



UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho

**EL PRECEDENTE JUDICIAL EN LA PRÁCTICA
CONSTITUCIONAL CHILENA. ESTUDIO CRÍTICO:
CORTES DE APELACIONES Y CORTE SUPREMA.**

Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor:

Daniel Hernán Villegas Farias.

Profesora Patrocinante:

Daniela Accatino Scagliotti.

Valdivia, enero de 2007

Informe final de Memoria de Prueba
"El precedente judicial en la práctica constitucional chilena.
Estudio crítico: Cortes de Apelaciones y Corte Suprema"

La memoria de prueba presentada por don **Daniel Villegas Farías** se ocupa de los requerimientos de certeza y de coherencia en la interpretación judicial de los derechos fundamentales, considerando la relevancia que en ese sentido puede adquirir la doctrina de los precedentes judiciales y analizando el modo en que ella ha sido acogida -o no- por nuestros tribunales superiores de justicia en la tutela de derechos constitucionales que desarrollan a través del recurso de protección.

En la primera parte de su investigación el autor realiza un análisis de la doctrina del precedente judicial y explora las posibilidades de su aplicación en el contexto de sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, tradicionalmente reacios a incluir la jurisprudencia entre las fuentes del derecho. La hipótesis que se sostiene es que al menos una doctrina del auto-precedente puede ser defendida, para nuestro sistema jurídico, sobre la base de las exigencias de racionalidad en la argumentación y de igualdad en la aplicación del derecho.

La segunda parte de la memoria describe y analiza críticamente la práctica de interpretación de los derechos fundamentales desarrollada por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema al conocer en primera o en segunda instancia, respectivamente, de recursos de protección. El autor da cuenta aquí de la escasa atención que en general dichos tribunales prestan a sus propios precedentes, tanto porque no los invocan en sus argumentaciones cuando reiteran un criterio de decisión anteriormente aplicado, como porque es usual que un mismo tribunal cambie de criterio interpretativo, aun en un espacio breve de tiempo, sin ofrecer ninguna justificación.

En síntesis, la memoria que se informa aborda un tema de gran actualidad y relevancia práctica, que, sin embargo, ha recibido aún poca atención en nuestra comunidad jurídica. Ella presenta una estructura ordenada y aborda en forma suficiente las cuestiones doctrinales y jurisprudenciales que constituyen su objeto de investigación. La bibliografía consultada en la parte de análisis doctrinal es pertinente, suficiente y actualizada. Se echa en falta, con todo, un análisis más amplio de la reciente tendencia a la revalorización de la doctrina del precedente en los sistemas jurídicos europeos continentales, que permitiera contextualizar de modo más completo las expectativas que en el mismo sentido cabe albergar respecto de nuestra práctica jurídica. Por otra parte, desde el punto de vista formal, el trabajo presenta una redacción clara y amena y aplica correctamente las reglas de cita y referencia bibliográfica. Habría sido deseable, con todo, una revisión final más acuciosa que evitara diversos errores ortográficos presentes en el texto.

Por las consideraciones anteriores, informo la presente memoria de prueba **APROBADA PARA EMPASTE** y la califico con nota 6.5 (seis coma cinco).



Daniela Adcatino Scagliotti
Profesora de Introducción al Derecho
Valdivia, febrero de 2007

INDICE.

<u>INTRODUCCION.</u>	3
<u>CAPITULO I: EL PRECEDENTE JUDICIAL.</u>	5
1.- ¿De qué hablamos cuando hablamos de precedente judicial?	5
1.1.- Introducción.	5
1.2.- Jurisprudencia y precedente.	6
1.3.- Las fuentes del derecho y la eficacia de los precedentes.	8
2.- El valor de los precedentes en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica.	9
2.1.- El precedente en los sistemas jurídicos de Common Law.	9
2.2.- El valor vinculante de los precedentes en el derecho europeo continental.	
El caso español.	10
2.2.1.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo.	10
2.2.2.- La doctrina del precedente del Tribunal Constitucional español.	12
2.3.- El valor vinculante de los precedentes en el derecho chileno.	13
2.3.a.- La doctrina clásica.	13
2.3.b.- Una doctrina por la vinculación del precedente.	14
2.3.c.- Una propuesta modesta: El valor del autprecedente.	19
<u>CAPITULO II. ANÁLISIS DESCRIPTIVO Y CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA REFERIDA A DERECHOS FUNDAMENTALES.</u>	22
1.- Consideraciones preliminares.	22
2.- Derecho de Propiedad.	22
2.1.- Consagración normativa.	22
2.2.- El caso aduanas.	23
2.3.- El derecho de propiedad sobre el cargo.	26
3.- Derecho a la Protección de la Salud.	29
3.1.- Consagración normativa.	29
3.2.- El caso de las ISAPRES.	29
3.2.a. Adecuación del plan de salud.	30
3.2.b. Negativa a otorgar cobertura o bonificación.	32
3.3.- Análisis crítico de la jurisprudencia recopilada.	35

4.- Derecho a no ser juzgado por comisiones especiales.	36
4.1.- Consagración normativa.	36
4.2.- La inspección del trabajo como comisión especial.	36
5.- Un caso especial.	40
<u>CONCLUSIONES.</u>	42
<u>BIBLIOGRAFÍA.</u>	44
<u>ANEXO: INDICE DE LA JURISPRUDENCIA CITADA.</u>	46

INTRODUCCION.

El tema de los Derechos Fundamentales desde hace ya bastante tiempo que tiene un papel protagónico en la teoría del derecho. El respeto a estos derechos es el fundamento de todo Estado de Derecho moderno.

Se trata de un tema complejo y amplio, que abarca a caso todas las áreas del derecho, por lo mismo, son diversos los enfoques que se pueden adoptar para su estudio, uno de ellos es como lograr un mayor respeto y como mejorar la tutela de los mismos.

En nuestro sistema le corresponde tutelar estos derechos, aunque no de forma exclusiva, a la jurisdicción ordinaria, encabezada por la Corte Suprema, siendo el recurso de protección uno de los medios a través de los cuales esta Corte, junto con las Cortes de Apelaciones que conocen de la primera instancia de estos recursos, lleva a cabo esta tutela. Siendo precisamente en este medio de tutela en el que nos centraremos en las páginas siguientes.

Específicamente la investigación se refiere a como se realiza dicha tutela en la practica jurisdiccional, a fin de comprobar si ésta es realizada de conformidad a los principios de igualdad y certeza jurídica, valores requeridos en un tema de tal trascendencia.

Todo lo anterior se realiza en el marco de la teoría del precedente judicial, pues consideramos que es esta teoría la que otorga un mayor grado certeza e igualdad en la tutela de los Derechos Fundamentales.

El estudio lo dividiremos en dos capítulos. En el primero de ellos nos detendremos en el estudio dogmático del precedente judicial, partiendo por determinar que es lo que entendemos por precedente, para luego ver el tratamiento que se le da en el derecho comparado, tanto en el derecho anglosajón como en el derecho europeo continental, con especial énfasis en el sistema español, tanto de su Tribunal Supremo como de su Tribunal Constitucional.

Finalizando este primer capítulo con un análisis de lo que sucede con nuestra doctrina, veremos los argumentos esgrimidos por aquella doctrina tradicional y mayoritaria que le niega valor vinculante al precedente en nuestro ordenamiento, para luego ver aquella doctrina que opta por otorgar al precedente fuerza vinculante, veremos que contra-argumentos señalan para desestimar la postura tradicional, y finalizar con las razones que nos entregan para sustentar su posición.

Una vez terminado lo anterior, en el capítulo segundo nos ocuparemos de lo que sucede en la práctica jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, comprobando si existen criterios uniformes al momento de resolver estos asuntos, considerando además de que forma se plasma la teoría del precedente en la práctica, si es que esto sucede o no. Además, veremos si nuestros tribunales utilizan precedentes judiciales, y si es que lo hacen, de qué forma lo utilizan.

CAPITULO I: EL PRECEDENTE JUDICIAL.

1.- ¿De qué hablamos cuando hablamos de precedente judicial?

1.1.- Introducción.

Hablar de otorgar un valor vinculante al precedente en nuestro ordenamiento es ir contra siglos de cultura jurídica. Pues qué podemos decir frente a afirmaciones tan categóricas como la siguiente: “En los pueblos de origen latino germano (como el nuestro), en cambio, que siguen el régimen romanista de primacía del Derecho escrito, los Tribunales de Justicia deben ceñirse estrictamente al tenor de la ley y carecen de facultades para fallar según su propio criterio. (...) En este grupo de países, entre los que se cuenta Chile, la sentencia no constituye nuevo Derecho, sino que se limita a aplicar a un caso individual las leyes generales existentes”¹.

Palabras como estas vienen repitiéndose desde la Revolución francesa, basadas en “la idea de que aplicar una norma no es otra cosa que extraer para el caso concreto las consecuencias que en ella se prevén de manera general y abstracta”². Esto refleja la profunda desconfianza que provocaban los jueces, ligados al antiguo régimen, y, en contraposición, la exaltación de la ley y la codificación³. A fin de ilustrar la idea que se tenía de la jurisprudencia, basta recordar las palabras de ROBESPIERRE: “El término jurisprudencia debe borrarse de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley”⁴.

Sin embargo, hoy en día existe consenso en que “la decisión judicial no está totalmente predeterminada en todos sus extremos y, en consecuencia, en la aplicación de la norma hay un mayor o menor margen de libertad”⁵, de modo que “la aplicación del Derecho (...) deja de ser una actividad exclusivamente silogística, y torna en un razonamiento argumentativo y justificativo”⁶.

¹ HÜBNER GALLO, Jorge Iván. *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1995. 7ª Ed. p. 156.

² DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1988. p. 287.

³ Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. “El Precedente Judicial en la Cultura Jurídica Chilena”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Nº 20, 2002. p. 564.

⁴ ROBESPIERRE (no indica datos bibliográficos el autor). Cit. por DE OTTO, Ignacio. *Ob cit.* p. 293.

⁵ *Ibidem*. p. 288.

⁶ MORAL SORIANO, Leonor. *El Precedente Judicial*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 2002. p. 16.

Lo antes dicho tiene relación con el valor del precedente pues, como ha dicho Leonor MORAL, la evolución del modelo de razonamiento jurídico, sería uno de los elementos que explicarían un creciente interés, práctico y teórico, por el estudio del precedente judicial en los sistemas de derecho europeo de Derecho codificado⁷. Pues el estudio del precedente que realiza esta autora es en el marco de la teoría del razonamiento jurídico, señalando que es posible su “uso interpretativo del derecho y un uso argumentativo o justificativo de las decisiones”⁸. Por lo mismo es totalmente compatible un estudio y aplicación de los precedentes judiciales existiendo varias interpretaciones posibles de la ley, pues es posible exigir la continuidad del criterio interpretativo porque el precedente actúa como un “elemento de control de la racionalidad o de corrección de la decisión adoptada”⁹, así la racionalidad manda mantener el mismo criterio interpretativo en el futuro, a menos que se ofrezcan razones que justifiquen su abandono o modificación.

Aún cuando en nuestra cultura jurídica estamos lejos de alcanzar lo que sucede en el derecho comparado, existe una naciente doctrina que está preocupada del tema¹⁰.

1.2.- Jurisprudencia y precedente.

El concepto de jurisprudencia, siguiendo al profesor SQUELLA¹¹, tiene dos acepciones principales. Por un lado tenemos a la “jurisprudencia como saber” (aquí jurisprudencia se utiliza como sinónimo de ciencia del derecho, o de modo más amplio, como sinónimo de filosofía del derecho o teoría general del derecho). Junto a la jurisprudencia como saber, tenemos a la jurisprudencia como “actividad de los órganos jurisdiccionales”; dentro de esta acepción podemos encontrar tres diferentes significados: a) se llama así al “conjunto de o decisiones de un tribunal cualquiera, que han sido dictadas sobre una similar materia o asunto,

⁷ *Ibidem*. p. 15. La otra razón, para esta autora, sería el acercamiento de los sistemas jurídicos continentales y de Derecho común (anglosajones).

