

José Francisco García G.*

Abogado. Master y candidato a Doctor en Derecho, Universidad de Chicago.
 Coordinador del Programa de Justicia de Libertad y Desarrollo.

jfgarcia@uchicago.edu

Repensando el rol de la Corte Suprema en nuestro ordenamiento jurídico



The purpose of this document is to review the role that the Supreme Court is playing in our legal system. This requires that we begin by redefining the Court's jurisdictional role, which implies that it exercise in practice its role of cassation court, selectively analyzing only the disputes and matters in which the legal system truly needs a final or decisive interpretation to be issued by the country's highest court in order to provide legal certainty regarding a specific matter. This would be strengthened and make sense under an institutional design that promotes respect for precedent.

Es un hecho que en las últimas décadas el Poder Judicial ha aumentado explosivamente su tamaño, con lo cual las funciones relativas a su conducción se han diversificado y complejizado mucho. Así, podemos encontrar que la Corte Suprema concentra hoy tres funciones críticas: la jurisdiccional, en la resolución de los recursos más importantes; la de control disciplinario sobre los jueces inferiores; y la de conducir la gestión administrativa y presupuestaria del sistema. Todas esas funciones las realiza colectivamente, muchas por medio de plenos que no resultan operativos, con enormes carencias de información, sin procedimientos que cuenten con estándares adecuados de transparencia y con una muy baja productividad. Además, estas diversas funciones compiten entre sí por la atención de la Corte.

Lo anterior nos invita a replantearnos el sentido de tener una Corte Suprema que se haga cargo de todas estas tareas. Si consideramos a la Corte Suprema como un tribunal propiamente de casación, parecería necesario que Chile discuta la necesidad de traspasar estas funciones —algunos esquemas en los que se incluya a la propia Corte— en las materias antes

descritas —gestión, carrera judicial, calificaciones, disciplina, entre otras—. Esfuerzos académicos recientes dan cuenta de la necesidad de este debate¹.

Con todo, delegar las funciones no jurisdiccionales de la Corte Suprema en otros organismos, no implica que la Corte deba ejercer las jurisdiccionales de la manera en que las ejerce actualmente. Este documento busca hacerse cargo precisamente de esta cuestión. No solo hay razones de especialización, calidad de las sentencias y certeza jurídica detrás de la idea de que la Corte Suprema cuente con mecanismos de filtro que le permitan conocer, de manera selectiva, los casos más relevantes del sistema; sino,

* Agradezco las interesantes conversaciones sobre esta materia con Axel Buchheister y Francisco J. Leturia, y de manera especial, a Macarena Vargas Losada por interminables horas de conversación, comentarios, sugerencias y apoyo incondicional en este y tantos otros proyectos.

¹ Ver el libro publicado en conjunto por Libertad y Desarrollo y las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, editado por García, Leturia y Osorio (2007), en particular el capítulo de Buchheister y García (2007), en el que he basado este artículo; y, el publicado por Expansiva y el Instituto de Estudios Judiciales editado por Couso y Atria (2007). Ver también Vargas (2006) y Vargas y Riego (2007).

y desde una perspectiva económica y de política pública, también existen razones de escasez y eficiencia en el uso de los recursos públicos².

Preocupa el alto nivel de existencia pendiente, el que si bien presenta un brusco descenso entre 2005 y 2006 (cercando al 50%), se mantiene sobre las 2.500 causas⁴. Por otra parte, si se analiza la evolución de las causas ingresadas, terminadas y pendientes desde una mirada agregada, se observa que entre 1996 y 2006 los ingresos han aumentado en cerca de 30%, lo que, para evitar el aumento de las causas pendientes y sus efectos negativos en la administración de justicia de los casos concretos sometidos al conocimiento y resolución de la Corte (congestión, demora, etc.), ha importado que los términos aumenten correlativamente en más de 30%. Con todo, hay que señalar que ésta es, además, una situación que mejoró ostensiblemente en 2006. (Gráfico N° 1).

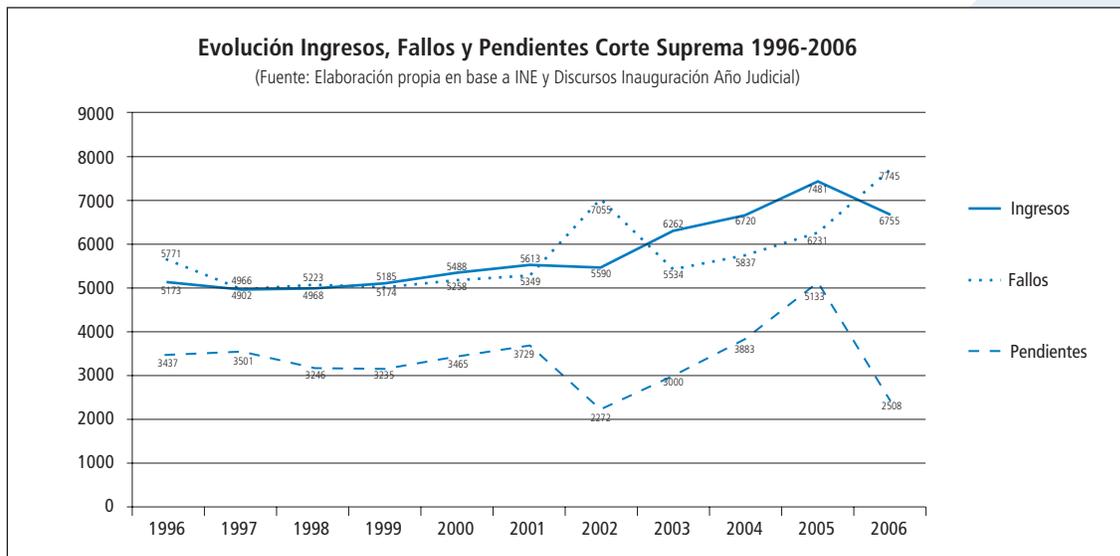
Durante el año 2006 ingresaron a la Corte Suprema 6.755 recursos, lo que representa una disminución del 9,7% respecto de los ingresos del año anterior. En cuanto a los términos, esta cifra alcanzó los 7.745 recursos en el año 2005, con un aumento de 24,3% respecto del año 2005.³ (Cuadro N° 1).

