 102 del Código Orgánico de Tribunales).

¹³ Sobre el colapso de los tribunales de justicia en general *vid.* H. FIX-FIERRRO, *Courts, Justice, and Efficiency: A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication*, Oxford, Hart Publishing, 2003, *passim*; esp. lo sostenido por Taruffo: «La Corte, poi, non è in grado di svolgere la funzione di unificazione della giurisprudenza e quindi di garantire un grado ragionevole di certezza del diritto, perché una sua giurisprudenza quantitativamente eccessiva e di livello qualitativo mediamente non elevato». M. TARUFFO, «Linee per una riforma della cassazione civile», *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 172, y *vid.* más detalle hasta p. 175.

jurisdiccional del recurso de casación precisamente para evitar confusiones en el lector y poder concentrarme a describir desde dentro de un sistema el sistema mismo como objeto de estudio¹⁴.

4. Chile ha sido tradicionalmente un país conservador de sus tradiciones y extremadamente legalista (cuando no incluso sobre la norma constitucional y tratados internacionales de derechos humanos). Tal cual lo describe R. TAVOLARI¹⁵ se caracterizó por resistirse a los cambios y la innovación, especialmente la influencia del Derecho comparado en materia procesal civil y en lo que al rol de la CS y los recursos de acceso a ella se refiere. Como se ha explicado, los sistemas para generar precedentes están incorporados. Falta que el Tribunal Supremo tome conciencia de la necesidad de poner en práctica el principio de justicia formal en orden a que dos causas iguales deben recibir la misma respuesta jurídica¹⁶. Dentro de esta rigidez para el cambio es difícil encontrar un diálogo entre la CS y el Tribunal Constitucional, en qué medida los fallos de uno «se relacionan» con el otro.

5. Este aporte comprende el tratamiento inicial de la independencia judicial, la que tiene relevancia en relación a la CS ya que es donde (internamente) peca por exceso (2), para luego detallar la conformación y configuración de la CS (3). Ello que se verá confirmado en la parte (4) donde se desarrollan las funciones «nomogénicas», disciplinarias y de gobierno judicial de la CS, especialmente su roce con limitaciones constitucionales y derechos fundamentales (Sísifo maximalista). Estos primeros dos puntos normalmente no son tratados con relación a las Cortes Supremas, pero el caso chileno amerita una referencia por su conformación casi «monárquica» y los problemas desde los estándares básicos de la independencia personal y Corporativa interna de la función jurisdiccional. Es tal la importancia en especial del rol represivo disciplinario, que existe un medio de impugnación con tal finalidad, pero que finalmente arriba a resultados jurisdiccionales para modificar la justicia del caso. En la parte siguiente (5) se centra el texto en el rol jurisdiccional de la CS especialmente mediante su visión como tal, es decir «Corte Suprema» pero con mecanismos y andamiaje procesal de «Corte de Casación» y en algunos casos de una tercera instancia (que permite calificar esta función como Sísifo minimalista. Se suma el apartado (6) donde se hace referencia a las reformas en curso y las logradas que buscan

¹⁴ S. M. F. GEEROMS, «Comparative Law and Legal Translation: Why the Terms Cassation, Revision and Appeal Should Not Be Translated...», *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2002, p. 228.

¹⁵ R. TAVOLARI, en BERIZONCE, J. C. HITTERS y E. OTEIZA (coords.), *El papel de los Tribunales Superiores* (Estudios en Homenaje a A. Morello), Buenos Aires, 2006, p. 471; comp. J. COUSO y L. HILBINK, «From quietism to incipient activism: the institutional and ideological roots of rights adjudication in Chile», Gretchen HELMKE y Julio RIOS-FIGUEROA (coords.), *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge U. Press, 2014, p. 99.

¹⁶ Se sostiene que «en el caso chileno, la crisis de identidad de la casación se produce porque ella está diseñada sobre la base de un modelo de casación en sentido estricto, no de tercera instancia, pero diversos factores la han llevado de un modo que en definitiva ha llegado a ser inevitable hacia el modelo de la tercera instancia. Esos factores incluyen modificaciones legislativas y prácticas de la propia Corte». F. ATRIA, «Proceso civil (La casación como problema)», *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, vol. 2, 2005, pp. 275 y ss.

perfilar de cierto modo la personalidad de la CS. En el apartado (7) se hace referencia a la justicia constitucional y el rol del «otro coloso» cual es el Tribunal Constitucional que tiene la competencia para el control de constitucionalidad. Finalmente se concluyen con algunas reflexiones (8).