⁸ *Ibidem*. p. 21

⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La Técnica del Precedente y la Argumentación Racional*. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1993. p. 44.

¹⁰ Podemos mencionar, entre otros a: ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. *Ob cit*; ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La Jurisprudencia de los Tribunales Como Fuente del Derecho: Una Perspectiva Procesal*. Editorial Jurídica de Chile. 2004; STREETER PRIETO, Jorge. *Interpretación, Integración y Razonamientos Jurídicos (Conferencias y Ponencias Presentadas en el Congreso Realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de Mayo de 1991)*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1992; QUIJANO FERNÁNDEZ, Álvaro. *La Jurisdicción ante la Constitución. El Precedente Judicial*. Editorial Alfonso X. 1995; y LOVERA PARMO, Domingo. “Precedente y Constitución; Igualdad, Eficacia y Rol de los Jueces”. En *II Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional*, en <http://www.congreso.uchile.cl/trabajos%20congreso/Lovera.pdf>

¹¹ Cfr. SQUELLA, Agustín. *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2000. pp. 260-268.

sobre la base de aplicar un mismo criterio acerca del derecho concerniente a esa materia y al modo como debe interpretarse”, de este modo cualquier tribunal puede crear jurisprudencia; b) también se utiliza para referirse a “una serie de fallos concordantes dictados por los tribunales superiores de justicia en casos o asuntos similares, los cuales permiten establecer el o los criterios que esos tribunales observan uniformemente en presencia de casos similares”; y c) el último significado “alude a las normas jurídicas concretas y singulares que producen los jueces por medio de las sentencias con las que ponen término a las controversias y demás gestiones que ante ellos se promueven”. Concluye el autor que el sentido dado en la letra b), es el que se usa mayormente.

Visto el concepto de jurisprudencia, parece útil contrastarlo con el concepto de precedente, que podemos definir como “toda resolución judicial que ha resuelto ya un caso sustancialmente idéntico al que se debate”¹². Teniendo en cuenta lo que concluye el profesor SQUELLA, podemos afirmar que cuando nuestra doctrina (así también nuestros tribunales) se refiere a la jurisprudencia, hace directa alusión a un tipo de precedente, al de carácter vertical. El sentido de la expresión correspondería con el sentido estricto y propio del término precedente en derecho comparado, el que según Aulis AARNIO sólo se refiere a “las decisiones de los tribunales nacionales de la más alta jerarquía”, sólo en este caso “pueden llamarse correctamente precedentes”¹³.

Para clarificar lo dicho anteriormente referido al precedente vertical, revisaremos una de las diversas clasificaciones del precedente, aquella que distingue entre un precedente vertical, horizontal y el autprecedente. Cuando hablamos de precedente vertical, nos referimos al “respeto a la jurisprudencia de (los) tribunales superiores”¹⁴. Será la consagración de una estructura jerárquica del Poder Judicial en un sistema de recursos, especialmente el recurso de casación, lo que consagra la observancia del precedente¹⁵. Por precedente horizontal hablamos de un “respeto a la doctrina de los tribunales homólogos”¹⁶, TARUFFO señala que más que hablar de precedente en sentido propio, habría que hablar de un uso

¹² NIETO, Alejandro. “Visión Doctrinal de la Jurisprudencia”. En *La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. p. 113.

¹³ AARNIO, Aulis. *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social: Ensayos sobre Filosofía del Derecho*. Trad. LARRAÑAGA, Pablo. Distribuciones Fontamara S.A. México D.F. 1995. p. 85.

¹⁴ GASCÓN ABELLÁN, *Ob cit.* p. 35.

¹⁵ Cfr. MORAL SORIANO, Leonor. *Ob cit.* p. 133.

¹⁶ *Loc. Cit.*

ejemplificativo de las decisiones anteriores¹⁷. Y por autoprecedente entendemos el “seguimiento por un juez o tribunal de sus propias decisiones”¹⁸.

1.3.- Las fuentes del derecho y la eficacia de los precedentes.

Antes de analizar el tema de la eficacia del precedente, debemos analizar el tema de las fuentes del derecho a fin de determinar qué tipo de fuente es el precedente.

Lo primero es señalar que el concepto de fuentes del derecho no es unívoco¹⁹, por lo mismo, existen varias clasificaciones de ellas, pero en esta oportunidad la clasificación que más nos interesa, es aquella que distingue entre fuentes materiales o reales y formales.

La doctrina entiende que fuentes materiales son “todos aquellos factores que directa o indirectamente concurren a la génesis del Derecho”²⁰, o bien, como aquellos “factores que influyen en la creación y determinan el contenido de las normas jurídicas”²¹. Y por otro lado, las fuentes formales se definen como “las formas o cauces en que el Derecho Positivo está contenido y se manifiesta en la vida social”²².

La doctrina mayoritaria le niega valor de fuente formal a la jurisprudencia, pero si le reconoce un valor como fuente material, toda vez que puede influir en la decisión de juez, así SQUELLA sostiene que “No se configura como fuente formal, porque 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 la decisiones futuras del mismo tribunal y en las de los tribunales inferiores”²³. Es más, para BALLECEY, es tan trascendente esta influencia, tanto en los jueces

¹⁷ TARUFFO, M. “Dimensioni del precedente giudiziario”, en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, XLVIII, 1994, p. 416. Cit por MORAL SORIANO, Leonor. *Ob cit.* p. 133.

¹⁸ *Loc. Cit.*

¹⁹ El concepto de fuentes del derecho puede utilizarse para referirse: a) fuente del conocimiento de lo que históricamente es o ha sido Derecho; b) fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social; c) autoridad creadora del derecho histórico o actualmente vigente; d) acto creador del derecho; e) fundamento de la validez jurídica de una norma concreta; f) forma de manifestarse la norma jurídica; g) fundamento de un derecho subjetivo. LAGAZ Y LACAMBRA, Luís. *Filosofía del Derecho*. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona. 1979. 2ª Ed. pp. 509-510.

²⁰ HÜBNER GALLO, Jorge Iván. *Ob cit.* p. 140.

²¹ BALLACEY HREZ; Pedro. *Manual de Introducción al Derecho*. Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. 2001. p. 88.

²² HÜBNER GALLO, Jorge Iván. *Ob cit.* p. 140. En igual sentido: BALLACEY HREZ; Pedro. *Ob cit.* p. 88. y TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. Editorial Perrot. Buenos Aires. 10ª Ed. 1991. p. 338.

²³ SQUELLA, Agustín. *Ob cit.* p. 264.

como en los demás operadores del derecho, que ejerce la jurisprudencia, que la denomina una “fuente formal de hecho”²⁴.

Lo antes dicho nos lleva a determinar que en nuestro ordenamiento jurídico, y en la mayoría de los sistemas de derecho codificado, el precedente sólo tendrá un valor persuasivo en la resolución de casos similares en el futuro, y esta fuerza persuasiva dependerá de dos criterios, por un lado, cual sea el órgano emisor del precedente, siendo mayor su fuerza si proviene de los altos tribunales dentro de cada ordenamiento, y por otro lado, de la reiteración de la línea jurisprudencial.

2.- El valor de los precedentes en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica.

2.1.- El precedente en los sistemas jurídicos de Common Law.

El *Stare decisis*²⁵ es el nombre de la doctrina que constituye la esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones, este sistema se llama *Common Law*. La idea general que subyace a esta doctrina es la de respetar las decisiones precedentes, esto es, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema similar²⁶.

La doctrina opera de forma vertical y horizontal, “en el primer sentido exige que los tribunales inferiores resuelvan siempre [sic] según el criterio sentado por los tribunales superiores, aunque la fuerza del precedente varia según la clase de tribunal de que se trate...”²⁷, y horizontalmente “se refiere a la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión atendándose a lo resuelto por sentencias precedentes, dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía coordinada, incluidos ellos mismos”²⁸.

Así, cuando un juez anglosajón se enfrenta a un caso concreto debe preguntarse como se han resuelto precedentemente casos análogos, lo normal será que encuentre un grupo de sentencias que determinaran la decisión a tomar, en este caso la decisión entrara a formar parte del *Common law* como *declaratory precedent*. Sin embargo, puede suceder que no

²⁴ BALLECEY HERZ, Pedro. *Ob cit.* p. 112.

²⁵ El nombre completo de la doctrina es *stare decisis et quieta non movere*, que significa “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. Cfr. LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. “Naturaleza y Dimensiones del ‘Stare Decisis’”. En *Revista Chilena de Derecho*, volumen 33, N° 1, 2006. p. 109.

²⁶ *Loc cit.*

²⁷ DE OTTO, Ignacio. *Ob cit.* p. 291.

²⁸ LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. *Ob cit.* p. 114.

encuentre un precedente, ante esta situación el juez “decidirá según los principios generales del derecho y su sentencia se convertirá en un *original precedent*, al que deberán referirse los jueces sucesivos”²⁹.

Es necesario advertir que no todo el contenido de los casos o fallos anteriores tiene fuerza obligatoria, “la vinculatoriedad del precedente se halla en la *ratio decidendi* (razón para decidir). La estructura de una sentencia anglosajona consta generalmente de una sucinta exposición de los hechos, de la decisión y del motivo por el que el juez ha decidido en ese sentido (*ratio decidendi*). Es, precisamente, remitiéndose a esa *ratio* como los jueces sucesivos decidirán si ese precedente se adapta o no al caso a decidir”³⁰.

2.2.- El valor vinculante de los precedentes en el derecho europeo continental. El caso español.

Del mundo europeo continental, del que somos herederos, consideraré especialmente lo que sucede en España en relación al precedente. Esta consideración especial se debe a que es un sistema que ejerce, directa o indirectamente, una gran influencia en el nuestro, a través de su doctrina o jurisprudencia, y además porque es un sistema fácil de comparar con el nuestro, ya que poseen características similares. A continuación veremos lo que sucede en el Tribunal Supremo, homologable a nuestra Corte Suprema, y seguidamente la doctrina creada por el Tribunal Constitucional español, referida al autprecedente.

2.2.1.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Entrando derechamente en materia, la discusión en la doctrina española se centra en determinar si la jurisprudencia es fuente formal del derecho. Según MORAL “la posición mayoritaria de la doctrina española y del Tribunal Supremo ha sido la de refutar el carácter fonticio de la jurisprudencia”³¹.

El principal escollo para considerar a la jurisprudencia como fuente del derecho es el artículo 1º del Código Civil, según el cual “las únicas fuentes (...) son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, y estos últimos sólo en caso de defecto de la ley”³². Pero

²⁹ LOSANO, Mario. *Los Grandes Sistemas Jurídicos*. Versión castellana RUIZ MIGUEL, Alfonso. Editorial Debate (Colección Universitaria), Madrid. 1982. p.177.

³⁰ *Ibidem*. p. 178.

³¹ . MORAL SORIANO, Leonor. *Ob cit.* p. 169.

³² BACIGALUPO, Enrique. *La Jurisprudencia y Seguridad Jurídica*. En La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. pp. 135-136.

por otro lado está, “bajo la rubrica del primer Capítulo del Código Civil, ‘Fuentes del Derecho’, el apartado 6 del artículo 1º que establece ‘la jurisprudencia complementara el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo, reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.’”³³ Con todo, “a la jurisprudencia sólo se le reconoce un carácter ‘complementario’, que resulta conceptualmente oscuro, pues aparece dentro de las fuentes del Derecho, pero, sin embargo, no lo es”³⁴.