Cuadro N° 1

Año	N° Ingresos	N° Fallos	Min	Ingresos/Min	Fallos/Min	Dif. Ing-Fall	Pendientes	Pend/Min
2000	5488	5258	21	261,3	250,4	230	3465	165
2001	5613	5349	21	267,3	254,7	264	3729	178
2002	5590	7055	21	266,2	336,0	-1465	2272	108
2003	6262	5534	21	298,2	263,5	728	3000	143
2004	6720	5837	21	320,0	278,0	883	3883	185
2005	7481	6231	21	356,2	296,7	1250	5133	244
2006	6755	7745	21	321,7	368,8	-990	2508	119

Fuente: Discursos de Inauguración Año Judicial.

Gráfico N° 1



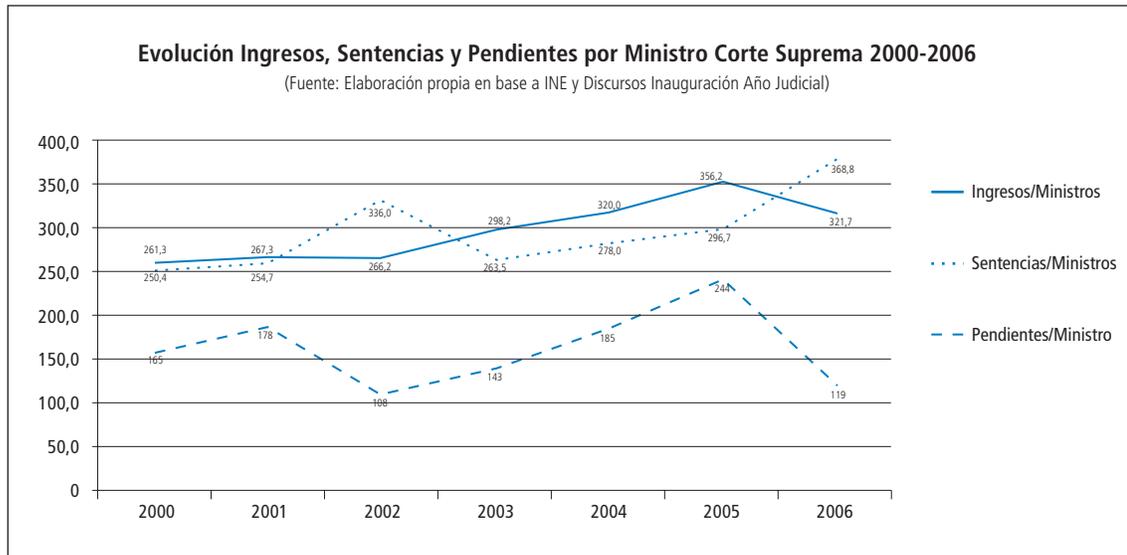
2 Ver Vargas y otros (2001).
 3 Al respecto ver Discurso Inauguración del Presidente de la Corte Suprema del Año Judicial 2006, p. 34.
 4 Con todo, en esto se debe hacer una precisión metodológica. Como se señaló en el discurso de inauguración del año judicial 2007, gran parte de la disminución de las causas pendientes se explica por una corrección estadística (verdadera “purga”) que se realizó con el stock de causas pendientes, y no sobre la base de mayores términos (los que también se producen, pero no en esta magnitud). Esto es una nueva invitación a tener un debate técnico respecto de cómo se están manejando las estadísticas en el sector.

Por lo tanto, habrá que ver si en el futuro, las estadísticas mejoran dada la mayor productividad de la Corte. Nuevas correcciones metodológicas en el futuro quitarían credibilidad, tanto a las estadísticas judiciales *per se*, como a esta última corrección metodológica. Esta discusión sobre las estadísticas judiciales –su confiabilidad, metodología, etc.– es fundamental, porque en definitiva es la que nos permite, entre otras cuestiones relevantes, medir la carga exacta de trabajo de la Corte (replicable al resto del Poder Judicial), y apreciar cómo realiza sus labores de acuerdo al rol que le ha pedido que juegue la sociedad en su institucionalidad.

Para ilustrar lo anterior desde una perspectiva de la carga de trabajo de cada ministro de la Corte Suprema, si se observan las estadísticas de ingreso, término y pendientes para el período 2000–2006 se observa que mientras los ingresos por ministro eran

de 261,3 en 2000, en 2006 llegaron a 321,7. Los términos por ministro pasaron de 250,4 a 368,8 en el mismo período, en tanto los pendientes por ministro pasan de 165 en 2000 a 119 (Gráfico N° 2).

Gráfico N° 2



Las estadísticas anteriores reflejan con precisión la lógica que experimenta la carga de trabajo de la Corte Suprema: la suma entre los ingresos y las causas pendientes obliga a que los ministros fallen más causas; sin embargo, en el largo plazo esta tendencia tiene límites y podría generarse mayor congestión en el sistema. Así, tendríamos a ministros de la Corte Suprema más preocupados de resolver una gran cantidad de causas (una verdadera tercera instancia), que en entregar una visión uniformadora del

derecho mediante el análisis de aquellas causas que merecen ser analizadas. Desde otra perspectiva, se generan incentivos para alcanzar la carga de trabajo a cualquier precio, pero ello importaría reducir la calidad de las resoluciones jurídicas. Así, la Corte Suprema se aleja de su función de corte de casación, cuyo papel fundamental es fijar el sentido del derecho y otorgar estabilidad a las interpretaciones jurídicas. Esto generará aún más presiones para reforzar un sistema que parece grande en términos comparativos⁵. (Cuadro N° 2).

Cuadro N° 2

País	Familia Legal	Población	Ministros CS	Min. CS por hbte.
Suecia	Común	9100000	16	568750
Nueva Zelanda	Común	4100000	7	585714
Chile	Civil	16200000	21	771429
Colombia	Civil	45600000	23	1982609
Australia	Común	20600000	7	2942857
Canada	Común	32500000	9	3611111
Argentina	Civil	38700000	9	4300000
Japon	Civil	127400000	15	8493333
México	Civil	107000000	11	9727273
Brazil	Civil	186400000	11	16945455
Estados Unidos	Común	298600000	9	33177778
India	Común	1095300000	22	49786364

Fuente: Enciclopedia Wikipedia.

⁵ La última modificación en la integración de la Corte Suprema fue en 1997 cuando pasó de 17 a 21 miembros.