2. INDEPENDENCIA JUDICIAL: MARCO BÁSICO PARA LO QUE ES Y DEBIERA SER LA CS

1. La independencia judicial integra el debido y justo proceso pensado en términos de la democracia e imperio del Derecho, y es presupuesto para que los justiciables puedan realmente disponer de una tutela judicial efectiva¹⁷. Así se sostiene que se impone una independencia individual del juez y otra colectiva o institucional. La primera comprende una independencia personal; alude a la estabilidad y permanencia en el cargo y controles adecuados para el respecto de la investidura, con proporcionales regímenes de responsabilidad; además de esa independencia personal se requiere una de naturaleza sustantiva-decisional, estando el juez sujeto solo a la autoridad de la ley y la constitución en su actividad adjudicativa quedando exento de otras interferencias. Tanto la independencia personal como sustantiva-decisional comprenden también una independencia interna de pares (sean de igual rango o superiores)¹⁸. Pero además se requiere una independencia institucional o colectiva de los otros poderes con mecanismos desde lo presupuestario hasta lo regulatorio que lo garantice¹⁹. Justamente las funciones atribuidas por la propia Constitución Política de la República (CPR) de «superintendencia» permite, como veremos, que la independencia no se realice plenamente. La cultura de la CS y la jerarquía administrativa en la organización del Poder Judicial crean verdaderas convicciones de dependencia, donde el juez inferior es «libre e independiente», pero a su vez sabe que se encuentra subordinado al control del superior. Así hasta la CS que, en ejercicio de facultades de neto corte disciplinario-económico puede ejercer directa o indirectamente un control con resultado jurisdiccional, limitando la independencia interna decisional y personal del inferior²⁰. Puede hablarse del «Poder Legislativo» y de «Poder Ejecutivo» en tanto siempre actúan en sus funciones legislativas y ejecutivas como tales. No es el diputado o senador «x» en el procedimiento legislativo los que sancionan una ley, sino el Legislativo. Esta suerte de corporativismo orgánico-funcional no se da en la función jurisdiccional donde actúa en cada caso concreto un juez, o un tribunal colegiado. Impropio sería

¹⁷ Sobre la importancia de la independencia judicial en el Estado democrático de Derecho *vid.* S. SHETREET, «Creating a Culture of Judicial Independence», S. SHETREET y Ch. FORSYTH (coords.), *The Culture of Judicial Independence. Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 17-67, esp. pp. 44-45.

¹⁸ Cfr. M. STORME, «Independence of the Judiciary: The European Perspective», S. SHETREET y Ch. FORSYTH (coords.), *The Culture of Judicial Independence. Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 17-67, esp. pp. 44-45.

¹⁹ Cfr. J. F. GARCÍA y S. VERDUGO, *Activismo Judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, Santiago, LyD, 2013, pp. 149-149.

²⁰ A. BORDALI, *La independencia judicial en el Derecho chileno*, Santiago, Abeledo-Perrot, 2010, pp. 67-81.

decir que «representan o actúan en nombre» de una entelequia inexistente como el «Poder Judicial». De modo que los parámetros de la administración pública o del cuerpo legislativo no resultan aplicables como paradigmas para afrontar la función jurisdiccional²¹.

2. Así por ejemplo recientemente la decisión de la CS de innovar en las cuestiones relativas al *Estatuto profesional de la función jurisdiccional* (nombramiento, disciplina, perfeccionamiento, movilidad,) aparenta un simple ejercicio de mejora de gobierno judicial, no obstante tiene directo impacto en la independencia judicial de los que desempeñan función jurisdiccional pero son inferiores en jerarquía. En la forma ello se hace mediante la potestad reglamentaria (cuasilegislativa) de la CS mediante los Autos Acordados, pero que terminan regulando materia de competencia legislativa. En el fondo tienden a reforzar la estructura monolíticamente jerarquizada para tener un Poder Judicial con raíces en la lejana e histórica colonia española burocrática y monárquica²². Los jueces que integran la corporación judicial están sometidos a cuestionables controles en el cómo y en el qué, insostenible dentro de un Estado Democrático de Derecho.

3. Características importantes del proceso judicial son la independencia e imparcialidad del órgano que asume dicha función como garantías que impregnan el debido y justo proceso. Así se señala que la garantía judicial puede considerarse uno de los aspectos más débiles de sistema constitucional chileno de garantía²³. Quizás las posibles alternativas hermenéuticas en torno al art. 19 núm. 3 de la CPR muchas veces pasen por alto la redacción terminológica «del procedimiento racional y justo». Por de pronto el imperativo de conformación de un proceso legal tiene por destinatario al legislador y por tanto el juez solo tendría un ámbito de actuación limitado de sujeción a la legalidad procedimental preestablecida. Así la racionalidad del procedimiento sería respetada por el juez en tanto se adecue de acuerdo a los procedimientos establecidos en la ley²⁴. Dentro de estos contornos delineados resulta difícil imponer al juez dé más contenido al debido proceso que el que quiera y atribuya el legislador. Parecería entonces que entonces el juez como destinatario de la imposición constitucional quedaría de manos atadas para por ejemplo asegurar un plazo razonable que no sea el impuesto por el legislador. Quizás los argumentos enunciados en su momento por la Corte Inte-

²¹ Cfr. F. OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 15-35.

