



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho



Tesina en Derecho

“El precedente judicial en la cultura jurídica chilena y sus posibilidades de reconocimiento como fuente del Derecho”

Tesista : Eduardo Torrijo Rojas
Profesor Guía : Felipe Gorigoitia Abbott
Fecha entrega : Enero de 2016

INDICE

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I: EL PRECEDENTE EN EL COMMON LAW.....	7
1. NOCIÓN DE PRECEDENTE JUDICIAL.....	7
2. NATURALEZA DEL PRECEDENTE JUDICIAL.....	8
3. TIPOS DE PRECEDENTES.....	10
3.1. PRECEDENTES DECLARATIVOS Y PRECEDENTES CREATIVOS.....	10
3.2. PRECEDENTES OBLIGATORIOS Y PRECEDENTES PERSUASIVOS.....	10
3.3. PRECEDENTES ABSOLUTAMENTE OBLIGATORIOS Y CONDICIONALMENTE OBLIGATORIOS.....	10
4. ELEMENTOS DE LAS SENTENCIAS: RATIO DECIDENDI Y OBITER DICTUM.....	11
4.1. RATIO DECIDENDI.....	11
4.1.1. TEST DE WAMBAUGH.....	12
4.1.2. TEST DE GOODHART.....	12
4.1.3. TEST DE OLIPHANT.....	13
4.2. OBITER DICTUM.....	13
5. DIMENSIONES DE LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE.....	13
5.1. DIMENSIÓN HORIZONTAL.....	14
5.2. DIMENSIÓN VERTICAL.....	14
6. VALOR DEL PRECEDENTE.....	15
6.1. PRECEDENTES DE LA HOUSE OF LORDS.....	15
7. MECANISMOS DE FLEXIBILIZACIÓN.....	17
CAPÍTULO II: EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO EN CHILE.....	18
1. LA TEORÍA DEL CIVIL LAW SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO.....	18
1.1. EL EFECTO RELATIVO DE LAS SENTENCIAS.....	19
1.1.1. CONCEPCIÓN PREVALECIENTE.....	19
1.1.2. CONCEPCIÓN MODERNA.....	21

2. LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ AL DESARROLLAR LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.....	22
2.1.- CONCEPCIÓN PREVALECIENTE.....	22
2.2.- CONCEPCIÓN MODERNA.....	25
3. CAUSAL DE PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO: EL ERROR DECISORIO LITIS COMO PUERTA DE ENTRADA PARA LA GENERACION DE PRECEDENTES.....	27
3.1.- NATURALEZA DE LA NORMA TRANSGREDIDA: NORMAS DECISORIA LITIS.....	27
3.2.- CONCEPCIÓN PREVALECIENTE SOBRE LO QUE SE DEBE INTERPRETAR COMO NORMA DECISORIA LITIS.....	27
3.3.- ¿EL ARTICULO 780 DEL CPC ABRE LA PUERTA PARA QUE LA JURISPRUDENCIA SEA SUCEPCTIBLE DE SER NORMA DECISORIA LITIS?.....	31
3.3.1.- PROPÓSITO DE LA NORMA.....	31
3.3.2.- SENTIDO Y ALCANCE DE LA NORMA.....	33
 CAPITULO III: LA EXPERIENCIA DE LA CORTE SUPREMA UNIFICANDO JURISPRUDENCIA.....	 35
1.- LA EXPERIENCIA DEL PLENO DE LA CORTE SUPREMA EN LA UNIFORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA.....	35
2.- LA EXPERIENCIA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA EN LA UNIFORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA.....	37
2.1 PROBLEMA CULTURAL.....	37
2.2 PROBLEMA INSTITUCIONAL.....	38
2.3. PROBLEMA FORMAL.....	39
2.- LA EXPERIENCIA DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA EN LA UNIFORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA.....	40
 CONCLUSIONES.....	 41
 BIBLIOGRAFIA.....	 43

RESUMEN

Este trabajo tiene por propósito examinar la posibilidad de adoptar la institución de los precedentes judiciales en el ordenamiento jurídico civil chileno. Con este objetivo se identificarán la naturaleza y los elementos que le dan forma y contenido al precedente judicial en la cultura jurídica del *common law*. En seguida, se determina el valor que la cultura jurídica chilena le da a la jurisprudencia, a la luz de la institución del efecto relativo de las sentencias y el principio de independencia judicial. Luego se analizan posibles fundamentos normativos que se utilizan en doctrina para sostener que en Chile se pueden adoptar los precedentes judiciales en sede civil. Finalmente se analiza la experiencia de las Salas Penal y Laboral de la Corte Suprema en la generación de jurisprudencia uniforme. La conclusión a la que se espera llegar es que en Chile sí son factibles los precedentes judiciales pero en un sentido muy relativo.

INTRODUCCIÓN:

El cuestionamiento respecto del valor del precedente judicial en la cultura jurídica chilena surge al constatar un problema de la esencia del ordenamiento jurídico chileno y, en general, de la esencia del *civil law*. Nos referimos a la falta de aplicación que se observa por parte de la Excm. Corte Suprema respecto de un gran número de instituciones jurídicas reconocidas doctrinariamente, las que, por no estar reguladas positivamente, no encuentran, en definitiva, aplicación por parte de la Excm. Corte, a pesar de que incluso la aplicación práctica de estas instituciones sea generalmente reconocida por la doctrina de los autores.

En específico el recurso de casación en el fondo se encuentra limitado por un control de legalidad, lo que significa que tal recurso sólo se puede fundar en una infracción a la ley, por tanto, si la infracción se realiza contra doctrinas que no están expresamente reguladas o cuya aplicación surja de una posible interpretación de la ley, la infracción a tales doctrinas quedan fuera del análisis jurídico que la Corte pueda hacer respecto de las resoluciones dictadas por sus inferiores jerárquicos, significando, en consecuencia, dejar sin protección a ciudadanos recurrentes que razonablemente fundaron sus recursos en dichas doctrinas.

Finalmente, la falta de jurisprudencia uniforme o la existencia dispersión jurisprudencial provoca la desprotección del Derecho fundamental de igualdad ante la ley, e impide la consolidación del Estado de Derecho. En primer lugar, el Derecho fundamental de igualdad ante la ley se entiende desprotegido porque mientras no haya una interpretación de la ley que la Corte determine como la correcta y la cual los tribunales inferiores necesariamente deban seguir, a través de la uniformidad de jurisprudencia, los demás tribunales e incluso la misma Corte, en una sala diversa, seguirán fallando casos similares o iguales de manera dispar. Y, en segundo lugar, la falta de jurisprudencia uniforme, o dicho de otro modo, la falta de una interpretación uniforme de la ley, impide la constitución de seguridad o certeza jurídica, valor esencial para la consolidación de un Estado de Derecho.

Como respuesta a tal problema surge la posibilidad de reconocer al precedente judicial como una posible solución, por cuanto dicha institución tiene la característica determinar la interpretación uniforme de la ley, y a la vez de reconocer como obligatorias doctrinas legales

no legisladas, lo que en definitiva aparece como remedio a la dispersión jurisprudencial, y a sus externalidades negativas, como la desprotección del Derecho fundamental de igualdad ante la ley y la incertidumbre jurídica.

Por tal razón realizaremos un estudio en tres capítulos, en el primero de ellos se analizará, a grandes rasgos, y desde el punto de vista del *common law*, qué es lo que se entiende por precedente judicial, cuál es su naturaleza y cuáles son sus elementos, qué tipos de precedentes existen, su alcance y su valor o fuerza con la que obligan, y finalmente los mecanismos para derrotar su obligatoriedad.

En el segundo capítulo se estudiará el valor que la jurisprudencia tiene hoy como fuente del Derecho en el ordenamiento jurídico nacional, el alcance de la voz “*errores de Derecho*” en la causal específica del recurso de casación en el fondo, la virtud de la norma que aparentemente acepta a la jurisprudencia como *norma decisoria litis* y su efectividad. Asimismo, se analizará empíricamente el valor y obligatoriedad de la jurisprudencia desde el punto de vista de una sentencia pronunciada por un tribunal ordinario.

Por último, en el tercer capítulo se analizará el tema desde la perspectiva de la sede penal y laboral, y la experiencia de los recursos de unificación de jurisprudencia en tales materias.

CAPÍTULO I

EL PRECEDENTE EN EL COMMON LAW

1.- Noción de precedente judicial

El precedente judicial puede ser definido como un caso decidido que proporciona una base para la determinación de casos posteriores que involucran hechos o cuestiones similares.¹

En concreto el precedente judicial es la principal manifestación de la doctrina del *Stare decisis et quita non movere*, doctrina alrededor de la cual se configura todo el sistema jurídico del *common law*.

El Black's Law Dictionary señala esta doctrina como “*to stand by things decided, and not disturb settled points*”, lo que en español, en traducción flexible, significa “estar a lo decidido y no perturbar los puntos ya asentados”, a su vez el Black's Law Dictionary define a esta doctrina como aquella “según la cual para una Corte es necesario seguir decisiones judiciales anteriores cuando los mismos puntos son planteados de nuevo en un juicio”.²

La idea central de esta doctrina es la del respeto por los precedentes, es decir, por las decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante. Y la forma de expresar ese respeto es a través de la obligatoriedad impuesta para un juez de seguir, o de no cambiar, la decisión precedente, deber tan elevado, que en principio sólo basta un precedente para que se genere dicha obligación.

2.- Naturaleza del Precedente Judicial

¹ Traducción Flexible de la definición presentada en el Black's Law Dictionary.

² *Stare decisis*: {Latin “to stand by things decided”} The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decision when the same points arise again in litigation.

En el Derecho anglosajón existen dos teorías opuestas respecto de la naturaleza y el origen del *common law*. Por un lado se encuentra la Teoría Declarativa o Teoría Ortodoxa, según la cual el Derecho es una entidad que existe independientemente y antes de la decisión judicial, y por el otro, se encuentra la Teoría Constitutiva, la que al contrario de la anterior, sostiene que puede no existir Derecho antes de la decisión judicial, en cuyo caso la labor del juez será constitutiva.

a) Teoría Declarativa

La formulación clásica de esta Teoría es desarrollada por Blackstone en los siguientes términos: “La *lex non scripta* o Derecho no escrito incluye no solamente las costumbres generales o *common law*, así llamado propiamente, sino también las leyes particulares que son consuetudinariamente observadas solamente en ciertos tribunales y jurisdicciones” (1809: p. 63), “...por lo tanto, yo llamo a estas partes de nuestro Derecho *leges non scripta* porque su establecimiento original y su autoridad no se encuentran formuladas por escrito, como las leyes del Parlamento, sino que reciben su calidad de obligatorias y la fuerza de las leyes, por su uso prolongado e inmemorial y por su recepción universal a través de todo el reino.” (1809: p. 64)

Como es natural, ante la necesidad de seguridad jurídica, surge entonces la pregunta ¿Cómo se determinan y se validan esas *leges non scripta*?