En efecto, desde una perspectiva comparada, y considerando a su vez la discusión en el Derecho Comparado respecto de los orígenes o familias legales⁶, se observa que Chile tiene una Corte Suprema grande en comparación a países de tradición jurídica y cultural similar, como asimismo en términos de desarrollo económico. Dada la creciente carga de trabajo de la Corte Suprema, la necesidad de contar con un alto número de ministros para hacerle frente parece lógica a primera vista; sin embargo, en realidad, el desafío consiste precisamente en contar con una Corte que se dedique a un análisis más selectivo de casos, con el objeto de uniformar el derecho, lo que requiere, como existe en otros países, contar con mecanismos de filtro para que no se transforme en una verdadera tercera instancia, sino en una institución generadora de jurisprudencia.

Dado que es esperable que los ingresos de causas (especialmente recursos de casación) en la Corte Suprema sigan aumentando en el tiempo, el desafío consiste en contar con mecanismos de filtro que eviten que la Corte se transforme en una nueva instancia.

antes analizadas son evidencia de esto y muestran el creciente uso que se hace de la Corte Suprema como una verdadera “tercera instancia”.

Dado que es esperable que los ingresos de causas (especialmente recursos de casación) en la Corte Suprema sigan aumentando en el tiempo, el desafío consiste en contar con mecanismos de filtro que eviten que la Corte se transforme en una nueva instancia.

A continuación se analizan dos posibles vías: (a) estándares jurisprudenciales restrictivos o doctrinas restrictivas de admisibilidad de recursos en la Corte Suprema, y (b) contar con un esquema de certiorari, equivalente al del modelo americano.

2.2 Una mirada normativa

Cada decisión judicial contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles; por eso la sociedad tiene un especial interés en alcanzar óptimos niveles de la justicia. Cuando esta discusión se lleva al rol que debe jugar la Corte Suprema para ser realmente un tribunal de casación, implica contar con un sistema previo de selectividad que decida, sobre la base de esas consideraciones, si el asunto merece o no ser resuelto. Como suele ocurrir, se verifica aquí una divergencia entre el interés privado y el público. Las estadísticas

2.2.1 ¿Estándares jurisprudenciales más restrictivos?

Una manera de lograr esto es mediante el uso de estándares jurisprudenciales (doctrinas), respecto de la admisibilidad de los recursos.

Un ejemplo en esta materia lo encontramos en la manera en que se ha abordado el recurso de protección. El mecanismo de filtro actual está basado en el examen de admisibilidad del recurso realizado por las Cortes. La reforma introducida en materia de admisibilidad del recurso, a través de Auto-acordado de 1998, implicó que los ministros de la corte

6 Básicamente la existencia de dos grandes familias legales: el derecho común (*Common Law*), propio de los países anglo sajones (y de sus colonias) y el sistema de derecho civil, de código o continental, aquellos seguidores de la tradición románica y francesa (Europa continental, Sudamérica y sectores de África). Esta última, a su vez, tiene diversas ramificaciones, que se traducen en modelos eclécticos (civiles con componentes e instituciones jurídicas de derecho común) por ejemplo, el modelo alemán. Al respecto ver el tratado de Derecho Comparado de Schlesinger (1998). Una primera aproximación respecto de las diferencias entre ambos sistemas dice relación con el rol de la ley y los jueces como fuentes de derecho. En el caso de la tradición civil, continental o de Código –la que sigue el sistema chileno–, se considera a la ley escrita como la fuente esencial del derecho, correspondiéndole a los jueces solamente aplicar tales normas para cada caso concreto, pero sin la posibilidad de crear derecho en forma general. Esto contrasta fuertemente con el derecho común, en donde la cultura dominante concibe a los jueces como autoridades que pueden sentar jurisprudencia –precedentes– de obligatoriedad general. Literatura reciente lleva la discusión de las familias legales a una división aún más profunda: la concepción de ambos esquemas persigue objetivos diferentes en relación al rol del derecho, las instituciones legales y el sistema de justicia frente a los poderes políticos. En este sentido, uno de los trabajos más importantes en esta línea, La Porta y otros (2003), parte de la premisa, tomada de Hayek (1960), que el derecho común –y ciertos principios,

instituciones y mecanismos esenciales que lo componen– se desarrolló y evolucionó en sociedades que veían en éstos un contrapeso al poder político, y en donde se encuentran con mayor vigor principios y mecanismos como la separación de poderes, la independencia judicial y el control de constitucionalidad de las leyes (específicamente en Estados Unidos). En contraposición a esto, los países del derecho civil, y predominantemente aquellos sistemas fuertemente arraigados en la tradición francesa, más bien miran la ley como instrumento para llevar a cabo la voluntad general, no como un contrapeso a ésta. Esta tradición, históricamente, es escéptica del rol que pueden cumplir los jueces, puesto que, se argumenta, al juez sólo corresponde aplicar la ley, más allá de eso, viola los deberes que se le han impuesto. Este estudio concluye que los sistemas de derecho común garantizan mejor la libertad económica que los países con derecho civil, no encontrando diferencias significativas en la protección de la libertad política. Dam (2006) critica el trabajo anterior, ya que la premisa en la que se fundamenta, –esto es, que la discusión respecto de las familias legales (derecho civil contra derecho común) puede ser replicada desde el derecho privado al derecho público–constitucional–, no es posible de hacer; además que pareciera eludir el hecho de que en Gran Bretaña el Judicial no cuenta con la facultad de control de la constitucionalidad de los actos de la Legislatura, mecanismo que sí se encuentra presente en diversos países con derecho civil en Europa y el América Latina.

chilena contarán con poderes, discretionales para muchos, para no admitir recursos con providencias someramente fundadas.

Para Gómez (2005), esta reforma fue exitosa en cuanto a detener el ingreso de recursos carentes de sentido, pero también incrementó la discrecionalidad bajo el expediente de apelar a la “manifiesta falta de fundamento” para intentar corregir la equivalencia de la protección con el resto de acciones del derecho común; lo que en definitiva ha sido a costa de un alto nivel de impredecibilidad de las resoluciones⁷. La cuestión central en esta materia es, por tanto, la calidad de esa revisión, por los fundamentos que se esgrimen para desechar, el apego a las decisiones constantes públicas, la difusión de la información y otros aspectos similares⁸.