²² Cfr. E. ALDUNATE, «La constitución monárquica del Poder Judicial», en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 22, 2001, pp. 193-207.

²³ E. ALDUNATE, *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing Santiago, 2008, p. 84. Así coincidimos con el autor en tanto solo se cumplen de manera imperfecta las exigencias imparcialidad e independencia ya sea a nivel de la jurisprudencia o bien el diseño constitucional. Justamente la realización y verificación del respeto a los principios de imparcialidad, independencia y derecho al juez natural tiene íntima relación con la idea de garantía en tanto comprende *el instrumental jurisdiccional que permite enfrentar una trasgresión del derecho y neutralizarla*.

²⁴ En la interpretación propuesta por E. ALDUNATE, *Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 198. Directamente vinculado a ello señala ALDUNATE en p. 205 que los derechos fundamentales asumen particular importancia en relación con el deber de protección a los derechos en virtud del art. 19, núm. 3, inciso 1 y el principio de inexcusabilidad en la medida en que si bien este principio es indiscutido en cuanto su procedencia en caso de falta de ley no parece haber recibido la atención de rigor necesaria.

americana de Derechos Humanos sí tengan por destinatario al juez como parte del Estado. Aun la posición que reconozca una especial importancia en la jerarquía de las fuentes a tratados como el llamado Pacto de San José de Costa Rica, y termine incluyéndolo en tanto visión dualista de los acuerdos internacionales (incluidos los de Derechos Humanos) al nivel básico infraconstitucional y legal, no se ven obstáculos para que sean un elemento más para dar contenido al «procedimiento de ley». Por cierto sí, obligando al juez a adecuar el procedimiento a este otro imperativo de nivel legal como el descripto en el caso Cantos²⁵.

3. CONFIGURACIÓN, CONFORMACIÓN Y FUNCIONES DE LA CS

1. En Chile, la Corte tiene su origen en el *Tribunal Supremo Judicial*, creado por el Reglamento Provisional del 4 de octubre de 1811, compuesto por tres jueces letrados y un fiscal. Posteriormente, la Constitución de 1818 mantiene dicha denominación, pero amplía su composición a 5 ministros, manteniendo su competencia sobre recursos de segunda suplicación y otros extraordinarios. En 1822, el art. 160 establece el *Tribunal Supremo de Justicia*, compuesto de 5 miembros. Para el año siguiente se invierten las primeras palabras, quedando como el *Supremo Tribunal de Justicia* hasta la segunda constitución de 1823, que en su título XII creó *La Suprema Corte de Justicia*, compuesta de 4 ministros, teniendo el tratamiento de «Excelencia»²⁶. Importante es señalar, que en esta carta fundamental se establecen sus facultades de superintendencia directiva, correccional, económica y moral ministerial. No fue sino hasta 1828 que la Constitución le otorga el nombre de *Corte Suprema*, cuya composición era de cinco ministros y un fiscal, manteniendo la superintendencia señalada. Finalmente, en 1833 se mantiene el ordenamiento judicial orgánico de 1828, quedando asentado el nombre del máximo tribunal de justicia y recalca la función de superintendencia disciplinaria y económica²⁷.

2. Actualmente, la Constitución Política de la República de 1980 y el Código Orgánico de Tribunales (COT) señalan en sus artículos que se compondrá de veintidós ministros, uno de los cuales será su presidente. En la carta fundamental, a su vez, se enuncia que cinco de esos miembros deberán ser abogados extraños a la administración de justicia, quienes serán parte

²⁵ Sentencia CIDH Cantos 28 de noviembre de 2002: «Según el art. 8.º de la Convención toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos».

²⁶ E. NAVARRO, «180 años de la Corte Suprema», *Revista de Derecho de la Universidad Central*, Santiago, 2003, *passim*.

²⁷ F. ATRIA, «La casación como problema», *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, núm. 2, 2005, pp. 267, 268, 345-349.

de ella cumpliendo los requisitos²⁸. Es decir al menos cinco ministros de la CS no provienen de la «carrera judicial». Queda pues por preguntarse sobre la designación de los restantes dieciséis ministros. Pues en este caso como es la regla es la propia Corte Suprema quien nombra una quina integrada por posibles candidatos seleccionados y reclutados de entre las Cortes de Apelaciones. Será finalmente el Ejecutivo con el acuerdo del Senado quienes decidirán sobre el elegido. Sistema de cuasi-cooptación que «procura» evitar cualquier injerencia política en la conformación de la quina (como si no existiera una «política judicial») y además por si luego Ejecutivo-Senado no tendrán en cuenta el detalle político de los propuestos²⁹. El COT, por otro lado, señala la composición auxiliar a la Corte, indicando que tendrá un fiscal judicial, un secretario, un prosecretario y ocho relatores. Agrega, además en su art. 498, al oficial primero de la Corte Suprema, los empleados u oficiales de secretaría y los escribientes de los miembros del tribunal. Por otro lado, en otras leyes se indica la existencia del Secretario del Presidente de la Corte Suprema y el Bibliotecario Estadístico de la Corte Suprema.