Al respecto, Blackstone responde: “Por los jueces en los diversos tribunales. Ellos son los depositarios de las leyes, los oráculos vivientes quienes deben decidir en todos los casos de duda, y quienes se encuentran obligados por un juramento a resolver en conformidad con el Derecho del país” y continúa “...y esas sentencias judiciales constituyen la prueba principal y más autorizada que puede ser suministrada de la existencia de tal costumbre como parte del *common law*” (1809: p. 68-69)

Para Blackstone el *common law* está constituido por las costumbres prolongadas e inmemoriales de todo el Reino, tal cual han sido declaradas por los jueces en sentencias precedentes. Esas sentencias constituyen la prueba de tales costumbres, prueba que no puede ser cuestionada, salvo dos excepciones: cuando la sentencia precedente es contraria a la razón

de manera evidente, y cuando la sentencia es contraria a la ley divina. Para efectos de este trabajo, tales excepciones resultan irrelevantes, sin embargo, rescatamos como justifica Blackstone la facultad del juez de romper con el precedente, quien señala que “los jueces no pretenden hacer nuevo Derecho, sino que reivindicar el viejo Derecho de interpretaciones equivocadas. Puesto que si se encuentra que la primera decisión es manifiestamente absurda o injusta, se declara, no que eso era mal Derecho, sino que no era Derecho; es decir que no es la costumbre establecida del Reino, pues ha sido determinada erróneamente” (1809: p. 69-70)

b) Teoría Constitutiva

Para esta Teoría el *common law* no se encuentra constituido por costumbres inmemoriales, sino por las normas creadas por los jueces al decidir en casos concretos sometidos a su consideración.

Esta teoría se formuló en base a las siguientes críticas a la teoría declarativa, la primera consistente en que la teoría declarativa al sostener que el Derecho es un conjunto de reglas preexistentes y suficientes para cualquier caso que surja en el futuro, no es compatible con el origen y desarrollo del Derecho, ya que es un hecho que hay muchos casos y surgirán muchos casos más, en los que no hay posibilidad de encontrar regla, opinión, costumbre o uso preexistente.

La segunda crítica consiste en que no se puede conciliar la evolución del Derecho con la afirmación de que la labor del juez es solamente declarativa, porque para que una decisión judicial tenga el efecto de un cambio en el Derecho, se debe estar ante una decisión que haga algo más que aplicar el Derecho preexistente, puesto que si el tribunal simplemente aplica el Derecho, dicha decisión no realizará ningún cambio.

3.- Tipos de Precedente

3.1.- Precedentes Declarativos y Precedentes Creativos

El criterio de distinción entre uno y otro se encuentra en el tiempo en que la norma

jurídica que el juez aplica toma existencia. Así, en el primer tipo, el juez aplica una norma ya existente con anterioridad, comprobable a través de la revisión de casos anteriores, mientras que en el segundo, el juez aplica una norma que acaba de tomar existencia, es decir, que el mismo juez crea.

En este sentido, mientras que tratándose de un precedente declarativo, la norma resulta aplicada porque es ya Derecho, en el precedente creativo la norma es Derecho para el futuro porque ahora es aplicada por el juez. (Iturralde, 1995: p. 34)

3.2.- Precedentes Obligatorios y Precedentes Persuasivos

Dependiendo de la intensidad con la que los precedentes ejercen su eficacia, se distingue entre precedentes obligatorios y persuasivos. El primer tipo es aquel que un juez debe seguir, lo apruebe o no, y un precedente persuasivo es aquel que un juez no tiene la obligación de seguir, pero que del que debería tomar consideración. Así la elección de un precedente que no obliga pero persuade requiere el convencimiento del juez en su corrección. (Iturralde, 1995: p. 34-35), pero no requiere una justificación por el apartamiento del mismo (Iturralde, 2013: p. 195) Que el precedente sea de una especie u de otra depende de la fuerza que el propio ordenamiento normativo le dé al precedente, lo que se determina en vista de numerosos parámetros como la jerarquía del Tribunal que lo crea, y la existencia de sofisticadas técnicas argumentativas como el *distinguishing*³ y el *overruling*⁴.

3.3.- Precedentes Absolutamente Obligatorios y Precedentes Condicionalmente Obligatorios

Los precedentes absolutamente obligatorios son aquellos cuya decisión es totalmente obligatoria y debe ser seguida aunque se considere que no es razonable o que es errónea. Por su parte los precedentes condicionalmente obligatorios son aquellos que pueden ser prescindidos de seguir, es decir, derrotados, pero solo hasta cierto punto, hay un límite

³ No aplicar la regla del precedente en el asunto que se resuelve y crear una nueva regla, cuando a criterio del tribunal las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato judicial distinto.

⁴ Cuando una corte de apelación considera que la decisión adoptada respecto de una apelación anterior en un asunto determinado no fue correcta y, en consecuencia, dicho precedente carece de poder vinculante.

determinado para no seguirlos. El tribunal debe considerar que su aplicación es tan claramente incorrecta que su revocación es demandada en interés de la correcta administración de justicia. (Iturralde, 1995: p. 36-37)

4.- Elementos de las sentencias: *Ratio Decidendi* y *Obiter Dictum*

En estricto rigor, los tribunales de justicia no se encuentran obligados ni condicionados a seguir todas las decisiones que la judicatura haya determinado con anterioridad. La doctrina inglesa analiza las sentencias judiciales, identificando principalmente dos elementos en las sentencias: por una parte, el elemento que genera obligación a los tribunales y que por lo tanto su contenido debe ser seguido, llamado *ratio decidendi*; y, por la otra, el elemento que no genera obligación, llamado *obiter dictum*.

4.1 *Ratio Decidendi*

En principio *Ratio Decidendi*⁵ o razón para decidir, es aquella parte de la sentencia que genera obligación y debe ser respetada y seguida por los demás tribunales, siempre que de acuerdo a su ubicación en la estructura judicial deban seguirla. En definitiva, la *Ratio Decidendi* constituye el precedente judicial.

Respecto del contenido de la *ratio decidendi*, Cross y Harris señalan que: “no todo lo manifestado por los jueces en la sentencia constituye un precedente, es que, entre todas las proposiciones de Derecho enunciadas por el juez, únicamente se consideran parte de la *ratio decidendi* aquellas que aparezcan haber sido consideradas por el cómo necesarias para la decisión. Las demás serán *obiter dicta*” (Romero, 2013: p. 167)

Al respecto, Maccormick define *ratio decidendi* como “una resolución [ruling] expresa o implícitamente dada por un juez, suficiente para resolver una cuestión jurídica suscitada por los argumentos de las partes de un caso, siendo una cuestión sobre la cual una resolución [ruling]

⁵ El Black's law dictionary lo define como “1. The principle or rule of law on which a court's decision is founded <many poorly written judicial opinions do not contain a clearly ascertainable ratio decidendi>. 2. The rule of law on which a later court thinks that a previous court founded its decision; a general rule without which a case must have been decided otherwise <this opinion recognizes the Supreme Court's ratio decidendi in the school desegregation cases>.”

era necesaria para la justificación... que el juez brindó de la decisión que adoptó en el caso”⁶

La determinación de las consideraciones de Derecho que constituyen y las que no constituyen *ratio decidendi* resulta particularmente problemático. Es, por lo mismo, un tema muy debatido en doctrina, y respecto del cual existen distintas posturas. Las más importantes han desarrollado métodos para la determinación de la *ratio decidendi*, y son las que se analizarán a continuación.

4.1.1.- Teoría Clásica: El Test de Wambaugh

Para esta teoría, si un cambio en el contenido de la supuesta *ratio decidendi*, provoca un cambio en la decisión del juez, la supuesta *ratio decidendi* es real. Por el contrario, si un cambio en la supuesta *ratio decidendi* no implica un cambio en la decisión final, esa supuesta ratio es *obiter dictum*. (Iturralde, 2013: p. 198)

4.1.2.- Test de Goodhart

Esta doctrina sostiene que *Ratio Decidendi* no son las razones dadas por el juez para su decisión, puesto que estas pueden ser equivocadas o estar basadas en una interpretación incorrecta de la historia; tampoco lo es la regla establecida por el tribunal, o la regla enunciada que necesariamente constituye el principio del caso, puesto que puede que el tribunal no establezca ninguna regla, o que la regla establecida sea demasiado estricta o demasiado amplia. Incluso afirma que la *ratio decidendi* no puede ser encontrada en los hechos del caso junto con la decisión obtenida de estos hechos. (Iturralde, 2013: p. 198)

Por lo tanto la *ratio decidendi* sólo puede determinarse identificando los hechos tratados por el juez, como fundamentales, y su decisión basada en esos hechos. (Iturralde, 1995: p. 85-88)

⁶ Traducción de Legarre y Rivera en “Naturaleza y dimensiones del stare decisis” nota 67

4.1.3.- Teoría Estimulo-Respuesta o Hecho-Decisión: Tesis de Oliphant

Esta teoría afirma que una persona tendría que obtener el Derecho del caso de “la acumulación de experiencias de los jueces entre hechos brutos”; y que el “elemento predecible” en los precedentes judiciales debe ser encontrado en lo que “los tribunales han hecho en respuesta al estímulo de los hechos en los casos concretos ante ellos” más que en el estudio de “racionalizaciones vagas y cambiantes”.

4.2 *Obiter Dictum*

Al respecto, Cuetto Rúa se refiere al *obiter dictum* como “el lenguaje sobreabundante [...], ya sea por referirse a hechos hipotéticos, o a una situación de hecho distinta de la que se presenta en el caso, o a argumentos jurídicos que, aunque pertinentes, resultan superfluos” (Legarre y Rivera, 2006: p. 121)

Quedan incluidas dentro de este concepto⁷, primero, las cuestiones de hecho y, segundo, aquella parte de las cuestiones de Derecho que constituyen consideraciones que aparecen en la sentencia pero que no se consideran necesarias para la decisión final.