Desde un punto de vista económico, el esquema anterior ha sido exitoso para hacer un uso más racional del recurso “justicia”, sacando del sistema (o no admitiendo la tramitación) cuestiones que realmente no merecían ser analizadas; sin embargo, también ha implicado costos en términos de seguridad jurídica y arbitrariedad, más aún si se considera que los estándares jurisprudenciales o criterios utilizados en dicho examen pueden variar sustancialmente por el solo hecho de una nueva integración en la sala examinadora⁹.

7 Gómez (2005) p. 45.

8 Uno de los aspectos más deficientes del sistema chileno de revisión previa es la falta de información oportuna y completa acerca de las prácticas y líneas interpretativas que posee la sala tramitadora. Por diferentes razones, los actores u operadores actúan verdaderamente a ciegas acerca de la admisión del recurso frente a determinadas materias y actos, sobre cómo y cuándo se cuenta el plazo de caducidad de quince días, qué debe entenderse por “manifiesta” falta de fundamentos y otros aspectos. La evidencia demuestra que no hay un sistema que entregue información técnica general. Esta sería una manera de agregar información al proceso de revisión. Así, se podría juzgar y evaluar lo que se está haciendo y permitiría disminuir los costos de información en que incurren los ciudadanos si deben interponer una de estas acciones. Naturalmente, un sistema eficiente de información permitiría atenuar la complejidad que presenta el sistema de protección de derechos, generando señales positivas hacia la sociedad. Saber qué acciones se pueden llevar a debate constitucional resulta una cuestión capital del sistema de protección de derechos. La oscuridad y la falta de transparencia alienan comportamientos estratégicos, presiones, conversaciones paralelas y redundancia –por la repetición de casos fundados en la ignorancia de cómo resuelve la sala– en un perjuicio colectivo. Gómez (2005) p. 154.

9 Gómez entrega un antecedente relevante: en el año 2000 los recursos declarados inadmisibles bajan al 34,9%, cuestión que se debió a la integración a la sala tramitadora de un ministro que reconocidamente no compartía los supuestos de funcionamiento y tenía criterios más estrictos acerca de qué significa la “manifiesta” falta de fundamentos. Como la inadmisión de plano sólo puede decretarse por la unanimidad de la sala, hubo más recursos que pasaron la revisión previa. Ello pone de manifiesto el carácter subjetivo e inseguro que tiene el sistema de revisión previa tal como está contemplado en el auto acordado. Además, tomando en cuenta que no rige ninguna regla de precedente, la sala puede determinar la inadmisión a su sola voluntad. Gómez (2005) p. 572.

Los efectos de las modificaciones introducidas por el Auto-acordado de 2007 –que busca atenuar algunos posibles “excesos” del régimen inmediatamente pre-existente– deberán ser analizados empíricamente en los próximos años, sin embargo, es posible hipotetizar que la tendencia se mantendrá, en gran medida, porque el sistema ya ha legitimado este sistema de filtro.

2.2.2 *Certiorari americano*

Es el principal medio por el cual una causa queda sujeta a la revisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁰. Los litigantes que buscan una revisión por parte de la Corte Suprema piden dicha orden, la cual, si es concedida, lleva la causa frente a la Corte quedando a su disposición. La parte que busca la revisión es conocida como peticionaria (petitioner) y la contra parte en oposición es conocida como respondente (respondent).

La Corte Suprema, como toda Corte, debe tener jurisdicción antes de poder fallar sobre una causa. Su jurisdicción está determinada por el artículo III de la Constitución y por el Estatuto del Congreso. La jurisdicción de *Certiorari*, delegada en la Corte por el Congreso, es la que se aplica a la mayor cantidad de los casos de revisión. Además del *Certiorari*, existen cuatro vías distintas por las cuales una causa puede llegar frente a la Corte: por jurisdicción original, por vía de apelación, por vía de certificación, o por orden extraordinaria (writ). Las últimas dos vías son utilizadas escasamente. Las apelaciones y casos de jurisdicción originaria son de revisión obligatoria por parte de la Corte Suprema, a diferencia de la decisión de conceder una orden de certiorari (o “cert”) que es absolutamente discrecional y dependiente de la voluntad de los jueces. El artículo III de la Constitución identifica los casos que califican para la jurisdicción original, y el Congreso se ha encargado de establecer categorías de causas que califican para una apelación. La terminología puede ser algo confusa, ya que la expresión apelación es común y genéricamente utilizada para referirse a la revisión de una causa por una Corte Superior. Sin embargo, cuando una causa está “en apelación” frente a la Corte Suprema es porque el Congreso ha establecido esta revisión para determinado tipo de casos. Con todo, desde 1988 la mayor cantidad de categorías de apelación han sido eliminadas. Por consiguiente, excepto en los casos de jurisdicción original (que usualmente constituyen uno o dos casos al año) y por algunos otros casos extraordinarios,

10 En esta parte hemos seguido a Hall (1992) pp. 131–133. Ver también Currie (1998), Federal Judiciary y Tarr (2006).

la mayor parte de las causas que se presentan hoy frente a la Corte Suprema llegan precisamente por una orden de certiorari¹¹.

De las aproximadas cinco mil causas anuales que buscan revisión de la Corte Suprema, a menos del 5% se le concede una orden de certiorari. Si a una causa se le niega la orden, la decisión del tribunal inferior se mantiene firme y, salvo muy pocas excepciones, no quedan más vías de revisión. Por ley, la negación de una orden de certiorari no tiene más significado o relevancia que la de que dicho caso no será sometido a revisión. No significa en ningún caso que la causa ha sido fallada correctamente por el tribunal inferior, ni tampoco da a lugar para que las partes litigantes citen la negativa a conceder la orden de certiorari como evidencia de la posición de la Corte en dicho asunto. Algunos observadores han afirmado por supuesto que la negación de la orden en definitiva sí podría dar indicios de una determinada postura, pero la Corte continúa negando que tal sea el caso.

Los ministros han sido intencionalmente vagos a la hora de definir qué califica a una causa como meritoria de una orden de certiorari. La regla número 10 del “Reglamento de la Corte Suprema de los Estados Unidos” se propone entregar un criterio: “Una revisión por orden de certiorari no es un derecho, sino que una atribución de los jueces sujeta a su discreción, y será concedida sólo cuando existan especiales e importantes razones para que así sea. Las siguientes, sin controlar ni medir completamente la discreción de la Corte, indican el carácter de las razones que serán consideradas para dar curso a dicha orden”.