3. En cuanto su funcionamiento, el art. 95 de la CPR señala que funcionará en salas especializadas o en pleno. Respecto de las primeras, ordinariamente conoce de los asuntos dividida en tres salas o, extraordinariamente, en cuatro correspondiéndole a ella misma determinar uno u otro modo de funcionamiento. Las salas no podrán funcionar con no menos de cinco jueces cada una y, el pleno, con la concurrencia de once de sus miembros, a lo menos. En el Auto Acordado al que se refiere el art. 99 de la Código Orgánico de Tribunales las separa por materias, denominándolas: «Primera Sala o Sala Civil, Segunda Sala o Sala Penal, Tercera Sala o Sala Constitucional y Contencioso Administrativo y Cuarta Sala o Sala Laboral, de Familia y Previsional». La Salas son especializadas en tanto conocen de material especial, pero su integración (es decir, los ministros que la componen) rotan de Sala en Sala cada cierto tiempo, por ende no puede hablarse de especialización de los miembros.

La CS se inserta dentro de la organización judicial de Chile existiendo un nivel integrado por los tribunales inferiores y otro por los tribunales superiores de justicia (art. 5 del Código Orgánico de Tribunales) que están conformados por las 17 Cortes de Apelaciones (actuales en rol fundamental como tribunales de alzada con recisión de los hechos y el derecho) en el medio de la pirámide judicial; en la cúspide está la Corte Suprema. La CS es la máxima autoridad judicial indiscutida con funciones jurisdiccional y administrativas, económicas o de gestión, reglamentaria y disciplinaria del Poder Judicial (característica que está expresa en la Constitución Política de la República art. 83). Incluso antes de la reforma constitucional del año 2005 era ella quien ejercía el control de constitucionalidad de las leyes mediante el recurso de inaplicabilidad (integraban parte de las llamadas funciones ane-

²⁸ Quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria y los demás que señale ley orgánica constitucional respectiva.

²⁹ B. BRAVO LIRA, «Los estudios sobre la judicatura chilena de los siglos XIX y XX», *Revista de Derecho Público*, 1976, pp. 19-20.

xas conservativas o conservadoras de la función jurisdiccional) función que fue desde entonces es encomendada al Tribunal Constitucional³⁰.

4. La designación de los jueces debajo de la cúspide piramidal de la CS la realiza el Ejecutivo a propuesta de una quina (Cortes de Apelaciones) o terna (Tribunales inferiores) que elabora el propio Poder Judicial (el jerárquico superior de la plaza a cubrirse, así si es una plaza de ministro de Corte de Apelaciones, la quina será elaborada por la CS, si de un Juez de tribunal inferior la terna la elabora la respectiva Corte de Apelaciones). El rol del ejecutivo es seleccionar al agraciado de la propuesta que hace el propio Poder Judicial. Sistema de nombramiento de jueces que puede calificarse de autogeneración imperfecta³¹. Es la propia judicatura que selecciona a los candidatos y solo requiere luego la decisión final del ejecutivo. Nótese cómo ya en esta actividad sobresale el rol jerárquico del Poder Judicial al generar las quinas o ternas el tribunal superior jerárquico de aquel que debe ser cubierto. Por demás en la designación del personal del propio tribunal, ello integra parte de la superintendencia económica de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunales Inferiores como manifestaciones de algún grado de autonomía o independencia del Poder Judicial³².

5. La CPR contempla al Poder Judicial en el capítulo sexto. La Corte Suprema ejerce primer lugar una jefatura de carácter administrativa. El poder de gestión y control interno es exclusivo, ejercido a través de la Corporación Administrativa del Poder Judicial (dependiente de este) por lo que todo tipo de control externo no es bien recibido por la CS, los que se consideran normalmente agraviantes en la independencia de la imparcialidad del Poder Judicial³³. Basta recordar la iniciativa frustrada en la década de los noventa para establecer un consejo del Poder Judicial o en los últimos tiempos las propuestas de auditorías externas o hasta la creación de un Observatorio Judicial por parte de una universidad para realizar, entre otras cosas el segui-

³⁰ E. NAVARRO, «Notas sobre el rol de la Corte Suprema en Chile», en J. COUSO y F. ATRIA (coord.), *La Judicatura como organización*, Santiago, Expansiva, 2007, pp. 143-159; cfr. el mismo autor E. NAVARRO, «El control de Constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)», *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, Santiago, 2011, p. 152.

³¹ Cfr. F. ATRIA, «Jurisdicción e Independencia Judicial: el Poder Judicial como poder nulo», *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 5, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004, pp. 134 y ss.