Pese de esta contradicción, MORAL, destaca la definición de jurisprudencia, que sería la doctrina reiterada establecida por el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. De esta definición se extrae, que el Tribunal Supremo es fuente material de la jurisprudencia, que la jurisprudencia, para que se forme, debe ser reiterada (dos o más sentencia en un mismo sentido), y que se elabore al interpretar y aplicar las fuentes formales del derecho³⁵.

Aquellos autores que sostienen el carácter vinculante de la jurisprudencia, encuentran en el recurso de casación un sustento a su postura³⁶. Dentro de estos autores encontramos a Ignacio DE OTTO³⁷, quien sostiene que “lo determinante a la hora de de examinar el valor vinculante de la jurisprudencia no es en modo alguno el calificativo que le se aplique (en relación al carácter complementario que se adjudica a la jurisprudencia el Tribunal Supremo), sino las consecuencias que se conecten con su infracción.” Por lo mismo, si el “ordenamiento jurídico establece que la sentencia que la infrinja [la jurisprudencia] podrá ser sancionada con la anulación, lo que sólo es posible porque el ordenamiento considera que la sentencia es antijurídica y, por tanto, que la jurisprudencia forma parte de las normas cuya infracción acarrea una consecuencia, esto es, del derecho”. Continúa este autor señalando que “de la función del recurso de casación (...) se desprenden claramente dos deberes funcionales para los jueces y magistrados: el deber del Tribunal Supremo de crear una jurisprudencia y el de los restantes tribunales de respetarla”, sobre este segundo deber el autor comenta que “...si una sentencia puede ser anulada por infracción de la jurisprudencia es porque la sentencia que incurre en esa infracción es tan antijurídica como la sentencia contraria a la ley.”

³³ MORAL SORIANO, Leonor. *Ob cit.* pp. 164-165.

³⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Ob cit.* p. 136.

³⁵ Cfr. MORAL SORIANO, Leonor. *Ob cit.* pp. 165-166.

³⁶ Se dice que existe “interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (...) El valor y función de la jurisprudencia en el sistema jurídico español parece así sea la de motivar el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.” *Ibidem.* p. 168.

³⁷ DE OTTO, Ignacio. *Ob cit.* pp. 298-299.

Terminando con esta rápida revisión de lo que sucede en el sistema español, respecto de su Tribunal Supremo, BACIGALUPO señala que “en realidad, carecemos de un texto legal o constitucional claro sobre el efecto vinculante de la jurisprudencia. Ello no significa que la jurisprudencia no pueda ser considerada vinculante. Sin embargo, esta fuerza vinculante sólo puede ser deducida de la garantía constitucional de la seguridad jurídica y de la igualdad ante la ley”³⁸.

2.2.2.- La doctrina del precedente del Tribunal Constitucional español.

El Tribunal Constitucional en base al artículo 14 de la Constitución española³⁹ ha desarrollado su doctrina del precedente. Para su desarrollo a debido conjugar dos principios contradictorios, por un lado “la renuncia a ejercer una función revisora del derecho aplicado por lo jueces en tanto no se hallen en juego prescripciones constitucionales” y, por otro, “el propósito de apurar las facultades de fiscalización de las decisiones jurisdiccionales en vía de amparo, particularmente en relación con el principio de igualdad”⁴⁰.

De acuerdo a GASCÓN la falta de homogeneidad en el uso de la terminología por parte del Tribunal Constitucional, referida al uso del término igualdad en la aplicación de la ley, ha provocado algunas confusiones en el desarrollo de la doctrina⁴¹. Por lo mismo la autora propone distinguir, respecto de la igualdad ante la ley, dos aspectos diferentes “por un lado la exigencia de una interpretación no discriminatoria, cuya evaluación supone una evaluación del criterio en sí mismo (...) Por otro lado, se traduce en la prohibición de modificar arbitrariamente los criterios en la resolución de casos sustancialmente idénticos, aún cuando ninguno de esos criterios resulte en sí mismo discriminatorio”⁴².

Hecha la distinción, podemos señalar que en una primera oportunidad la doctrina del Tribunal se basaba en un criterio sustantivo, correspondiendo con la prohibición de interpretaciones discriminatorias, violándose la igualdad ante la ley en caso de existir criterios discriminatorios, lo que significaba necesariamente entrar a analizar las motivaciones del órgano que dictó la resolución⁴³.

³⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Ob cit.* p. 136. Sobre la igualdad ante la ley y la certeza jurídica volveremos más adelante.

³⁹ El artículo 14 de la Constitución española señala “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁴⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Ob cit.* pp. 50-51

⁴¹ *Ibidem.* p. 65.

⁴² *Loc Cit.*

⁴³ *Ibidem.* p. 67.

Una segunda etapa, se caracteriza por el cambio del uso del término igualdad en la aplicación de la ley, “la desigualdad que se pretende evitar ahora no es la que se produce por motivaciones arbitrarias, sino por una modificación arbitraria del sentido de la decisión” versando el control sobre el *cambio* de los criterios, y no sobre los criterios propiamente tal⁴⁴.

En este último caso la interpretación que se quiere garantizar es la que corre a cargo de un *mismo órgano* que debe ofrecer razones para apartarse de sus precedentes, de acuerdo a lo expresado en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 49-1982, centrando su doctrina en el autoprecedente, obligando al órgano judicial a explicar los motivos que ha tenido para apartarse del razonamiento que venía sosteniendo, entendiendo que con esta motivación no se estaría atentando contra la igualdad.

Esta postura del autoprecedente mantenida por el Tribunal Constitucional español ha sido objeto de numerosas críticas, entre ellas la efectuada por Ignacio DE OTTO, autor que sostiene: “pero es que además la propia igualdad y la seguridad jurídica resultan garantizadas de manera sumamente débil, pues lo que el Tribunal ha exigido es tan sólo que la diferencia entre las resoluciones esté motivada, sin entrar a examinar si esa motivación es o no suficiente (...) lo que se exige no es que la ley sea recibida siempre la misma interpretación, ni siquiera que los cambios de interpretación estén razonablemente motivados, sino simplemente que la diferencia entre resoluciones esté justificada en un cambio de criterio que pueda reconocer como tal y cuyas razones el Tribunal no puede entrar a valorar”⁴⁵.

2.3.- El valor vinculante de los precedentes en el derecho chileno.

2.3.a.- La doctrina clásica.

Como ya vimos, al hablar de las fuentes del derecho, nuestra doctrina mayoritaria le niega valor vinculante a la jurisprudencia en nuestro ordenamiento. Podemos sintetizar en dos los argumentos que sustentan ésta postura: por un lado, el efecto relativo de las sentencias consagrado en el artículo 3° inciso 2° del Código Civil (en adelante CC) y, por otro el principio de independencia de los tribunales.

Tradicionalmente se ha utilizado el argumento del efecto relativo de las sentencias para negar todo valor vinculante a la jurisprudencia. Así por ejemplo Carlos DUCCI señala que “Entre nosotros el alcance de la disposición del artículo 3° del Código Civil es que un

⁴⁴ *Ibidem.* p. 68.

⁴⁵ DE OTTO, Ignacio. *Ob cit.* p. 292.

tribunal no está jamás ligado por las decisiones que haya podido adoptar precedentemente; puede siempre cambiar de opinión. Igualmente ningún tribunal está obligado a respetar la jurisprudencia de un tribunal superior”⁴⁶.

Por otro lado existe el principio de independencia de los tribunales, el que surge como límite a la fuerza vinculante del precedente, pues, los tribunales inferiores perderían la libertad de decidir los asuntos sometidos a su decisión, para los cuales se tendría que basar en los criterios ya establecidos por los tribunales superiores de justicia.

Ambos argumentos fueron plasmados recientemente en un acuerdo del Pleno de la Corte Suprema, acuerdo que se origina “por haberse producido la situación de que diversos Juzgados de Garantía, han persistido en resolver la cuestión relativa a la interpretación que debe darse a la norma que contiene el artículo 395 del Código Procesal Penal, en forma diferente a lo que anteriormente y en otros autos fuera decidido por la referida Sala (Penal)”, en este acuerdo el pleno resolvió que “se acordó que no corresponde dar instrucciones ni adoptar decisiones respecto de aquellos juzgados, en cuanto a los criterios para decidir las aludidas cuestiones, en atención a que conforme el artículo 3° del Código Civil, sólo corresponde al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente imperativo, y las sentencias judiciales no tiene fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren (...) Por lo demás, el referido principio representa una garantía de la independencia de los jueces, que es elemento fundamental para el desempeño de la función jurisdiccional, al no quedar sometido un Tribunal inferior a otra imposición vinculante que no sea el peso y la fuerza de los razonamientos contenidos en la jurisprudencia orientadora de una Corte Superior”⁴⁷.

2.3.b.- Una doctrina por la vinculación del precedente.

En esta sección me referiré a cierta doctrina que impulsa una revisión de la postura tradicional respecto del precedente. Si bien, estos autores enfocan el problema y dan soluciones al mismo desde ópticas diversas, concuerdan en ciertas líneas matrices. Es posible encontrarse con dos visiones, la primera enfocada en el tema de las fuentes del derecho, y una segunda doctrina enfoca desde la lógica del razonamiento jurídico.

⁴⁶ DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998. p. 105.

⁴⁷ Acuerdo del Pleno de la Corte Suprema, del 19 de julio de 2002, N° 1450-2002. En Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público, N° 12 septiembre 2002. Disponible en <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20N12.pdf> p. 120.

Sin embargo, ambos puntos de vista, concuerdan en ciertas líneas matrices, cuales son la igualdad y la certeza jurídica, y que a continuación desarrollaremos. Pero antes de analizar esta postura, indicaremos los contra-argumentos que se utilizan para desvirtuar los argumentos que utiliza la doctrina clásica para negar un valor vinculante a la jurisprudencia.

En cuanto al efecto relativo de las sentencias, es importante revisar qué debe entenderse por este. Según ROMERO “a la hora de explicar cual es el contenido del efecto relativo, nuestros autores han sostenido que este apunta en dos direcciones: 1º) La decisión judicial *decide un caso en forma singular*, sin vincular a los otros jueces ni menos a otros sujetos que no fueron parte en el proceso (...), 2º) el fallo judicial no sirve ni sienta un precedente de obligatorio acatamiento para las decisiones posteriores, y no puede tener carácter general, esto es, tiene un *efecto relativo*”⁴⁸.

Es precisamente ésta forma de entender el efecto relativo de las sentencias judiciales, y su necesaria relación con la fuerza obligatoria de la jurisprudencia, la que atacan ciertos autores. Éstos argumentan que la primera dirección en que apunta el efecto relativo, antes mencionada, de modo que “cuando se afirma que las sentencia judiciales no tiene fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren, tal declaración no tiene más significado que reconocer que la sentencia produce sus efectos pura y simplemente para el caso particular decidido”⁴⁹. El profesor STREETER, lo ejemplifica de forma muy precisa: “En virtud de tal decisión el tribunal ordena concreta y determinadamente a Juan que pague a Pedro una suma de dinero, le entregue una cosa o se le reconozca una determinada situación jurídica”⁵⁰.

Hasta aquí no existe mayor controversia. La crítica se refiere al segundo sentido que se atribuye al efecto relativo, esto es, que “el fallo judicial no sirve ni sienta un precedente de obligatoria acatamiento para las decisiones posteriores, y no puede tener carácter general”. Al respecto se sostiene que “no parece exacta la tesis que *valiéndose del efecto relativo* de la sentencia, ha negado sistemáticamente valor a la jurisprudencia en nuestro ordenamiento” pues “el valor de la jurisprudencia es un tema diverso al efecto de cosa juzgada”⁵¹. Sobre esto mismo, es muy clarificadora la expresión del profesor LOVERA, según el cual “Lo que el sistema de precedentes manda respetar es el razonamiento de un tribunal anterior, y no en cambio, como suele entenderse, la decisión final”⁵².