Lo anterior no quiere decir que el *obiter dictum* no cumpla ninguna función, ya que gran parte del contenido del *obiter dictum*, sean las observaciones incidentales del juez, o las motivaciones pedagógicas, no obligan a las jurisdicciones subordinadas, pero tienen un valor de persuasión importante. (Garapon, 2006: p. 36)

5.- Dimensiones de La Doctrina del Precedente

Desde un punto de vista estructural, es preciso identificar el alcance de obligatoriedad del *ratio decidendi*. Para el *common law*, el precedente judicial obliga tanto a los jueces de un mismo nivel jerárquico, como a los jueces de niveles jerárquicos inferiores, pero todo esto con

⁷ El Black's Laws Dictionary lo define como: “*A judicial comment made during the course of delivering a judicial opinion, but one that unnecessary to the decision in the case and therefore not precedential (though it may be considered persuasive)*”.

distinciones y con mecanismos o técnica jurídica institucionalizada que permiten flexibilizar la obligatoriedad del precedente, y con ello evitar el estancamiento del Derecho y promoviendo su desarrollo.

Primero analizaremos la regla general de obligatoriedad del precedente, para luego, cuando nos refiramos al valor del precedente, ver los mecanismos de flexibilización.

5.1 Dimensión Horizontal del Precedente

El precedente desde un punto de vista horizontal importa sostener la existencia de la obligación jurídica que tienen los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a lo resuelto por sentencias precedentes, dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía coordinada, incluidos ellos mismos. (Legarre y Rivera, 2006: p. 114)

5.2 Dimensión Vertical

Por otro lado, desde una perspectiva jerárquica, el precedente involucra la obligación que tienen los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a lo resuelto por sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía superior. Por su parte los tribunales superiores no están obligados a seguir los precedentes de sus inferiores jerárquicos, sin perjuicio del posible valor persuasivo que aquellos precedentes tengan para los superiores. (Legarre y Rivera, 2006: p. 118)

Como se puede ver, en ambos casos la obligación de aplicar el precedente tiene igual naturaleza, y en ambos casos la consecuencia de su incumplimiento será la revocación de la sentencia apelada. Sin embargo, la sanción reviste mayor claridad en la dimensión vertical, debido a la jerarquía del tribunal superior.

6.- Valor del Precedente

Como se puede advertir de lo ya expuesto, el precedente resulta obligatorio de seguir tanto para los jueces de un mismo nivel jerárquico como para los jueces inferiores. Ahora analizaremos en específico la fuerza del precedente en los tribunales jerárquicamente más influyentes en el *common law*.

6.1 Precedentes de la House of Lords

Las decisiones de la *House of Lords* resultan obligatorias para todos los tribunales, tanto es así que hasta 1966 eran obligatorias incluso para la misma *House of Lords*, pero con la declaración del *Practice Statement*, se posibilitó a la *House of Lords* para apartarse en el futuro de sus propias decisiones, a su propia discreción.

Al respecto, entre 1966 y 1975, se establecieron 7 criterios relacionados con el uso discrecional de tal libertad:

1) Criterio del Uso restrictivo o limitado: La libertad garantizada por el *Practice Statement* tiene que ser ejercida limitadamente.

2) Criterio de las legítimas expectativas: Una decisión no debe ser derogada si para ello se tienen que subvertir las legítimas expectativas de la gente que ha celebrado contratos o acuerdos, o que ha regulado de otra forma sus asuntos confiando en la validez de esta decisión.

3) Criterio de Interpretación: Una decisión relativa a cuestiones de interpretación de leyes u otros documentos no debe ser derogada excepto en casos raros y excepcionales.

4) Criterio de las Consecuencias imprevisibles: Una decisión no debe ser derogada si los *Lords* no puede prever las consecuencias de apartarse de ella. Asimismo, una decisión no debe ser derogada si hacerlo implicaría un cambio que deba partir de una reforma comprensiva del Derecho. Tales cambios se hacen mejor por la legislación siguiendo un examen amplio de todo el Derecho.

5) Criterio de Simplemente mal precedente: En interés de la certeza, una decisión no debe ser derogada simplemente porque los *Law Lords* (insertar cita que explique que son los law lords) consideren que estaba mal decidida. Deben existir razones adicionales para justificar dicho paso.

6) Criterio de la Rectificación de la certidumbre: Una decisión debe ser derogada si crea tal incertidumbre en la práctica que los asesores sean incapaces de dar una indicación clara sobre qué decidirán los tribunales, respecto de cuál es el Derecho.

7) Criterio de los Injustos o pasado de moda: Una decisión debe ser derogada si en relación a un principio general no se considera justo o en consonancia con las condiciones sociales contemporáneas o las concepciones modernas de *public policy*.

A los anteriores, se han agregado otros tres criterios, que se han instaurado hasta la actualidad:

1) Para derogar una decisión la *House of Lords* debe estar convencida de que está en posición de sustituir la anterior decisión por una regla que llevar consigo una clara mejora en el Derecho.

2) No se deberá derogar una decisión cuando no se revisa nada significativo del caso anterior y no ha habido un cambio material en las circunstancias desde que fue decidido.

3) Una decisión de Derecho penal sólo debe ser derogada en circunstancias excepcionales, en base a la especial necesidad de certeza en el Derecho penal.

En lo que respecta a las decisiones de la *Court of Appeal, Civil Division*, sólo diremos que son obligatorias para la *Court of Appeal* y para la *High Court* y para los *County Courts*, con las siguientes excepciones: 1) Decisiones en conflicto 2) Decisiones implícitamente derogadas por la House of Lords 3) Decisiones obtenidas por *incuriam*

7.- Mecanismos de Flexibilización

La evidencia demuestra que el precedente judicial está lejos de traer consigo el estancamiento del Derecho. Debido a la obligación de seguir decisiones establecidas en el pasado, trae consigo la evolución del Derecho.

La flexibilidad del sistema del precedente es preservada por la relativa libertad con que los tribunales pueden, y a menudo determinan, el fin y los límites de los precedentes pasados y si los aplican a las nuevas circunstancias que se consideraron esenciales en casos anteriores.

Esta flexibilidad del *stare decisis* en el *common law*, se logra a través de distintas técnicas:

- a) Un cambio en las circunstancias autoriza un cambio en la regla.
- b) Regla de expansibilidad del *common law*, esto entendiendo al *common law* como un organismo vivo que crece y se desarrolla en función al desarrollo de la nación.
- c) La base del sistema son los principios, así si el precedente entra en conflicto con principios del Derecho, estos principios son los que prevalecen.
- d) Máxima de razonabilidad: Cuando cesa la razón para la regla, cesa la regla misma.
- e) El *Distinguishment* o la Técnica de las Distinciones: Es la técnica más importante y consiste demostrar que existe una distinción importante entre los hechos del caso precedente y los del caso presente, una diferencia sustancial que justifique una regla diferente. (Iturrealde, 1995: p. 77)

CAPÍTULO II

EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO EN CHILE

Como es sabido, la cultura jurídica chilena es heredera de la tradición del *civil law*, por lo que, en consecuencia, sigue sus principales postulados, esto es, la doctrina de separación de poderes del Estado, su pretensión de codificación, su preocupación por una fiscalización de la actividad judicial, materializada en la casación, y finalmente su teoría de las fuentes del Derecho (Bravo-Hurtado, 2013: p. 556). En virtud de la teoría de las fuentes y de la independencia judicial, subproducto de la doctrina de separación de poderes del Estado, es posible identificar el valor de la jurisprudencia.

1.- La teoría del *civil law* sobre las fuentes del Derecho

La tradición jurídica chilena, como buena partidaria de la teoría binaria de las fuentes creadoras del Derecho, tradicionalmente ha entendido que la única fuente legitimada para crear Derecho es la legislación. No se le reconoce valor a una teoría gradual de fuentes, y a la jurisprudencia se le deja como una fuente de Derecho particular y de obligaciones concretas.

La Doctrina ha afirmado esta postura fundada principalmente en que el artículo 1437 del Código Civil, al establecer las fuentes de las obligaciones civiles, no reconoce como tal a la jurisprudencia. Al respecto, Bravo-Hurtado, refiriéndose a como la legislación ha entendido las fuentes formales del Derecho, señala que: “más lo interesante es notar aquello que el artículo 1437 no dijo, enfocarnos en aquello que fue excluido como fuente”. “Lo que no dice es la 'costumbre' ni la 'jurisprudencia'. Según el artículo 1437 ellas están excluidas como fuentes de las obligaciones civiles. La costumbre esta en algo mejor situación porque si bien el 1437 no la menciona, al menos el artículo dos la reconoce como fuente cuando la ley le presta apoyo explícito. Mientras que la jurisprudencia nunca generará obligaciones civiles por sí sola, el artículo 1437 la niega como fuente y el artículo tres (“no tendrá fuerza obligatoria”) confirma esa negación. De este modo el artículo tres del código civil chileno adhiere a la tradición de la

teoría de fuentes y a su dogma más importante, que la jurisprudencia no es fuente”. (2013: p. 557)

1.1.- El efecto Relativo de las sentencias

La jurisprudencia o las decisiones de los tribunales de justicia en Chile, hoy y desde siempre, sólo tienen un alcance particular, que sólo afecta a las partes del proceso y no pueden empecer a terceros. La doctrina mayoritaria sostiene esta postura fundada en dos normas del Código Civil: el artículo 2º inciso 3, sobre el efecto relativo de las sentencias⁸ y en el artículo 1437, que define las fuentes de las obligaciones civiles⁹.

1.1.1.- Concepción prevaleciente sobre el efecto relativo de las sentencias

La doctrina tradicional chilena ha sostenido que la regla establecida en el inciso segundo del artículo tercero del Código Civil, se refiere al efecto relativo de las sentencias, y ha entendido este efecto relativo como un límite que el legislador establece alcance de las decisiones judiciales, y por lo tanto, el límite a su valor.