³² Señala al respecto ALDUNATE: «la idea de esta autonomía es crear un espacio de regulación y gestión excluido de los demás poderes, para permitir a la propia estructura judicial configurar sus «aspectos domésticos». No existe, sin embargo, una reserva frente al legislador: la ley siempre podrá entrar a regular estos aspectos», E. ALDUNATE, «La independencia judicial: aproximación teórica, consagración constitucional, y crítica», *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XVI, 1995, p. 21. Sobre la fuerte relación jerárquica y los problemas de independencia interna radicalmente que «nuestro sistema judicial conserva, en lo esencial de su constitución, los rasgos de la judicatura monárquica existente a la fecha del advenimiento de la República [...] salvo en lo que dice relación con la dependencia respecto del monarca como jefe del Ejecutivo» E. ALDUNATE, «La constitución monárquica del Poder Judicial», *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XXII, vol. I, 2001, p. 193.

³³ <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/vid..php?id=69>, visto el 26 de diciembre de 2013, sentencia rol 681 año 2006; cfr. A. BORDALI SALAMANCA, «La doctrina de la separación de poderes y el Poder Judicial chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 30, 2008, pp. 190-195.

miento de fallos y líneas jurisprudenciales del Poder Judicial. Ningún control externo parece ser tolerable. Para ello serían suficientes las cuentas públicas y la transparencia de información a requerimiento de cualquier interesado.

4. ROL NOMOGENÉTICO (LEGISLADOR Y ADMINISTRADOR) GOBIERNO (POLICÍA) JUDICIAL

1. Solo para tomar como ejemplos recientes —todos del 2014— en la larga historia de Autos Acordados (AA) (generales y especiales que dictó la CS) he de referirme a solo tres de ellos que justamente ratifican la conformación jerárquica y describen con mayor claridad la función de «gobierno» de la CS: así el AA que regula calificaciones (o notas de desempeño anual de jueces llevadas por sus superiores) núm. S 182, el AA 183 referido a la capacitación y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales, el AA 184 referente a nombramientos para concluir con el 186 que regula el gobierno judicial, por contravenir la habilitación constitucional y normas legales que se indican. Todos tienen en común regular al límite materias de competencia exclusiva parlamentaria, además y en otros casos vulnerar derechos procesales fundamentales³⁴.

2. Al Poder Judicial corresponde el ejercicio de la jurisdicción, ello como garantía o control, permitiendo la vigencia efectiva de los derechos de las personas y el control de los poderes políticos. Para ello se requiere de tribunales de justicia independientes separados de los poderes políticos. Dicho rol se desempeña en tanto la función jurisdiccional debe estar dissociada material como orgánicamente de las demás funciones y órganos a controlar: de la función de gobierno y administración, y de la función nomogenética. A diferencia de la función de gobierno que en un Estado Democrático de Derecho encuentra su legitimidad en la voluntad popular; la función judicial desarrollada con independencia encuentra su legitimidad en la sujeción de los jueces a la constitución, ley, en la verdad establecida en el proceso judicial, en la garantía de los derechos de las personas y en el control de la legalidad de los actos del poder político³⁵. Esto explica por qué las funciones de gobierno y de garantía deben estar separadas. Los jueces y tribunales garantizan los derechos de todo el pueblo y no de mayorías, grupos o sectores. Su rol de garantía es esencialmente contramayoritario, por lo que deben poder decidir, en algunos casos, aun contra la voluntad de la mayoría, especialmente cuando deben tutelar derechos fundamentales.

Además de potestad separada e independiente de los poderes políticos, los tribunales y jueces desarrollan con exclusividad la función jurisdiccional. En sentido positivo ello quiere decir la exclusión de todo otro poder y potestad para desarrollar la mencionada función y para intervenir en los procesos

³⁴ Especialmente derechos fundamentales de los jueces, para ello tómesese como marco la obra coordinada por A. SAIZ ARNAIZ, *Los derechos fundamentales de los jueces*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, *passim*.

³⁵ Cfr. E. ALDUNATE, *Derechos Fundamentales*, Santiago, Legal Publishing, 2008, pp. 200-204.

que están conociendo los tribunales, así como hacer revivir los que están concluidos. Ello tiene por consecuencia la inavocabilidad externa como interna. Es decir ni un juez puede avocarse a cumplir función legislativa ni un legislador conocer sobre un caso a ser resuelto por los tribunales de justicia. Tampoco podría un juez avocarse a conocer de un caso que está siendo conocido por otro juez en tanto el juez natural. El rostro negativo de la independencia, inavocabilidad e imparcialidad se manifiestan en la exclusividad impuesta a los tribunales de justicia para el desempeño de su función y la prohibición de desarrollar otra actividad que no sea la jurisdiccional³⁶.

