

# Corte Suprema, dispersión interpretativa, *ius constitutionis* e *ius litigatoris*.

**Autores:**

Pablo Pérez Fajardo - 20.011.299-7

Bastián Cataldo Cárcamo - 19.757.134-9

**Profesor Guía:** Ricardo Salas Venegas

## Índice

I.	Introducción.....	3
II.	Modelos de Cortes Supremas del <i>civil law</i> y <i>common law</i> .....	5
	II.A Modelo Anglo-americano .....	5
	II.B Modelo Franco Italiano .....	6
	II.C Modelo Alemán .....	7
	II.D Modelo Chileno y Español .....	8
	II.E Modelo Chileno Actual .....	10
III.	Fuentes del derecho en el civil law y en el common law .....	11
IV.	Jurisprudencia y precedente .....	15
	IV.A Ventaja del Modelo de Precedentes .....	18
	IV.B Ratio Decidendi y Obiter Dictum .....	19
V.	Ius constitutionis e Ius litigatoris .....	22
	V.A Nomofilaquia y su significación en Chile .....	24
	V.B Admisibilidad y acceso al tribunal supremo .....	26
	V.C Independencia de los jueces .....	29
	V.D Uniformidad Orgánica y en el tiempo .....	30
VI.	Consideraciones sobre derechos fundamentales .....	32
	VI.A Igualdad en la aplicación de la Ley .....	32
	VI. B Derecho al recurso .....	32
VII.	Análisis de Jurisprudencia .....	34
VIII.	Conclusiones .....	39
IX.	Bibliografía .....	40

## I. Introducción

Nuestra Corte Suprema cumple principalmente una función jurisdiccional orientada a la protección del *ius litigatoris*, es decir, aquella garantía de que los casos se resuelvan con especial atención en los intereses de las partes a partir de las características del caso concreto por contraposición a la protección del *ius constitutionis*, que busca la protección del sistema y las leyes por sobre el interés de las partes en el litigio, haciendo énfasis en su función política dentro del sistema.

Es a raíz de esto, la protección del *ius litigatoris*, que la Corte no se limita a seguir una sola línea al momento de cumplir la función de adjudicación, entendida como la función de fallar, sino que puede adoptar la actitud de un juez de instancia intercediendo en el fondo del asunto, por una parte, haciendo una revisión de los hechos en una suerte de tercera instancia en sede de casación en el fondo, y por otra parte, una Corte que hace un estricto control formal con respecto al proceso en que se sitúa la sentencia impugnada para ejercer un control de legitimidad, a través de la casación en la forma.

Esto resulta teóricamente problemático puesto que nuestra Corte Suprema, y el sistema de administración de justicia en general, no admite una tercera instancia, sino que asume el modelo completamente contrario, aquel basado en la escuela de la exégesis gestada en Francia, con un fuerte énfasis en el control de legitimidad desde la Cortes superiores a los tribunales inferiores.

Al tener una Corte Suprema que no solo prioriza la revisión en tercera instancia, sino que además falla con incoherencia sincrónica, es decir, que la misma Corte se contradice a sí misma en periodos breves en el tiempo entre una y otra decisión, causa que las situaciones en que se debe recurrir a la jurisprudencia para dirimir entre interpretaciones a una misma norma son más dificultosas, generando distintas interpretaciones para un mismo caso.

Esta investigación propone como solución a las contradicciones generadas por el vértice del sistema judicial el uso de precedentes. Consideramos que el problema de la dispersión normativa, materializada en los distintos criterios interpretativos de la Corte, corrompe la confianza en el sistema y debilita el derecho, pues admite la incoherencia entre uno y otro fallo de la Corte.

Este trabajo sostiene que el sentido en que debe interpretarse la nomofilaquia dice relación con la protección del *ius constitutionis*, es decir, la labor de depuración del sistema a través de la uniformidad del derecho objetivo y del control de legitimidad desde la Corte hacia los tribunales de menor jerarquía. El principal objetivo es, por tanto, formular una crítica hacia el sistema judicial actual en

Chile, cuyo énfasis principal es la tutela del *ius litigatoris*, que tiene como consecuencia que el proceso civil se entienda como meramente instrumental a las partes y funcionando materialmente como una tercera instancia.

En consecuencia, el *ius constitutionis* es una función política que puede llegar a cumplir una Corte Suprema a través de ciertos mecanismos. Consideramos idóneo para esto el establecimiento de precedentes vinculantes que dispongan a grandes rasgos los criterios normativos que deberán ser seguidos por los jueces de instancia con miras de mantener una coherencia interpretativa interna y sostenida en el tiempo.

La Corte Suprema como institución en diversos modelos existentes en el derecho extranjero tiene como constante el uso de precedentes en una mayor o menor escala de obligatoriedad para los tribunales inferiores, sin importar si se trata de la tradición europea-continental o anglosajona, pues tanto el modelo de revisión alemán o el norteamericano utilizan formas muy similares de precedentes judiciales, al menos en lo teórico, dando luces sobre la función que debería cumplir orgánicamente la Corte.

Preconizamos las ventajas de un sistema que busque generar un precedente judicial sólido y efectivo a través de una uniformidad sincrónica y diacrónica de las decisiones de la Corte Suprema, como ha sido el modelo seguido por distintos países de la tradición del *civil law* al aplicar conceptos propios del *common law* en su ordenamiento.

Por último, demostrar cómo un sistema en que el proceso esté enfocado en el interés público, con una Corte Suprema que funcione coherentemente y con un precedente judicial que pueda ser seguido tanto por las Cortes inferiores como por los tribunales de instancia no solo reduciría la litigiosidad, sino que aseguraría e iría en pos de la certeza jurídica y la igualdad ante la ley.

Es, en definitiva, un objetivo de esta investigación afirmar que el uso del precedente en la jurisprudencia como fuente creadora de derecho implica asumir una posición favorable relativa al *ius constitutionis* en razón de los beneficios político-jurídicos que implican la defensa del interés público en las decisiones de la Corte Suprema.

## II. Modelos de Corte Suprema del common law y civil law.

Para este apartado consideramos relevante diferenciar entre los modelos de Corte Suprema que se pueden encontrar en el Derecho extranjero, pues de esta manera se puede dilucidar la importancia que da cada uno de estos a su propio rol y al sistema de impugnaciones, o al recurso en específico.

Para estos efectos utilizaremos la terminología otorgada por Taruffo, al diferenciar entre los modelos de Tercera Instancia y los de Corte Suprema, siendo el primero el que usa el recurso destinado a fallar cuestiones de derecho, análogo a la casación en el fondo de nuestro sistema, como tercer grado de la cadena de impugnación, centrando en una revisión de los hechos y en ejercer justicia material bajo la tutela del *ius litigatoris*, y el segundo como el órgano garante de la legalidad por excelencia que se preocupa por el sistema en general, en su uniformidad y la generación de precedentes, más que en el caso concreto.<sup>1</sup>

Taruffo sigue dicha clasificación en su obra “La Prueba, Artículos y Conferencias”<sup>2</sup> donde otorga una caracterización de los modos en que fallan las Cortes Superiores al analizar los estudios de la casación de Calamandrei.

Cabe destacar también la clasificación hecha por Bravo Hurtado, quien se distancia de la clasificación clásica y dicotómica de Taruffo para plantear una clasificación triangular de Cortes Supremas, a saber, Tercera Instancia/Casación de Ley/Corte de Precedentes<sup>3</sup>.

Estos modelos son:

### A. El modelo anglo-americano

Los dos principales modelos se enmarcan dentro de lo que Taruffo llama inicialmente como modelo de Cortes Supremas, siendo estas la *House of Lords* inglesa y la *Supreme Court* de Estados Unidos. Estas desarrollan principalmente la función institucional relativa al control de legalidad de los jueces inferiores, especialmente las *Courts of Appeal*, dado que ellas se ocupan principalmente de cuestiones de derecho. Es a este tipo de modelo al que Bravo Hurtado llama “Corte de Precedentes”.

No se ocupan de los hechos de la causa, por tanto, su principal función es la verificación de la legalidad o legitimidad de la decisión. Se orientan a aquello que puede definirse como la *legalitá futura*, o sea la definición correcta de la interpretación y aplicación de las normas que serán objetos

---

<sup>1</sup> TARUFFO, M., “El Vértice Ambiguo”, Palestra Editores, Lima, 2005. cfr. Pág. 222.

<sup>2</sup> TARUFFO, M. “La Prueba, Artículos y Conferencias”, Editorial Metropolitana, Santiago, 2009 cfr. Pág. 205 y sgtes.

<sup>3</sup> BRAVO HURTADO, P. “Recursos ante la Corte Suprema en el derecho comparado: Un estudio para la reforma procesal civil en Chile”, Temuco, 2013, Cfr., Págs. 63-75.

del juicio en los casos sucesivos, por tanto, orientan la decisión a casos futuros, estableciendo criterios a los futuros jueces en casos análogos. Bajo este perfil se puede identificar una función de unificación de la jurisprudencia a través de la elaboración de máximas que sirvan como reglas de aplicación general para posteriores interpretaciones.<sup>4</sup>

En definitiva, es el precedente judicial el instrumento que funciona para desarrollar las funciones de la casación, cuya eficacia es fundamental. Es curioso que el precedente no es vinculante en todos los sistemas de este tipo de modelo, sin embargo, es su valor persuasivo el que le otorga su carácter de eficaz, teniendo como objeto de las decisiones la *ratio decidendi*, pero como aspecto persuasivo el *obiter dictum*.

Este modelo tiene como principal fundamento el uso de la discrecionalidad a la hora de seleccionar los asuntos que va a conocer, en el sistema inglés la House of Lords dispone de la figura *leave to appeal* como instrumento de admisión, en tanto el modelo norteamericano utiliza el *writ of certiorari*. De esta manera ambos instrumentos se perfilan como garantes de ciertos valores jurídicos encaminados a unificar la jurisprudencia y otorgar certeza jurídica al sistema. Es característico en estos modelos, por lo tanto, quitarle importancia al derecho de los recurrentes a acceder al máximo tribunal (*ius litigatoris*), con la finalidad de salvaguardar los intereses públicos de la justicia en general (*ius constitutionis*).<sup>5</sup> En tal sentido Delado Castro señala que en el modelo norteamericano “*Sólo se va a conocer de aquellos [casos] que tengan algún interés público suficientemente relevante.*”<sup>6</sup>

## **B. Modelo Franco-Italiano**

### **1. Modelo Francés**

El modelo francés tiene como vértice la Corte de Casación, cuyo recurso de casación se interpone con la finalidad de atacar las sentencias que hayan sido dictadas en violación a las reglas de derecho. Es, por tanto, un modelo que practica el control de legitimidad, que, en principio, no se pronuncia sobre el fondo de la causa, y remite la decisión, cuando anula sentencia, a un juez inferior. En palabras de Bravo Hurtado “*El recurso sólo conoce del derecho, más precisamente de la ley, y no de los hechos, ni se puede rendir prueba*”<sup>7</sup>. Por regla general la Corte de Casación luego de decidir sobre el asunto reenvía la causa al tribunal inferior correspondiente para que éste dicte una nueva sentencia, excepcionalmente la propia Corte dictará una sentencia de reemplazo.

---

<sup>4</sup> Ibidem, cfr., Pág. 206

<sup>5</sup> DELGADO CASTRO, J. “*El certiorari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema*”, EN “Revista actualidad jurídica” N°22, Santiago, 2010, Cfr., Págs. 363-364.

<sup>6</sup> Ídem.

<sup>7</sup> BRAVO HURTADO, P. *Recursos ante la Corte Suprema en el derecho comparado: Un estudio para la reforma procesal civil en Chile.*, Pág. 77.

Es propio de este modelo el que todo litigante tenga derecho de interponer un recurso de casación si se considera agraviado, por lo que emanan desde las Cortes de Casación una “*cantidad excesiva de recursos, y por lo tanto con la necesidad de pronunciar un número increíblemente elevado de sentencias.*”<sup>8</sup> al no tener un proceso previo de selección a modo de filtro de los recursos que ingresan, como sucede en los modelos alemán y anglo-americano.<sup>9</sup>

Las Cortes de Casación de este modelo buscan ejercer la función de nomofilaquia a través de la corrección de los vicios contenidos en procesos o decisiones, ejerciendo un control de legitimidad hacia la judicatura inferior. Sin embargo, no existe el concepto de precedente entendido como en el modelo anglo-americano, por lo que la uniformidad del sistema depende del grado de autoridad de las sentencias dictadas por las decisiones de la Corte para que la jurisprudencia tenga fuerza suficiente para convencer al juez del caso posterior.