En este sentido, en la doctrina clásica, autores como Alessandri, Somarriva y Vodanovic, han postulado que, a diferencia de la ley, que es general y universal en sus efectos, y que obliga a todas las personas, las sentencias judiciales sólo obligan a las partes del litigio (2005: p. 132). De ahí que se diga que la sentencia judicial sólo tiene efectos relativos. Fundamentan su postura en la lógica y en la razonabilidad, “sólo los individuos que litigaron hicieron oír su voz; todos los demás han sido ajenos a la contienda, de manera que, de acuerdo con el inmemorial adagio que nos viene desde la Biblia, es lógico que no sean condenados antes de ser oídos. En este principio sencillo radica el fundamento filosófico de la relatividad de efectos de la sentencia judicial”. (Alessandri, Somarriva, y Vodanovic, 2005: p. 132)

⁸ “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 que actualmente se pronunciaren”

⁹ “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad”

Siguiendo tal interpretación Colombo Campbell ha expresado que: “Los efectos finales del proceso se producen en el conflicto que se resolvió a través de él” (...) “Terminado el proceso, los efectos de la sentencia, salen de él para volver a la realidad como única forma de poner término efectivo al conflicto que lo motivó.” (1997: p. 145)

Por su parte, Claro Solar, refiriéndose a las diferencias entre la ley y la sentencia judicial señala que: “el rol del juez y el del legislador, son muy diferentes. El legislador es el órgano del interés social, es decir de los intereses generales, y estatuye sobre ellos: el juez es el órgano de los intereses particulares, encargado de solucionar un conflicto que se suscita respecto de determinados intereses. De esta primera y primordial diferencia resulta que la ley obliga a todos, es general y universal en sus efectos; mientras que la sentencia del juez sólo obliga a las partes que litigan; y en seguida, que la autoridad judicial debe arreglar el pasado, no disponer para el porvenir, y el legislador estatuye para el porvenir sin tocar el pasado” (1898-1934: p. 30-38)

Mientras que, ya en 1930 Barros Errázuriz afirmaba que el alcance del principio del efecto relativo de las sentencias es tal que los Tribunales Superiores eliminaron de los fundamentos de las sentencias de primera instancia, las referencias doctrinarias que la misma Corte Suprema había establecido a través de sentencias de casación, “En otros términos, la sentencia dictada en un juicio no tiene influencia en otro, por mucha que sea la analogía que haya entre ambos juicios y aunque emana de un Tribunal de Casación. Su mérito sólo será ilustrativo para formar la conciencia del tribunal; pero no le impone obligación alguna, y aún el mismo tribunal que dictó la anterior sentencia puede modificar su opinión y fallar en sentido diverso, si lo estima más ajustado al Derecho”, y continúa: “Es tal el alcance de este principio en el sentido de que un fallo judicial sólo produce efecto en la causa en que se pronuncia, que los tribunales superiores han eliminado de los fundamentos de una sentencia de primera instancia la referencia o cota que dicha sentencia hacía de los considerandos doctrinarios contenidos en una sentencia expedida por la Corte Suprema en un recurso de casación. “En otros términos, la sentencia dictada en un juicio no tiene influencia en otro, por mucha que sea la analogía que haya entre ambos juicios y aunque emana de un Tribunal de Casación. Su mérito sólo será ilustrativo para formar la conciencia del tribunal; pero no le impone obligación alguna, y aun el mismo tribunal que dictó la anterior sentencia puede modificar su opinión y

fallar en sentido diverso, si lo estima más ajustado al Derecho” (1930: p. 63)

1.1.2.- Concepción Moderna del Valor Relativo de las Sentencias

Las tendencias más actuales en la materia postulan que la concepción clásica del efecto relativo de las sentencias es errónea. Afirman que las decisiones que las sentencias contienen sólo obligan a las partes del litigio, lo que es cierto, pero tampoco deja de serlo que las sentencias se comportan como un hecho jurídico y que como tal, sus decisiones importantes trascienden al juicio particular. Por una parte se encuentra el alcance de las decisiones falladas y por el otro la eficacia de las sentencias judiciales.

Como bien lo señala Bravo-Hurtado, el inciso 2° ya referido dice respecto de la jurisprudencia, algo distinto que lo que el legislador dice respecto de la costumbre, en efecto, de la costumbre dice que ella no constituye Derecho, en cambio de las decisiones judiciales (de la jurisprudencia) dice que ellas no tienen fuerza obligatoria. Bravo-Hurtado postula que las expresiones “*no constituye Derecho*” y “*no tiene fuerza obligatoria*” no pueden entenderse como sinónimas, argumentando que la expresión “obligación” es utilizada en su sentido técnico y no en un sentido general o abstracto. (2013: p. 557)

Por su parte Romero Seguel señala que en la segunda parte del artículo 3° del Código Civil, sólo se contempla el efecto de cosa juzgada. Específica que el efecto relativo de las sentencias sólo es una proyección del efecto de cosa juzgada y como tal, sólo actúa como un mandato imperativo surgido de la decisión de un conflicto entre partes. (2011: p. 346)

De lo dicho, sostener que la jurisprudencia no tiene valor más allá de su “efecto relativo” implica dos cosas: En primer lugar importa desconocer que la sentencia se comporta como un hecho jurídico. Y en segundo lugar implica ignorar el aporte de la ciencia jurídica que ha demostrado que “una sentencia judicial es un acto de múltiples consecuencias, el denominado efecto relativo es sólo uno, vinculado al alcance que tiene la decisión de un conflicto entre partes. En cambio, determinar la eficacia que se debe reconocer a una sentencia judicial que contiene una *ratio decidendi* es algo diverso del efecto de cosa juzgada”. (Romero, p.

135-136)

En tal sentido Romero señala que: “El postulado de que la jurisprudencia no tiene valor, sostenido en el inciso 2º del art 3º del Código Civil es erróneo. Desconoce que la sentencia se comporta como un hecho jurídico en la producción de precedentes judiciales. El efecto relativo de las sentencias es una proyección del efecto de cosa juzgada, que actúa como un mandato imperativo surgido de la decisión de un conflicto entre partes” (Romero, p. 134)

El argumento del artículo 3ro del Código Civil sólo es una interpretación que sirve de argumento para sostener la Teoría Binaria de las Fuentes de la Obligaciones¹⁰, institución esencial del *civil law* de la que Chile es heredero, pero que sin embargo hoy en día no tiene razón de ser más que el apego a las instituciones y al espíritu legalista.

2.- La Independencia del Juez al desarrollar la función jurisdiccional.

Un principio fundamental para la vigencia del Estado de Derecho consiste en que los jueces deben encontrarse protegidos en sus decisiones judiciales, pero no tan sólo respecto de la intervención de las otras funciones del poder del Estado, como la ejecutiva o legislativa, sino que además resulta necesario que se encuentren protegidos respecto de la influencia que otros miembros de la misma función judicial, al efecto, respecto de la que sus superiores jerárquicos puedan ejercer sobre ellos y así afectar sus decisiones.

2.1.- Concepción Prevaliente

Si bien el principio de independencia judicial de los jueces no tiene consagración expresa en la Carta Fundamental, la doctrina tradicional ha construido una concepción sobre la misma a la luz del principio de independencia de la función jurisdiccional, establecido en el artículo 76 de la Constitución de 1980.¹¹

¹⁰ Esta doctrina plantea que hay fuentes de derecho o no hay fuentes de derecho, como un todo o nada, sin admitir grados intermedios.

¹¹ Al respecto el inciso primero señala: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.”

En efecto la doctrina tradicional sostiene que la independencia judicial encuentra dos manifestaciones. Por un lado, representa que el juez, al ejercer la función jurisdiccional, esto es, al decidir sobre un determinado conflicto sometido a su competencia, debe hacerlo según lo que la ley le ordena decidir o según lo que él interpreta de la ley, dependiendo de si el enunciado normativo es preciso o es abierto a interpretaciones, y debe hacerlo sin órdenes o instrucciones, ni menos sanciones, de otros poderes del Estado. Esto es lo que se conoce como independencia externa del poder judicial o independencia de la función jurisdiccional, y no es otra cosa que una manifestación del principio de separación de poderes de un Estado de Derecho.

Mientras que la segunda manifestación de la independencia judicial consiste en que el juez debe resolver el asunto sometido a su decisión sólo según lo que prescriba el Derecho y bajo ningún motivo según ordenes, instrucciones, ni menos sanciones de sus superiores jerárquicos. Esto es lo que se conoce como la independencia interna del poder judicial o independencia de los jueces, y es las que para efectos de la presente tesis nos interesa.

Autores como Aldunate Lizana han sostenido que: “por independencia del juez se puede entender aquella situación en que, situado el juez, no puede prever ni pueden derivarse para él consecuencia favorables ni desfavorables, ya sean materiales o morales de su decisión judicial” (1995: p. 12)

Por su parte, Squella, haciendo una descripción de cómo en la cultura jurídica chilena, se entiende la independencia judicial del juez, ha afirmado que en razón de ésta “cada tribunal, sea unipersonal o colegiado y cualquiera sea la posición que ocupe dentro del poder judicial, conoce, falla y hace ejecutar lo fallado en los casos o asuntos de su competencia sin sufrir tampoco injerencias ni presiones de parte, de tribunales jerárquicamente superiores” (2007: p. 5)

En este punto surge la interrogante respecto de cuál es el alcance que la cultura jurídica chilena le da a la independencia interna del juez. Al respecto, Squella afirma que: “ella se refiere, concretamente, a la manera como esos magistrados resuelven los asuntos de su competencia y, más específicamente, a la manera como interpretan y aplican el Derecho

vigente en relación con los casos de los cuales conocen. Porque si resulta obviamente atentatorio contra la autonomía interna de un juez, que alguno de sus superiores jerárquicos lo instruya o presione para que resuelva un determinado asunto de la manera que ese superior quiera, se lesiona también la independencia interna cada vez que los superiores jerárquicos, en particular la Corte Suprema, sin necesidad de inmiscuirse en un caso determinado que lleva un juez inferior, pretenden establecer criterios vinculantes para estos, y válidos para géneros de casos, acerca de cuál es el Derecho aplicable y cómo debe ser éste invariablemente interpretado y aplicado por los jueces cada vez que se produzca un caso previsto o cubierto por ese Derecho.”(2007: p. 8-9)

En otras palabras, el juez no debe ser influenciado directamente en la toma de su decisión, ya sea con una instrucción, o una orden, o una sanción; como tampoco debe ser influenciado indirectamente, por lo que esta concepción de independencia judicial en ningún caso podría coexistir con un sistema donde un tribunal superior fije criterios de decisión, ni mucho en un sistema donde existan precedentes judiciales vinculantes.