Dentro de la organización jurídico-constitucional chilena tanto el Ejecutivo como el Legislativo desarrollan funciones diversas a las tradicionales, como lo es que el Ejecutivo en su rol de cooperador en tanto colegislador y el Senado que actúa a veces como instancia jurisdiccional (juicio político). En definitiva el conjunto de funciones estatales de legislar, administrar y juzgar, que antiguamente en Europa confluían en la persona del rey, pasaron en esa región desde el siglo XIX en adelante al Parlamento, al Ejecutivo y a los tribunales de justicia. En materia de administración del conjunto de los tribunales de justicia, en el siglo XX, han asumido distintas modalidades desde los Consejos de la Magistratura hasta otros modelos buscando que los tribunales de Justicia, incluida las Cortes Supremas desarrollen siempre y exclusivamente la función jurisdiccional. La CPR reconoce como ya mencioné funciones de la CS que no son jurisdiccionales y que tienen más bien naturaleza normativa y administrativa dentro de los límites mismos que la ley determine. (i) Entre las funciones administrativas que la Constitución le reconoce a la Corte Suprema destaca la de participar en el nombramiento de los jueces de la República, así como de decidir su traslado o destitución (art. 80 CPR). Además dispone de una función administrativa disciplinaria. (ii) Entre las funciones normativas destaca la facultad que la Constitución le reconoce para informar aquellos proyectos de ley referidos a la organización judicial (art. 77 CPR). Asimismo, la facultad de dictar autos acordados (art. 93 núm. 2 CPR). Ambas funciones se detallan en el art. 82 CPR en tanto «La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación». Llama la atención que la Constitución de 1980 cambiara el régimen para el ejercicio de la facultad de superintendencia que tenía la Corte Suprema en la Constitución de 1925, la que según el art. 86 debía ejercerse de conformidad con la Ley de organización y atribuciones de los tribunales (Código Orgánico de Tribunales). La Constitución de 1980 configuró este poder al margen de un margen y regulación legislativa.

A) Función nomogenética

3. En Chile, parte importante de la antigua organización monárquica quedó como resabio en la Corte Suprema, quien legisla (dicta autos acorda-

³⁶ P. IBÁÑEZ, «Independencia judicial y los derechos del juez», en A. SAIZ ARNAIZ, *Los derechos fundamentales de los jueces*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, pp. 45-63.

dos e informa proyectos de ley), administra o gobierna (nombra, traslada, califica y destituye a jueces) y ejerce jurisdicción (conoce de los recursos de casación, nulidad, apelación en ciertas materias, etc.). En este sentido, el poder menos actualizado del Estado chileno es el judicial, con especial referencia a la Corte Suprema.

La facultad de dictar autos acordados tiene según la doctrina que considero correcta base constitucional solo desde el año 2005, al reconocerse como competencia del Tribunal Constitucional la facultad para controlar la constitucionalidad de los acordados que dicta la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones (art. 93 núm. 2 CPR)³⁷. Ella es doctrina minoritaria ya que la mayoría en doctrina y jurisprudencia ha entendido que esta competencia la ha tenido siempre bajo la Constitución de 1980. Esta posición se funda en que esta facultad de superintendencia económica la incluye en el actual art. 82 CPR³⁸.

No debiera la Corte Suprema regular con sus autos acordados cuestiones procesales o procedimentales ni asuntos referidos a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, pues ellas son materias de ley según dispone el art. 63 núm. 3 CPR: «son materias de ley: las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra». (i) En primer lugar, desde el punto de vista procesal, se debe tener presente el art. 19 núm. 3 inciso 6.º CPR, que prescribe que «toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado». Esto quiere decir que toda actuación jurisdiccional de un órgano que ejerza jurisdicción, sea tribunal de justicia o no, debe hacerse solo vía proceso y este solo puede estar regulado por ley. (ii) En segundo lugar y desde el punto de vista orgánico, la creación de tribunales está reservada a la ley (art. 76 CPR). (iii) Asimismo, es materia de ley (Orgánica Constitucional), todo lo referido a la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta administración de justicia en todo el territorio de la República (art. 77 inciso 1.º CPR). (iv) Por último, toda modificación a lo regulado por el actual Código Orgánico de Tribunales es materia de ley (art. 77 inciso 2.º CPR). Luego y en consecuencia queda excluida de la competencia de la CS la facultad de dictar AA relacionados con materias de organización, competencia y actuación de la judicatura³⁹. Ahora la superintendencia o control en

³⁷ E. ALDUNATE, «La distribución de potestades normativas en la constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII*, Valparaíso, Chile, segundo semestre de 2009, pp. 371-390. «El contenido de las facultades de control o supervisión no es, de una manera lógicamente necesaria, igual a las facultades que se trata de controlar, de modo que no era ni es correcta a nivel constitucional, construir las potestades de superintendencia económica de la Corte Suprema sobre la base de las facultades económicas atribuidas a los tribunales».

³⁸ En detalle F. ZUÑIGA URBINA, «Control de constitucionalidad de autos acordados», *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011, pp. 389-418.