## 2. Modelo Italiano

La Corte Suprema italiana conoce principalmente a través del recurso de casación, sin embargo, tiene diversos ámbitos de revisión. De tal manera conoce vicios procesales tales como falta de competencia o nulidad del procedimiento, y además del error de la aplicación del derecho o la ley. En este sistema existe la peculiaridad de que la misma Constitución garantiza el acceso a la Corte Suprema como un derecho subjetivo de las partes.<sup>10</sup>

El modelo italiano se separa del método exegético de la Corte de Casación francesa, virando hacia un modelo más orientado al *ius litigatoris*, esto ya que mantiene el derecho universal de recurrir por casación y amplía las facultades de esta incluso a poder decidir sobre el fondo de las controversias, acercándose así al modelo de Tercera Instancia referido por Taruffo, fallando en su mayoría sobre las particularidades del caso concreto.

Esto lleva a una saturación de las Cortes aún mayor que en el modelo francés, debido a que su filtro de acceso es aún más bajo, por lo que es común que los recursos sean admitidos a tramitación, lo que da como resultado que para afrontar tal cantidad de recursos ingresados se deba así aumentar el número de magistrados en ejercicio, y suele criticarse como un defecto que es un modelo con elevada carga de trabajo, así Bravo Hurtado señala que “*En Italia la tramitación de la casación civil es extremadamente demorosa*”<sup>11</sup>.

## C. Modelo Alemán.

---

<sup>8</sup> TARUFFO, *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Pág. 217

<sup>9</sup> BRAVO HURTADO, P. *Recursos ante la Corte Suprema en el derecho comparado: Un estudio para la reforma procesal civil en Chile*, Cfr., Pág., 77.

<sup>10</sup> *Ibidem*, Cfr., Págs., 79-80.

<sup>11</sup> *Ibidem*, Pág. 80

En Alemania la Corte Suprema conoce a través de un recurso llamado “*Revision*” cuya finalidad es controlar el derecho y ciertos vicios procesales establecidos por la ley. Lo interesante en este modelo son las causales de admisibilidad que se consideran, pues desde el año 2001 se consideran dos causales que permiten acceder a la Corte Suprema Alemana, a saber, 1) cuando la causa tenga un significado fundamental, o bien, 2) cuando la intervención del tribunal sea necesaria para el perfeccionamiento del derecho o el aseguramiento de la jurisprudencia unificada.

Es característico de este modelo la sujeción a un doble modelo jerárquico, por una parte, si el tribunal *a quo* considera que se presenta alguna de las dos causales será obligatorio para la Corte Suprema conocer el asunto, por otra parte, en caso de desestimarlo, puede el litigante presentar una queja ante la Corte Suprema, solicitando que se reconsidere si concurre alguna de las dos causales.

Taruffo caracteriza este modelo como “*una corte de tercera instancia, pero no hay dudas de que se trata de un tribunal que ejercita esencialmente un control de legitimidad, sustancial y procesal, sobre la sentencia impugnada*”<sup>12</sup>. Además, la entiende como una Corte que toma decisiones orientadas hacia el futuro, salvaguardando una coherencia diacrónica al construir una *nomofilaquia per precedenti*, posicionando a este modelo como uno de aquellos pertenecientes a la tradición del *civil law*, pero compartiendo características con modelos de Cortes de Precedentes correspondientes a una tradición de *common law*.

#### **D. Modelo chileno y español.**

En América latina en general, y en Chile en particular, es aceptado con ciertos matices el modelo español de Corte Suprema, y su importancia es de mayor relevancia en estos ordenamientos que la del clásico modelo francés.

##### **1. Aproximación histórica al modelo chileno**

La noción del actual Corte Suprema empezó a formarse desde el Reglamento provisional de la primera junta gubernativa de 1810, que hasta la Constitución de 1822 tuvo como principal característica el hecho de ser una institución más política que estrictamente judicial, y que de hecho jamás llegaría a establecerse y funcionar. Se limitaba simplemente a reforzar la idea de independencia del incipiente Estado de Chile. La situación cambia cuando la Constitución de 1823 establece la “Suprema Corte de Justicia” que efectivamente tenía ciertas atribuciones judiciales, aunque funcionaba tímidamente. En 1828 con la nueva Constitución se inaugura la idea de que “El poder judicial reside en la Corte Suprema, Cortes de Apelación o Juzgados de primera instancia”. Finalmente, la Constitución de 1833 establece regulaciones de carácter amplio sobre el

---

<sup>12</sup> TARUFFO, *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Pág. 212.



establecimiento de los tribunales de justicia, sin hacer mención especial a la Corte Suprema, dejando la tarea de completar este trabajo a leyes posteriores sobre enjuiciamiento civil.<sup>13</sup>

## 2. Su relación con el modelo español

La casación española originalmente no tiene relación con la casación francesa, puesto que sus antecedentes históricos distan de los ideales revolucionarios franceses, por esto que *“la principal nota característica propia de la tradicional casación española es que, desde su origen, nace como un recurso jurisdiccional”*<sup>14</sup> y no como un recurso político dedicado a la fiscalización de los jueces burgueses. Por otra parte, en Chile *“para la configuración de la Corte Suprema no se contó con ningún modelo español”*<sup>15</sup>, y esto dice relación con el hecho de que en España se estaban produciendo variadas reformas en paralelo a las que sucedían en nuestro país mencionadas en el apartado anterior.

Sin embargo, el modelo actual español consta de dos recursos extraordinarios equivalentes a nuestra casación en la forma y en el fondo, llamados en ese ordenamiento recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, respectivamente.

En primer lugar, el recurso extraordinario por infracción procesal ha de basarse en las causales previstas en el artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo un catálogo taxativo de causales que motivan el recurso, de manera similar a nuestro artículo 768 del Código de Procedimiento Civil. Y al momento de la dictación de la sentencia hay que distinguir diversos supuestos:

- A. Aquellas hipótesis en que utiliza el mecanismo del reenvío, esto es a) cuando se estima el recurso por infracción a normas de jurisdicción o competencia, y b) cuando se estima pues la infracción ocurrió durante la tramitación del procedimiento.
- B. Aquella hipótesis en que el vicio ocurre en la sentencia y por tanto el Tribunal anula y sustituye la sentencia por otra que considere conforme a derecho.

En segundo lugar, el recurso de casación, de igual modo que nuestra casación en el fondo tiene como única causal *“la infracción de las normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso: es decir, que se ha aplicado incorrectamente una norma sustantiva.”*<sup>16</sup> En cuanto a la sentencia, el Tribunal anula, en todo o en parte, la sentencia recurrida, y resolverá el fondo del asunto,

---

<sup>13</sup> CAROCCA, A. “La Corte Suprema y sus competencias en Chile. Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema”. En “Revista Ius Et Praxis” Vol. 4, N° 1, Talca, 1998, cfr. págs. 191-194.

<sup>14</sup> DELADO CASTRO, J. “Historia de la casación civil española: Una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina” En “Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso” Valparaíso, 2009, pág. 350.

<sup>15</sup> CAROCCA, A. Op. Cit. Pág. 196.

<sup>16</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F. “Derecho procesal civil: Materiales para el estudio”, Madrid, 2019, pág. 362.

y en caso de que exista “interés casacional” el Tribunal establecerá cual es la línea jurisprudencial correcta.

### 3. Modelo Chileno actual.

En cuanto al modelo nacional hay que señalar que está configurado en función de proteger el derecho que tienen los litigantes de que sus asuntos sean resueltos (*ius litigatoris*), esta actividad se logra a través del recurso de casación en la forma y en el fondo, que nuestra normativa define como recursos extraordinarios, y en virtud de los cuales la Corte Suprema conoce generalmente de las disputas de los justiciables.

El recurso de casación en la forma se encuentra regulado en el artículo 768 del Código de procedimiento civil<sup>17</sup>, Casarino lo define como “*un recurso extraordinario que la ley concede a la parte agraviada en contra de determinadas resoluciones judiciales, para obtener su anulación, cuando han sido dictadas con omisión de sus requisitos legales formales o dentro de procedimientos viciosos*”<sup>18</sup>, de manera que la finalidad del recurso es invalidar el fallo recurrido en caso de haber infringido o las normas relativas a la tramitación esencial del proceso, o bien las normas relativas a los requisitos formales a los que debe ajustarse quien pronuncia la sentencia.

El recurso de casación en el fondo se encuentra regulado a su vez en el artículo 767 del CPC, sin embargo, dicho artículo no entrega una definición, aunque la doctrina lo define como “*un recurso extraordinario que el legislador concede a la parte agraviada, en contra de determinadas resoluciones judiciales, para obtener su anulación, cuando han sido dictadas con infracción de ley, siempre que esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de ellas*”<sup>19</sup>. De esta manera la finalidad perseguida en este caso es la anulación del fallo impugnado a cuya causa se haya infringido una norma del ordenamiento jurídico de manera sustancial.

Ambos recursos tienen en común que son establecidos por el legislador en favor del litigante que se siente agraviado con una decisión judicial en razón de los artículos 771 y 775 del CPC, cumpliendo una función relativa al *ius litigatoris*, posicionando a los justiciables como sujetos centrales en la administración de justicia.

Es característico de este modelo, siguiendo el modelo español, la dictación de una sentencia de reemplazo en el caso de la casación en el fondo, y en la casación en la forma para las causales del nº4, 5, 6 y 7 del artículo 768 del CPC que dicen relación con los vicios cometidos en la dictación de la sentencia. Lo que teóricamente implicaría un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, en tanto que el juez valoraría los hechos de la causa, y, en definitiva, actuaría como una tercera instancia judicial, aun cuando estos recursos son considerados de derecho estricto, y, por tanto, no constituyen instancia judicial alguna.

---

<sup>17</sup> CPC en adelante.

<sup>18</sup> CASARINO VITERBO, M. “Manual de derecho procesal”, Editorial Jurídica, Chile, 2007, 6º Ed. T. IV., Pág. 159

<sup>19</sup> Ibidem. Pág. 195.

### III. Fuentes del derecho en el *civil law* y en el *common law*.

Ahora bien, es necesario entrar en la discusión sobre las fuentes formales del derecho y la manera en que se da en ambas tradiciones jurídicas, de manera que se habla de una teoría binaria, donde la jurisprudencia es o no es una fuente formal de derecho, y de una teoría gradual, donde la jurisprudencia se evalúa en la medida del rol que cumple en el sistema de administración de justicia.

Bravo-Hurtado señala que el modo en el cual la tradición jurídica del *civil law* “describe su propia diferencia con el *common law* es a partir de la teoría de fuentes. Lo que nos diferencia –se dice desde dentro de nuestra tradición– es que para nosotros la jurisprudencia no es fuente del Derecho, y para ellos sí lo es.”<sup>20</sup> En los sistemas jurídicos del *common law* derechamente no existe teoría de sistema fuentes del derecho análoga a la nuestra, por lo tanto su evaluación de la jurisprudencia como fuente del derecho no solo es reconocida indudablemente como derecho, sino que además la atención que se le da a los precedentes judiciales emanados de la Corte Suprema en dichos ordenamientos constituye la base de su funcionamiento.

El origen de nuestra teoría de fuentes se remonta a la Revolución Francesa, donde los revolucionarios franceses, en su desconfianza contra los jueces, buscaron restringir su discrecionalidad como creadores de derecho, pues eran fieros aliados de la nobleza y el clero. En consecuencia, la primacía de la ley como fuente principal del derecho los relegaba a un segundo plano y los mantenía controlados, es por ello que nuestra teoría de fuentes está unida indisolublemente a la teoría de la división de poderes, en este sentido encontramos en Schiele que “la creación del derecho quedaría fuera de la competencia de los tribunales y los jueces, ya que de no ser así se infringe el principio de la separación de los poderes que es la base de nuestro orden constitucional”<sup>21</sup>

Es en este contexto donde surge la casación francesa, como un ente fiscalizador dirigido contra los jueces, y su función no era precisamente la de juzgar como podría pensarse, sino que derechamente controlar a los jueces, incluso “su función era solamente anular la decisión en que el juez “infringía” la ley y reenviar el caso a otro juez menos díscolo”<sup>22</sup>. La misma idea de fiscalización es recogida por la Casación italiana donde su función “consiste en examinar las decisiones de las cortes inferiores y en controlar si en aquellas la ley ha sido correctamente aplicada”<sup>23</sup> haciendo énfasis precisamente a su posición jerárquica en la cima de la administración de justicia.

---

<sup>20</sup> BRAVO HURTADO, P. “Hacia los precedentes en Chile: Reforma procesal civil y fuentes del derecho” EN “Revista Chilena de Derecho” Vol. 40, N°2, Santiago, 2013. Pág. 552.

<sup>21</sup> SCHIELE MANZOR, C. “La jurisprudencia como fuente del derecho: El papel de la jurisprudencia” EN “Ars Boni et Aequi”, 2017, N°4, Pág. 187.

<sup>22</sup> BRAVO HURTADO, P. (2013), *Hacia los precedentes en Chile: Reforma procesal civil y fuentes del derecho*, Pág. 556.

<sup>23</sup> TARUFFO, *El Vértice Ambiguo*, Pág. 93.

Es relevante tener a la vista la justificación histórica de la teoría de división de poderes toda vez que implica una decisión política el posicionamiento de la ley como fuente formal del derecho por excelencia en la tradición romano-occidental, y sigue siendo, sin lugar a dudas, un lugar común en el debate acerca de la jurisprudencia como fuente formal de derecho.