En tal sentido es posible afirmar que la concepción que en nuestro ordenamiento se le ha dado al poder judicial es la de un poder difuso, es decir, un poder que no ha de pertenecer a un sólo tribunal supremo que fije una pauta o una política de acción, al contrario, se trata de un poder del que participan todos y cada uno de los tribunales y jueces, ya sean individuales o colegiados, que pertenezcan al poder judicial, y que puedan ejercerlo sin presiones ni límites más que sólo los que establezca la ley.

En efecto, siguiendo a Silvestri, Bordalí Salamanca ha sostenido que el sentido de concebir al poder judicial como un poder difuso consiste en: “evitar la posible configuración de un poder que sea capaz de alterar la voluntad soberana expresada en la ley” (2010: p. 69). En consecuencia, siguiendo tal razonamiento, se debe entender que la identificación de una independencia judicial interna de los jueces con una concepción difusa del poder judicial, sólo es una construcción doctrinaria de una cultura jurídica que como heredera del *civil law* entiende que el juez sólo debe aplicar la ley y en los casos difíciles interpretarla, pero sólo según las pautas que la misma ley establece como lo son la sana crítica y la equidad.

En definitiva, queda de manifiesto que esta concepción prevaleciente de la independencia judicial sólo obedece a motivos históricos y culturales, y no tiene otro mayor fundamento técnico que se pueda identificar.

2.2. Concepción Moderna de la Independencia Judicial de los Jueces.

Las tendencias actuales respecto a los límites de los Poderes del Estado en cuanto a la función de crear Derecho, crear normas jurídicas, distan mucho de las teorías clásicas que le imparten una función específica a cada poder estatal, y esto aparece tanto en el *civil law* como en el *common law*. En efecto, en la actualidad ya no se habla de que en la primera tradición jurídica nombrada se trate solamente de que el legislador cree Derecho y que los jueces apliquen la ley, y lo mismo ocurre en la tradición angloamericana, es decir a la ley se le ha dado una función y valor imprescindibles que antes sólo se encontraban radicados en el juez.

Así, entendiendo que el poder judicial, en cuanto estructura estatal, también crea Derecho, las ventajas que ello trae resultan incuestionables, hablamos de seguridad jurídica e igualdad ante la ley. La doctrina chilena más moderna observa e identifica al principio -no consagrado- de independencia de los jueces como un valor que si bien es importante ya que impide la arbitrariedad y la corrupción, no debe entenderse en los mismos términos que se ha entendido tradicionalmente, ya que el alcance que históricamente se le ha pretendido dar no tiene nada que ver con los objetivos que históricamente se han buscado.

Al respecto Bravo-Hurtado afirma que en Chile se ha instalado una idea errónea sobre los alcances de la independencia judicial, puesto que en la doctrina tradicional se ha sostenido que la independencia interna de los Tribunales de justicia incluye una autorización a los jueces para adoptar sus propias interpretaciones del Derecho, siendo que en realidad independencia judicial sólo debe ser concebida como una prohibición de intervención directa por lo menos de los tribunales superiores en las decisiones de los tribunales inferiores. Es la prohibición del “telefonazo”, eso es lo que significa la independencia judicial.

Entender a la independencia judicial como libertad judicial de interpretación y no como prohibición de intervención directa, además de ser un obstáculo para la formación de una

cultura pro-procedentes, significa negar la tutela del Derecho fundamental de la igualdad ante la ley.

Siguiendo este razonamiento, Romero Seguel ha señalado que “En nuestra opinión, que los jueces sean independientes no puede significar, en ningún caso, que en la resolución de los conflictos puedan apartarse, sin justificación, de un precedente establecido por el máximo tribunal. Cualquier juez que lo intente -siempre lo podrá hacer, justificando su proceder-, con las actuales causales de nulidad expone que su sentencia sea impugnada por la parte agraviada, fundada en el hecho de haberse cometido consumado una discriminación en la decisión de casos análogos” (2011: pp. 346).

En definitiva, afirma que los jueces si bien no deben tomar sus decisiones determinados por órdenes o instrucciones de agentes externos al poder judicial, ni menos de sus superiores jerárquicos, hablamos de intervención directa, ello no obsta a que los jueces deban fundar, motivar su apartamiento de un criterio jurisprudencial establecido anteriormente por los tribunales superiores, esto en cuanto a la dimensión vertical de la uniformidad de jurisprudencia, lo se puede considerar como intervención indirecta. (Bravo-Hurtado, 2014: p.1).

Queda de manifiesto que esta postura se sustenta en la concepción de que el poder judicial si crea Derecho, y por lo tanto se trata de una cuestión cultural.

3.- Causal de Procedencia del Recurso de Casación en el Fondo: El Error *Decisorio Litis* como puerta de entrada para la generación de precedentes.

3.1.- Naturaleza de la Norma transgredida: Norma *Decisorio Litis*

Como se sabe, el recurso de casación en el fondo sólo puede fundarse en la infracción de las normas que se califican como *decisorias de la litis*. Así lo ha señalado la Exma. Corte Suprema en reiterados fallos: “(...) la violación de preceptos legales que son solamente

ordenatorios de la *litis* no puede servir de base para un recurso de casación en el fondo”¹², o “(...) es inadmisibile el recurso si el error de Derecho únicamente se hace consistir en la transgresión de las normas legales de carácter ordenatorias, prescindiendo los recurrentes de extenderlo a las normas decisorias de la *litis* en materia de responsabilidad extracontractual, no obstante que en sus planteamientos han señalado que se debe acoger su demanda de indemnización de perjuicios”¹³.

3.2.- Concepción Prevaliente sobre lo que se debe interpretar como norma decisoria *litis*.

Cabe preguntarse qué es lo que hace a una norma *decisoria litis*, o que característica distingue a una norma *decisoria litis* de otra que no lo es. Al respecto, la Excma. Corte Suprema ha señalado que las normas decisorias de la *litis* son “aquellas que producen el efecto de resolver la cuestión controvertida”¹⁴

Estas declaraciones de la Corte son reafirmadas por la doctrina tradicional, la cual establece que las normas decisorias de la *litis* son “aquellas con arreglo a las cuales debe resolverse el juicio” (Correa: p. 115). En el mismo sentido, la doctrina afirma que “Las leyes *decisoria litis* se caracterizan porque sirven para resolver la cuestión controvertida al ser aplicadas” (Mosquera y Maturana: p. 305)

Ante la interrogante de qué normas son susceptibles de ser *decisoria litis*, resulta pertinente hacer presente que la causal fundante del recurso se encuentra establecida en el artículo 767 del CPC, y en ella se señala que el recurso sólo procede cuando se funda en una infracción a la ley que haya sido determinante en la decisión del juez de instancia.

Dicha disposición legal sólo se refiere a la infracción a la ley, sin más, y el alcance que la Excma. Corte Suprema y la doctrina le han otorgado a dicha infracción sólo contempla a la norma jurídica establecida democráticamente a través del poder legislativo.

¹² CS, 30 de Junio de 2009, rol n° 3090-2009

¹³ CS, 20 de Enero de 2010, rol n° 7639-2009

¹⁴ CS, 04 de Enero de 2010, rol n° 7000-2009

En efecto, la historia fidedigna del establecimiento de tal medio de impugnación en el Código de Procedimiento Civil de 1903 demuestra que la intención del legislador fue circunscribir el error *decisorio litis* sólo a las disposiciones legales, a la “ley expresamente dictada por el legislador”, ya que en el proyecto base del CPC, redactado por don Bernardo Lira, se admitía la infracción a la doctrina legal, pero que luego en discusión revisora, en la discusión del artículo en comento, se acordó por unanimidad suprimir la infracción a la denominada doctrina legal.¹⁵

La misma jurisprudencia de la época da cuenta de esta realidad: *“No procede el recurso de casación en el fondo por infracción de doctrinas legales, cualesquiera que haya sido su mayor o menor aceptación por la jurisprudencia, siempre que esas doctrinas no constituyan un precepto legal existente”*¹⁶

Sin embargo la Reforma Procesal de la ley N° 19.374 de 1995 modificó grandes elementos del recurso de casación en el fondo, y si bien la causal fundante se mantuvo sin cambios en líneas generales, en lo que respecta a la causal específica del recurso establecida en el artículo 772, se produjo un importante cambio en la nomenclatura del recurso.

El artículo 772¹⁷ dispone que el recurrente debe “expresar en qué consiste el o los errores de Derecho de que adolece la sentencia recurrida y debe señalar de qué modo ese o

¹⁵ “El mismo señor Ministro propuso la supresión de la segunda parte de la regla relativa al recurso de casación “en el fondo”, esto es, todo lo que en el artículo en discusión se refiere a doctrina legal, porque nuestra legislación no da sino en raros y determinados casos fuerza de ley a la costumbre. El señor Lira contestó que había vacilado mucho al redactar esta parte del Proyecto. EL ejemplo de la legislación española, posterior en esta materia a la francesa y a la belga, así como el respeto a los principios que son la base del derecho escrito y que el legislador puede haber dejado de consignar en la ley precisamente porque los supone universalmente reconocidos, le inclinaban por una parte, a establecer esta regla; el ejemplo de otras legislaciones, la índole de la nuestra recordada por el señor Ministro y hasta la misma confianza que su sabiduría le inspiraba, le llevaban, por otra parte, a limitar la regla a los únicos casos de infracción de la ley, esto es, de la ley expresamente dictada por el legislador. La inclusión en el Proyecto de esta segunda parte de la regla debe mirarse como una mera indicación sometida al estudio de la Comisión, más bien que como la expresión de un juicio definitivo emitido por el autor del Proyecto. El señor Aldunate apoya la indicación del señor Ministro, porque no acepta los recursos de casación en el fondo sino como un medio de procurar la recta interpretación de la ley, y no es ley la doctrina recibida por la jurisprudencia de los tribunales, a que el artículo se refiere. Se acordó por unanimidad suprimir la segunda parte de esta regla, es a saber, las palabras <<o contra doctrina legal>> del inc. 2° y todo el inc. 3° que define esta doctrina.” Comisión Revisora del Código de Procedimiento Civil, que funcionó de 1874 a 1884, En Sesión N° 85, en discusión el artículo 791 del Proyecto de Código de Bernardo Lira