⁴⁸ ROMERO SEGUEL, *Ob cit.* p. 49 (cursivas del autor).

⁴⁹ *Ibidem.* p. 50.

⁵⁰ STREETER PRIETO, Jorge. *Ob. cit.* pp. 113-114

⁵¹ ROMERO SEGUEL, Alejandro. *Ob. cit.* p. 51.

⁵² LOVERA PARMO, Domingo. *Ob cit.* p. 7.

La discusión se centra en determinar qué es lo que obliga del precedente. El concepto clave es el de *ratio decidendi*, que es aquello que comparten las diversas sentencias que se invocan. El juez, para identificar la *ratio decidendi*, debe efectuar una labor interpretativa, a fin de descubrir aquellos “criterios jurídicos que han decidido el caso concreto”, atendiendo a “las razones que fueron aducidas por el juez o tribunal para justificar su decisión”⁵³.

Estos autores, ROMERO, STREETER y LOVERA, plantean una nueva interpretación al artículo 3° inciso 2° del CC, de modo tal que ya no sea un obstáculo para admitir la fuerza vinculante de la jurisprudencia dentro de nuestro ordenamiento. Esta nueva interpretación distingue nítidamente entre la decisión final a la que llega la sentencia, y por otro lado el razonamiento interno que llevo al juez a fallar de una forma determinada. Siendo esto último lo que representa el precedente.

Junto con estos autores, existe otra línea doctrinal que estando a favor de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, opta por otra interpretación respecto del artículo 3° inciso 2° del CC. Esta línea doctrinal esta representada por Álvaro QUIJANO, quien sostiene que “el inciso segundo del artículo 3° del Código Civil, por ser opuesto al principio de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad, reconocidos en los artículos 1° inciso 1° y 19 N° 2 inciso 2° de la Constitución Política de 1980, vigentes desde el Acta Constitucional N° 3, normas posteriores y de más alto rango, se encuentra lisa y llanamente derogada”⁵⁴.

Con respecto al principio de independencia de los tribunales, es necesario señalar que la independencia de la actividad jurisdiccional tiene una doble faz, una externa y otra interna⁵⁵; la primera se refiere a la prohibición de que los demás poderes del Estado, ejecutivo y legislativo, se inmiscuyan en la actividad jurisdiccional, lo cual esta consagrado en el artículo 76 de la Constitución. Por otra parte, la independencia interna, se refiere a la organización misma del Poder Judicial, así el artículo 8° del Código Orgánico de Tribunales señala que “Ningún tribunal puede avocarse el conocimiento de causas o negocios pendientes ante otro tribunal, a menos que la ley le confiera expresamente esta facultad”.

⁵³ MORAL SORIANO, Leonor. *Ob cit.* p. 176.

⁵⁴ QUIJANO FERNÁNDEZ, Álvaro. *Ob cit.* p. 250.

⁵⁵ Cfr. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “Independencia y Responsabilidad de los Jueces”. En *Revista de Derecho Valdivia*. Julio 2003, volumen 14. pp. 159-160.

Por supuesto es esta segunda faz la relevante desde el punto de vista de la pregunta por el valor vinculante de la jurisprudencia, y a ella hace referencia el acuerdo del pleno de la Corte Suprema antes mencionado⁵⁶.

Por otro lado, como apunta DE OTTO⁵⁷, argumentos como los sostenidos por el Pleno de la Corte Suprema nos llevarían a concluir que en aquellos países donde el precedente si tiene fuerza vinculante no existirían jueces independientes, además esta argumentación pasa por alto el sentido mismo de la organización del Poder Judicial, configurada en instancias o grados, con un tribunal supremo en la cúspide, siendo que con esta organización lo que se trata es lograr una justicia más meditada y uniforme.

Por ultimo, la utilización del argumento de la independencia de los jueces, según LOVERA⁵⁸, “es una muestra de la escasa comprensión que tienen (los jueces) sobre esa institución (el precedente)” pues “suele existir la noción falsa de que el precedente operaría como una suerte de amarra que impide a los jueces evolucionar”. Por lo mismo optamos por una vinculación al precedente de carácter relativa, esto es, aquella que acepta el cambio de criterio, con la exigencia, de que este cambio sea argumentado, “hay que seguir los precedentes salvo que se justifique su modificación o abandono”⁵⁹, lo que permite la evolución del derecho, evitando su estancamiento.

Al observar la doctrina tradicional sobre la materia, es absolutamente legítimo preguntarse ¿Qué sucede con la igualdad ante la ley⁶⁰ garantizada en el artículo 19 n° 2 de la Constitución? En este mismo sentido, Alejandro ROMERO, señala que “La nula vinculación

⁵⁶ No deja de ser curiosa esta preocupación de la Corte Suprema por la independencia interna en un sistema donde los controles asociados a la posición jerárquica de la propia Corte tanto la debilitan. A esto se refiere el profesor BORBALÍ cuando, tras analizar los problemas que para la independencia interna constituyen la carrera judicial y la responsabilidad disciplinaria, concluye que “en definitiva, podemos concluir que el funcionario judicial chileno vive inserto en uno de los más jerarquizados sistemas judiciales de que se tenga razón, sometido a pesados controles por parte de la cúspide del aparato judicial, es decir, por la Corte Suprema”, y agrega que “Todo ello se traduce en restar independencia respecto de su superior jerárquico y, en definitiva, de la Corte Suprema, al funcionario judicial que se encuentra en la base de la organización judicial.” *Ibidem*. p. 173.

⁵⁷ Cfr. DE OTTO, Ignacio. *Ob cit.* pp. 300-301.

⁵⁸ LOVERA PARMO, Domingo. *Ob cit.* pp. 14-15.

⁵⁹ MORAL SORIANO, Leonor. *Ob cit.* p. 154.

⁶⁰ Siguiendo a Fernando ATRIA, se distinguen tres formas de entender la igualdad, por un lado tenemos la igualdad absoluta (“todos debes ser tratados igual”), y por otra parte tenemos la igualdad relativa, la que presenta dos versiones, una *débil* (“deben ser tratados iguales aquellos que se encuentran en la *situación descrita por la ley*”) y otra *fuerte* (la ley debe tratar igual a todos aquellos que se encuentran en igualdad de condiciones, es una igualdad de hecho). Cfr ATRIA, Fernando. *Los peligros de la Constitución: La Idea de Igualdad en la Jurisdicción Nacional*. Publicación de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Santiago. 1997. pp. 36, 44-45 (cursivas del autor). Aquí entendemos por igualdad ante la ley según su sentido relativo fuerte.

que el dogma oficial predica de la jurisprudencia invita a preguntarse hasta que punto resulta legítimo que problemas idénticos sean fallados por nuestros tribunales de diversa manera. En el fondo, una correcta concepción acerca de la garantía constitucional (de) igualdad ante la ley, debería llevar a conciliar la legítima libertad que tienen los jueces para dar solución a los conflictos particulares, con el derecho que tiene todo justiciable a no ser discriminado frente a problemas idénticos”⁶¹.

Concordando con lo recién citado, señala QUIJANO que “la autoridad, cualquiera que ésta sea, (...) debe tratar de la misma manera a quienes se encuentran en la misma situación jurídica. Por lo cual, resuelto que sea un asunto en determinado sentido, deberá respetarse este precedente para todos los casos iguales que se deban resolver en el futuro”. Y en cuanto a la fuente de esta obligación, continúa el autor “He ahí cómo del principio de igualdad (...) contemplado expresamente en el art. 19 N° 2 inciso 2° de la Constitución, se sigue necesariamente la obligación de respetar el precedente, precisamente porque la autoridad no puede hacer diferencias arbitrarias...”⁶².

Volviendo al acuerdo del Pleno de la Corte Suprema, que ya mencionamos, cabe destacar los votos disidentes (Ministros Libedinsky, Chaigneau y Cury), que hacen directa alusión a la igualdad ante la ley, señalando que “el Tribunal Pleno debe pronunciarse sobre la materia en debate e instruir a los jueces de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal en el sentido de que, en los supuestos a que se alude en el inciso 3° del artículo 376 del Código Procesal Penal, los pronunciamientos de la Sala Penal de esta Corte Suprema pasan a revestir el carácter de obligatorios, por cuanto es evidente que, en esos casos de distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos, la citada disposición ha perseguido una finalidad unificatoria de la jurisprudencia – *necesaria para hacer efectivo el principio constitucional de igualdad ante la ley* – que sólo puede lograrse reconociendo la calidad de preceptivo al fallo de la mencionada Sala especializada de este Tribunal”⁶³.

Este argumento cobra todavía más fuerza, a mi juicio, tratándose de decisiones judiciales relativas a derechos fundamentales. Por lo mismo, concuerdo con Gastón GOMÉZ, quien postula que “Las decisiones que adjudican derechos fundamentales – dada su naturaleza de actos directivos de interpretación y aplicación de la norma fundamental – han de gozar de grados significativos de invariabilidad en el tiempo – jurisprudencia constitucional o precedente -, derivada de las razones expuestas en la decisión – y mientras ésta subsista como

⁶¹ ROMERO SEGUEL, Alejandro. *Ob cit.* p. 60.

⁶² QUIJANO FERNÁNDEZ, Álvaro. *Ob cit.* p. 143.

⁶³ Acuerdo Pleno de la Corte Suprema, del 19 de julio de 2002, N° 1450-2002. *Ob cit.* pp. 120-121 (cursivas mías)

razones justificatorias sólidas -. En toda decisión constitucional dictada en RP (Recurso de Protección) subyace un imperativo constitucional de “igual” protección en el ejercicio de los derechos de todos”⁶⁴.

Junto con la igualdad ante la ley, es necesario considerar también los argumentos que miran a la certeza jurídica⁶⁵. La certeza jurídica no sólo se refiere a la creación del derecho, sino que también a su aplicación, al requerir que esta resulte previsible y calculable⁶⁶. Por lo mismo, “se espera que las reglas jurídicas y su aplicación mantengan el orden social de tal manera que sea posible que los miembros de la sociedad puedan planificar sus actividades por adelantado – tanto individual como colectivamente. Las alteraciones impredecibles en la práctica de la aplicación de las normas debilitaría la basa de esta predecibilidad”⁶⁷.

Sobre este punto el profesor STREETER, señala que el valor de la seguridad jurídica implica que exista coherencia y consistencia, las que no se pueden alcanzar si no existe un verdadero y serio respeto a los precedentes judiciales⁶⁸.

Por su parte, Álvaro QUIJANO insiste que en “virtud del artículo 3° del Código Civil, los tribunales no se han hecho cargo del deber de respetar el precedente, cambiando sus decisiones una y otra vez, de modo que las partes no tiene cómo anticipar de qué manera sus actos serán juzgados, (con lo que) se está violando el principio de seguridad jurídica”⁶⁹.

2.3.c.- Una propuesta modesta: El valor del autprecedente.

Hemos visto que nuestra doctrina y tribunales, en forma mayoritaria, son reticentes a aceptar la fuerza vinculante de los precedentes judiciales, otorgándole sólo un valor de hecho, o una eficacia persuasiva.

Pero considerando que limitan el concepto de precedente al de carácter vertical, a lo más el horizontal, pero no consideran al autprecedente, sobre le cual, a mi juicio, no es

⁶⁴ GOMÉZ BERNALES, Gastón. *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*. Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho. Santiago. 2005. p. 21.