Chile, siguiendo la tradición heredada desde el sistema europeo continental, toma posición excluyendo las decisiones judiciales como fuente formal, de esta manera Squella explícitamente confirma esa diferencia cuando señala que *“la jurisprudencia que se hubiere formado sobre determinada materia jurídica no obliga ni al tribunal que la formó ni a los tribunales inferiores, aunque juega un papel importante como fuente material, puesto que, de seguro, va a influir en las decisiones futuras del mismo tribunal y en las de los de carácter inferior”*<sup>24</sup>.

De esta manera la jurisprudencia queda relegada a ser una fuente material de derecho en nuestro ordenamiento, posicionando a la ley como la fuente del derecho por antonomasia en la tradición del *civil law*, quedando consagrada así en nuestro artículo 3º del Código Civil. Esto es relevante toda vez que entendemos este orden de prelación respecto de las fuentes formales del derecho, vale decir, la ley como aquella fuente más prístina de derecho en la cima de este orden, y luego otras fuentes formales menos “perfectas” como el reglamento o la costumbre cuando la ley se remita a ella.

En tal sentido, y bajo la misma lógica tradicional de excluir la jurisprudencia como fuente del derecho, se pronuncia Carlos del Río señalando que: *“de esta manera la regulación permitiría la utilización de la jurisprudencia uniforme en el nivel motivacional o de fundamentación en orden a la correcta determinación, interpretación o aplicación de una norma jurídica, y no como una fuente formal en sí misma.”*<sup>25</sup>. Dejando a entrever que debe evitarse por parte de nuestro ordenamiento la posibilidad de que la jurisprudencia tenga la calidad de fuente formal del derecho, puesto que aquello implicaría realizar una labor legislativa o cuasilegislativa, y por lo tanto radicalmente contraria a nuestra tradición jurídica, es así que en nuestro país *“la doctrina mayoritaria reconoce la importancia de la labor del juez, sin embargo, niega a la jurisprudencia la labor creadora de derecho propia de las fuentes formales”*<sup>26</sup>

Como adelantamos, es necesario tener en consideración que en la tradición anglosajona no existe una teoría de fuentes del derecho análoga a la nuestra, es por ello que su manera de evaluación de la jurisprudencia y su rol en la administración de justicia no depende de un todo o nada, en el sentido de ser o no ser fuente formal de derecho, de tal suerte se ha elaborado una teoría gradual que estudia el nivel de impacto que tienen las decisiones judiciales anteriores en cada ordenamiento jurídico.

---

<sup>24</sup> SQUELLA, A. “Introducción al derecho”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014. Pág. 264.

<sup>25</sup> DEL RÍO, C. *“La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y jurisprudencia novit curia en una futura reforma legal”* EN “Revista Chilena de Derecho” Vol. 42, N° 2, Santiago, 2015, Pág. 487.

<sup>26</sup> SCHIELE MANZOR, C. Op. Cit., Pág. 187.

En tal sentido, es ilustrativa la gradualidad que plantea MacCormick y Summers<sup>27</sup>, puesto que pone de manifiesto, y contradice, la teoría de las fuentes formales del derecho de la tradición continental. Dichos autores consideran que el criterio relevante con el cual medir el nivel de impacto de la jurisprudencia es el hecho de si un fallo por sí solo puede o no cambiar la tendencia de las decisiones emitidas por la Corte Suprema, es por esa razón que se plantea una gradualidad, que a su vez niega esta idea del todo o nada existente en nuestra teoría de fuentes binaria.

Por esta razón, “*La principal conclusión a la que ellos arriban es que en los países de civil law la jurisprudencia tiene un alto valor en la práctica judicial, y este alto valor se da incluso a pesar que no se les reconoce formalmente como fuente del Derecho*”<sup>28</sup>. Esto implica básicamente que el beneficio de utilizar la teoría gradual es estudiar el funcionamiento de nuestra jurisprudencia como algo cuyo valor no debe ser desdeñado por el mero hecho de no ser una fuente formal según nuestro código civil y la tradición que lo respalda, dado que, aun siendo fuente material, diríamos nosotros, su nivel de persuasividad puede ser idóneo para que los fallos emanados por la Corte sean tomados como precedente.

De este modo la jurisprudencia es derecho, o una expresión de él, fuera de toda duda para la doctrina anglosajona, incluso pudiendo considerarse la actividad de las Cortes Supremas como derechamente legislativa desde la óptica tradicional de la teoría de división de poderes. Por otro lado, si observamos este fenómeno desde el lente de la teoría gradual, encontraremos que los sistemas de *common law* simplemente otorgan un valor más alto a sus precedentes judiciales, en relación a su vinculación formal con los tribunales inferiores.

En el caso norteamericano, por ejemplo, se cuenta con un precedente que cumple dicha función “legislativa”, en nuestra doctrina se ha suscitado una opinión bastante frecuente que sintetizada por Delgado Castro se señala que en Chile “*Nunca el poder judicial se arrogaría funciones legislativas en nuestro modelo basado en la estricta división de poderes*”.<sup>29</sup> Pero aquí estamos, otra vez, observando el fenómeno desde la tradición del *civil law*, donde históricamente se ha sobredimensionado la idea de excluir a la jurisprudencia de todo valor formal.

A mayor abundancia el mismo autor se refiere a que estos sistemas “*confieren a sus órganos supremos funciones a caballo entre lo legislativo y lo judicial. Incluso podríamos llegar un poco más allá y*

---

<sup>27</sup> BRAVO HURTADO, P. *Hacia un sistema de precedentes en Chile: Reforma procesal civil y fuentes del derecho*, Cfr. Pág. 568.

<sup>28</sup> BRAVO HURTADO, P. *Recursos en el derecho comparado: Un estudio para la reforma procesal civil en Chile*, Cfr. Pág. 92.

<sup>29</sup> DELGADO CASTRO, J., Op. Cit., Pág. 365.

*afirmar que las decisiones de la Corte Suprema tienen una finalidad derechamente legislativa y, por ese motivo, necesitan seleccionar casos que realmente posean un alto contenido público.”<sup>30</sup>*

Sin embargo, y, en cualquier caso, incluso los ordenamientos donde el precedente judicial tiene un valor alto o una *vinculación formal*, es decir, aquel grado más intenso de seguimiento del precedente, los jueces inferiores conservan cierto margen de derrotabilidad, como por ejemplo a través del mecanismo de *overruling*, y las Cortes Supremas se reservan la posibilidad de modificar posteriormente el precedente. Respecto al funcionamiento del precedente anglosajón éste “*genera una norma jurídica de carácter general, tan obligatoria como las demás fuentes formales del Derecho, al punto que su inobservancia es considerada ilegal y revocable sobre la base de este mismo fundamento.*”<sup>31</sup> Por tanto, en caso el eventual caso de que una sentencia se aparte del criterio formulado por el precedente ésta “*puede ser revocada mediante un recurso procesal*”<sup>32</sup> en consonancia con la derrotabilidad a la que habíamos hecho referencia anteriormente.

Por otra parte, podemos encontrar dentro de los grados de valor del precedente aquel denominado *vinculación formal prima facie*, donde “*la decisión que no sigue el precedente es legal, pero puede ser criticada en sus fundamentos y objeto de revocación mediante recurso*”<sup>33</sup>, este mecanismo se ha sugerido por Díaz García como una opción de adopción del precedente que no atente contra la teoría tradicional de las fuentes del derecho y la división de poderes, puesto que el principal argumento en este caso sería que la *ratio decidendi* “*constituye un criterio de interpretación que debe ser seguido a menos que se cuente con buenas razones para abandonarlo*”<sup>34</sup>, en consecuencia el autor llega a aceptar explícitamente que “*la jurisprudencia no se constituye en fuente formal del Derecho*”<sup>35</sup>, situándose en una suerte de limbo entre los autores que suscriben la idea de adoptar el precedente y aquellos que no, toda vez que sugiere la *vinculación formal prima facie* a la vez que niega su valor como fuente formal.

---

<sup>30</sup> Ídem.

<sup>31</sup> DÍAZ GARCÍA, I., “Diez razones para adoptar el seguimiento del precedente en Chile” EN “Revista de derecho Universidad Católica del Norte”, N°2, 2015, Pág. 142.

<sup>32</sup> Ídem.

<sup>33</sup> Ídem.

<sup>34</sup> Ibidem, Pág. 144.

<sup>35</sup> Ídem.

#### IV. Jurisprudencia y precedentes

En palabras de Taruffo, hablar del precedente es un tanto ajeno a los sistema de *civil law*, volcándose estos recién en la segunda mitad del siglo XX hacia los sistemas de *common law*, introduciendo terminología propia del sistema anglosajón y una mayor preocupación por el precedente judicial más que solo en la jurisprudencia, en cuanto “*Ocuparse del precedente en lugar de la jurisprudencia implica realmente la asunción de una orientación más analítica, interesada en profundizar los mecanismos mediante los cuales la decisión de un caso influye sobre la decisión de un caso posterior, y en indagar sus razones y justificaciones*”<sup>36</sup>

Hay que señalar en este punto que a priori una diferencia relevante entre ambos términos es de carácter cuantitativa, es decir, el vocablo precedente hace referencia a un hecho jurídico individual, a diferencia de la jurisprudencia que hace referencia a una cantidad variopinta de decisiones jurídicas. Ante esto, Delgado Castro señala que a propósito del precedente norteamericano que “*las decisiones de la Corte Suprema tienen una finalidad derechamente legislativa*”<sup>37</sup> y por tanto discrecionalmente escogen casos relevantes para resolver, con la finalidad de establecer una decisión con un alto contenido de interés público. A esto agrega que el efecto que produce sobre el sistema es beneficioso y que “*se arroga una función cuasi legislativa que sería impensable en nuestro sistema*”<sup>38</sup>.

Es por ello que se puede hablar acerca de la jurisprudencia como aquel derecho viviente, es decir, aquel derecho que existe en virtud de la jurisdicción y la aplicación de la norma al caso concreto, debido a esto se deduce que para que una jurisprudencia tenga las características de precedente es básico que el contenido de aquella decisión sea universalizable, que el fallo emanado del tribunal sea un precedente idóneo para influenciar una decisión posterior del mismo tribunal o de otro.

Para que se pueda entender una diferencia entre la jurisprudencia, es decir, los fallos anteriores dictados por una Corte, y el precedente, es necesario entender que este último tiene ciertos requisitos, como es la necesidad de que sea universalizable, que sea posible hacer una analogía entre supuestos de hecho y su posterior eficacia, la que en algunos sistemas se da como obligatoria, como el *binding* anglosajón, aunque bien tiene excepciones como el *must except*, o en otros que es meramente persuasivo, pero manteniendo la idea que los criterios universalizables tienen eficacia según sean seguidos por los jueces inferiores en decisiones posteriores.

Así es como algunos sistemas buscan, a través del Derecho positivo, introducir esta noción de precedente en los fallos de emanados por las Cortes, al estar situadas en el vértice del sistema judicial.

---

<sup>36</sup> TARUFFO, M., “Páginas Sobre Justicia Civil”, Marcial Pons, Madrid, 2009, Pág. 541

<sup>37</sup> DELGADO CASTRO, Op. Cit., Pág. 365

<sup>38</sup> Ídem.

Sin embargo, bajo el *civil law* estos precedentes suelen ser meramente persuasivos para las decisiones de tribunales inferiores, haciendo que la función de uniformidad del sistema sea accidental o dependa de la autoridad de cierta decisión (en su mérito), tribunal o juez.

Para Taruffo, distinguir solo entre precedente vinculante o persuasivo es insuficiente para adaptar el precedente a las realidades jurídicas de los distintos ordenamientos que buscan aplicar el precedente, ante lo cual hace una distinción entre cuatro dimensiones de este, estas son: La dimensión institucional, la dimensión objetiva, la dimensión estructural y la dimensión de eficacia.<sup>39</sup>

La dimensión institucional tiene relación directa con el precedente vertical, esto en atención al orden en que se sitúan los distintos órganos de administración de justicia, tomando especial atención en que en los sistemas judiciales existe un vértice en donde se sitúa el órgano de mayor jerarquía y, por lo tanto, de mayor autoridad y legitimidad. No obstante, existe dentro de esta también el precedente horizontal, es decir, que un juez haga referencia al fallo de un juez de igual nivel o el auto precedente, en donde se sigue su propia decisión anterior.

Sin embargo, también agrega, en *El Vértice Ambiguo*, que situar a los tribunales superiores en el vértice del sistema solo le da un factor de autoridad de fuente del precedente, habiendo muchos factores que determinarán la autoridad del precedente, tales como el prestigio intrínseco de la decisión, la tempestividad de la intervención de la corte sobre cuestiones controvertidas, incluso la fama de los jueces que realizan la motivación, entre otras.

Aquí, le otorga como el factor más relevante para la autoridad del precedente el número de sentencias dictadas por la Corte, diciéndonos que “es lícito pensar que la autoridad de los pronunciamientos de un órgano es, o tiende a ser, inversamente proporcional al número de veces que se expresa”, agregando luego que “la repetición quizá ayuda, pero disminuye el valor de una afirmación específica”<sup>40</sup>.