¹⁶ Gaceta Jurídica, 1903, tomo 2, p 781, s 2068

¹⁷ “El escrito en que se deduzca el recurso de casación en el fondo deberá: 1) Expresar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida, y 2) Señalar de qué modo ese o esos errores de derecho influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Si el recurso es en la forma, el escrito mencionará expresamente el vicio o defecto en que se funda y la ley que concede el recurso por la causal que se invoca. En uno y otro caso, el recurso deberá ser patrocinado por abogado habilitado, que no sea procurador del número”

esos errores de Derecho influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo”

Que influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo, es lo que se conoce como la entidad del agravio, e implica que la infracción de ley o el error *decisorio litis* tiene lugar, para que el recurso se acoja, cuando “la corrección del vicio cometido en la sentencia recurrida importa la modificación total o parcial de su parte resolutive” (Mosquera y Maturana: p. 309)

Siguiendo esta concepción del agravio la Excma. Corte Suprema ha declarado que: “Para que un error de Derecho pueda influir de manera substancial en lo dispositivo del fallo, como lo exige la ley, aquél debe consistir en una equivocada aplicación, interpretación o falta de aplicación de las normas destinadas a decidir la cuestión controvertida”.¹⁸ Y, por otra parte, que “si aún en el evento de considerarse que los sentenciadores incurrieron en error de Derecho al invocar la normativa, la solución del litigio habría sido la misma, el yerro que se imputa a la sentencia, aún en el evento de ser efectivo, no tiene influencia sustancial en su parte dispositiva, la casación debe ser declarada sin lugar”¹⁹

Atendido el objeto de nuestra tesis, determinar el alcance de la expresión error de Derecho, resulta aún más relevante.

Al respecto, antes de la reforma de 1995, la disposición legal en comento, redactada en 1988, señalaba que: “El escrito en que se deduzca el recurso de casación en el fondo hará mención expresa y determinada de la ley o leyes que se suponen infringida, de la forma en que se ha producido la infracción y de la manera como ésta influye en lo dispositivo del fallo”.

La historia fidedigna de la reforma de la ley da cuenta que la intención del legislador al cambiar la redacción de la norma, y en específico eliminar el requisito de “mención expresa y determinada de la ley o leyes que se suponen infringidas” y establecer un requisito diferente “expresar en qué consisten el o los errores de Derecho”, era terminar con la gran causa de rechazo del recurso de casación en el fondo, por cuanto para la Corte Suprema bastaba omitir una sola norma legal para que el recurso no se acogiera, incluso admitiera. (Otero Lathrop, 2000: p. 429)

En efecto, Otero Lathrop afirma que: “La Corte Suprema interpretó este texto como

¹⁸ CS, 16 de Marzo de 2011, rol n° 7301-2008

¹⁹ CS, 16 de Diciembre de 2008, rol n° 6425-2007

una exigencia ineludible de nombrar todas y cada una de las disposiciones que se estarían infringiendo. Así, se podía establecer que el fallo había infringido una ley, pero, si no se habían señalado todas aquellas otras que resultaban afectadas por la infracción, se rechazaba el recurso.

Hoy, la ley no exige que se indiquen todas y cada una de las disposiciones que resultan infringidas, solamente se requiere que se señalen el o los errores de Derecho de que adolece la sentencia recurrida. Establecida una infracción de ley, si ésta influye substancialmente en lo dispositivo del fallo, el recurso debe acogerse” (2000: p. 431-432)

De igual manera, en la historia fidedigna de la reforma, se dejó constancia que los errores de Derecho pueden consistir en “*aplicar una ley que no corresponde, en dejar de aplicar la que corresponde o en aplicar una ley con una extensión o interpretación distinta*”²⁰. En este mismo sentido, la Excma. Corte Suprema ha señalado que: “*Las normas infringidas en el fallo para que pueda prosperar un recurso de casación en el fondo, han de ser tanto las que el fallador invocó en su sentencia para resolver la cuestión controvertida, como aquellas que dejó de aplicar – normas decisorias litis- puesto que en caso contrario esta Corte no podría dictar sentencia de reemplazo, dado el hecho que se trata de un recurso derecho estricto*”²¹

Por último, la Excma. Corte Suprema ha resuelto que: “*Mediante el recurso de casación se analiza la legalidad de un fallo, esto es, si se ha aplicado el derecho en forma correcta, a los hechos tal como se establecieron por los jueces de la instancia, las situaciones fáctica resultan inamovibles ara la Corte Suprema, y no pueden ser impugnados mediante la casación*”²²

De esta forma, entendiendo la intención original y el propósito reformista del legislador, todo esto sumado su fuerte espíritu legalista, a la pretensión nomofiláctica del Derecho, y a la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema referida sobre la materia, es que las únicas normas jurídicas susceptibles de ser decisorias de la *litis* son las leyes establecidas a través del proceso legislativo y en consecuencia el control que realiza la Excma. Corte Suprema a las sentencias de sus inferiores jerárquicos mediante el recuso de casación en el fondo, está

²⁰ “Por su parte, al proponerse en el punto 2): “Expresar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida”, dejamos constancia -y es bueno que así quede para la debida historia de la ley- de que ellos pueden consistir en aplicar una ley que no corresponde, en dejar de aplicar la que corresponde o en aplicar una ley con una extensión o interpretación distinta” Otero Lathrop en debate parlamentario, en sesión 14 de 16 de Noviembre de 1993, en la sala del Senado.

²¹ CS, 14 de Diciembre de 1992, RDJ, T.89, SEC. 1ª,p.188

²² CS, 28 de Octubre de 2004 Rol n° 1844-2004

limitado a un mero control de legalidad.

3.3 ¿El artículo 780 del Código de Procedimiento Civil abre la puerta para la que la jurisprudencia sea susceptible de ser norma *decisoria litis*?

3.3.1 Propósito de la norma

Con la introducción del artículo 780²³ del CPC, por la ley 19.374 de 19 de Febrero de 1995, se constituyó lo que se pensaba una solución al problema que se generaba ante la dispar interpretación y aplicación de la ley por parte de las diferentes salas no especializadas de la Corte Suprema, es decir, una solución a la dispersión jurisprudencial.(OTERO LATHROP, 2000: p. 450)

En efecto, el propósito de la norma establecida en el artículo 780, como lo señala Díaz García, es “uniformar jurisprudencia” (2014: p. 75), y como se lee del Mensaje Presidencial del proyecto de ley: “tanto en los asuntos en que la Corte sostenga diversas interpretaciones jurídicas sobre similares normas o en los que se trate de cambiar una doctrina ya asentada”²⁴

Siguiendo el postulado de que la norma solo llega a existir una vez interpretado el enunciado normativo (Díaz García, 2014: p. 86), uniformar jurisprudencia significa aplicar la misma interpretación jurídica sobre los mismos enunciados jurídicos en dos o mas casos iguales, con tal de que se siga una sola línea interpretativa y así evitar la dispersión jurisprudencial, en pro de los ideales de igualdad ante la ley y seguridad jurídica. A su vez, esta

²³ La disposición señala: “*Interpuesto el recurso de casación en el fondo, cualquiera de las partes podrá solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el tribunal ad quem, que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno del tribunal. La petición sólo podrá fundarse en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso.*”

²⁴ El Mensaje señala: “*Por último, se concede facultad al Presidente de la Corte Suprema para dividir, extraordinariamente, cada una de las salas del Tribunal, a fin de ocuparse de los asuntos de sus respectivas competencias. Esta modificación que se introduce al artículo 101 del Código Orgánico de Tribunales, tiene por finalidad atacar el problema que se suscita en todos los tribunales del país de sobrecarga de trabajo, con el consiguiente retraso y postergación de las resoluciones, que es precisamente lo que más ha marcado la actual crisis que enfrenta el Poder Judicial. Para mantener la unidad jurisprudencial de este alto tribunal, se contempla la posibilidad de que las salas divididas resuelvan en sesión plenaria los asuntos en que tengan diversas interpretaciones jurídicas sobre similares normas o en los que se trate de cambiar una doctrina ya asentada*”

igual interpretación del Derecho, tendría el efecto de que los casos iguales serían resueltos de la misma manera.

Tal como señala Díaz García, “En su sentido más elemental, uniformar la jurisprudencia consiste en hacer que la jurisprudencia tenga una misma forma, la jurisprudencia tiene una misma forma cuando presenta el mismo contenido para los casos que son iguales. Presentar el mismo contenido para los casos iguales, a su turno, consiste en que los casos iguales son resueltos de la misma manera, lo que implica que se les aplican las mismas disposiciones y estas disposiciones son interpretadas de la misma manera. En este sentido, la unificación jurisprudencial se opone a la dispersión jurisprudencial, que es precisamente el problema que se ha intentado enfrentar mediante las diversas reformas procesales más arriba analizadas.” (2014: p. 86)

El propósito de uniformar jurisprudencia, en el sentido de que los tribunales sigan una sola línea argumentativa para tomar decisiones aplicando la misma interpretación respecto del enunciado normativo, importa necesariamente la aceptación de que un tribunal funde su decisión no en un nuevo análisis del Derecho, sino que en una decisión anterior dictaminada por un tribunal superior, ya que de nada sirve fundar una decisión en un nuevo análisis, si al final ese nuevo análisis sólo será válido en cuanto esté conforme a la tesis jurisprudencial sostenida con anterioridad y que marque la pauta a seguir. Al respecto, el fundamento último de una decisión judicial será siempre seguir una línea jurisprudencial establecida, esto en cumplimiento del fin de mantener una jurisprudencia uniforme en el tiempo. Lo que se traduce, en otras palabras, en que uniformar jurisprudencia se encuentra íntimamente ligado al reconocimiento de los precedentes judiciales, o que la aceptación de los precedentes judiciales resulta ser la inevitable consecuencia de uniformar jurisprudencia. Así, preguntarse sobre la posibilidad de que la jurisprudencia sea *error decisorio litis*, es lo mismo que preguntarse si la norma en comento reconoce la existencia de precedentes judiciales.

3.3.2 Sentido y alcance de la Norma

En específico el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil, le otorga al recurrente, ante la existencia de distintas interpretaciones que diversas salas hayan realizado sobre una misma materia de derecho, la posibilidad de solicitar que el asunto se aclare o tome una determinada dirección, en el sentido que la Corte conociendo el recurso a través del pleno del Tribunal, elija una de esas diversas interpretaciones como la correcta. Esto es lo que se conoce como unificar jurisprudencia.