Salvo por una excepción, los criterios que siguen a este encabezado ofrecen muy poca guía en cuanto a lo que busca el tribunal al momento de seleccionar una causa. En breve, la regla es prácticamente una tautología: aquellos casos lo suficientemente importantes para ser revisados por el tribunal en cuanto el tribunal los considere suficientemente importantes.

El único criterio en la regla Número 10 del reglamento que es útil al momento de determinar si una causa será o no meritoria de la orden es aquella que nos ilustra el caso de Cortes Federales de Apelaciones en contienda de competencias. A pesar de que una “división de circuitos” aumenta las posibilidades de que una causa sea revisada, no necesariamente la garantiza. No es siempre evidente u obvio cuando las Cortes de Circuito se encuentran en conflicto. Aún más, la Corte Suprema a menudo prefiere esperar a que más Cortes de Apelaciones entren a dicha contienda antes de que decida resolverla. No obstante, resolver las contiendas de competencias que se susciten entre las distintas Cortes de Apelaciones es visto por los ministros como una de sus principales responsabilidades.

Decidir qué es lo que debe decidirse es una de las funciones más importantes realizadas por la Corte Suprema. Dada la dificultad de acceso a la Corte, entender el cómo y el porqué una causa es seleccionada y otra rechazada es importante tanto para determinar cómo funciona la Corte, así como para saber cómo se obtiene acceso a ésta. El fijar una agenda (“agenda setting”) tiene implicancias tanto conductuales como normativas. Tanto es así, que ha existido incluso más interés académico de estudiar esta agenda desde la ciencia política que por especialistas judiciales¹².

Hasta hace poco, muy poco era conocido sobre el proceso de decisión relativo a las órdenes de certiorari. De hecho, existen nueve procesos distintos por el cual cada uno de los ministros de la Corte llega a su decisión, pero en el fondo son variaciones individuales de acuerdo a dos ejes o rutinas básicas. En algunos casos, son los mismos ministros con sus asistentes (*law clerks*) los que realizan todo el trabajo. El asistente lee la petición y escribe un memorando al ministro. El asistente toma nota de los asuntos importantes, analiza el caso, y recomienda si se concede o rechaza la orden. Pero la decisión

11 No siempre ha tenido la Corte tan amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar las causas. Antes de 1925 la mayor parte de su tabla consistía en casos en los cuales la revisión le era obligatoria. La carga de trabajo había crecido a tal extensión que el 13 de febrero de 1925 fue aprobada una ley conocida como “La ley de los Jueces” (*Judges Bill*). La ley expandía enormemente la jurisdicción de certiorari de la Corte, lo que se tradujo en la práctica que en su mayoría, la tabla del tribunal se componía de causas aceptadas discrecionalmente. Para 1970 las causas ingresadas por vía de certiorari correspondían al 90% de la carga de trabajo de la Corte. Las apelaciones propiamente tales correspondieron a un 10% de la carga de trabajo del tribunal hasta que en 1988 nueva legislación eliminó efectivamente la inmensa mayoría de las causales de apelación.

12 Gran parte de las investigaciones en esta materia se han centrado en intentar determinar los factores que aumentan las posibilidades de selección. Los resultados en sí han sido variados, aunque al parecer existe evidencia que hace plausible pensar que las posibilidades de ser seleccionada una causa efectivamente aumentan si existe una genuina contienda de competencias entre distintas Cortes del Circuito de Apelaciones; o bien, si los Estados Unidos de América es la parte peticionaria en la causa; o si un tercero coadyuvante intercede como peticionario a nombre de otra parte (*amicus curiae*). De igual forma, se ha demostrado que el voto de un ministro en cuanto a la selección de las causas sujetas a certiorari está relacionado a su posterior voto en cuanto a los méritos para revocar o afirmar la sentencia del tribunal inferior. A pesar de estos avances investigativos, aún es extremadamente difícil predecir si se otorgará o rechazará una orden de certiorari en un caso particular. Al respecto ver Segal y Spaeth (2002), Segal y Cover (1989) y Maltzman y otros (2000).

no es individual o privativa de uno de los ministros sino que de todos. Cuando se presentan las peticiones a la Corte, éstas son distribuidas de forma aleatoria entre los ministros. Un secretario de Corte toma nota de la distribución y lo envía en un memo al resto de los asistentes que proceden a anotar cuáles peticiones deberá revisar cada ministro. Cada ministro recibe entonces el memo de su respectivo asistente y procede a tomar una decisión tentativa en el caso concreto.

Con anterioridad a la conferencia en que se procede a votar, el presidente de la Corte hace circular una “lista de discusión”. Esta lista contiene todos los casos considerados importantes y meritorios de discusión en la conferencia. Cualquiera de los ministros puede agregar cualquier caso a la lista. Los casos que no llegan a la lista – que constituyen alrededor del 70% – son rechazados de plano. Ya en la conferencia, la mayoría de los casos recibe muy poca discusión por parte de los ministros. El presidente del Tribunal anuncia el caso en cuestión y los ministros se limitan a votar, en orden de antigüedad, si acogen o rechazan la petición. Si cualquiera de los ministros cree que el caso amerita mayor discusión, será discutido y votado en atención a las antigüedades de los ministros. Si cuatro ministros se pronuncian a favor, la petición se acoge y se concede la orden de certiorari. Esta “regla de cuatro” es una regla informal que fue desarrollada y ha permanecido firme entre los mismos ministros de la Corte. Las votaciones para acoger o rechazar no son públicas. Algunos ministros toman sus propias anotaciones atendiendo a fines privados, pero usualmente es imposible saber cómo se realizaron dichas votaciones. A pesar de esto, de cuando en cuando algún ministro sentirá como necesario expresar su desacuerdo públicamente a partir del rechazo de alguna petición sobre un tema que estime de suma trascendencia. En algunas ocasiones incluso irá acompañada por un breve resumen de por qué cree que la causa debería de haber sido acogida. Al contrario, algunos ministros desapruueban cualquier intento de hacer pública una votación de certiorari y se rehúsan a profundizar sobre su desacuerdo en la negación.