Al hacer el paralelo con los sistemas de *common law*, encontramos que el grado de penetración en la jurisprudencia de las cortes inferiores es mayor, puesto que las Cortes Supremas “deciden decidir”, a través de los filtros de admisión como el *writ of certiorari* estadounidense, fallando así pocos casos al año, dándoles importancia según la relevancia que considere el caso específico tiene para el Derecho.

Al haber un número exorbitante de sentencias, propio de los sistemas del *civil law*, que muchas veces fallan acerca de casos análogos, fallando varias veces lo mismo, quita autoridad a la Corte que dicta las sentencias, pues termina por poner el foco en cuestiones secundarias o de rutina porque está obligada a hacerlo por las garantías del debido proceso, en cuanto a inexcusabilidad de los tribunales,

---

<sup>39</sup> TARUFFO, *Páginas sobre Justicia Civil*, Cfr., Pág. 544

<sup>40</sup> TARUFFO, *El Vértice Ambiguo*, Pág. 146



además de que el precedente resultante de esto solo fundará su autoridad en la acumulación de fallos similares, quitando importancia a las decisiones distintas que puedan contener motivaciones de mayor calidad, dándole valor al precedente solo si este está situado en una secuencia repetitiva, poniendo de manifiesto la tensión entre lo cualitativo y lo cuantitativo.

A este respecto, Taruffo explica que este sobrecargo de decisiones “*es inevitable que se trate de una jurisprudencia tumultuosa, desordenada, escasamente previsible y -sobre todo- tendencialmente contradictoria.*”<sup>41</sup>, pues toda hipótesis que escape de dicha secuencia repetitiva de decisiones que conformaría una suerte de precedente accidental se encontrará con constantes contradicciones, tanto sincrónicas como diacrónicas, por la imposibilidad de generar un precedente coherente.

No hay que desconocer que las Cortes, sin importar el modelo en que se enmarquen, tienen como una de sus funciones la nomofilaquia, ejercida a través de asegurar la uniformidad del sistema judicial, es decir, conforme a la uniforme interpretación de la ley. Sin embargo, las Cortes de Casación buscan realizar esta función mediante el control de legitimidad de las sentencias que llegan a su conocimiento, manteniendo un control constante sobre las sentencias emanadas de jueces inferiores pero muchas veces controlando solo la legitimidad de la decisión en concreto, volviéndose más la cúspide del sistema de impugnaciones que del sistema jurisdiccional.

En cambio, en un sistema de Corte Suprema la nomofilaquia se ejerce a través de la creación de precedentes, esto es, que el control de legitimidad practicado por la Corte solo tome como base del problema los hechos del caso en concreto, pero que de ello derive el problema interpretativo y genere máximas de interpretación con miras de aplicación como regla general.

En definitiva, la jurisprudencia emanada por una Corte que funciona como tercera instancia solo se sustenta, en cuanto a eficacia, en su grado. Esto es, que es persuasiva solamente por emanar de la cúspide del sistema jurisdiccional, o de la cadena impugnaciones, careciendo de los elementos necesarios para que dicha jurisprudencia cumpla con los requisitos de precedente, pues al preocuparse de las vicisitudes del caso concreto solo falla en cuanto a justicia material aplicable a dicho caso y no se hace cargo de la cuestión de derecho, del problema interpretativo o de aplicación que llevó a que dicho caso fuese conocido por la Corte.

Es en este sentido que Taruffo plantea que el precedente en los modelos de Corte de tercera instancia “*Se deriva sustancialmente del hecho de que la Corte de Casación, estando obligada a decidir cada uno de los numerosos recursos que se formulen ante ella, decide varias veces la misma cuestión, incluso en un*

---

<sup>41</sup> TARUFFO, *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Pág. 220

*breve periodo de tiempo*<sup>42</sup> dejando pase libre a las incoherencias de las decisiones dentro del mismo órgano, tanto a corto como a largo plazo.

En cambio, una jurisprudencia que tenga fuerza y eficacia de precedente, aunque no sea vinculante, pero se preocupe de la cuestión de derecho y proponga una solución interpretativa al problema para que luego pueda ser replicable dicho criterio tendrá autoridad no solo institucional, de grado, sino que emanaría de un órgano con más credibilidad puesto que propone una solución general y no es necesario que el usuario, quien recurre, deba buscar cuál de un entramado de sentencias distintas, y muchas veces contradictorias, es la que sirve a su pretensión.

### **Ventajas del sistema de precedentes**

La adopción de un sistema de Corte Suprema que ponga su atención en los precedentes no traería solo ventajas institucionales de racionalización de los procesos, reducción de la carga de las Cortes y reducción de la litigiosidad en general, sino que trae ventajas también para los justiciables.

De esta manera también se pronuncia Taruffo, al expresar que *“En la base del fenómeno del precedente existen finalidades consistentes en la igualdad de tratamiento para casos similares, la relativa previsibilidad de la solución de la controversia, la coherencia y estabilidad de la interpretación y aplicación del derecho.”*<sup>43</sup> y también Delgado Castro al decir que *“la sumisión al precedente garantiza tanto la igualdad ante la ley como la previsibilidad del resultado judicial. De modo que esas líneas maestras que descienden desde la cúspide determinan la seguridad jurídica del sistema y sólo en algunos casos la Corte debe intervenir”*<sup>44</sup>, ambos refiriéndose al mantenimiento de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley que conlleva la uniformidad de un sistema de precedentes.

Tener un sistema cuya Corte se preocupa por los precedentes da un giro al problema que deben enfrentar las decisiones, puesto que deja de ser un problema de justicia material, dado que los casos análogos no idénticos, en los cuales no sería aplicable la jurisprudencia del caso concreto, encontrarían solución en el precedente si se soluciona desde raíz el problema interpretativo en vez de resolver sobre las vicisitudes de dicho caso.

En vez de tener múltiples fallos sobre casos concretos de similar solución, se puede formar un precedente sólido que busque solucionar el negocio en instancia en vez de en casación, eximiendo a la Corte de hacer el rol de instancia y disminuyendo la litigiosidad, lo que supone, también, una reducción en los tiempos de obtener una decisión judicial por parte de los justiciables.

---

<sup>42</sup> TARUFFO, *Páginas sobre Justicia Civil*, Pág. 549

<sup>43</sup> TARUFFO, *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Pág. 224

<sup>44</sup> DELGADO CASTRO, *Op. Cit.*, Pág. 364

Para estos efectos es que el conocimiento de las Cortes debe contener una doble faceta, esta es, la del deber de revisar los hechos concretos y las calificaciones jurídicas alcanzadas en la decisión, no para hacer una revisión de estas, sino para extraer los supuestos de hecho que sirvan de base para generar interpretaciones que sean generales y extrapolables a otros casos, es decir, máximas universalizables que sirvan como regla general.

### ***Ratio decidendi y Obiter Dictum***

Como fue adelantado, no existe un concepto de precedente propio de la tradición europea-continental<sup>45</sup>, sino que se ven un conjunto de fallos que conforman la jurisprudencia del cual se pueden extraer criterios en cuanto son repetidos por la misma Corte, a diferencia de los sistemas de *common law*, donde el precedente es una norma expresa emanada de las Cortes Supremas donde exponen las máximas que deberán ser seguidas por los tribunales inferiores.

Es importante destacar que “*La característica más importante de las máximas es que se trata de enunciaciones, concentradas en una o en pocas frases, que tiene por objeto reglas jurídicas. Estas reglas tienen usualmente un contenido más específico con respecto al dictado textual de la norma, de la cual constituyen una interpretación, pero están siempre formuladas como reglas, es decir, con enunciaciones generales de contenido preceptivo.*”<sup>46</sup> Esto no solo muestra como estas máximas son pensadas como reglas de aplicación general, sino que muestran la eficacia vinculante que deben mantener para cumplir con el rol que tienen como precedente.

Es en esta relación que deben hacer las Cortes al momento de tomar decisiones que surgen dos importantes conceptos propios de lo que Taruffo llama la dimensión objetiva del precedente, estos son: La *ratio decidendi* y el *obiter dictum*.

Estos conceptos al referirse al objeto del precedente se encuentran en todas las sentencias dictadas por las Cortes, siendo fundamentales para el precedente las *rationes decidendi*, pues estas son las soluciones al problema jurídico y las máximas que funcionarán como norma general para los jueces inferiores, y las *obiter dicta* las cuestiones accesorias a la cuestión de derecho, muchas veces relativas al caso concreto, pero que dotan de persuasividad al fallo referido para que tenga eficacia, es decir, que logre convencer a los jueces inferiores de que se siga la *ratio decidendi* emanada desde la cúspide, sin dejar ser ambos parte de la fundamentación judicial del fallo.

---

<sup>45</sup> TARUFFO, *Páginas sobre Justicia Civil*, Cfr., Pág. 542.

<sup>46</sup> *Ibidem*, Pág. 560

Ahondando en estos conceptos, es relevante considerar que las *rationes decidendi* “pueden ser clasificadas como una norma general cuya identificación se da a través de un método inductivo pues, aun cuando la *ratio decidendi* sea creada a partir de un caso concreto, con características propias, ella debe ser aplicable a otras situaciones concretas semejantes a aquella a partir de la cual fue construida”<sup>47</sup>. Esto muestra el carácter fundamental de este elemento de las sentencias, pues consiste en la norma que será extrapolable a casos análogos extraída de las consideraciones de derecho efectuadas por los jueces en sus decisiones.

Aun cuando existen variadas discusiones acerca de qué es la *ratio decidendi* concretamente, existe un acuerdo casi tácito en considerar que el *obiter dictum* “Se define usualmente por exclusión, dado que se considera *obiter* todo lo que no cabe en la *ratio decidendi*”<sup>48</sup> siendo un concepto variable dependiendo de la concepción de *ratio decidendi* que se tenga. Así, estas constituyen todas las consideraciones accesorias que fueron tomadas en cuenta por los jueces en la decisión judicial que dotan de persuasividad a los fallos.

Sin embargo, es común que en la justificación de sentencias de jueces inferiores, y también dentro de la práctica judicial, se confundan las *rationes decidendi* con las *obiter dicta*, lo que genera un problema que encuentra solución, o muchas veces se ven exentos de estos, en los modelos de *common law* en que las Cortes dictan las *rationes decidendi* de manera expresa y una sentencia que falle en contravención a estas últimas por utilizar un *obiter dictum* como criterio decisorio puede ser objeto de un recurso posterior que busque revocar esta decisión.

Salta a la vista que esta solución no se encuentra presente en los modelos de Corte de Casación y de tercera instancia, bajo la nomenclatura de Bravo Hurtado, causando un problema mayor puesto que la pretensión de determinar un precedente dentro de la jurisprudencia se vuelve una tarea dificultosa, incluso titánica, desde que se presenta esta jurisprudencia desordenada y poco armónica referida por Taruffo en la cual, por la constante contradicción, es difícil dilucidar un criterio uniforme de la Corte, pero esta se dificulta aún más toda vez que sumándole que dentro de dicho conglomerado de decisiones no todos los criterios contenidos en las estas son realmente *rationes decidendi*.

Esto genera que los criterios utilizados por jueces inferiores, no sintiéndose obligados pero sí respetando la autoridad de la Corte, muchas veces no se traten de la real solución de derecho que la

---

<sup>47</sup> FERRAZZI MAGRIN, Júlia, *Precedentes Judiciais: Dos fundamentos ao funcionamento*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, Pág. 51 (Traducción nuestra)

<sup>48</sup> TARUFFO, *Páginas sobre Justicia Civil*, Pág. 548

Corte tenía prevista para la solución de un problema interpretativo o de derecho, sino que se funde principalmente en *obiter dicta*, lo que ahonda el aún más el problema interpretativo y aumenta la confusión dentro del sistema, extendiendo la posibilidad de que se generen contradicciones dentro de la judicatura.

Los sistemas de *common law*, en cambio, poseen una técnica a través de la cual diferencian las *rationes decidendi* de las *obiter dicta* de un fallo que funcionará como precedente. Este es el *reporting*, “con el cual se seleccionan los casos para publicar en función de su idoneidad para constituir precedentes, (...) apunta a limitar el número de los precedentes y a favorecer el uso de *rationes decidendi* concretas”<sup>49</sup>. Es de esta manera que delimitan las *rationes decidendi* para que sean estas las que se utilicen como máximas para influir en las decisiones de los jueces posteriores e inferiores en oposición a la utilización de *obiter dicta*.

---

<sup>49</sup> Ibidem, Pág. 548

## V. *Ius litigatoris e Ius constitutionis*

El punto central de esta investigación es la tensión entre la tutela del *ius litigatoris* e *ius constitutionis* con la que deben lidiar los tribunales supremos. En nuestro caso la legislación chilena opta por tutelar los derechos de los litigantes en desmedro de aquella función política que se encamina a proteger el derecho objetivo del ordenamiento.