⁶⁵ De acuerdo a BOBBIO “Por certeza se entiende la determinación, de manera definitiva, de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a un comportamiento dado, de modo que el ciudadano esté en posibilidad de saber con anticipación las consecuencias de sus propias acciones”. BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Trad. GUERRERO, Jorge. Editorial Temis Santa Fe de Bogota. 1992. 2ª Ed. p. 132.

⁶⁶ Cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Ob cit.* p. 134.

⁶⁷ AARNIO, Aulis. *Ob cit.* pp. 83-84.

⁶⁸ Cfr. STREETER PRIETO, Jorge. *Ob cit.* p. 115.

⁶⁹ QUIJANO FERNÁNDEZ, Álvaro. *Ob cit.* p. 194.

posible una resistencia tan encarnada, pues este sólo busca la racionalidad de la argumentación⁷⁰.

Siguiendo a GASCÓN, en el autoprecedente es donde se plasma con mayor fuerza el principio de universalidad, el que la autora define en los siguientes términos: “en presencia de un mismo hecho, resuelve siempre de igual forma, o mejor aún, toma aquella decisión que en el futuro estuvieras dispuesto a respaldar ante unas mismas circunstancias.”⁷¹. Así entendida la universalidad, no es otra cosa que la consagración del principio de igualdad (o como prefieren llamarlo ciertos autores, de justicia formal⁷²).

A este principio de universalidad, le debemos agregar el principio de inercia, “según el cual una solución adoptada en alguna ocasión no puede abandonarse sin una explicación suficiente de motivos”⁷³.

El principio de inercia genera un efecto de descarga/carga de la argumentación, según el cual se permite a quien decida continuar con un criterio que ya ha sido elaborado y justificado, no volver a hacerlo (descarga de la argumentación), sin embargo, lo anterior no significa que los criterios interpretativos permanezcan invariables en el tiempo, sino que por el contrario, esta permitida su modificación o abandono, pero ante esta situación, el operador debe aportar las razones que justifiquen su opción (carga de la argumentación)⁷⁴.

Esto nos permite, por un lado, evitar la reiteración innecesaria de los criterios argumentativos, y por el otro, evitamos la petrificación del precedente, siendo posible su adecuación, pero con la consiguiente obligación de argumentar el cambio efectuado.

Con el autoprecedente, no atacamos, al menos no de forma directa, el principio de independencia judicial, y a la vez, se cumplen las exigencias de igualdad y certeza jurídica, claro esto puede llevar a establecer que existirá igualdad y certeza respecto de cada tribunal individualmente considerado, no así de todo el orden judicial⁷⁵. Pero, siendo optimistas, puede significar un primer paso hacia una consideración mayor del precedente en nuestro ordenamiento.

⁷⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Ob cit.* p. 38.

⁷¹ *Ibidem.* p. 31.

⁷² Cfr. MORAL SORIANO, Leonor. *Ob cit.* p. 140.

⁷³ PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA. *Traite de l'argumentation. La nouvelle rhétorique.* Bruxelles, Universidad de Bruxelles, 1970. p. 142. Cit por. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Ob cit.* p. 40.

⁷⁴ Cfr. MORAL SORIANO, Leonor. *Ob. cit.* pp. 147-148.

⁷⁵ Cfr. DE OTTO, Ignacio. *Ob cit.* p. 292.

En definitiva optamos por un autprecedente basado en los principios de universalidad e inercia, afrontando el tema de su fuerza obligatoria no desde la óptica de las fuentes del derecho, sino que desde el punto de vista del razonamiento jurídico, tomándolo como otro de los componentes de una argumentación racional. Por lo mismo, considero que no es posible esgrimir los mismos argumentos que son utilizados para negar valor al precedente como fuente del derecho, pues son temas diversos.

CAPITULO II. ANÁLISIS DESCRIPTIVO Y CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA REFERIDA A DERECHOS FUNDAMENTALES.

1.- Consideraciones preliminares.

En el capítulo anterior vimos, a grandes rasgos, lo que sucedía con el precedente a un nivel dogmático, correspondiéndonos en el presente capítulo ver que es lo que sucede en la práctica jurisdiccional sobre el mismo.

El estudio se realizará en base a los recursos de protección publicados, de los cuales nos ocuparemos de aquellos relacionados con el derecho de propiedad, derecho a la protección de la salud y derecho a no ser juzgado por comisiones especiales. En la elección de estos derechos considero especialmente un criterio cuantitativo, a fin de poder lograr una visión más amplia y generalizada de lo que sucede realmente, objetivo que, a mi juicio, no se logra con el estudio de recursos sobre situaciones puntuales o aisladas.

Lo que haremos será identificar aquellos supuestos de hecho que se reiteran en los recursos, como por ejemplo, la existencia de un derecho de propiedad sobre el cargo o función que ostentarían los funcionarios públicos, y en base a los recursos publicados analizar el comportamiento de la jurisprudencia, centrándonos, principalmente, en determinar si existen un criterio uniforme al momento de resolver, en caso de existir cambios de criterio si estos son argumentados, si existe alguna referencia a precedentes propios o de otros tribunales, y de existir, de que forma son utilizados.

2.- Derecho de Propiedad.

2.1.- Consagración normativa.

La CPR en el artículo 19 número 24, asegura todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”. Por su parte el CC, en su artículo 582, señala que “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”, seguidamente, en el artículo 583, indica que “sobre las cosas incorporales hay también una *especie de propiedad*”. De la lectura de las normas señaladas es posible determinar que la CPR amplió el concepto de propiedad contenido en el CC, específicamente respecto del derecho de propiedad sobre las cosas incorporales.

Este fortalecimiento del derecho de propiedad encuentra su fundamento en que “tanto en el seno de la Comisión de Estudio como en el Consejo de Estado existió el consenso en el sentido de que las sucesivas modificaciones experimentadas durante la vigencia de la Constitución de 1925 habían terminado por debilitar en extremo el derecho de propiedad y que, por lo tanto, en la nueva normativa constitucional se precisaba la defensa de dicho derecho”⁷⁶.

En la siguiente sección veremos los distintos recursos presentados en que se menciona como lesionado el derecho de propiedad o bien aquellos en que las Cortes de Apelaciones o Suprema han considerado que el hecho descrito lesiona, amenaza o restringe el derecho de propiedad. El estudio lo dividiremos en los diversos casos que se presentan, referidos tanto al derecho de propiedad sobre bienes corporales como incorporales.

2.2.- El caso aduanas.

El primero de los casos que analizaremos es el referido a tres Recursos de Protección que no sólo tienen en común el órgano recurrido, sino que también el fondo de lo discutido.

En el primero de estos recursos⁷⁷ recurre una empresa automotora en contra del Servicio de Aduanas por la aplicación del artículo 46 del DL 825⁷⁸ que consagra el llamado “impuesto al lujo”, lesionando su derecho a propiedad. Considera el recurrente que no corresponde la aplicación de este impuesto, pues en virtud del Tratado de Libre Comercio (en adelante TLC) celebrado entre Chile y Canadá, país de origen del automóvil, no correspondería la aplicación de ningún impuesto o arancel aduanero que afecte la importación, de conformidad con el referido TLC, que define arancel aduanero en su Sección V artículo C-18 “arancel aduanero incluye cualquier impuesto o arancel a la importación y cualquier cargo de cualquier tipo aplicado en relación a la importación de bienes, incluida cualquier forma de sobretasa o cargo adicional a las importaciones”. Por su parte, la recurrida sostiene que el impuesto consagrado en el artículo 46 del DL 825 es de carácter interno, además no sólo afecta a los vehículos importados, sino que también a los fabricados en nuestro país, lo que

⁷⁶ VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *Derecho Constitucional Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999. p 307.

⁷⁷ SCS Rol N° 375-2003, Fallos del Mes N° 509.

⁷⁸ Artículo 46 inciso 1° DL 825 “Sin perjuicio de los impuestos establecidos en el Título II y en el artículo 43 bis, la importación de vehículos automóviles, del conjunto de partes o piezas necesarias para su armadura o ensamblaje en el país y de automóviles semiterminados, cuyo destino normal sea el transporte de pasajeros o de carga, con una capacidad de carga útil de hasta 2.000 kilos, estará afectada a un impuesto del 85% que se aplicará sobre el valor aduanero que exceda de US\$ 25.226,85 dólares de los Estados Unidos de América.” Este artículo fue derogado por la ley 19.914, publicada en el Diario Oficial el día 19 de noviembre de 2003.

estaría en armonía con lo dispuesto en el artículo III:2 del GATT de 1994⁷⁹, acuerdo que resulta aplicable según lo dispuesto en el artículo C-01 del TLC, y por otro lado es una excepción a lo dispuesto por el artículo C-18 antes citado.

La mayoría de la primera sala de la Corte Suprema, en su considerando 10º, señaló que “el impuesto que grava la importación de los bienes a que se refiere el artículo 46 del decreto ley N° 825, de 1974, tiene el carácter de arancel aduanero para los efectos del Tratado de Libre Comercio convenido por Chile con Canadá, y , en consecuencia, no puede ser aplicado a la importación de esos bienes si son originarios de Canadá”, concluyendo, en su considerando 16º, que la aplicación ilegal de este tributo lesiona el derecho de propiedad de la parte recurrente⁸⁰.

Posteriormente la Corte tuvo que conocer de otros recursos referidos la aplicación del artículo 46 del DL 825. En esta ocasión fue el turno de la tercera sala de la Corte⁸¹, la que conociendo de la apelación de la Sentencia de la Corte de Apelaciones (en adelante SCA) de Valparaíso⁸² Rol N° 234-2003, acumulando los recursos roles 236-2003 y 311-2003, pero en esta oportunidad la Corte llegó a una conclusión diversa de la expresada en SCS Rol N° 375-2003, aunque es necesario consignar que los hechos en que se fundaba el recurso eran diversos. Por una parte, en el recurso Rol N° 234-2003 se solicitaba la nulidad de una resolución del Servicio de Aduanas, por considerar el recurrente que el Servicio de Aduanas no era competente para conocer y juzgar los reclamos referidos a la aplicación del impuesto recogido en el artículo 46 del DL 825.

Sobre esto la Corte señaló, en sus considerandos 6º, 7º, 8º y 10º, que la recurrida cuenta con atribuciones legales para juzgar conocer y fallar los asuntos sometidos a su decisión, como un tribunal contencioso administrativo. Añadiendo en el considerando 9º que estos tribunales pese a no estar mencionado en el Código Orgánico de Tribunales, de todas formas ejercen jurisdicción, de acuerdo a una interpretación de la expresión “causas civiles” contenida en el artículo 73 (actual 76) de la CPR, para lo cual cita un fallo del pleno de la

⁷⁹ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, de la Organización Mundial del Comercio. Este documento en su artículo III:2 establece “Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos internos u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares...”

⁸⁰ La decisión fue acordada con el voto en contra del Ministro señor Jorge Rodríguez, quien coincidía con la interpretación realizada por el órgano recurrido, por lo mismo estuvo por desestimar el recurso.

⁸¹ SCS Rol N° 4321-2003, Fallos del Mes N° 518

⁸² La SCA de Valparaíso no se encontraba en la publicación Fallos del Mes N° 518, por lo mismo no se harán mayores referencias a su contenido.

Corte Suprema rol N° 3491-2001, sobre un recurso de inaplicabilidad, en el que a su vez, se contenía un fallo del Tribunal Constitucional, rol N° 176-1993.

En el recurso rol N° 236-2003, se señaló por lo recurrentes que se habría amenazado su derecho de propiedad por parte del Servicio de Aduanas, al emitir un comunicado de prensa, en el que expreso que respetara el fallo de la Corte Suprema (rol N° 375-2003), pero no modificara su criterio, pues en nuestro ordenamiento las resoluciones judiciales tienen un efecto relativo. Por su parte, en el recurso rol N° 311-2003, la amenaza la constituye una información que recibió en la oficina de aduanas, según la cual el impuesto establecido en el artículo 46 del DL 825 es aplicable.