Un factor determinante para que el sistema judicial genere externalidades positivas para la sociedad en general y la institucionalidad jurídica en particular, es que sea predecible. Sólo si las personas que

no han participado en un pleito piensan, con algún grado de fundamento, que los criterios con que se falló en él pueden serles aplicables en una situación similar, los tomarán en cuenta en sus razonamientos y actuaciones. En cambio, si las sentencias judiciales tienen un grado alto de aleatoriedad, si su contenido puede variar entre un caso y otro similar, los sujetos no pueden adecuar su conducta al derecho, pues éste es cambiante y se verán alentados a asumir conductas oportunistas frente a los procesos judiciales.

Desde el punto de vista del derecho comparado, la mayor parte de las reglas del derecho común (common law) han sido elaboradas por jueces y no son estatutarias¹³; pero aun en los campos estatutarios –más similares a la tradición continental o civil en la que participa nuestro derecho– el contenido específico de las reglas señaladas por la ley, son interpretaciones judiciales. En la tradición anglosajona, las reglas elaboradas por los jueces son resultado de la práctica de decidir de acuerdo con el precedente (*stare decisis*)¹⁴. Cuando se decide un caso se constituye un precedente, es decir, una razón para decidir un caso similar en la misma forma. Mientras que un precedente aislado es frágil y transmite poca información sobre el funcionamiento del sistema legal (algo que simplemente puede ser señalado, omitido o rechazado por un tribunal del mismo nivel o superior, o incluso por el mismo tribunal en una ocasión posterior), la acumulación de precedentes sobre una misma cuestión, puede en la práctica crear una regla de derecho dotada incluso de más fuerza que algunas reglas estatutarias explícitas¹⁵.

Desde la perspectiva económica, el conocimiento de cómo los tribunales aplicarán el derecho tiene un importante efecto en el nivel de litigiosidad. Para este razonamiento debemos asumir como evidente que

Un factor determinante para que el sistema judicial genere externalidades positivas para la sociedad en general y la institucionalidad jurídica en particular, es que sea predecible.

¹³ Aunque la tendencia a dictar normas escritas ha ido en gran aumento especialmente en materias corporativas.

¹⁴ Desde el punto de vista económico, el conjunto de precedentes de un área es un acervo de bienes de capital; específicamente, un acervo de conocimientos que durante muchos años genera servicios a los disputantes potenciales mediante la información acerca de las obligaciones legales. Los bienes de capital se deprecian; el valor de los servicios que brindan disminuye con el tiempo. Ello puede ser consecuencia, en el caso de la información (precedentes) de que sea obsoleta. Por supuesto, el que un bien de capital se deprecie no significa que deba reducirse el acervo de capital del que forma parte. Eso dependerá de la rapidez con que se reemplacen los bienes de capital. A medida que los viejos precedentes se vuelven obsoletos, hasta que finalmente dejan de ser parte del acervo de precedentes que se pueden usar, nuevos precedentes se agregan al acervo mediante el litigio. Posner (2000) p. 506.

¹⁵ Idem.

los arreglos son más convenientes y baratos que los litigios. En este esquema, si cada uno de los disputantes estima que tiene una buena posibilidad de obtener un buen resultado ante el tribunal, será poco probable que lleguen a acuerdo. La incertidumbre sobre el derecho es una de las condiciones necesarias para tal divergencia de las expectativas de los litigantes¹⁶. Si la incertidumbre es grande, habrá más litigio y apelaciones (si la posibilidad de que unos jueces reviertan el resultado de otros inferiores es alta). Con pocos precedentes nuevos producidos, la incertidumbre legal aumentará a medida que los precedentes antiguos se deprecian (porque son menos informativos en un ambiente modificado), y esta incertidumbre generará una nueva oleada de litigios y, por ende, una mayor producción de precedentes¹⁷.

Así las cosas, cuando a lo largo del tiempo la jurisprudencia es relativamente estable y coherente, ella se constituye en una forma de “capital social”: las personas saben con anticipación qué esperar de los tribunales y pueden incorporar dicha información en sus decisiones. Por el contrario, si los agentes involucrados no pueden anticipar razonablemente cuál será el criterio de decisión de los tribunales, dicha incertidumbre se traducirá en múltiples costos que dificultarán las relaciones entre los actores sociales. En efecto, si una misma norma tiene distintas interpretaciones y alcances, cuando se repitan situaciones similares en el futuro, el incentivo para que terminen en juicio es elevado, ya que ambas partes tendrán la expectativa de que el tribunal los favorezca. En ese caso, todo el costo que significó el primer juicio no constituye ningún aporte a los otros casos acaecidos posteriormente, obligando al país y a las personas a incurrir una y otra vez en costos judiciales para casos que son prácticamente idénticos, con el consecuente aumento de la conflictividad, incertidumbre e inseguridad.

...
cuando a lo largo del tiempo la jurisprudencia es relativamente estable y coherente, ella se constituye en una forma de “capital social”: las personas saben con anticipación qué esperar de los tribunales y pueden incorporar dicha información en sus decisiones.

En cambio, si la jurisprudencia fuera relativamente estable, bastaría con algunas resoluciones en la materia para que la comunidad jurídica captara dicha información y la aprovechara: menos juicios serían necesarios si con anticipación sabemos cuál es el sentido de la ley y quién tiene mayor probabilidad de ganar. El costo de litigar una y otra vez por causas similares se reduce a unos pocos litigios que proveen información para los demás casos. De esta manera, el sistema no sólo se hace más costoso por la cantidad juicios, sino también por la cantidad de precauciones que se deben tomar para evitar ser estafado, engañado, etc.¹⁸

Dado todo lo antes mencionado, la falta de jurisprudencia y el no uso de precedentes en Chile nos privan de los beneficios señalados. Más aún, de acuerdo a la legislación chilena, las sentencias judiciales sólo son aplicables al caso específico que resuelven; más allá no tienen fuerza obligatoria: el artículo 3° del Código Civil es contundente¹⁹. Sin embargo, la doctrina y la propia realidad han reconocido el valor interpretativo que se deriva de las resoluciones de los tribunales, en el sentido de que una decisión judicial contribuye a esclarecer el sentido de las normas. De esta manera, al decidir sobre un caso específico, los jueces orientan a los particulares sobre la forma en que deben entenderse y especialmente cumplirse las leyes.