Estos dos grandes ejes de los sistemas jurisdiccionales son brevemente definidos por Taruffo como el “*Ius litigatoris, es decir, la opción por la solución interpretativa que mejor se adapte a las peculiaridades del caso concreto*”<sup>50</sup> y, por la contraparte, el “*Ius constitutionis, es decir, la opción por la solución más justa sobre la base de criterios generales de interpretación*”<sup>51</sup>

Por su parte Maturana señala que “*La opción entre ambas posturas no es menor, dado que la primera se centra en la solución del conflicto según criterios de justicia, y la segunda en la creación de una norma para uniformar la jurisprudencia, más que en la solución de un asunto particular*”<sup>52</sup>.

En los sistemas en que se persigue la defensa del *ius litigatoris* por sobre el *ius constitutionis* se está en presencia de Cortes que buscan preservar la concepción según la cual el proceso pertenece a las partes, en el sentido que deben fallar con atención a la interpretación más justa en el caso concreto en vez de la preservación de una jurisprudencia uniforme

Por otro lado, en los sistemas donde se prioriza el *ius constitutionis* prevalece una noción de que el proceso cumple un rol público e institucional, haciendo por consecuencia que las Cortes busquen establecer precedentes uniformes para mantener coherencia en el sistema, esto bajo conceptos como la nomofilaquia, anteponiendo resolver con miras de la solución que más se ajuste al Derecho en el que se encuentra inmersa antes que adaptar este a las vicisitudes que puedan surgir en cada caso que deban fallar.

Esta tensión resulta interesante toda vez que privilegiar la tutela de uno desfavorece la protección del otro, es decir, la búsqueda de uniformidad de la jurisprudencia a través de precedentes y filtros de admisión produce un menoscabo en el derecho a recurso de los litigantes y la posibilidad de encontrar diversas soluciones interpretativas a una misma norma, y viceversa.

Esto tendría como consecuencia dos cosas: en primer lugar que en la protección del *ius litigatoris* “*la casación es propiamente un recurso y la Corte al resolverlo acerca su labor a la de un tribunal que*

---

<sup>50</sup> TARUFFO, *El Vértice Ambiguo*, Pág. 131

<sup>51</sup> Ídem

<sup>52</sup> MATURANA MIQUEL, C. “*¿Presencia del recurso de casación en Chile durante el siglo XXI?*” En Revista de Estudios de la Justicia, N°12, 2010. Pág. 328.

*ejerce una función jurisdiccional*<sup>53</sup>, y en segundo lugar que en la protección del *ius constitutionis* “*la casación se aleja propiamente de la función de un recurso y la Corte al resolverlo acerca más su labor a la de un legislador, que persigue crear una norma de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores*”<sup>54</sup>

Esto se pone de manifiesto al comparar modelos de Corte Suprema y Cortes de tercera instancia según la nomenclatura de Taruffo, donde el primero privilegia el *ius constitutionis* y el segundo el *ius litigatoris*, de suerte que el concepto de nomofilaquia varía dependiendo el modelo que se utilice. En el primer caso, nomofilaquia significaría la uniformidad interpretativa de la norma, y en el segundo caso significaría el estricto control de las decisiones de los jueces inferiores por la cúspide del sistema de impugnaciones.

Es en esta dimensión que estos enfoques de tutela de la legalidad toman distintos roles, como lo son una función pública, manifestada en el *ius constitutionis* y una función privada, correspondiente al *ius litigatoris*. En consecuencia, podemos decir que la función pública consiste en “*la tutela de la uniformidad de la jurisprudencia, por medio de la creación de precedentes (justicia formal) y la promoción del desenvolvimiento del derecho*”<sup>55</sup>, en cambio al *ius litigatoris* se le puede identificar como “*la tutela de la corrección de la decisión del caso concreto, por medio de la justicia sustantiva*”<sup>56</sup>.

Sin embargo, se hace necesario constatar que si bien son conceptos teóricamente opuestos es bastante común que coexistan en la práctica judicial, tanto en el derecho nacional como extranjero. Esto es relevante siempre que la tensión generada entre uno y otro es una cuestión de énfasis y directriz política. En tal sentido se pronuncia Bravo Hurtado cuando señala que “*el ius litigatoris y el ius constitutionis no son rasgos necesariamente excluyentes; un caso puede ser relevante en ambos tipos de ius y usualmente será así. El problema para la casación se da cuando un caso presenta un tipo de ius y no el otro.*”<sup>57</sup> Delgado Castro comparte dicha visión cuando señala que “*En nuestro ordenamiento jurídico la función que cumple el recurso de casación se manifiesta en la defensa del derecho del justiciable (ius litigatoris) y, a su vez, en la defensa del propio ordenamiento jurídico (ius constitutionis).*”<sup>58</sup>

---

<sup>53</sup> Ídem.

<sup>54</sup> Ibidem. Pág. 329.

<sup>55</sup> PEREIRA, Paula Pessoa. “*Legitimidade dos Precedentes: universabilidade das decisões do STJ*” En São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, Pág. 146 (Traducción nuestra)

<sup>56</sup> Ídem (Traducción nuestra)

<sup>57</sup> BRAVO HURTADO, P. *Unificación de jurisprudencia y recurso extraordinario en el proyecto de ley que establece un nuevo Código Civil. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, 2011. Pág. 31.

<sup>58</sup> DELGADO CASTRO, J. “*El certiorari: un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema*”, Pág. 367.

De tal suerte que “*existe una tendencia muy difundida según la cual las cortes supremas continúan desarrollando su función “privada” consistente en la decisión de las controversias particulares que le son sometidas a su examen, pero su función que deviene preeminente es la “pública”, que consiste en interpretar la ley en una perspectiva de aplicación uniforme del derecho inspirada en el principio de igualdad*”. Esto da cuenta de que existe una tendencia según la cual seguir una orientación hacia lo público no necesariamente menoscaba el derecho de los litigantes a que sus asuntos sean resueltos, pues eso querría decir que el trabajo de los jueces de instancia es fútil, por consecuencia no es necesario contar con una tercera o última instancia si se cuenta con dos instancias anteriores donde se lleva a cabo la justicia material. Así “*la Corte Suprema (...) nunca debe tener como misión transformarse en una tercera instancia*”<sup>59</sup>, lo que trae como conclusión que “*La misión de la resolución de los conflictos particulares debe corresponder a los jueces de la instancia*”<sup>60</sup>

### **Nomofilaquia y su significación en Chile**

La doctrina ha sido incapaz de llegar a un consenso en cuanto al concepto de nomofilaquia, entregando distintas definiciones que se adaptan a la tutela de preferencia de cada sistema o autor, a propósito de la tensión referida entre *ius constitutionis* e *ius litigatoris*. Sin embargo, dichas definiciones tienen por punto común que se refieren al resguardo de la legalidad según cada concepción, una garantizando el derecho de las partes en el proceso y la otra la depuración y uniformidad del sistema jurisdiccional.

Por una parte, autores como Rojas Sepulveda critican la reforma del PCPC<sup>61</sup> en tanto buscaba dar un fuerte énfasis a la tutela del *ius constitutionis* ya que dicho texto “*elimina la facultad procesal del litigante de obtener de la Corte Suprema una respuesta sustantiva acerca de la conformidad del enjuiciamiento de los jueces de las instancias con las normas jurídicas decisorias de la litis*”<sup>62</sup> atribuyéndole a dicha reforma una supuesta violación al derecho subjetivo constitucional que poseen los litigantes en el proceso jurisdiccional, donde la nomofilaquia se mimetiza con dicho derecho subjetivo. Delgado Castro si bien reconoce la convivencia de ambos tipos de tutela se inclina a enfatizar el carácter subjetivo de nomofilaquia pues “*si algo caracteriza la casación desde su origen es la defensa del ciudadano*”<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> MATURANA MIQUEL, Op. Cit., Pág. 331.

<sup>60</sup> Ídem.

<sup>61</sup> Proyecto de Código Procesal Civil

<sup>62</sup> ROJAS SEPULVEDA, M. “*El rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil*” EN Revista Actualidad Jurídica N°22, 2010, Pág. 318.

<sup>63</sup> DELGADO CASTRO, J. “*El certiorari: un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema*”. Pág. 367.



Sin embargo, ante esto puede alegarse que “Desde luego, ninguna disposición constitucional reconoce explícitamente a los litigantes vencidos un derecho genérico a recurrir a la Corte Suprema”<sup>64</sup>, a mayor abundamiento se señala que “Los únicos litigantes vencidos que tienen un derecho constitucional a recurrir a la Corte Suprema son el parlamentario, gobernador regional, delegado presidencial regional o delegado presidencial provincial desahogados por resolución de tribunal de alzada.”<sup>65</sup>

Por otra parte, Carocca define la función nomofiláctica como aquella que “Tiene por objeto la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo”<sup>66</sup> inclinándose derechamente a considerar que la real nomofilaquia es aquella que tutela el *ius constitutionis*. En la misma línea argumentativa se pronuncia Calamandrei cuando señala que “debe cuidarse, más que de resolver según justicia el caso concreto, de sugerir hacia el futuro la interpretación teórica que mejor corresponda en abstracto con la voluntad del legislador”<sup>67</sup>

Como ya adelantamos la nomofilaquia es un concepto que puede variar debido a la flexibilidad que surge del rol institucional que adopte el tribunal supremo en los ordenamientos jurídicos, donde la legalidad y el afán de protegerla no es unívoco, por lo tanto, “Dentro de esa concepción, se puede decir que el termino de legalidad se desprende de una doble dirección: la tutela de la legalidad [*ius litigatoris*] se refiere a una función reactiva, la cual se manifiesta cuando la Corte se ciñe a la eliminación de una violación al derecho, es decir, una función direccionada a la corrección de una decisión. Por otro lado, la promoción de la legalidad [*ius constitutionis*] alude a una función proactiva, obtenida a través de decisiones encaminadas a producir efectos futuros, con el objetivo de no solo prevenir violaciones, sino que también de proporcionar evolución al Derecho.”<sup>68</sup>

En Chile no existe explícitamente un concepto de nomofilaquia como si existe en otros ordenamientos, por lo tanto, debemos caracterizarla a partir de las normas vigentes con la finalidad de observar cuál es el rol institucional de nuestro tribunal supremo.

Es así que observando la regulación del CPC acerca de nuestros recursos de casación encontramos un fuerte enfoque en la protección del derecho de los litigantes, expresado en que toda parte que se sienta agraviada, ya sea por la dictación de una sentencia o de las normas procedimentales, puede recurrir de casación a la Corte Suprema.

---

<sup>64</sup> CORREA, R. “Función y deformación del recurso de unificación de jurisprudencia” EN Revista de Derecho, Valdivia, Vol. XXXIII, N° 2, 2020, Pág. 263.

<sup>65</sup> Ídem.

<sup>66</sup> CAROCCA, A. Op. Cit., Pág. 216.

<sup>67</sup> CALAMANDREI, P., “La casación civil” Tomo I, Historia y Legislación, Torino, 1920 (EN TARUFFO, “El Vértice Ambiguo” Pág. 80)

<sup>68</sup> FERRAZZI MAGRIN, Op. Cit., Pág. 37 (Traducción nuestra)

Esto se ve reflejado en el lenguaje utilizado en los artículos 767 y 768 del referido cuerpo normativo, expresando en el primero que el recurso de casación en el fondo procede contra las nombradas resoluciones cuando, primero “se hayan pronunciado con infracción a la ley” pero siempre y cuando que concurra la segunda condición, “y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia”, mostrando una noción en que las infracciones de derecho solo son relevantes cuando existe una vulneración a las partes del proceso. En el mismo sentido, y explícitamente, se pronuncia el artículo 768 inc. 3° al regular la admisibilidad del recurso prescribe que “el tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo” donde se muestra como lo fundamental que exista un perjuicio a un litigante, y que se someterá a conocimiento el recurso solo cuando la vulneración cause un agravio relevante a la parte recurrente.

Respecto a las normas referidas a la casación es posible hallar directrices acerca del objetivo que se busca llevar a cabo por parte de nuestro legislador, concordando dichas normas con el artículo 764 del CPC, el cual prescribe que “El recurso de casación se concede para invalidar una sentencia en los casos expresamente señalados por la ley” podemos observar que la noción de nomofilaquia subyacente en nuestra Corte Suprema está enfocada al control de las decisiones de los jueces inferiores, tanto de instancia como de Corte de Apelaciones, con un enfoque en la garantización de los derechos de los litigantes, es decir, en la tutela del *ius litigatoris*.

### **Admisibilidad y acceso al tribunal supremo**

La admisibilidad se entiende como aquel filtro de acceso que tienen las Cortes en atención a los recursos interpuestos por los litigantes que serán sometidos a su conocimiento, en nuestro caso la Corte Suprema, y se manifiesta a través de diversos mecanismos que se examinarán en los siguientes párrafos.