Respecto de estos recursos, la Corte sostuvo que el actuar de la recurrida no constituye una amenaza a algún derecho garantizado por la Constitución, pues no reuniría los requisitos de esta (considerando 23 y 24).

Termina refiriéndose la Corte al argumento común en todos los recurrentes, que es la remisión a lo ya resuelto por la Corte en la causa rol N° 375-2003, que declaro ilegal la aplicación del citado impuesto, por lo mismo a su parecer e Servicio no debería puede volver sobre esa conducta. El considerando 29 señala “no es posible calificar como ilegal o arbitraria la conducta de la autoridad recurrida por el hecho de estimar que, tanto los efectos propios de la referida sentencia judicial, como los de la doctrina que fluye de sus fundamentos, no le resultan obligatorios ni vinculantes en su aplicación...” lo que se justifica por el efecto relativo de las sentencias, contenido en el artículo 3 inciso 2° del CC.

De acuerdo a lo realizado por la Corte en este caso podemos concluir, que pese a no tener fuerza vinculante la jurisprudencia, si es lícito que la misma Corte cite sus fallos anteriores para fundamentar una postura determinada.

El último de estos recursos es muy similar al primero que vimos. En primera instancia la Corte de Apelaciones de Punta Arenas⁸³ sostuvo que se trataba de un impuesto interno, y que al afectar tanto a vehículos importados como nacionales, no se vulnera el TLC celebrado con Canadá. En la segunda instancia, conoció la misma sala que fallo el primer caso, aunque en esta ocasión resolvió que la “cuestión de fondo excede los límites normales y específicos de un recurso de protección, porque bajo la apariencia de ser un caso de características parecidas a uno anterior fallado por esta sala, se aspira (...) extender igual pronunciamiento a una situación distinta a la resuelta en aquella oportunidad”⁸⁴. La diferencia

⁸³ SCA de Punta Arenas, Rol N° 12-2004 Fallos del Mes N° 525.

⁸⁴ SCS Rol N° 1677-2004, Fallos del Mes N° 525, considerando 4°.

a juicio de la Corte está dada por la promulgación de la ley 19.914, que modificó las tasas establecidas en el artículo 46 del DL 825, estableciendo su derogación a contar del 1 de enero de 2007⁸⁵.

Este caso es un tanto curioso, lo primero que llama la atención es que el cambio o diferencia que apunta la Corte, la verdad de las cosas no es tal, pues de la lectura de la ley es posible determinar que el fondo del asunto sigue siendo el mismo, sólo a partir del 1° de enero de 2007 cuando la disposición este completamente derogada. Por otro lado, de acuerdo a lo expresado por la Corte en el considerando que transcribimos, de no haberse dictado la ley 19.941, que insisto no realizó modificaciones al fondo de lo discutido, la Corte estaría obligada a resolver el asunto de la misma forma en que lo había hecho antes, desde mi punto de vista, y teniendo presente el valor del autoprécédente, la respuesta es afirmativa.

2.3.- El derecho de propiedad sobre el cargo.

Es el turno de revisar aquellos recursos en que lo discutido es la existencia de un derecho de propiedad sobre el cargo o función que beneficiaría a los funcionarios públicos.

La primera opción es considerar que si existe un derecho de propiedad sobre el cargo, de acuerdo a lo cual se ha resuelto “que han privado o al menos perturbado el derecho de propiedad que le asiste al recurrente sobre la función de directivo docente que ejerce en el cargo de director del Liceo B-34, Galvarino Riveros Cárdenas, de Castro, garantía constitucional que consagra el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República y ampara el artículo 20 del mismo texto constitucional, motivo por el cual se acoge el recurso de autos”⁸⁶.

⁸⁵ Específicamente la ley señala en su artículo 1°.- Deróganse a contar del 1 de enero de 2007, los artículos 46 y 46 bis de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, contenida en el decreto ley N° 825, de 1974.

En los períodos que a continuación se señala, el valor aduanero determinado de conformidad a lo establecido en los artículos 46 y 46 bis del decreto ley N° 825, de 1974, será incrementado en US\$ 2.500 dólares de los Estados Unidos de América por cada período, y el impuesto se aplicará con las tasas que se indica, en reemplazo de la establecida en el artículo 46:

1) A contar del 1 de enero de 2004, se aplicará una tasa de 63,75 por ciento sobre el valor aduanero determinado para ese año.

2) A contar del 1 de enero de 2005, se aplicará una tasa de 42,50 por ciento sobre el valor aduanero determinado para ese año.

3) A contar del 1 de enero de 2006, se aplicará una tasa de 21,25 por ciento sobre el valor aduanero determinado para ese año.

⁸⁶ SCA de Puerto Montt, Rol N° 3808-2003, considerando 9°, confirmada por la SCS Rol N° 2700-2003, ambas en Fallos del Mes N° 512.

La concepción de considerar que existe un derecho de propiedad sobre la función se ha mantenido en otros recursos, pero con algunas matizaciones, que vendrían dadas por la legalidad, tanto en el acceso como en el ejercicio del cargo, en este sentido podemos citar un fallo de la Corte Suprema que sostuvo “que, en consecuencia, se ha conculcado la garantía establecida en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, desde que se ha privado al recurrente del *derecho que ostentaba sobre el cargo para el cual había sido nombrado y al que había accedido legal y válidamente*, derecho respecto del que puede operar dicha garantía”⁸⁷.

Dentro de esta misma postura, hay fallos que señalan que la propiedad no existe precisamente sobre el cargo, sino que respecto del derecho de permanecer en él, en este sentido la Corte de Apelaciones de Concepción considero que “la propiedad no recae sobre el cargo o empleo, sino sobre el derecho a permanecer en él en tanto no se produzca una causal legal para la cesación de funciones (Excma. Corte Suprema rol N° 1.035-98)”⁸⁸. Este fallo presenta la particularidad de referirse expresamente a una resolución de otro tribunal, en este caso de la Corte Suprema, sobre esto volveremos más adelante.

La segunda opción es considerar que no existe tal derecho de propiedad, ni sobre el cargo ni al derecho de permanecer en él. Esta postura es sostenida por la Corte de Apelaciones de Rancagua la que señalo “que en lo relativo a la garantía consagrada en el N° 24 del artículo 19 de la Carta Política, no es posible concebir su privación, perturbación o amenaza tratándose de deberes y derechos que atan a los servidores públicos con los organismos del Estado. La función pública proviene de una relación jurídica de naturaleza estatutaria y, en consecuencia, el cargo a través del cual se desempeña participa de tal carácter y constituye una clase de representación del Estado que no es posible incluir en el campo del derecho privado en el que el derecho de propiedad se inserta y respecto del cual se establece la respectiva garantía constitucional...”⁸⁹.

⁸⁷ SCS Rol N° 2699-2003, Fallos del Mes N° 512, considerando 6° (cursivas mías). En este mismo sentido tenemos: SCA de San Miguel, Rol N° 220-2003, confirmada por SCS Rol N° 5577-2004, ambas en Gaceta Jurídica N° 294; SCA de Talca, Rol N° 65.916, confirmada por SCS Rol N° 5086-2004, ambas en Gaceta Jurídica N° 294; SCA de Valparaíso, Rol N° 152-2005, confirmada por SCS Rol N° 2670-2005, ambas en Gaceta Jurídica N° 301; SCA de Rancagua, Rol N° 2431-2003, confirmada por SCS Rol N° 4133-2003, ambas en Fallos del Mes N° 515; SCA de Santiago, Rol N° 50-2003, Fallos del Mes N° 514; SCA de Santiago, Rol N° 2050-2003, Fallos del Mes N° 515; SCS, Rol N° 2855-2004, Fallos del Mes N° 528; SCA de Santiago, Rol N° 3793-2003, Gaceta Jurídica N° 283; y SCS, Rol N° 5038-2003, Gaceta Jurídica N° 283.

⁸⁸ SCA de Concepción, Rol N° 697-2003, considerando 10°, confirmada por la SCS, Rol N° 3107-2003, ambas en Fallos del Mes N° 513.

⁸⁹ SCA de Rancagua, Rol N° 22.258, confirmada por la SCS, Rol N° 5399-2004, ambas en Gaceta Jurídica N° 294. En este mismo sentido: SCA de Talca, Rol N° 65.300, considerando 9°, confirmada por la SCS, Rol N°

Por lo que podemos ver no existe un criterio único al momento de resolver, es más existen fallos de un mismo tribunal que son contradictorios, así por ejemplo en el caso de la Corte de Apelaciones de Rancagua, en el recurso rol N° 2431-2003 sostuvo que existe un derecho de propiedad amparado por el artículo 19 número 24 (considerando 5°), pero luego en el recurso rol N° 21.748 sostuvo todo lo contrario (considerando 10°), sin expresar las razones que motivaron el cambio de criterio. Lo mismo sucede en la Corte de Apelaciones de Santiago, la que en los recursos roles N° 2050-2003 y 3793-2003, se inclinó por un criterio, cambiándolo en el recurso rol N° 2785-2004, y nuevamente sin expresar los motivos por los cuales se apartó de sus anteriores decisiones.

En lo que se refiere a la Corte Suprema, el asunto no deja de ser contradictorio, por ejemplo en el recurso rol 1824-2004, en la que confirmó la SCA de Talca rol N° 65.300, la que en su considerando 10° sostuvo que “la relación de funcionaria es una relación de Derecho Público reglada por las normas estatutarias que la rigen (...). Por el contrario el derecho de propiedad se refiere a relaciones reguladas por el derecho privado”, es decir, no es posible hablar de derecho de propiedad dentro de una relación de derecho público. Pero luego la Corte Suprema, en el recurso rol N° 2855-2004, en su considerando 9°, sostuvo que “en la dictación de la resolución que se ha vulnerado el artículo 19 número 24 de la Constitución Política de la República, en cuanto se ha afectado su derecho sobre la función”. Contradicción que resulta aún más criticable si consideramos que en ambos fallos la sala estuvo conformada por los Ministros señores Chaigneau, Cury, Juica, y el abogado integrante Emilio Pfeffer⁹⁰, sin embargo, pese a este dato, se entendió en sentido diverso el derecho de propiedad sobre el cargo o función, sin manifestar cuales fueron las razones que apoyarían el cambio de criterio.

Por último, en lo que respecta al uso de jurisprudencia dentro de los fallos nos encontramos con tres casos. El primero se da en la SCA de Concepción rol N° 697-2003, al que ya hicimos referencia. Un segundo caso es la SCA de Talca rol N° 65.300, en la que se señala que “los puntos (considerandos) octavo, noveno y décimo están contenidos en un fallo de la Excma. Corte Suprema de fecha 3 de junio de 2002, Rol N° 1.204-2002”. Y un tercer caso en la SCA de Valdivia, Rol N° 252-2005⁹¹, la que se refirió expresamente a un fallo de la Corte Suprema, aún cuando no indicó el rol de este, si proporciono los datos necesarios para

1824-2004, ambas en Gaceta Jurídica N° 287; SCA de Santiago, Rol N° 2785-2004, confirmada por la SCS, Rol N° 4187-2004, ambas en Fallos del Mes N° 526; SCA de Rancagua, Rol N° 21.748, Fallos del Mes N° 528.

⁹⁰ En el recurso rol N° 1824-2004 la sala la conformaba además el Ministro Nibaldo Segura, en tanto que en el recurso rol N° 2855 lo hacía el abogado integrante Manuel Daniel.