Como lo señala Otero Lathrop, la norma permite al recurrente, frente a la existencia de fallos diversos que han sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de Derecho objeto del recurso, solicitar que éste sea conocido por el pleno del tribunal. (2000: p. 450-451)

Así el recurrente debe al menos señalar cuáles son los fallos referidos, acompañándolos a la solicitud y demostrando cómo la existencia de esas interpretaciones diversas de la Corte incide para la materia de Derecho que debe ser conocida y resuelta en virtud del recurso de casación en el fondo presentado.

Por lo tanto, del tenor literal de la norma y de la interpretación que la doctrina le atribuye, como de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, resulta imposible desconocer que existe una posibilidad efectiva de fundar el recurso de casación en el fondo en la existencia de dispersión jurisprudencial. Con lo que, la respuesta a la interrogante respecto de si acaso la jurisprudencia es susceptible de ser norma *decisoria litis*, es afirmativa, pero sólo en cuanto se cumplan los siguientes requisitos:

- a) La dispersión jurisprudencial debe ser producida por fallos emanados de la Corte Suprema.
- b) La dispersión jurisprudencial debe consistir en distintas interpretaciones que la Corte haya sostenido sobre la misma materia de Derecho objeto del recurso. Esto significa que los hechos

no importan, la similitud de la jurisprudencia para fundar el recurso en ella solo debe responder a parámetros estrictos de Derecho.

c) El recurso debe ser dirigido para que conozca el Pleno del Tribunal, y con el objetivo de que elimine la dispersión jurisprudencial y se aclare el asunto.

CAPITULO III

LA EXPERIENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN LA UNIFORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA

1.- La experiencia del Pleno de la Corte Suprema en la Uniformación de Jurisprudencia: Análisis de un Fallo

En materia de responsabilidad civil del Estado, aún en la actualidad se dictan fallos que resuelven en contra de lo establecido a través de décadas de construcción tanto jurisprudencial como doctrinal, impidiendo la consolidación de jurisprudencia uniforme que determine en un solo sentido la normativa que legitime la existencia de la responsabilidad civil del Estado, y la normativa aplicable a sus alcances y regulación.

Al respecto, en sentencia de Excma. Corte Suprema de 21 de Enero de 2013, en autos rol N° 10665-2011, la segunda sala, conociendo de recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco del Estado de Chile contra sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago (de 19 de Agosto de 2011 que revocó el fallo de primera instancia, acogiendo demanda de indemnización de perjuicios y condenando al demandado Fisco a pagar por concepto de daño moral 50 millones de pesos), asimismo, determinó resolver que la acción civil que emana de la responsabilidad extracontractual del Estado, es prescriptible y se rige por las reglas sobre prescripción civil del Código Civil, aun cuando se trate de responsabilidad estatal por delitos de lesa humanidad.

En efecto el referido fallo en sus considerandos octavo, noveno y décimo señala:

***Octavo:** Que la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones. A ello cabe agregar que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales; y, en ausencia de ellas, corresponde estarse a las*

reglas del derecho común referidas específicamente a la materia.

Noveno: *Que nuestro Código Civil en el artículo 2497 preceptúa que: “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo”*

Décimo: *Que de acuerdo a lo anterior, en la especie resulta aplicable la regla contenida en el artículo 2332 del mismo Código, conforme a la cual las acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.*

Sin embargo, el problema se encuentra en que efectivamente en esta materia, existe jurisprudencia anterior que reconoce la imprescriptibilidad de la acción civil por la responsabilidad extracontractual del Estado, y a pesar de que, en el mismo conocimiento del recurso, un Ministro de la Corte, (su actual Presidente), don Sergio Muñoz Guajardo, haya citado dicha jurisprudencia²⁵ y dado motivos más que fundados para su seguimiento, la Excm. Corte Suprema resolvió contra el Derecho establecido en dicha jurisprudencia, dejando sin resarcimiento del daño moral a las víctimas de delitos de lesa humanidad, y que el único fundamento para ello haya sido la “obligación de seguir las reglas del Derecho común ante la ausencia de normas legales sobre la imprescriptibilidad de la acción civil emanada de la responsabilidad extracontractual del Estado”. En efecto el Tribunal prefirió aplicar Reglas del Derecho común establecidas a mediados del siglo XIX, y en específico, una regla que dispone el mismo beneficio para el Estado que para las Iglesias.

En definitiva, la doctrina y jurisprudencia nacional en más de cien años de desarrollo, siempre fieles a su tradición jurídica, le han otorgado un valor relativo a las decisiones judiciales, estableciendo los límites del alcance de su obligatoriedad, en cuanto esta sólo afecta

²⁵ “Sociedad Fuschs y Plath con Fisco” de 11 de Enero de 1908 y “Lapostol con Fisco” de 8 de Enero de 1930. En ambos fallos se reconoce y declara la responsabilidad civil extracontractual del Estado, y sustentan su decisión en principios de Derecho Público y no en en la legislación del Derecho Civil. “Hexagon con Fisco” de 28 de Julio de 1987 y “Mireya Baltra con Fisco” de 12 de Agosto de 1998. Expresamente, en estos fallos, se declaran inaplicables las disposiciones del Código Civil para decidir una demanda dirigida contra el Fisco, resolviendo el caso sobre la base de normas constitucionales y legales diversas al Código Civil. En efecto, en el fallo “Mireya Baltra con Fisco” expresamente se declara improcedente fundar la extinción de la responsabilidad extracontractual del Estado en las reglas sobre prescripción del Derecho Civil.

a las partes intervinientes en el proceso en específico. Así la jurisprudencia en cuanto fuente del Derecho no tiene la fuerza para obligar a todos los ciudadanos de un modo general como sí lo tiene la ley, ni tampoco tiene la fuerza para que dentro del poder judicial sea seguida y aplicada como si lo tiene la ley.

2.- La experiencia de la sala Penal de la Corte Suprema en la Uniformación de Jurisprudencia

La uniformación de jurisprudencia penal pretendida por la Reforma Procesal Penal, en virtud de la cual se le otorgó a la sala penal de la Excma. Corte Suprema la función de conocer y resolver los llamados “recursos de nulidad”, los cuales son los únicos medios de impugnación de fallos de tribunales ordinarios. Así los recursos de nulidad proceden en los casos que la Corte haya sostenido más de una única interpretación sobre un mismo punto de Derecho, en materia penal, en casos similares.

Sin embargo, lo que se puede entender como la puesta en marcha de precedentes judiciales vinculantes para la determinación del Derecho aplicable, ha tenido luego de más de una década, un relativo fracaso.

La explicación de este fracaso como lo analiza Couso Salas, se debe a dos factores, por un lado tenemos una razón cultural y en seguida tenemos una razón institucional. Además como lo analiza Romero Seguel, es pertinente agregar un tercer problema de índole formal.

2.1.- Problema Cultural

En la sala penal de la Excma. Corte Suprema existe por parte de sus ministros un afán, una “vocación” por buscar y entregar justicia material en el caso concreto. Y esto se debe en primer lugar por una “pretensión” de los ministros de revisar la decisión de fondo, más allá de lo estrictamente legal, revisando los hechos que motivaron el juicio de primera instancia, transformando a la Sala Penal en una especie de Tribunal de tercera instancia. (Couso, 2007: pp. 160)

En segundo lugar, esto se debe a la disposición de los Ministros a abandonar, si es

necesario, la tesis jurisprudencial sostenida en un fallo anterior, pero no creando una nueva tesis, sino estableciendo una solución ad-hoc al caso concreto, a través claro de una interpretación ad-hoc de la ley. (2007: pp. 161)

La explicación de este problema, según Couso Salas, se debe a que los Ministros de la Corte no tienen una formación profesional y no han tenido una práctica profesional orientada a establecer doctrinas legales, a crear Derecho general. Por el contrario, los Ministros de la Corte toda su vida profesional ha sido encaminada a dar una solución material, a dar justicia al caso concreto. (2007: pp. 161-162)

Por lo que, en conclusión, el problema de la vocación por la justicia material, encuentra su explicación en la falta de una cultura judicial y académica orientada a preparar a los jueces que crean Derecho.

2.2.- Problema Institucional

a) Imposibilidad de seleccionar los asuntos que se someten a su jurisdicción

Los jueces están obligados a conocer todo recurso que se eleve ante la Corte, lo que conduce naturalmente a una carga elevada de trabajo y finalmente dificulta e impide a los Ministros a detenerse en los asuntos que requieran un estudio acabado y decisiones bien fundamentadas para la construcción de una tesis jurisprudencial. Esto a su vez conspira para que los Ministros se interesen por pronunciarse sobre el fondo del asunto en aquellos casos que no presenten problemas de interpretación jurídica. (Couso, 2007: pp. 163)

b) Calidad de las escasas tesis jurisprudenciales establecidas

La característica de que se trate de un Tribunal compacto especializado en materia penal, y de que sus miembros sean más o menos permanentes en el tiempo, es aparentemente la única explicación para las escasas tesis jurisprudenciales bien establecidas en el tiempo. Sin embargo, la calidad de dichas tesis es bastante pobre y es difícil confiar en ellas a largo plazo, esto producto de que las decisiones de los ministros son más preferenciales que precedenciales.

(Couso, 2007: pp.164)

c) Inexistencia de Mecanismos institucionales eficientes que promuevan el apego de los Tribunales inferiores a los precedentes y regulen el desapego a estos.

Pese a que la Excma. Corte Suprema detenta la facultad de sancionar disciplinariamente las “faltas o abusos” en que los jueces de los Tribunales Inferiores incurran al fallar de una forma que al tribunal superior le parece inaceptable, la uniformación vertical de jurisprudencia sigue y está lejos de ser alcanzada. Los motivos que explican esta tendencia, según Couso Salas, se encuentran en los déficits aún existentes en las condiciones necesarias para la uniformación vertical de jurisprudencia, esto es un problema de técnica jurídica, como por ejemplo en la existencia de técnicas o mecanismos que permitan al juez inferior juzgar en un sentido contrario al de la tesis jurisprudencial establecida por la Corte Suprema. En efecto, el déficit de “doctrinas claras de nulidad o de anulabilidad de los fallos que se aparten del precedente”, y en consecuencia, la inexistencia de un “mecanismo centralizador de la práctica de apartarse de los precedentes” (como lo es por ejemplo el *distinguishment* en Inglaterra), hace que los jueces no le otorguen el valor al precedente que deberían otorgarle. (Couso, 2007: pp. 165-166)

2.3.- Problema Formal

Romero Seguel por su parte sostiene que el fracaso se debe a que los recursos de nulidad que se deducen y fundamentan en la dispersión jurisprudencial, de partida nunca llegan a ser conocidos por la Corte, lo que se traduce y se agrega a los problemas identificados por Couso Salas, como un problema formal.