³⁹ Ello no obstante, algún sector de la doctrina y el Tribunal Constitucional (STC Rol 783-2007) que sostiene que la Corte Suprema puede regular las materias que la Constitución ha reservado al legislador, cuando este no ha actuado o ha sido pasivo en la regulación. Es decir, mediante los AA asume una suerte de rol de control y reparación de la inconstitucionalidad por omisión, existiendo paralelamente un TC. Un sinsentido jurisdiccional y constitucional por donde se lo mire.

tanto gestión o management no implica delegación, ni autorización legislativa. Conviene aquí mencionar que en Chile el proceso del llamado recurso de protección (acción de amparo) se regula justamente por un AA de la CS hasta hoy.

Ahora según se señaló, solo el legislador puede imponer limitaciones o regulaciones efectivas al ejercicio de los derechos fundamentales de los jueces⁴⁰. No puede hacerlo por lo tanto el Presidente de la República vía reglamento ni la Corte Suprema vía autos acordados. Cosa distinta es que los propios tribunales o el órgano de administración de la judicatura pueda autónomamente despachar instrucciones o líneas de organización y gobierno como administración judicial.

B) Función sancionadora-disciplinaria (policía judicial)

4. Igual confusión existe en las difusas de funciones en lo correccional-disciplinario como función de la CS. Tan difusa que tuvo que reformarse la constitución en 1997, entre otras cosas, agregó el actual inciso segundo del art. 82 CPR que establece que «los tribunales superiores de justicia, en uso de sus facultades disciplinarias, solo podrán invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva». Ello con ocasión de un medio de impugnación (de naturaleza y finalidad disciplinaria, pero con resultados jurisdiccionales) denominado «recurso de queja». Por este recurso el agraviado puede acudir directamente al superior jerárquico del juez que dictó la resolución impugnada «con abuso de sus funciones» para que el superior la revice e incluso en su caso imponga una sanción disciplinaria al juez. El caso paradigmático de uso y abuso de este recurso se dio en el caso Atala⁴¹ que terminó luego en la CIDH con una condena contra el Estado de Chile.

⁴⁰ Cfr. U. SCHREIBER, «Wie unabhängig ist der Richter?», *Festschrift für H. H. Jeschek zum 70. Berlin, Geburtstag, 1985*, p. 771.

⁴¹ En el año 2004 llegó a la Corte Suprema chilena el caso de Jacqueline Karen Atala Riffo (La jueza Atala). Se trataba de un recurso de queja que interpuso su ex esposo porque en un juicio de tuición contra ella por los tres hijos matrimoniales comunes, en primera y segunda instancia se otorgó el cuidado personal a ella y no a él. La particularidad del caso —y que lo hizo noticia nacional— es que, después de separada de su cónyuge, la jueza Atala asumió abiertamente su homosexualidad y comenzó una relación de convivencia con otra mujer en el mismo hogar donde vivía con sus hijos. La jueza Atala tenía desde antes la custodia de los menores porque la legislación chilena se la otorga, por regla general, a la madre cuando los padres viven separados. Pero el padre reclamaba la tuición para sí porque esa convivencia homosexual dejaba a la jueza Atala en una «inhabilidad moral» para tener la custodia de sus propios hijos. Aun así en los peritajes psicológicos y psiquiátricos que se practicaron durante el juicio se concluyó que Jacqueline Atala estaba en condiciones normales y aptas para cuidar a sus hijos. Este problema valórico sobre el interés superior del niño y la habilidad moral o no de una madre lesbiana para criar sus hijos, fue respondido negativamente por la CS y en el contexto de un recurso de queja. En primera instancia se decidió en un sentido; en segunda instancia se decidió también en un sentido confirmando dicha sentencia. La Corte Suprema sin oírlos, reinterpreta lo que dijeron y, en base a ello, decide que hubo una dictación en ejercicio abusivo de la función jurisdiccional. Este es un fallo que revisa el mérito, los hechos y la prueba. Chile fue demandado y condenado por este fallo ante la Corte Interamericana de Derechos humanos [Caso *Atala Riffo vs. Chile* (2012)].

C) Casos actuales de combinación nomogenética y de gobierno judicial

5. Pues los ejemplos con los que comenzamos esta sección que sugieren justamente el extremo o Sísifo-maximalista pueden ser considerados dentro del ejercicio regulatorio contrario a la CPR. Por un lado el AA que regula calificaciones (o notas de desempeño anual de jueces llevadas por sus superiores) núm. 182 modifica el Código Orgánico de Tribunales, específicamente el art. 275 COT en lo referido a la participación ciudadana en el procedimiento de calificación y además creando un ente precalificador y una instancia de precalificación.

En relación a los criterios generales u objetivos para calificar, que regula actualmente el art. 277 bis COT, la Corte Suprema los desarrolla y regula reemplazando al legislador en esta competencia, al crear subcriterios. Lo mismo sucede al crear una tabla de factores en el procedimiento de calificación. Recuérdese que la calificación o nota anual que recibe un juez por su superior es relevante tanto para su promoción como para su remoción.