Los filtros de admisibilidad pueden tener distinta naturaleza y fines dependiendo del enfoque en la protección de garantías de cada sistema. De esta forma, en los sistemas donde es preponderante la tutela del *ius litigatoris* tienden a disminuir los filtros de admisibilidad para otorgar el derecho al recurso universalmente, dependiendo principalmente del agravio que sienta la parte recurrente, grosso modo, como justificación del recurso.

Precisamente, para este tipo de sistemas, los estándares preliminares de admisión suelen ser bastante bajos, en el caso actual chileno se cuenta con un filtro llamado “manifiesta falta de fundamento”

cuya misión es excluir aquellos casos donde no haya probabilidad alguna de éxito<sup>69</sup>. Esta noción del derecho de recurso de la parte agraviada en relación a la admisibilidad del mismo no escapa de un examen por parte de la Corte, como así fue ejemplificado con la referencia al artículo 768 CPC, donde muestra como requisito de admisibilidad de que exista efectivamente un agravio, o perjuicio, lo suficientemente relevante para que se funde el recurso de casación en la forma y sea acogido a tramitación, existiendo específicamente para dicho recurso un examen de admisibilidad meramente formal regulados en los artículos 772 y 776 CPC.

En el caso de la casación en el fondo, se encuentra también el filtro formal de la última normativa referida, sin embargo, este, al tratar materias de Derecho, tiene un filtro adicional regulado en el artículo 782 inciso segundo, este es “manifiesta falta de fundamento”. Un ejemplo práctico de esto es el fallo de la Corte Suprema Rol N° 10.813 del año 2014, que en su considerando 5° rechaza preliminarmente el recurso de casación en el fondo puesto que adolece de “*manifiesta falta de fundamento, dada la clara inexistencia del error de derecho que se denuncia*”<sup>70</sup>.

Sin embargo, cabe hacer una distinción al respecto, ya que “*El juicio de fundabilidad desarrollado en la doctrina establece que el mismo va a consistir en la determinación del carácter concluyente (o no) de la fundamentación del recurso de casación, lo cual lo separa del juicio de admisibilidad, que se centra solamente en la determinación de la concurrencia de los requisitos formales de interposición o en sus presupuestos procesales*”<sup>71</sup>. Bajo esta clasificación es que podemos entender la manifiesta falta de fundamento más como un recurso de fundabilidad que de admisibilidad pues ejerce un conocimiento adelantado de la materia de Derecho contenida en el recurso en vez de un mero control formal para su acogimiento a tramitación.

Es por tanto que se entiende que “*el juicio de fundabilidad jurídica en el recurso de casación está íntimamente vinculado al juicio del art. 782 CPC de ser manifiestamente infundado, lo que se verifica cada vez que la denuncia sea carente de fundabilidad, en tanto esté planteada sobre la base de alegaciones que no resultan adecuadas para obtener la sentencia de invalidación que se pretende*”<sup>72</sup>, pudiendo ser invocada por la Corte esta causal solo en dicho supuesto y no pudiendo extender su examen a puntos que escapen de la idoneidad del recurso para invalidar la sentencia recurrida, limitando junto a ello las veces que es manifiesta la revisión de los hechos que se pretende por el litigante recurrente.

---

<sup>69</sup> BRAVO HURTADO, P. *Recursos en el derecho comparado: Un estudio para la reforma procesal civil en Chile*, Cfr. Pág. 107.

<sup>70</sup> *URTUBIA CON INMOBILIARIA QUILLAY (2014) cons. 5°.*

<sup>71</sup> DEL RÍO, Carlos; “*Rechazo in limine de recurso de casación (art. 782, inciso 2°, CPC), las normas reguladoras de la prueba y la sana crítica*” En *Revista Ius et Praxis*, N°3, 2019, Pág. 72

<sup>72</sup> *Ibidem*, Pág. 73

Dicho esto, cabe destacar que, dentro del actuar de la Corte Suprema, sigue siendo la regla general el conocimiento universal de los recursos que cumplan con los requisitos legales de procedencia, aunque este filtro pueda servir para reducir la cantidad de recursos que se someten a conocimiento por la Corte. Es, por lo tanto, un filtro insuficiente para disminuir la carga que soporta la Corte en cuanto a número de recursos interpuestos cada año y por ende también para disminuir esta jurisprudencia desordenada y caótica referida con anterioridad.

Otro mecanismo que suele utilizarse en sistemas de *ius litigatoris*, y que fue el que se utilizó en nuestro país hasta la reforma de 1995, es del de *summa gravaminis*, proveniente del modelo español, que atiende principalmente a la cuantía económica detrás del caso, sin embargo, hay materias que son consideradas con la cuantía necesaria para los efectos de su tramitación cuando en la práctica no lo sean.<sup>73</sup>

En cambio, en los sistemas que persiguen la garantía del *ius constitutionis* tienden a “*revisar discrecionalmente los casos que seleccione, ya que el acceso al máximo intérprete jurisdiccional no es un derecho del recurrente*”<sup>74</sup> o, como ya fue referido a Taruffo, las Cortes “deciden decidir”. Es así que el derecho a recurrir de los litigantes se ve disminuido ante la uniformidad del sistema, teniendo más importancia el interés público que pueda tener el conocimiento de un negocio en específico que el agravio que pueda haber sufrido el litigante, sirviendo el caso concreto solo como ejemplificador de un problema de derecho que deberá resolver la Corte para su posterior expresión como norma.

Los ordenamientos orientados a la tutela de los intereses públicos por sobre los privados a menudo utilizan filtros relacionados con la concurrencia de derechos fundamentales en el problema sustancial del litigio, en cuyo caso debe haber alguna violación a alguna norma de derechos fundamentales para que dicho caso sea admitido a tramitación, o bien relacionados con asuntos que tengan especial relevancia para la jurisprudencia, en cuyo caso las Cortes eligen casos con la finalidad de establecer un criterio que resuelva problemas tanto doctrinales como jurisprudenciales.

En tal sentido Bravo Hurtado señala que “*Otro criterio para definir la importancia es en base al catálogo de derechos contenidos en las constituciones nacionales. Con este filtro quedan excluidos aquellos conflictos que no tienen una arista ius fundamental involucrada. A la inversa, sólo si un*

---

<sup>73</sup> BRAVO HURTADO, P. *Recursos en el derecho comparado: Un estudio para la reforma procesal civil en Chile*, Cfr. Pág. 109.

<sup>74</sup> DELGADO CASTRO, *El certiorari*, Pág. 364

*derecho fundamental está afectado, entonces el caso tendrá un acceso garantizado a la Corte Suprema.*<sup>75</sup>

Por consecuencia, este tipo de filtros suponen la exclusión de una gran cantidad de asuntos al conocimiento de las Cortes, lo que implica por una parte que la Corte no estaría actuando como tercera instancia al no ser un grado más en la cadena de impugnación, y además, que se disminuye la posibilidad de incoherencia del sistema pues, en general, se dicta una menor cantidad de sentencias y cada una de ellas tiene mayor autoridad, lo que en definitiva constituye una solución a la dispersión normativa toda vez que se prioriza la depuración del sistema en general más que de aplicar justicia material a cada caso concreto que llegue a su conocimiento.

### **Independencia de los jueces**

En los sistemas de precedentes los jueces de instancia pierden independencia al tener que seguir las normas emanadas del pináculo jurisdiccional, pues estos consisten en precedentes vinculantes con efecto *erga omnes*. Sin embargo, se plantean mecanismos para que los jueces puedan desprenderse de la decisión de la Corte, como lo es el *distinguishing*, consistente en que el juez encuentra diferencias relevantes entre el supuesto de hecho del caso concreto con el que ha servido de base para dictar el precedente<sup>76</sup>, presente en los sistemas anglosajones, los cuales facultan a fallar de una manera distinta a la que prescribe el precedente sin recaer en vicios *in iudicando*, dotando, por tanto, de cierta discrecionalidad a los jueces.

Consideramos relevante destacar que estos mecanismos, al ser potestades facultativas de los jueces, pueden ser aplicables por su discrecionalidad aun cuando se enfrenten a un precedente vinculante. Si bien existen modelos con distintos grados de obligatoriedad del precedente, la eficacia de estos estará siempre ligado a la idoneidad para persuadir al juez del caso posterior a seguir la regla de aplicación general, esto dado que *“el precedente tiene eficacia solo cuando el segundo juez lo comparte”*<sup>77</sup>.

Es así que los jueces conservan, aún con el *binding* de este tipo de sistemas, un gran grado de discrecionalidad, lo que no excluye que deba existir un mayor grado de motivación en las sentencias dictadas, esto porque aun cuando mantienen la independencia al momento de juzgar, el juez se mantiene *“condicionado a la indicación de razones adecuadas que justifiquen la adopción de una*

---

<sup>75</sup> BRAVO HURTADO. P. *Recursos en el derecho comparado: Un estudio para la reforma procesal civil en Chile*. Pág. 109.

<sup>76</sup> TARUFFO, *Páginas sobre Justicia Civil*, cfr., Pág. 552

<sup>77</sup> *Ibidem*, Pág. 563

*regla de juicio diversa*<sup>78</sup> y pueden buscar formular soluciones más justas para el caso concreto que en el cual deben decidir<sup>79</sup>.

En cambio, en los modelos donde se prioriza la garantía del *ius litigatoris*, o más específicamente, en los sistemas que ocupan la Corte de tercera instancia, la independencia de los jueces de instancia se ve ampliamente reducida, pues, al ser estas instancias iniciales solo un grado necesario, casi instrumental, para cumplir con los trámites necesarios para poder recurrir ante la Corte, la decisión del juez de instancia pierde importancia al verse sometida a constantes cambios provenientes de los grados más altos del sistema jurisdiccional.

En estos sistemas, a diferencia de los sistemas de precedentes, el recurso está pensado como un estricto control a las decisiones de los jueces inferiores, lo que les sustrae autoridad a las decisiones de los jueces de instancia. Es de tal manera que “*si comparamos el modelo de responsabilidad del funcionario judicial chileno con el anglosajón y el europeo, es posible concluir que, respecto al modelo anglosajón, el chileno tiene similar independencia externa, pero menor independencia interna. Con respecto al funcionario judicial europeo, el chileno tiene menos independencia externa y menos independencia interna*”<sup>80</sup>, ligado a la noción cuasi legislativa del poder judicial en los sistemas de *common law* y a la estricta separación de poderes propio del *civil law*.

### **Uniformidad orgánica y en el tiempo**

De lo anteriormente expuesto, se puede identificar que en la jurisprudencia puede existir tanto incoherencia interna, que la Corte se contradiga a sí misma en distintas decisiones, como una incoherencia externa, que los jueces inferiores no sigan las decisiones emanadas del vértice, lo que además puede darse en periodo acotados de tiempo entre una y otra decisión, es decir, sincrónicamente, y en largos periodos de tiempo, correspondiente a la uniformidad diacrónica.<sup>81</sup>

Ante ello, por lo tanto, podemos identificar que existen:

- Uniformidad interna sincrónica, correspondiente al seguimiento de un mismo criterio por parte de la Corte en breves periodos de tiempo.
- Uniformidad interna diacrónica, que dice relación con el seguimiento de un mismo criterio por parte de la corte a largo plazo.
- Uniformidad externa sincrónica, es decir, que los jueces inferiores sigan los criterios emanados de la Corte en breves periodos de tiempo.

---

<sup>78</sup> Ídem

<sup>79</sup> Ídem, cfr.

<sup>80</sup> BORDALÍ, A. “*Independencia y responsabilidad de los jueces*” EN “Revista de derecho” Vol. XIV, 2003, Pág. 165.

<sup>81</sup> TARUFFO, *El Vértice Ambiguo*, cfr. Pág. 135-136

- Uniformidad externa diacrónica, relacionado al seguimiento de los criterios emanados de la Corte por parte de los jueces inferiores en un largo periodo de tiempo.

Estas diferenciaciones encuentran su relevancia tanto hablar de los efectos que tiene la jurisprudencia en los grados inferiores donde se ejerce jurisdicción, en cuanto al grado de autoridad que mantienen las decisiones de la Corte, la idoneidad que tienen estos para convencer a que se sigan dichas decisiones y en cuanto la calidad de los precedentes, si se trata de un sistema de este tipo, como al hablar del rol que cumplen las Cortes, en cuanto estas cumplen la labor de uniformar el sistema arbitrariamente manteniendo el *status quo* o si, por el contrario, estas son capaces de dejar atrás decisiones derechamente obsoletas, junto a la mantención de la coherencia en las decisiones a modo de que no se vea afectada la seguridad jurídica y la igualdad ante la Ley.

De tal manera, también es necesario considerar que *“El problema no depende de la circunstancia en que un tribunal supremo cambie su orientación y no siga pasivamente sus propios precedentes: el problema surge cuando estas variaciones son muy frecuentes, arbitrarias, casuales y carente de justificación seria”*<sup>82</sup> pues una Corte que mantiene una constante incoherencia interna sincrónica perderá constantemente su autoridad y su valor como garante de la legalidad, haciendo por lo demás sus decisiones cada vez más cuestionadas por los demás grados y perdiendo, a la vez, la previsibilidad necesaria de los resultados ante la judicatura.