El que un esquema de precedentes no sea adoptado en Chile, nos parece que está relacionado con diversas cuestiones. En primer lugar, la más obvia: tiene un impacto relevante la familia de origen legal o tradición jurídica a la que pertenece nuestro país (continental). Esto está relacionado no sólo con la legislación positiva (v.gr. artículo 3° del Código Civil), sino también con la formación jurídica de los abogados, quienes ni desde el punto de vista académico (en las Facultades de Derecho) ni en su práctica profesional, se ven

¹⁶ La demora excesiva que se da en los tribunales, y que constituye una verdadera prórroga para el deudor que ha incumplido, es también otro aliciente para que el deudor se niegue a llegar a un acuerdo o solución extralegal, incluso en los casos donde la ley es clara y la jurisprudencia uniforme.

¹⁷ Sin embargo, dado que es el propio litigio el que genera precedentes, sobre todo al nivel de la apelación, el incremento del litigio generará una reducción de la incertidumbre legal. Por tanto, la cantidad de litigio bajará –en un modelo teórico y con la ficción “ceteris paribus” – en el período siguiente. Posner (2000) p. 508.

¹⁸ Si no se tiene certeza sobre la protección de los tribunales, es el propio interesado el que debe protegerse, analizando e investigando minuciosamente a la contraparte antes de suscribir cualquier contrato. Entre los ámbitos más perjudicados están justamente las decisiones de largo plazo: las inversiones. Una empresa que piensa iniciar operaciones, sabe que en el futuro enfrentará muchos conflictos y mientras más incierto ese panorama, más riesgosa será la decisión de involucrarse en el negocio.

¹⁹ El artículo 3° del Código Civil señala: “Sólo 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”.

incentivados a la investigación y al uso de jurisprudencia existente.

Lo anterior se transforma en un círculo vicioso en la medida en que no existe en Chile un cuerpo de jurisprudencia y una misma Corte presenta a través de sus salas decisiones completamente diferentes (incluso contradictorias unas con otras sobre un mismo tema), lo que incentiva precisamente todo aquello que un esquema de precedentes busca evitar: comportamiento oportunista y estratégico de los litigantes, exceso de litigios, fallos inconsistentes, etc.

Una manera de avanzar hacia un esquema de precedentes es de *arriba hacia abajo*, por la vía de una reforma legal expresa, como se ha intentado en el pasado. En este esquema se ha buscado que la Corte Suprema conozca de manera selectiva sólo los recursos más importantes del sistema y establezca criterios uniformes en relación con los problemas de mayor relevancia social, orientándose a una interpretación uniformadora del derecho y establecedora de jurisprudencia cognoscible y fundamentada. Para este efecto, se ha planteado consagrar constitucionalmente la vinculatoriedad del precedente judicial emanado de los fallos de la Corte Suprema²⁰, modificando en consecuencia el actual artículo 3° del Código Civil. Adicionalmente, se ha planteado fortalecer y ampliar la actual norma vigente respecto de los recursos de casación con fallos contradictorios, facultando a las partes para detonar la intervención del pleno. Lo anterior pudiera imponer la obligación del respeto al precedente jurisdiccional de la propia Corte en materias jurídicas esenciales, tanto por esta misma como por todos los demás tribunales inferiores, y reportará los crecientes grados de certidumbre y predictibilidad, que la sociedad está demandando del Poder Judicial.

Con todo, una segunda *estrategia* es pensar en la utilización de precedentes como práctica generalizada de la comunidad jurídica, esto es, de *abajo hacia arriba*. La pregunta obvia es qué incentivos tienen los jueces y los litigantes para avanzar en esta materia.

Con todo, una segunda *estrategia* es pensar en la utilización de precedentes como práctica generalizada de la comunidad jurídica, esto es, de *abajo hacia arriba*. La pregunta obvia es qué incentivos tienen los jueces y los litigantes para avanzar en esta materia.

20 Los conceptos establecidos en una causa anterior son aplicados para decidir nuevas causas en las que concurren hechos similares y traen a colación puntos similares de derecho; el juez puede desestimar el precedente, si una de las partes lo convence de que las características del caso hacen inaplicable la jurisprudencia existente; los tribunales inferiores deben acoger las decisiones de los superiores.

En primer lugar, el uso de precedentes es racional para los jueces: tanto porque disminuye su trabajo, como acrecienta el poder relativo respecto de los otros poderes políticos. Para Posner, el que los jueces estén interesados en la producción de precedentes es una extensión natural del modelo de comportamiento judicial²¹. Un precedente proyecta la influencia de un juez con mayor eficiencia que una decisión que no tendrá ningún efecto para guiar el comportamiento futuro. Esto también explica por qué los jueces siguen y forman precedentes y, por tanto, por qué los abogados argumentan con base en el precedente. Si la generación de jueces actuales no sigue el precedente, la generación siguiente tenderá menos a seguir los precedentes de la generación actual, porque es menos probable que los jueces de la generación siguiente sean criticados por no seguir los precedentes de quienes los antecedieron.

Para los jueces, los costos de la crítica profesional son modestos, pero, dado que las reglas de la antigüedad y la compensación judiciales atenúan los incentivos habituales que influyen en la gente, es probable que los jueces se vean afectados por lo que en la mayoría de los campos es una

fuerza débil (la crítica). Es cierto que aquí hay un problema de “sombbrero”. El juez que se desentiende de un precedente, deseando establecer el propio, contrario al precedente, podría minar de manera poco significativa la práctica de la decisión de acuerdo con el precedente; los costos privados de su acto pueden ser menores que las ganancias privadas. Sin embargo, la estructura de la revisión de apelación mantiene bajo control el problema del “sombbrero”. El juez que se desentiende de un precedente se verá refutado por un tribunal superior que no tiene interés en permitir que él mine la práctica de la decisión de acuerdo con el precedente a fin de magnificar su propia influencia. En cada jurisdicción hay un tribunal superior cuyas decisiones no están sujetas a nueva revisión. Y, dentro de cada tribunal disminuye el problema del “sombbrero”. Si los magistrados de la Corte Suprema se desentienden del precedente en sus decisiones, saben que hacen disminuir la probabilidad de que los magistrados futuros respeten sus propias decisiones como precedente²².

21 El análisis económico del comportamiento judicial es desarrollado en profundidad en Posner (1993).

22 Posner (2000) pp. 508.

Una manera de avanzar hacia un esquema de precedentes es de arriba hacia abajo, por la vía de una reforma legal expresa, como se ha intentado en el pasado. En este esquema se ha buscado que la Corte Suprema conozca de manera selectiva sólo los recursos más importantes del sistema y establezca criterios uniformes en relación con los problemas de mayor relevancia social...