Por su lado el AA 183 se superpone a una ley que regula el órgano y funciones de la Academia Judicial, la que regula la formación y capacitación de los jueces del Poder Judicial. Mediante dicha regulación se propone no solo la creación de un órgano coadyuvante de la Academia, sino que prácticamente la somete a esta a la Corporación Administrativa del Poder Judicial, el ente por excelencia de gestión interna bajo la dirección directa de la CS.

Mediante el AA 184 se involucra directamente en la forma de nombramiento de los jueces, los requisitos para su designación, como las causas de inhabilidades, lo que ya está regulado en la CPR como en el COT. El AA modifica el COT excediendo con creces la competencia. Con claridad lo expresa el voto en minoría del propio acuerdo⁴². Vulnera además derechos fundamentales para el acceso a cargos públicos. Este derecho fundamental reconocido en el art. 19 núm. 17 CPR también rige también respecto a las funciones y empleos judiciales.

Finalmente mediante el Acta 186 la Corte Suprema redacta un acta que pretende delimitar las funciones jurisdiccionales de las que no lo son. Por él se establece que la forma de concretar esta separación será mediante la creación de un órgano interno, propio del Poder Judicial, integrado exclusivamente por representantes de todos los estamentos que lo componen. Lo cierto es que ello es una facultad de dirección política que es de exclusiva competencia del Congreso Nacional.

⁴² Así los Sres. Ministros Ballesteros, Dolmestch, Aránguiz y Sras. Egmen y Maggi lo dejan más que claro. Ellos sostuvieron que se trata en este caso de «establecer e imponer para los concursos y nombramientos requisitos ajenos a la Constitución Política de la República y al Código Orgánico de Tribunales, textos que contienen la normativa suficiente sobre la materia, al contemplar los cursos de habilitación actualmente existentes, lo que significa, a la vez, incorporar limitaciones a los jueces y funcionarios en ternas y cinquenas respectivas, presupuestos —los que se persigue exigir— que además de ser ajenos a la normativa atingente no están al alcance de todos los jueces de Chile».

5. CORTE SUPREMA Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL

1. Corresponde ahora tratar la función estrictamente jurisdiccional y por cierto minimalista de CS, especialmente mediante ciertos recursos que no han sabido ser adoptados por el tribunal para definir su personalidad. No puede con certeza decirse que la CS sea una corte de control antes que de interpretación e indicadora del camino jurisprudencial; una corte para la cual el texto legal contiene un significado y acude aún a métodos cognitivos de «voluntad del legislador» u originalismo poco metódico; finalmente y contradictorio con lo que vimos en su rol de superintendencia, la CS no asume voluntad de adoptar posiciones que generen uniformidad jurisprudencial y conformen el camino al precedente. Este, en tanto trato igualitario de los justiciables en base a un interés particular que sirve para el común, generando seguridad y previsibilidad⁴³.

El centro de atención es sin duda el llamado «recurso de casación en el fondo» (de ahora en más casación), el único y verdadera recurso de casación ya que es de conocimiento exclusivo y excluyente por la CS. Valga esta aclaración ya que existe un «recurso de casación en la forma» pensado para vicios procesales y no es sino un modo de hacer valer la nulidad procesal y puede ser conocido y decidido por una Corte de Apelaciones. La casación en el fondo se encuentra conjuntamente regulada junto con la casación en la forma, en los arts. 764 a 808 del CPC, y las normas de esta última se entienden supletorias de aquella. En consecuencia, la tramitación de una y otra es por regla general es la misma.

El *last resort* o *last word* en materia civil lo tiene la CS mediante la verdadera Casación (en el fondo). De acoger el recurso que es conocido por las salas especializadas (o eventualmente a requerimiento de cualquiera de las partes por el tribunal en pleno cuando existen fallos contradictorios de las Salas) debe dictar sentencia de reemplazo. Claro que también podría accederse a la CS mediante el ya mencionado cuasi-recurso de queja frente a una sentencia pronunciada por una Corte de Apelaciones. Finalmente podría conocer del recurso de revisión por cosa juzgada fraudulenta o irrita, que no será referido en este aporte⁴⁴.

2. En este sentido, la casación en el fondo de acuerdo a cómo está regulada en el CPC chileno es un acto procesal impugnativo de parte para obtener de la Corte Suprema que las invalide por haberse pronunciado con una infracción de ley que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo y que la

⁴³ Sobre el precedente y la relación entre el TC y la CS *vid.* F. ZÚNIGA URBINA, «Sentencias del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial. El valor del precedente», *Revista de Estudios Constitucionales*, Talca, 2006, pp. 151-172.

⁴⁴ *Vid.*, en detalle, un estudio crítico y sobre los antecedentes históricos de la casación sobre los antecedentes históricos, *vid.* F. ATRIA, «Proceso Civil (la Casación Como Problema)», *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 2, 2005, pp. 249-353; igualmente y más reciente A. ROMERO SEGUEL, *El recurso de casación en el fondo civil. Propuestas para la generación de precedentes judiciales*, Santiago, Thomson Reuter, 2013, *passim*.