Es, por lo tanto, deseable que exista una uniformidad tanto sincrónica como diacrónica, pues la incoherencia sincrónica sumiría el sistema en un caos interpretativo que le quitaría validez a la propia judicatura al perderse valores como la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. A su vez, que exista uniformidad sincrónica, tanto interna como externa, demuestra una Corte que emana una jurisprudencia sólida con una constante estabilidad interpretativa, con criterios dignos de ser seguidos tanto por la misma Corte en el tiempo como por los jueces de instancia, siempre y cuando esta uniformidad no recaiga en *“cristalizar una interpretación, bloqueando la evolución del derecho y haciendo de la nomofilaquia una operación formalista, antes que una actividad de creación de interpretaciones justas.”*<sup>83</sup>

No obstante, un inminente problema de una estricta uniformidad externa diacrónica es la posible pérdida del ejercer justicia material, función propia de las instancias, pues aún con un sistema que busque la tutela del *ius constitutionis*, las decisiones de instancia deben poner atención al caso concreto, mostrando esta dualidad que deben mantener los sistemas entre ambas tutelas de legalidad, ante el sistema y ante los litigantes, por lo que debe dejarse al juez de instancia un grado de discrecionalidad para su actuar, lo que de paso conserva su independencia.

---

<sup>82</sup> TARUFFO, *Páginas sobre Justicia Civil*, Pág. 565

<sup>83</sup> TARUFFO, *El Vértice Ambiguo*, Pág. 137

## VI. Consideraciones sobre derechos fundamentales

### Igualdad en la aplicación de la Ley

En este punto surge un problema que dice relación con el principio de igualdad en la aplicación de la ley, pues como señala Díaz *“frente a un mismo hecho, en Chile una persona puede recibir desigual tratamiento por el mismo tribunal, por tribunales de la misma jerarquía, y por tribunales de distinta jerarquía en la que el inferior contradice una forma de tratamiento establecida por el superior”*<sup>84</sup>. Por lo tanto, cabe preguntarse si es que existe algún derecho fundamental que tutele aquella situación en que se encuentran los ciudadanos que activan la administración de justicia, en razón de que se ven expuestos a una situación de desigualdad que parece ser la tónica de los casos análogos.

Tanto nuestra jurisprudencia como nuestra doctrina aplican la teoría del bloque constitucional en virtud del artículo 5º inciso segundo del texto constitucional. A mayor abundamiento, de la sola lectura de la Constitución Política de la República no puede llegarse a la conclusión de que existe un derecho fundamental explícito.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria señala que existen derechos fundamentales implícitos, lo que resulta útil toda vez que varios autores nacionales reconocen el principio de igualdad en la aplicación de la ley como derecho fundamental<sup>85</sup>, conclusión a la que arriban de la lectura tanto separada como conjunta de los artículos 19 N° 2 y 3 de nuestra Constitución, en razón de que este derecho implícito existe debido a las consecuencias jurídicas que tiene la aplicación de ambos preceptos. En tal sentido cuando el artículo 19 N°2 señala que *“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”* debemos entender que todo trato diferente a los justiciables debiese estar justificado racionalmente, en razón de la naturaleza y las características de hecho de la causa de que se trate, toda vez que dentro del término autoridad cabe referirse a los tribunales de justicia.

### Derecho al Recurso

En la regulación emanada desde el Derecho Internacional, podemos encontrar el derecho al recurso en distintas disposiciones de tratados suscritos y ratificados por Chile, entre ellos el PIDCP<sup>86</sup> y la CADH<sup>87</sup>. Respectivamente, dentro de los tratados se encuentran regulados en el artículo 14.5, el cual versa *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*,

---

<sup>84</sup> DÍAZ, I. “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias” En “Revista ius et praxis” N°2, 2012, Pág. 35.

<sup>85</sup> Ibidem, cfr., Pág. 61-62

<sup>86</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

<sup>87</sup> Convención Americana de Derechos Humanos



y en el artículo 8.2 *b*), de las garantías judiciales, de la siguiente manera “ (...) *Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”.

Si bien estos tratados regulan las garantías del debido proceso en clave de Derecho Penal (esto es, condenado, acusado, pena, etc.), la propia CIDH<sup>88</sup> en Opinión Consultiva N°11-2019 ha declarado que “*las exigencias mínimas del debido proceso que explícitamente la Convención indica para asuntos penales, se extienden también a los asuntos civiles, laborales y de otra índole, dentro de los que se encontrarían del catálogo contenido en el número 2 del artículo 8*”<sup>89</sup>.

Sin embargo, este Derecho Fundamental al recurso resguardado por la regulación internacional no busca la protección de todo derecho a recurso (esto entendiendo que coexisten recursos comunes y extraordinarios) buscando la tutela especial de lo que, para nosotros, es el recurso de apelación, puesto que, lo que viene a garantizar es una revisión de los hechos, una segunda instancia de impugnación de una sentencia ante un tribunal o juez superior con la suficiente competencia para conocer de los hechos, la motivación y la aplicación concreta del derecho sustantivo, con, por tanto, una transferencia de la *cognitio causae*<sup>90</sup>.

Es por ello que restringir el acceso a la Corte Suprema, por filtros de admisibilidad o fundabilidad, no importa una violación al derecho al recurso, siempre y cuando existan las instancias procesales anteriores en que se hayan cumplido las garantías del debido proceso con una primera y una segunda instancia.

---

<sup>88</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>89</sup> LETELIER, E. “*El Derecho Fundamental al recurso según la doctrina jurisprudencial del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos*” EN “*Revista Europea de Derechos Fundamentales*” N°23, 2014, Pág. 152.

<sup>90</sup> *Ibidem*, Cfr. Pág. 153-154

## VII. Análisis de jurisprudencia de la Corte Suprema chilena

En este apartado traeremos a la vista fallos de la jurisprudencia con la finalidad de identificar los conceptos que hemos venido desarrollando hasta ahora, haciendo especial énfasis en la incoherencia que puede llegar a tener la Corte Suprema respecto de ciertos criterios interpretativos, tanto a largo como a corto plazo.

A propósito de materias civiles Somarriva nos da noticia de una incoherencia interna de nuestra Corte Suprema en un lapso de aproximadamente 8 años, donde muda constantemente el criterio acerca de las inscripciones que prescribe el artículo 688 del CC<sup>91</sup>, lo que aquí se observa es que dichas inscripciones no constituyen tradición, por lo que la Corte ha vacilado respecto a la sanción aplicable en caso de que los bienes hereditarios se enajenaran sin las respectivas inscripciones<sup>92</sup>. Al respecto *“La doctrina de estos cinco fallos puede sintetizarse en tres clases de sanciones: 1º La sanción sería la nulidad absoluta; 2º La sanción sería la nulidad de la tradición, siendo válido el contrato; 3º La sanción del 688 estaría indicada en el artículo 696, o sea, el adquirente quedaría como mero tenedor.”*<sup>93</sup> Esta situación hace que esta materia tenga cierta oscuridad puesto que hay ausencia de previsibilidad y, de nuevo, encontramos dispersión interpretativa, pues incluso hay doctrina civil que llega a señalar que el tercero adquirente quedaría en calidad de poseedor si es que está de buena fe, con la posibilidad de adquirir los bienes hereditarios por prescripción adquisitiva<sup>94</sup>.

Continuando con materias civiles encontramos doctrina diversa respecto a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, pues cierto sector piensa que esto generaría un régimen de responsabilidad objetiva en sede contractual, donde la culpa sólo sería aplicable a las obligaciones de medios.

Esta doctrina contraria ha tenido su reflejo en nuestra jurisprudencia, que ha sido a su vez contradictoria, pues por una parte *“la Corte Suprema ha sostenido en forma reiterada que la culpa presunta o probada es un elemento indispensable del juicio de responsabilidad contractual, sin distinguir si la obligación incumplida es de medios o de resultado”*<sup>95</sup>. Así se ha pronunciado en Vega con Castillo el año 2009 en su considerando sexto, Lausen con Terre y otros del año 2013 en su considerando noveno, y Urzúa con Marín del 2016 en su considerando tercero.

---

<sup>91</sup> Código Civil.

<sup>92</sup> SOMARRIVA, M. *Derecho Sucesorio Tomo I*, Editorial Jurídica, Santiago, 2008, Cfr., Pág. 86-95

<sup>93</sup> *Ibidem*, Pág. 87

<sup>94</sup> *Ibidem*, Pág. 94

<sup>95</sup> LETELIER, P. “La conveniencia de restringir las consecuencias de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados sobre la función y prueba de la culpa del deudor” En “Revista Chilena de Derecho Privado”, N°29, 2017, Pág. 142.

Por el contrario, hay otra línea de jurisprudencia que distingue entre obligación de medio o de resultado, puesto que tiene efectos en las causales de exoneración del deudor, es así que la Corte en Gajardo con Stevens y Servicio de Salud Talcahuano del año 2016, donde se concluye, en su considerando sexto, que en las obligaciones de resultado *“el régimen de responsabilidad es objetivo o estricto, siendo la única causal de exoneración del deudor la causa extraña o ajena”*, mientras que en obligaciones de medios *“prevalecen los deberes de diligencia y cuidado”*<sup>96</sup>. Dejando por tanto una situación de incertidumbre a corto plazo respecto de la función de la culpa del deudor en casos de incumplimientos de obligaciones contractuales.

Encontramos también dispersión interpretativa, en este caso incoherencia sincrónica externa, en materias administrativas correspondientes a reclamos de ilegalidad municipal respecto a la legitimación activa, puesto que la norma contenida en el artículo 151 de la Ley Orgánica de Municipalidades señala que *“cualquier particular”* está legitimado activamente para reclamar, sin embargo la duda surge a propósito de los funcionarios municipales, ante este problema la jurisprudencia ha emitido fallos contradictorios que pasamos a señalar<sup>97</sup>.

Por una parte, se ha excluido expresamente por la Corte de Apelaciones de San Miguel la posibilidad de que los funcionarios municipales estén legitimados activamente para reclamar un agravio, el fallo Rol N° 109-2007 se pronuncia diciendo que *“de esta forma, no están legitimados para intentar un recurso como el que ocupa esta causa los funcionarios municipales que se sientan agraviados por actos administrativos que les afecten precisamente en su calidad de tales”*.

Sin embargo, la Corte Suprema no descarta la posibilidad en comento, pues mediante el fallo Rol N° 6461-2009 señala que *“de la lectura de la norma referida no es posible descartar que a todo evento un funcionario municipal quede impedido de reclamar de ilegalidad frente a los actos u omisiones del Alcalde o de sus funcionarios que le afecten en su calidad de tal, de manera que en el presente caso la reclamante no se encontraba marginada de impetrar este arbitrio. De lo contrario, los funcionarios municipales estarían en una situación de desmedro frente al resto de la población que sí puede impetrar el referido medio de impugnación en resguardo de la legalidad de los actos”*

Este no es el único problema que ha suscitado el reclamo de ilegalidad municipal en cuanto a la dispersión interpretativa de nuestro tribunal supremo, respecto al plazo para interponer el reclamo también hay contradicciones e incoherencias sincrónicas que se producen dentro de la propia Corte Suprema<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Ibidem, cfr., pág. 142-143.

<sup>97</sup> HUNTER AMPUERO, I. *“Reclamo de ilegalidad municipal en la jurisprudencia: caos interpretativo y criterios dudosos”* En *“Revista de derecho”*, Vol. XXVII, N° 2, 2014, Cfr. Pág., 194 y ss.

<sup>98</sup> Ídem.

La Corte señaló que para la interposición del reclamo de ilegalidad municipal el plazo debe computarse de acuerdo a las reglas generales, y así lo constata el fallo N° 441-2008 al decir *“Que, en consecuencia, si quien ha sido afectado por un acto de la municipalidad deduce la referida acción de reclamación, está dando inicio a una gestión judicial, de manera que resultan aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la regulación de plazos. En efecto, el reclamo de ilegalidad es un proceso contencioso administrativo en torno a la legalidad o ilegalidad de la resolución municipal impugnada y no obstante su carácter especial le son aplicables las reglas comunes a todo procedimiento.”*

El problema es que encontramos fallos que señalan que el plazo debe computarse siguiendo las normas establecidas en la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.880, de esta forma la Corte Suprema en el fallo Rol N° 9004-2013 señala en su considerando sexto que *“En este sentido, es dable concluir que el aludido plazo de quince días previsto en la letra d) del artículo 151 es uno concebido dentro de un determinado procedimiento administrativo, de manera que no le resultan aplicables los artículos 64 y siguientes del Código de Procedimiento Civil”*.