En segundo lugar, y como se ya se analizara, es racional para litigantes y para las partes afectadas –como también para los jueces– por el impacto del precedente sobre la cantidad de litigios. Esta aumentará debido a la reducción de la certeza legal y generará una presión para que se añadan nuevos jueces (diluyendo así la influencia de los jueces existentes), se haga que cada juez trabaje más o se sustituyan los tribunales judiciales por tribunales arbitrales y administrativos, lo que reduciría el Poder Judicial.²³

En este sentido, así como respecto de los litigantes, criterios jurisprudenciales claros (precedentes) en materia de admisibilidad, alientan o no la presentación de un tipo de recurso y no otro. El ordenamiento jurídico, con el objeto de beneficiarse de los precedentes y aprovechando que los actores del sistema tienen los incentivos para seguirlo, puede hacer uso de instrumentos complementarios que incentiven su uso, por ejemplo, las reglas de costas, tasas judiciales, el peso relativo que tenga el uso de precedentes en las calificaciones de los jueces, etc.

El presente documento ha tenido por objeto replantearse el rol que está jugando la Corte Suprema en nuestro sistema jurídico. Ello significa redefinir su rol jurisdiccional, lo que implica que ejerza en la práctica su rol de tribunal de casación, analizando de manera selectiva sólo aquellos conflictos en los cuales realmente el sistema jurídico requiera de una interpretación final o decisoria por parte del máximo tribunal del país, para con ello, entregar certeza jurídica a la sociedad frente a determinada materia.

Hay quienes, con razón, y sobre todo basados en lo que ha sucedido con el recurso de protección, se oponen a poner en manos de la propia Corte mecanismos de filtro que permitan selectividad²⁴, lo que no importa que no se deba tener ninguno. Muy por el contrario, es fundamental contar con ellos, porque eso permite que la Corte Suprema efectivamente pueda cumplir con su labor de forma eficiente. Lo central en esta

materia, más allá de la forma en que se materialice –sea mediante la vía jurisprudencial, el perfeccionamiento de los actuales recursos disponibles; o un mecanismo de certiorari– es concentrar a la Corte Suprema en su rol: generar jurisprudencia uniformadora del derecho.

Lo anterior se potenciaría y tiene sentido bajo un diseño institucional que incentiva el respeto al precedente. También se realizan propuestas al respecto para, sea por la vía de una reforma legal expresa (de arriba hacia abajo) o mediante la práctica de la comunidad jurídica (de abajo hacia arriba), el precedente comience a ser utilizado en nuestro sistema jurídico.

Lo central en esta materia, más allá de la forma en que se materialice –sea mediante la vía jurisprudencial, el perfeccionamiento de los actuales recursos disponibles; o un mecanismo de certiorari– es concentrar a la Corte Suprema en su rol: generar jurisprudencia uniformadora del derecho.

- Buchheister, Axel y Jose Francisco Garcia (2007): “Corte Suprema, Certiorari y Precedentes” en García, Jose Francisco, Francisco J. Leturia, y Claudio Osorio: *Reforma al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema, y Gestión* (Santiago, Libertad y Desarrollo–Derecho UC– Derecho UAI).
- Couso, Javier y Fernando Atria (2007): *La Judicatura como organización* (Santiago, Expansiva–IEJ). Disponible en línea en <http://www.expansiva.cl>
- Currie David P. (1998): “Separating Judicial Power”, 61 *Law and Contemporary Problems* 7.
- Dam, Kenneth (2006): “The Judiciary and Economic Development”, University of Chicago *Law and Economics Working Papers*, N° 287. Disponible en línea en: http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_251–300/287.pdf
- García, José Francisco, Francisco J. Leturia, y Claudio Osorio (2007): *Reforma al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema, y Gestión* (Santiago, Libertad y Desarrollo–Derecho UC– Derecho UAI).
- Gómez Bernales, Gastón (2005): *Recurso de Protección y Derechos Fundamentales* (Santiago, Universidad Diego Portales).
- Hall, Kermit (1992): *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, (Oxford, Oxford University Press).
- Hayek, Friederich A. (1960): *The Constitution of Liberty* (Chicago, The University of Chicago Press).
- La Porta Rafael, Florencio Lopez de Silanes y Andrei Shleifer (2003): “Judicial Checks and Balances”, *NBER Working Paper N° 9775*. Disponible en línea en <http://www.nber.org/papers/w9775>

²³ Posner (2000) pp. 509.

²⁴ Como ya se analizó, una de las críticas interesantes en la materia dice relación con que entregaría a las Cortes facultades que podrían ser utilizadas como instrumento de desarrollo de agendas personales de los ministros.

- Maltzman, Forrest, James F. Spriggs II y Paul J. Wahlbeck (2000): *Crafting Law on the Supreme Court* (Cambridge, Harvard University Press).
 - Posner, Richard A. (1993): “What do Judges Maximize (The same thing everybody else does)”, *3 Supreme Court Economic Review* pp. 1–41.
 - (2000): *Análisis Económico del Derecho* (Mexico D.F., Fondo de Cultura Económica)
 - Schlesinger, Rudolf (1988): *Comparative Law* (West Group)
 - Segal, Jeffrey A. y Harold J. Spaeth (2002): *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (Cambridge, Harvard University Press).
 - Segal, Jeffrey A. y Albert D. Cover (1989): “Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices,” *83 American Political Science Review*, pp. 557–565.
 - Tarr, Alan (2006, 4ed.): *Judicial Process and Judicial Policymaking*. (Thomson).
 - Vargas, Juan Enrique (2006): “Gobierno Judicial: Organización y Rol de las Cortes Supremas” en *Sistemas Judiciales N°10*, CEJA.
 - Vargas, Juan Enrique y Cristián Riego (2007): *Gobierno y carrera judicial: ¿Cómo lograr un sistema que incentive a los jueces a trabajar y comportarse adecuadamente sin atentar contra la independencia judicial?* (Presentación en el Taller de Justicia de Libertad y Desarrollo, julio de 2007).
 - Vargas, Juan Enrique, Carlos Peña y Jorge Correa (2001): *El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia*, Cuadernos Jurídicos N° 42 Facultad de Derecho (Santiago, Universidad Diego Portales).
-