En efecto la Corte Suprema ha impuesto, al margen de la ley, una serie de requisitos para que los recursos de nulidad lleguen a ser conocidos, dentro de los cuales como lo identifica Romero Seguel, “la exigencia más gravosa proviene de pedir al recurrente que agregue materialmente las sentencias penales en copias autorizadas”. (2013: pp. 23)

3.- La experiencia de la sala laboral de la Corte en la Uniformación de Jurisprudencia

El recurso de unificación de doctrina jurisprudencial en materia laboral, incorporado con la Reforma Procesal Laboral en Marzo del 2008, por el contrario del recurso de nulidad en materia penal, ha tenido un relativo éxito.

Si bien la dinámica del mecanismo es bastante similar a la del recurso en sede penal, ambos son recursos de carácter extraordinario y pretenden la unificación de jurisprudencia en sus respectivas áreas, en efecto la causal es prácticamente la misma, “que existan sobre la materia objeto del juicio distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de los Tribunales Superiores”, los requisitos para la procedencia del recurso son distintos, y es que en el procedimiento laboral la doctrina, respaldada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, ha sido la encargada de darle una solución a la pregunta ¿qué es lo que se considera agravio?. (Romero, 2013: pp.27)

En concreto la doctrina ha señalado que “por distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos” debe entenderse contradicción entre fallos, y que estos fallos tengan pronunciamientos distintos, y que los litigantes de ambos fallos deben ser idénticos, y en caso de que no sean los mismos, deben encontrarse en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos, y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos. (JUICA, 2009: pp. 37)

El resultado de esta determinación del agravio que fundamenta el recurso de unificación de jurisprudencia laboral, ha tenido buena aceptación y resultados, y en consecuencia la Sala Laboral de la Corte Suprema, si bien en muchos casos ha desestimado la procedencia de recursos, en bastantes se ha logrado la unificación de criterios de decisión.

CONCLUSIONES:

Un precedente es una decisión judicial que a través de un desarrollo jurisprudencial en el tiempo ha sido instaurada como la decisión correcta y que, por lo tanto, adquiere un valor superior a las demás decisiones, y esto se manifiesta en su fuerza vinculante o si se quiere en la obligatoriedad de su utilización al resolver casos futuros que revisten similares características que el caso donde esa decisión judicial fue esencial para su resolución. Esto sin descartar la posibilidad de que un solo fallo pueda construir precedente, en el sentido de que su valor vinculante debe ser respetado solo porque ha sido calificado como precedente, no porque haya sido repetido en el tiempo.

Así podemos encontrar diversos tipos de precedentes, declarativos, creativos, obligatorios, persuasivos, absolutamente obligatorios, y condicionalmente obligatorios. El elemento de la sentencia que constituye precedente judicial es aquella parte donde se establece la razón por la que se llega a tomar esa decisión, la razón para decidir, el *Ratio Decidendi*. En principio los precedentes son obligatorios tanto para el mismo Tribunal que los dicta como para los Tribunales jerárquicamente inferiores. Sin embargo el alcance y la fuerza de esa obligatoriedad depende de la jerarquía del Tribunal y de las condiciones materiales que hacen flexible al sistema de precedentes. Así los precedentes establecidos por la *House of Lords* son obligatorios para todos los demás tribunales pero no para la *House of Lords* en virtud de su libertad de discreción para decidir, y los precedentes de la *Civil Division* de la *Court of Appeal* no son obligatorios para la *House of Lords*, pero si lo son para los *Country Courts* y para la *High Court*. Luego la fuerza vinculante de los precedentes puede ser destruida en cada nivel jerárquico siguiendo determinadas técnicas jurídicas institucionalizadas, siendo la más importante el *Distinguishment*.

En principio la expresión *errores de Derecho* del artículo 776 del CPC no abre la puerta para que el *error decisorio litis* contemple a más fuentes del Derecho que solo a la ley en su sentido estricto. Así se concluye de la intención que el legislador le dio a la expresión, al revisar la historia fidedigna de la ley. Sin embargo aceptando que los enunciados normativos son susceptibles de renovar su sentido a la luz de nuevas interpretaciones, es posible utilizar esta disposición normativa para argumentar una posible institucionalización del uso de precedentes judiciales. Como señala Romero “con este cambio desapareció el límite que por más de un siglo orientaba

este control de revisión jurídica a la ley”

Que la jurisprudencia en Chile tenga fuerza vinculante a la luz del artículo 780 del CPC es un tema discutible, por un lado es imposible sostener que la jurisprudencia es *error decisorio litis* por cuanto, la historia fidedigna de la ley y la doctrina mayoritaria establecen que solo la ley en sentido estricto puede ser norma *decisoria litis*, pero por otro lado, la historia de la ley y el tenor literal del artículo 780 permiten comprender a la jurisprudencia de la Corte Suprema como posible *norma decisoria litis*, en cuanto en ella se fijan criterios de decisión que deben ser seguidos por los tribunales inferiores, de otro modo la norma no tendría sentido.

En cuanto a los obstáculos que representan para la generación de precedentes judiciales, la institución del efecto relativo de las sentencias y el subprincipio de independencia judicial, entendida en su dimensión interna o de independencia de los jueces, creemos haber demostrado que dichos obstáculos no existen y no representan más que posiciones políticas de quienes pretenden una determinada organización estatal o distribución del poder de crear Derecho. En efecto adoptando concepciones más modernas sobre el sentido y alcance que debe dársele a dichas instituciones y principios, es posible sostener su coexistencia con la generación de precedentes judiciales.

Por otro lado, la experiencia de las salas penal y laboral de la Corte Suprema, en la uniformación de criterios jurisprudenciales, si bien ha sido diferente, ha sido útil para identificar los problemas que conlleva instaurar un sistema de uniformación de jurisprudencia, o precedentes judiciales en un sentido muy relativo, en una estructura estatal del poder judicial adaptada a la cultura jurídica del *civil law*.

Así las cosas, los precedentes judiciales en sentido estricto en Chile no existen, a pesar de que se sostenga que a través del artículo 780 del CPC es posible concebir precedentes judiciales en una dimensión horizontal que solo obligan a la Corte Suprema, no es suficiente para hablar de precedentes propiamente tal. Una concepción de precedentes a lo *common law* involucra por lo menos para su éxito horizontal, la institucionalización de mecanismos o técnicas jurídicas que determinen los límites del valor de una decisión judicial, y así mismo la existencia de un sistema judicial completo diseñado para seleccionar la carga de trabajo de la

Corte que se encargue de construir tesis jurisprudencial. Por último, la calidad de los precedentes determinan los límites de su fuerza obligatoria, y la especialización de las Cortes y la carga de Trabajo de ellas determinan la calidad de los precedentes.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- 1.- Aldunate, Eduardo (1995): “La Independencia Judicial. Aproximación Teórica. Consagración Constitucional y Crítica” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Volumen 16, Valparaíso, pp. 11-26
- 2.- Alessandri, Somarriva, Vodanovic (2005): *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 3.- Black's law dictionary (1999): 7ma edición, editado por Bryan A. Garner, Minnesota.
4. - Blackstone, William (1809): *Laws of England*, 15 edición Tomo 1, Londres.
- 5.- Bordalí, Andrés (2010): *La Independencia Judicial en el Derecho Chileno*, Legal Publishing, Santiago.
- 6.- Bravo-Hurtado, Pablo (2013): “Hacia los Precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y Fuentes del Derecho” en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 40, N.º 2, Santiago, pp. 549-576.
- 7.- Bravo-Hurtado, Pablo (2014): “Precedente Vinculantes versus independencia judicial en Chile” en *El Mercurio Legal*, 22-04-2014. Santiago. Disponible en <http://www.reformaprocesalcivil.cl/precedente-vinculante-versus-independencia-judicial-en-chile/>
- 8.- Colombo, Juan (1997): *Los actos procesales*, Tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago
- 9.- Correa, Jorge (2002): *Recursos Procesales Civiles*, Lexis Nexis, Santiago.
- 10.- Couso, Jaime (2007): “El Rol Uniformador de la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: Anatomía de un Fracaso” en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen 20, N.º 2, Valdivia, pp. 147-172.
- 11.- Díaz, Iván (2014): “La Uniformidad Jurisprudencial, herramienta del Derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Volumen 5, N.º 3, Temuco, pp. 71-94.
- 12.- Garapon, Antoine (2006): *Juzgar en los estados unidos y en Francia*”
- 13.- Iturralde, Victoria (1995): *El precedente en el common law*, Editorial Civitas, Madrid.

- 14.- Iturralde, Victoria (2013): “Precedente Judicial”, en *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, N. ° 4, País Vasco, pp. 194-201.
- 15.- Juica, Milton (2009): *Los Recursos Procesales*, Santiago.
- 16.- Legarre, Santiago y Rivera, Julio (2006): “Naturaleza y Dimensiones del *Stare Decisis*”, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 33, N. ° 1, Santiago, pp. 109-124.
- 17.- Mosquera y Maturana (2012): *Los Recursos Procesales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 18.- Otero, Miguel (2000): *Derecho Procesal Civil: Modificaciones a la Legislación 1988-2000*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 19.- Romero, Alejandro (2011): “La Discriminación Judicial como nuevo Error Decisorio Litis en el Proceso Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 38, N. ° 2, Santiago, pp. 339-348.
- 20.- Romero, Alejandro (2013): *El Recurso de Casación en el Fondo Civil: Propuestas para la generación de Precedentes Judiciales*, Legal Publishing, Santiago.
- 21.- Squella, Agustín (2007): “Independencia Interna del Poder Judicial” en *Serie En Foco*, Investigaciones Expansiva. Disponible en http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/14112007100037.pdf . Fecha última Consulta 30 de Diciembre de 2015.