En materias de derecho comercial es bastante común encontrarnos con contradicciones interpretativas de nuestra Corte Suprema, en un sentido de incoherencia interna sincrónica, en este caso con respecto a la ley N°19.628, cuyo objetivo principal *“es regular el tratamiento de datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o particulares”*<sup>99</sup>. Además, tiene fundamental relevancia el hecho de que la misma ley establece procedimientos especiales para que los titulares de los datos puedan conocer, modificar o eliminar sus datos del lugar donde se almacenen, y para ejercitar acciones civiles, sin embargo, estos procedimientos son de carácter individual, sin que la ley contemple acciones colectivas.<sup>100</sup>

En este sentido en la sentencia de la causa Rol N°26.932-2015 caratulada SERNAC con Ticketek, nuestra Corte señaló que *“no es posible asumir que la ley especial pueda ceder ante la general, aún en el caso de los procedimientos de interés colectivo o difuso de los consumidores, puesto que la naturaleza de los asuntos regulados por la Ley 19.628 es esencialmente individual, sin que tengan cabida los procesos colectivos”*

Por el contrario en la causa Rol N°1533-2015 caratulada SERNAC con Ticketmaster la Corte Suprema estableció que respecto de la cláusula “Política de privacidad” cabía la nulidad por ser abusiva, contraria a la buena fe, y por contravenir el artículo 16 letra g) de la Ley N°19.496, y los artículos 3 y 4 de la Ley N°19.628, de modo tal que se estableció *“que dicha normativa es aplicable, al menos cuando se trata de acciones supraindividuales, respecto de cláusulas abusivas que incidan en*

---

<sup>99</sup> MOMBERG, R. “Derecho de consumo” En “Revista Chilena de Derecho Privado” N°28, 2017, Pág. 358.

<sup>100</sup> Ídem, cfr.

*materias propias de la Ley N°19.628*<sup>101</sup>, pronunciándose así en un criterio contrario al anterior puesto que reconoce la legitimidad activa de sujetos colectivos.

En la judicatura laboral, por su lado, se pueden ver distintas interpretaciones respecto de un problema de Derecho que dice relación a las causales de despido y la imputación al aporte realizado al Seguro de Cesantía. En dicha materia, se pueden ver principalmente dos posiciones, una que rechaza que habiéndose invocado por el empleador la causal de despido de necesidades de la empresa y luego se haya declarado su despido injustificado se pueda dar como causal de aplicación del artículo 52 de la ley 19.728, pues pierde su calificación jurídica dicha causal de despido. En cambio, la otra posición plantea que aun cuando se haya esgrimido primitivamente dicha causal o que por ley deba entenderse que dicha causal fue invocada, procede la aplicación de dicho artículo en concordancia al artículo 13 de la misma ley, sin importar si el término del contrato de trabajo viene dada por las causales del artículo 161.

En relación a la primera posición se pronuncia el fallo Rol N°41.201-2021 de la siguiente manera *“Que, para los fines de asentar la recta exégesis en la materia, debe tenerse presente que esta Corte, de manera sostenida (Desde el rol N° 27.867-17, siguiendo con los N° 23.348-2018, N° 4.503-19, N° 19.198-19, N° 16.086-19, N° 6.187-19, N° 12.179-19 y últimamente en los roles N° 19.607-19 y 134.204-20, entre otros) ha establecido que una condición sine qua non para que opere el descuento materia de autos, es que el contrato de trabajo haya terminado efectivamente por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, de manera que si la sentencia declara injustificado el despido priva de base a la aplicación del inciso segundo del artículo 13 de la Ley N° 19.728, pues tanto la indemnización por años de servicio como la imputación de la parte del saldo de la cuenta individual por cesantía, constituyen un efecto que emana de la exoneración prevista en el artículo 161 del Código del Trabajo.*

*En consecuencia, si el término del contrato por necesidades de la empresa fue considerado injustificado por el juez laboral, simplemente no se satisface la condición, en la medida que el despido no tuvo por fundamento una de las causales que prevé el artículo 13 de la Ley N° 19.728.”*

Ante lo cual la misma Corte para ejercer una coherencia interna cita distintos fallos que adhieren a dicha tesis de aplicación del Derecho en un periodo corto, esto es, entre los años 2017 y 2020, sin mencionar que la sentencia misma es del año 2021, además de otras que fallan de análoga manera, entre las cuales se encuentra la causa Rol N°40.952-2021.

Por otro lado, la Corte en falla en la causa Rol N°42.567-2021 acogiendo la segunda posición, resuelve que *“Entonces, si el despido se fundó en la causal de necesidades de la empresa, sea que fue la primitivamente esgrimida o que por ley deba entenderse como de término de la relación laboral, el*

---

<sup>101</sup> Ibidem, Pág. 361

*empleador deberá pagar, además, el recargo legal, por lo mismo, la calificación judicial que se haga del despido tiene como efecto económico el incremento porcentual respectivo, sin incidir en la imputación de que se trata*

*Octavo: Que, en consecuencia, la sola invocación de la causal de necesidades de la empresa para finalizar una relación laboral, permite aplicar las reglas contenidas en los artículos 13 y 52 de la Ley N°19.728, sin que constituya un obstáculo para efectuar la imputación que se reclama, la calificación judicial del despido, por lo que yerra el tribunal que dictó la sentencia recurrida al rechazar la compensación pretendida por el empleador”.*

A este respecto podemos ver que la Corte falla análoga manera en las causas Rol N°45.529-2021, N°150.543-2020, N°25.723-2019, N°11.905-2019, N°23.348-2018, fallando de dicha manera entre los años 2018 y 2021.

Se puede ver, por tanto, que, dentro de un mismo periodo de tiempo, esto es entre los años 2017 y 2021, en variadas oportunidades la Corte ha fallado con distintos criterios causas análogas, viéndose una fuerte incoherencia interna sincrónica. Esto en contexto de un mal llamado Recurso de Unificación de Jurisprudencia por el legislador, ya que, como se puede ver, al contrario de unificar la jurisprudencia la vuelve confusa y oscura, pues es imposible prever cuál interpretación obtendrá el litigante al momento de interponer el recurso, llegando a depender incluso solo de la integración de la Corte al momento en que llegue el recurso a su conocimiento. Este problema se puede atribuir principalmente a que es un recurso que pretende unificar jurisprudencia, pero dentro de un sistema que no pretende un sistema de precedentes y existe un estricto efecto relativo en sus sentencias, volviendo la labor de unificación imposible al tolerar interpretaciones distintas sobre las mismas causas emanadas del mismo órgano.

En definitiva, parece ser una regla general que la Corte se contradiga a sí misma, tanto en periodos breves de tiempo como en periodos largos de tiempo, y que es un problema patente la dispersión interpretativa de criterios emanados de nuestro tribunal supremo.

## VIII. Conclusión

Por todos los argumentos expuestos a lo largo de este trabajo nos inclinamos a sostener que un sistema de administración de justicia que tenga por eje central un precedente que tutele enfáticamente el *ius constitutionis* va a contribuir sustancialmente a reducir la dispersión interpretativa de los criterios emanados de la Corte Suprema. Cuestión que es beneficiosa puesto que reduce la carga de trabajo de la Corte, uniforma los criterios interpretativos, lo que a su vez trae como consecuencia una menor oscuridad para los justiciables, y dota a los fallos emanados de una mayor autoridad y persuasión.

Se ha señalado por parte de la doctrina que existiría una supuesta indefensión de los justiciables a causa del detrimento de la tutela del *ius litigatoris* en favor de la tutela del *ius constitutionis* en nuestra Corte. Sin embargo, creemos que aquella situación no sería tal, puesto que el hecho de tener dos instancias judiciales previas es suficiente para tutelar los derechos fundamentales de los justiciables, en tal sentido podría extremarse el argumento al señalar que una tercera instancia no va a satisfacer necesariamente los intereses de las partes, como tampoco garantizaría que dicho proceso no estuviese exento de agravios. Por tal razón una Corte Suprema cuyo énfasis sea la tutela del *ius constitutionis*, no sólo no atentaría contra el derecho a recurso de los justiciables, sino que además constituiría una garantía pública que otorgaría seguridad y uniformidad al sistema de justicia.

Una Corte que se preocupe por la mantención de la uniformidad del sistema tomaría una posición tal que reduzca los problemas interpretativos que puedan suscitarse en la práctica judicial y en la toma de decisiones, lo cual creemos se da de la mano con la creación de un precedente apto e idóneo para ser seguido en la posteridad, con la enunciación clara y precisa de las *rationes decidendi* fruto de la decisión y que deberán ser adoptadas como normas generales y además que dicho precedente se adapte a la realidad material en la cual fue dictada o se reemplace por un nuevo precedente cuando así se requiera por criterios de justicia.

Finalmente, optar por una función pública de nuestro tribunal supremo parece tener más ventajas que desventajas, es por tanto razonable sostener que aumentar la tutela del *ius constitutionis* trae ventajas no sólo para el sistema sino también para los justiciables, y acabaría con el funcionamiento práctico de la Corte Suprema como un tribunal de tercera instancia.

## VIII. Bibliografía

- BORDALÍ, A. “*Independencia y responsabilidad de los jueces*” EN “Revista de derecho” Vol. XIV, 2003
- BRAVO HURTADO, P. “*Hacia los precedentes en Chile: Reforma procesal civil y fuentes del derecho*” EN “Revista Chilena de Derecho” Vol. 40, N°2, Santiago, 2013.
- BRAVO HURTADO, P. “*Recursos ante la Corte Suprema en el derecho comparado: Un estudio para la reforma procesal civil en Chile*”, Temuco, 2013
- BRAVO HURTADO, P. “*Unificación de jurisprudencia y recurso extraordinario en el proyecto de ley que establece un nuevo Código Civil. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*”. Santiago, 2011
- CALAMANDREI, P., “*La casación civil*” Tomo I, Historia y Legislación, Torino, 1920
- CAROCCA, A. “*La Corte Suprema y sus competencias en Chile. Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema*”. En “Revista Ius Et Praxis” Vol. 4, N° 1, Talca, 1998
- CASARINO VITERBO, M. “*Manual de derecho procesal*”, Editorial Jurídica, Chile, 2007, 6º Ed. T. IV
- CORREA, R. “*Función y deformación del recurso de unificación de jurisprudencia*” EN Revista de Derecho, Valdivia, Vol. XXXIII, N° 2, 2020
- DELGADO CASTRO, J. “*El certiorari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema*”, EN “Revista actualidad jurídica” N°22, Santiago, 2010
- DELADO CASTRO, J. “*Historia de la casación civil española: Una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina*” En “Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso” Valparaíso, 2009
- DEL RÍO, C. “*La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y iurisprudentia novit curia en una futura reforma legal*” EN “Revista Chilena de Derecho” Vol. 42, N° 2, Santiago, 2015



- DEL RÍO, C. “*Rechazo in limine de recurso de casación (art. 782, inciso 2º, CPC), las normas reguladoras de la prueba y la sana crítica*” EN “Revista Ius et Praxis” Año 25, N°3, 2019
- DÍAZ, I. “*Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias*” En “Revista ius et praxis” N°2, 2012.
- DÍAZ GARCÍA, I., “*Diez razones para adoptar el seguimiento del precedente en Chile*” EN “Revista de derecho Universidad Católica del Norte”, N°2, 2015
- FERRAZZI MAGRIN, Júlia, *Precedentes Judiciais: Dos fundamentos ao funcionamento*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018
- GASCÓN INCHAUSTI, F. “*Derecho procesal civil: Materiales para el estudio*”, Madrid, 2019
- HUNTER AMPUERO, I. “*Reclamo de ilegalidad municipal en la jurisprudencia: caos interpretativo y criterios dudosos*” En “Revista de derecho”, Vol. XXVII, N° 2, 2014
- LETELIER, E. “*El Derecho Fundamental al recurso según la doctrina jurisprudencial del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos*” EN “Revista Europea de Derechos Fundamentales” N°23, 2014
- LETELIER, P. “*La conveniencia de restringir las consecuencias de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados sobre la función y prueba de la culpa del deudor*” En “Revista Chilena de Derecho Privado”, N°29, 2017.
- MATURANA MIQUEL, C. “*¿Presencia del recurso de casación en Chile durante el siglo XXI?*” En Revista de Estudios de la Justicia, N°12, 2010
- MOMBERG, R. “*Derecho de consumo*” En “Revista Chilena de Derecho Privado” N°28, 2017.
- PEREIRA, Paula Pessoa. “*Legitimidade dos Precedentes: universabilidade das decisões do STJ*” En São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014
- ROJAS SEPULVEDA, M. “*El rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil*” EN Revista Actualidad Jurídica N°22, 2010

- SOMARRIVA, M. “*Derecho Sucesorio Tomo I*”, Editorial Jurídica, Santiago, 2008
- TARUFFO, M., “*El Vértice Ambiguo*”, Palestra Editores, Lima, 2005
- TARUFFO, M. “*La Prueba, Artículos y Conferencias*”, Editorial Metropolitana, Santiago, 2009
- TARUFFO, M., “*Páginas Sobre Justicia Civil*”, Marcial Pons, Madrid, 2009
- SCHIELE MANZOR, C. “*La jurisprudencia como fuente del derecho: El papel de la jurisprudencia*” EN “*Ars Boni et Aequi*”, 2017, N°4
- SQUELLA, A. “*Introducción al derecho*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014.