⁹¹ SCA de Valdivia, Rol N° 252-2005, Gaceta Jurídica N° 300, considerando 9°. Este fallo no fue citado anteriormente porque en ella no se trató directamente el problema en que nos centramos, esto es, la existencia de un derecho de propiedad sobre el cargo o función.

llegar a su conocimiento⁹². En el primer y tercer caso recién mencionados, vemos que la jurisprudencia es utilizada como un argumento a favor de la resolución a la que llegó el tribunal, “como una razón a favor de una cierta conclusión jurídica”⁹³. Pero es la SCA de Talca la que me parece más interesante, pues creo que va un paso más allá del simple argumento de autoridad, ya que manifiesta que tres considerandos de su resolución los tomó de un fallo de la Corte Suprema.

3.- Derecho a la Protección de la Salud.

3.1.- Consagración normativa.

De una primera lectura a nuestra Constitución, podemos derivar, sin mayores problemas, que se trata de una garantía reducida en cuanto a la posibilidad de fundar un recurso de protección por su vulneración, pues el artículo 20 CPR sólo garantiza el inciso final del numeral 9º del artículo 19, esto es, “Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.”

Así las cosas, lo razonable sería pensar, tal como lo señala Gastón GÓMEZ BERNAL⁹⁴, que debieran ser escasos los recursos de protección relativos a la protección de la salud. Pero la realidad dista de lo antes dicho, y la razón primordial, tal como lo veremos más adelante, la encontramos en la utilización del derecho de propiedad sobre toda clase de bienes incorporales, específicamente aquellos derechos derivados del contrato de salud, pues en base a este derecho las Cortes de Apelaciones y Suprema acogen los recursos interpuestos. Por lo mismo, es necesario aclarar que este aspecto se analizará en forma separada del derecho de propiedad propiamente tal, porque al recurrir de protección los afiliados mencionan a ésta garantía como lesionada, y por otro lado porque bajo este título puedo reunir todos los fallos dictados en contra de la Institución Provisional de la Salud (en adelante ISAPRE), lo que favorece el orden.

3.2.- El caso de las ISAPRES.

En el período estudiado, la totalidad de los Recursos de Protección entablados, fundados en la vulneración del artículo 19 número 9 inciso final, recurren afiliados a ISAPRES, principalmente, por dos situaciones, a saber: a) modificaciones en los planes de

⁹² Estos datos son la fecha del fallo y la revista en la que se encuentra publicado.

⁹³ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. *Ob cit.* p. 573.

⁹⁴ Cfr. GÓMEZ BERNAL, Gastón. *Ob cit.* p. 422.

salud, y b) negativa de la ISAPRE a otorgar cobertura o bonificar una determinada intervención o medicamento, dentro de este punto, nos encontramos con dos subcategorías, i) por considerarse que la patología que justifica dicha intervención o medicamento es preexistente, y ii) negativa de las ISAPRES a reembolsar o bonificar los gastos incurridos por los afiliados. A continuación analizaremos por separado estas dos situaciones.

3.2.a. Adecuación del plan de salud.

De acuerdo al artículo 38 inciso tercero de la ley 18.933,⁹⁵ las ISAPRES tienen la facultad de revisar los contratos de salud, en el mes de su suscripción, pudiendo la ISAPRE “solo adecuar los precios, prestaciones convenidas y la naturaleza y el monto de sus beneficios, a condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan (...) Estas condiciones generales deberán ser las mismas que se estén ofreciendo a esa fecha a los nuevos contratantes en el respectivo plan”. Finaliza el inciso otorgando al afiliado, el derecho a optar, entre mantener su plan de salud, con las adecuaciones propuestas por la ISAPRE, o solicitar un plan alternativo, pudiendo elegir entre estos, o bien desafiliarse.

Esta facultad otorgada a las ISAPRES, ha generado muchos conflictos entre estas instituciones y sus afiliados, pues estos últimos consideran que las instituciones la ejercen de forma ilegal y arbitraria.

De los fallos revisados, son dos los puntos que deseo destacar, primero lo referente a la interpretación y alcance que le han dado nuestros tribunales al ya citado artículo 38 de la ley 18.933, y como segundo punto, lo referente a cual es la garantía utilizada por los tribunales para acoger los recursos interpuestos.

En cuanto al primero de los puntos, una sentencia de la Corte Suprema (en adelante SCS) señala “Que de lo dicho queda claro que la facultad revisora de la Isapre, en lo que a la reajustabilidad del plan de salud se refiere el inciso 3° del artículo 38 de la Ley 18.933, debe entenderse condicionada en su esencia a un cambio efectivo del costo de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos y no por un simple aumento debido a fenómenos inflacionarios que carecen de significación por ser reajustables automáticamente las cotizaciones (debido a que los planes están estipulados en Unidades de Fomento); (...) de lo que sigue que dicha actuación de la Isapre, si bien enmarcada en el inciso tercero del artículo recién mencionado, no corresponde a una aplicación razonable y lógica de

⁹⁵ Ley que crea La Superintendencia De Instituciones De Salud Previsional, Dicta Normas Para El Otorgamiento De Prestaciones Por Isapre Y Deroga El Decreto Con Fuerza De Ley N° 3, De Salud, De 1981. Publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1990.

la referida facultad, ya que no se motivó a cambios de las condiciones que se requieren para ello.”⁹⁶

Para llegar a tal razonamiento, parten de la base que la facultad revisora otorgada por la ley, es una excepción del artículo 1.545 del Código Civil, y por lo mismo, debe ser interpretada de forma restrictiva, sumado a lo anterior, se tiene presente el objetivo que tuvo el artículo 38 inciso 3° de la ley 18.933, que sería considerar los mayores costos imposibles de prever.⁹⁷ Por lo mismo, la referencia a “las condiciones que se requieren”, de acuerdo al considerando de la SCS antes transcrito, se ha entendido que “(...) la alteración del valor de las prestaciones médicas ha de provenir de la introducción de nuevos tratamientos o tecnologías aplicadas, que modifiquen sustancialmente las respectivas prestaciones”⁹⁸

Todo lo dicho hasta este punto, muestra la forma en que, nuestros tribunales, han entendido el artículo 38 de la ley 18.933. La cual contrasta con la interpretación de las ISAPRES, las que sostienen que ésta disposición no exige fundamento alguno, bastando que se cumplan los requisitos establecidos en el inciso 3° del artículo 38, esto es, que no importe discriminación entre los afiliados a un mismo plan⁹⁹. Discrepancia, que explica el alto porcentaje de recursos acogidos.

Pasemos ahora a ver que es lo que sucede con la garantía constitucional privada, amenazada o perturbada, que sirve de fundamento para acoger el recurso. Si bien, el presente apartado se ubica bajo el título de Derecho a la Protección de la Salud, en verdad, el artículo 19 número 9 inciso final de la CPR no es considerado a la hora de resolver el recurso, sino que, tal como lo adelantamos, es el dúctil derecho de propiedad el utilizado por los tribunales, principalmente por la Corte Suprema.

Sin embargo, existen ciertas excepciones, en las que se ha acogido el recurso por el derecho a la protección de la salud, generalmente en las Cortes de Apelaciones, pero cuando le

⁹⁶ SCS, Rol N° 1.649-2004, 23 de junio de 2004, Fallos del Mes N° 523, pp. 1.087-1.088, considerando 11°.

⁹⁷ Cfr. SCA de Santiago, Rol N° 3.795-2003, de 17 de noviembre de 2003, Fallos del Mes N° 517, p. 3.444, considerando 5°. Confirmada por la SCS, Rol N° 5.215-2003.

⁹⁸ SCS, Rol N° 3.371-2004, del 28 de septiembre de 2004, Gaceta Jurídica, N° 291 Septiembre de 2004, p. 46, considerando 11°. En igual sentido, SCS, Rol N° 1.649-2004, Fallos del Mes N° 523, p. 1.087, considerando 9°; SCS, Rol N° 5.503-2004, Fallos del Mes N° 529, p. 3.184, considerando 7°; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 3.669-2004, Fallos del Mes N° 527, p. 2.525, considerando 7°; SCA de Santiago, Rol N° 5.215-2003, Fallos del Mes N° 517, p. 3.446, considerando 5°; y SCA de Santiago, Rol N° 953-2004, Gaceta Jurídica N° 289 Julio de 2004, p. 67, considerando 5°. Estos dos últimos fallos, incluyen a cambios en la economía del país.

⁹⁹ Cfr. SCA de Santiago, Rol N° 7.056-2003, Fallos del Mes N° 520, p. 90, considerando 2°.

ha tocado conocer, como segunda instancia, a la Corte Suprema, son dos las posibilidades, por un lado que se confirme el fallo apelado¹⁰⁰, lo que lógicamente implica confirmar la garantía en la que se funda, o bien, que la Corte Suprema, revoque el fallo, lo que del total de sentencias analizadas, sobre este punto, ocurrió en una oportunidad, en la que sólo se revocó el considerando que señalaba cual era la garantía conculcada.¹⁰¹

Siguiendo en la misma línea, es importante recalcar, que aún cuando en estas situaciones de excepción se invocó el derecho a la protección de la salud, conjuntamente las Cortes de Apelaciones, utilizaron el derecho de propiedad. Salvo en un caso, SCA de Santiago Rol N° 487-2004 en su considerando 12° señaló “Que así las cosas, el proceder de la recurrida importa una violación de las garantías de igualdad ante la ley y libre elección del sistema de salud desde el momento que se está estableciendo una discriminación sin fundamentos, que lleva a una persona, a tener que *solventar ingentes gastos* de salud a fin de poder mantenerse en el sistema libremente elegido por ella (...)” (cursivas mías) En este caso no se utilizó, al menos no formalmente, el derecho de propiedad, pero de todas formas, incidentalmente hace referencia a la propiedad, al mencionar que se deben “solventar ingentes gastos” para poder mantenerse en el sistema privado de salud.

3.2.b. Negativa a otorgar cobertura o bonificación.

Dentro de este grupo, nos encontramos con dos supuestos, por un lado, la negativa a la cobertura, que la ISAPRE justifica porque el afiliado no declaró una enfermedad preexistente, estando obligado por ley a ello, en virtud del artículo 33 letra f) de la ley 18.922, y por otro lado, porque el plan de salud no contempla cobertura para una determinada patología o medicamento, o la contempla en menor medida que lo sostenido por el afiliado. Se verán por separado ambos casos.

La propia ley 18.933 señala lo que debemos entender por enfermedad preexistente, en su artículo 33 bis no dice “Para los efectos de esta ley, se entenderán que son preexistentes aquellas enfermedades o patologías que hayan sido conocidas por el afiliado y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la inscripción del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso.” Así los elementos centrales son: el conocimiento por parte del

¹⁰⁰ SCS, Rol N° 5.503-2004, confirmando SCA de Santiago, Rol N° 4.875-2004, Fallos del Mes N° 529; SCS, Rol N° 1.649-2004, confirmando SCA de Santiago, Rol N° 7.952-2003, Fallos del Mes N° 523; SCS Rol N° 740-2004, confirmando SCA de Santiago, Rol N° 7.056-2003, Fallos del Mes N° 520; y SCS, Rol N° 2.485-2003, que confirma SCA de Concepción, Rol N° 396-2003, acumulado 772-2003, Fallos del Mes N° 512.

¹⁰¹ SCS, Rol N° 1.762-2004, revocando en este punto SCA de Santiago, Rol N° 487-2004, Fallos del Mes N° 522.

afiliado de la existencia de la patología, y que dicha patología haya sido diagnosticada médicamente.

Cuando las Cortes se enfrentan con recursos sobre esta materia, y es de aquellos casos en que el recurso es acogido, un argumento recurrente es sostener que la ISAPRE no ha logrado acreditar fehacientemente que la enfermedad tiene el carácter de preexistente.¹⁰² Incluso, se llega a criticar la visión comercial que ha guiado el actuar de la ISAPRE, en desmedro de su función social, pues frente a la falta de antecedentes claros, optó por negar la cobertura.¹⁰³

En el caso contrario, la decisión se centra en el hecho de que los antecedentes acompañados acreditan que la enfermedad fue diagnosticada médicamente con anterioridad a la suscripción del contrato de salud, concluyendo en que frente a tales hechos la ISAPRE cuenta con la facultad de negar la cobertura o terminar unilateralmente el respectivo contrato¹⁰⁴.

En cuanto, a la garantía constitucional afectada, los tribunales han fallado que es el derecho de propiedad el que se ve afectado, ya que “(...) al serle negada la cobertura, en los términos que se explicaron, debería solventar con sus propios medios el gasto que irrogó el señalado episodio médico, lo cual importa una disminución concreta y efectiva en el patrimonio de ella, al tener que soportar una injustificada carga económica derivada de la negativa de la institución de salud provisional a efectuar los pagos a que se obligó mediante contrato.”¹⁰⁵

¹⁰² Cfr. SCS, Rol N° 2.712-2004, Gaceta Jurídica N° 290, considerando 8°; SCA de Concepción, Rol N° 10-2004, Fallos del Mes N° 523, considerando 6°; y SCA de Concepción, Rol N° 1.305-2004, Fallos del Mes N° 526, considerandos 10° y 11°.

¹⁰³ SCA de Concepción, Rol N° 1.305-2004, Cit. En su considerando 11° señala “Que a pesar de la falta de antecedentes, (...) la Isapre recurrida sin mayores dilaciones optó por negar cobertura al programa médico que le presentó el actor por su hija Valentina” “De esta forma se omitieron de parte de la recurrida razonamientos y decisiones más acordes con la gran responsabilidad que ha asumido ante el Estado” “En efecto, al existir dudas acerca de las obligaciones que debe asumir en virtud del Contra de Salud que firmó, a lo menos debió disponer verificar la información vaga e imprecisa, como se señaló, que se entregaba, primando una actitud defensiva comercial. Es inadmisibles permitir que la naturaleza comercial de estas instituciones prime ante la función social que se les encomienda.”

¹⁰⁴ Los casos en que el recurso fue rechazado son los siguientes: SCS, Rol N° 5.428-2003, Gaceta Jurídica N° 285; SCS Rol N° 1.055-2004, Fallos del Mes N° 521; y SCA Rol N° 6.950-2005, confirmada por la SCS Rol N° 415-2005, Gaceta Jurídica N° 297.

¹⁰⁵ SCS, Rol N° 2.712-2004, Cit, Considerando 9°. Igual sentido: SCS, Rol 1.960-2003, Fallos del Mes N° 511, considerando 8°; SCA de Concepción, Rol N° 20-2004, Cit. considerando 9°; SCA de Temuco, Rol N° 2.349-2003, Fallos del Mes N° 524, considerando 8°; y SCA de Concepción, Rol N° 1.305-2004, Cit. considerando 12°

Sin embargo, existe un caso en que el Ministro Milton Juica, como voto disidente, concluyó que “En la especie dicha recurrente escogió el sistema privado, en la justa creencia de que éste respondería a los requerimientos de salud –que a ello se refiere la garantía del señalado número, que se encabeza justamente con ‘El derecho a la protección de la salud’, aún cuando sólo se protege por la presente vía cautelar su inciso final-. Al no responder el sistema, frente a un requerimiento preciso como el que se ha presentado en estos autos, el precepto deja de tener sentido, porque permite que el derecho a acceder a un plan de salud determinado resulte en la práctica absolutamente inoperante”¹⁰⁶

Por último, corresponde revisar aquellos casos en que la ISAPRE niega la bonificación de los medicamentos, o bien, en el caso de las hospitalizaciones, se niega la cobertura en el porcentaje alegado por el afiliado.

En estos supuestos, nuestros tribunales hacen especial mención al hecho de que es un especialista, o sea un médico, el que recomienda o dispone la hospitalización, ya sea en un centro de salud o domiciliaria, o dispone la administración de determinado medicamento en forma hospitalaria, y no ambulatoria.^{107 108} No teniendo autoridad la ISAPRE para alterar la calificación médica, o en el caso de poder hacerlo, no acompaña antecedentes que la justifiquen.

Respecto a la garantía conculcada, en estos casos, no existe divergencia, los fallos son uniformes en sostener que por el actuar de la ISAPRE se atenta contra el derecho de propiedad.

(en este caso, se acoge el recurso por conculcar tanto el derecho de propiedad como el derecho a la integridad física y psíquica de la recurrente),

¹⁰⁶ SCS, Rol N° 1.402-2003, Fallos del Mes N° 510, voto disidente Ministro Milton Juica.

¹⁰⁷ Ver: SCA de Concepción, Rol N° 559-2004, considerandos 7° y 8°, sentencia confirmada por SCS, Rol N° 1.415-2004, ambas en Fallos del Mes N° 521; SCA de Santiago, Rol N° 7.016-2003, considerando 5°, confirmada por SCS Rol N° 5.666-20003, ambas en Fallos del Mes N° 518; y SCS, Rol N° 2.997-2005, Gaceta Jurídica N° 301.

¹⁰⁸ Aunque existe un caso que no sigue la lógica recién mencionada, se trata de un afiliado que recurre por la negativa de la ISAPRE a bonificar un medicamento, siendo que lo viene haciendo hace más de tres años, primero de forma hospitalaria y luego en forma ambulatoria, la institución señala que no está obligada a bonificar los medicamentos ambulatorios, el primera instancia se rechazó el recurso, pero la Corte Suprema, señaló que si bien la ISAPRE no está obligada, ni legal ni contractualmente, a dar la cobertura, en la práctica lo ha hecho por largo tiempo, terminando esta práctica unilateralmente y sin justificación alguna, con lo que modificó la aplicación práctica del contrato que hacen las partes (de acuerdo al artículo 1.465 inciso 2° del Código Civil), por lo que dicho beneficio debe incorporarse en los beneficios establecidos en el contrato. SCS, Rol N° 2.973-20003, Fallos del Mes N° 513.

3.3.- Análisis crítico de la jurisprudencia recopilada.

La jurisprudencia recopilada demuestra, que al menos en ésta materia, existe una línea uniforme de decisión, transformándose en algunos casos la uniformidad en una unanimidad.

Si consideramos que el precedente cumple una función de alivianar la carga argumentativa de la decisión, pues, el tribunal ya resolvió un caso similar, en el cual determinó cual era la interpretación, que a su juicio, es la más correcta, evitándose así un nuevo pronunciamiento, remitiéndose a la solución del caso precedente. Pero nos encontramos ante un panorama distinto, pese a existir una uniformidad en las decisiones, las argumentaciones se siguen repitiendo en el tiempo, es más, existen fallos que sus considerandos son iguales,¹⁰⁹ por ejemplo, tenemos dos fallos dictados por la Corte de Apelaciones de Santiago, en ambos casos la sala esta integrada por la Ministra Amanda Valdovinos, pero en sólo uno de ellos, le correspondió la redacción de la sentencia, los demás Ministros, en ambos casos, no coinciden. Lo interesante es ver, en ambos fallos, los considerandos 4º, 5º y 6º, que corresponden a lo resolutivo de la sentencia, e inmediatamente nos percataremos de la igualdad literal.

Podemos hablar de un respeto al precedente tácito, pues no existe manifestación expresa al respecto. Para ello basta con observar la línea decisoria que se ha mantenido constante en los tres años, ante casos similares, teniendo como resultado resoluciones uniformes. Aunque, y esto es lo criticable, existen ciertos cambios de criterios que no son fundamentados, como lo que ocurre con la garantía constitucional conculcada por la actuación de la ISAPRE, en algunos casos se indica que sólo se ve afectado el derecho a propiedad, y en otros, junto con este, el derecho a la protección de la salud, sin añadir razones de por que se entiende que en un caso se ve vulnerada una garantía, y por que las dos en otro.

Relacionado con lo anterior, creo que estos cambios de criterios se explican desde otro punto de vista, y que tiene que ver con la forma de argumentar los recursos de protección en general, toda vez que nuestras Cortes, tanto de Apelaciones como Suprema, realizan un análisis más completo y detallado de la ilegalidad o arbitrariedad de la acción u omisión de la que se recurre, pero no así de la garantía lesionada, siendo del todo común, ver en los fallos, a la hora de argumentar en que sentido fue amenazado, perturbado o lesionado un determinado derecho, una transcripción del texto constitucional, en frases como “Que de todo lo dicho sólo

¹⁰⁹ SCA de Santiago, Rol N° 3.795-2003, Cit. pronunciada por los Ministros Jaime Rodríguez Espoz, Amanda Valdovinos Jeldes y Abogado integrante Marcos Horacio Thomas Doble, redacción a cargo de la Ministra Amanda Valdovinos. En comparación con la SCA de Santiago, Rol N° 953-2004, Cit. pronunciada por los Ministros Jorge Zepeda, Amanda Valdovinos y por la Abogada integrante Ángela Radovic Shoepen, redacción a cargo de la abogada integrante.

cabe concluir que la conducta de la recurrida priva al afiliado de su dominio sobre el bien incorporal constituido por las bonificaciones convenidas en el contrato de salud previsional ya aludido, dominio que se encuentra protegido en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República”¹¹⁰ Lo que evidencia una clara ausencia de argumentación.

4.- Derecho a no ser juzgado por comisiones especiales.

4.1.- Consagración normativa.

El artículo 19 en su numeral 3° inciso 4° de la CPR señala que “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”¹¹¹. Por su parte, el artículo 20 de la CPR, garantiza, del numeral 3° del artículo 19, solamente este inciso.

Siguiendo al profesor CEA EGAÑA, entendemos por comisión especial a todas “aquellas entidades formadas por un individuo o grupo de individuos, que, *de facto*, ejercen jurisdicción”¹¹². Así la comisión especial, se atribuyen el ejercicio de la jurisdicción, que de acuerdo al artículo 76 de la CPR, compete exclusivamente a los tribunales de justicia establecidos por ley.

La jurisdicción comprende tres actividades, a saber, la de conocer los asuntos civiles o criminales, de resolverlos y de hacer ejecutar lo juzgado. Las comisiones especiales pueden actuar en cualquiera de ellas¹¹³.

4.2.- La inspección del trabajo como comisión especial.

Lo primero que llama la atención al ver la práctica de nuestras Cortes, es que en su gran mayoría los recursos, en que se utiliza la garantía a la que nos referimos, aparece como ente recurrida la Inspección del Trabajo, pues los empleadores a los que este organismo sanciona, generalmente por medio de multas, consideran que dicha actuación atentaría contra

¹¹⁰ SCA de Concepción, Rol N° 559-2004, cit, confirmada por la SCS Rol N° 1.415-2004, Cit.

¹¹¹ Este inciso, fue modificado por la ley 20.050, la cual fue publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005. El antiguo texto señalaba que “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta”

¹¹² CEA EGAÑA, José Luís. Derecho Constitucional Chileno: Tomo II Derechos, Deberes y Garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2004. p. 152 (cursivas del autor).

¹¹³ Loc. Cit.

el artículo 19 número 3 inciso 4° de CPR. Por lo mismo, en esta sección nos referiremos únicamente a aquellos recursos que se interponen contra este organismo.

La sorpresa se justifica pues el Código del Trabajo, en su artículo 476 dispone que “La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que lo rigen”, similar disposición se encuentra en el artículo 5° del DFL N° 2, Ley Orgánica Constitucional de la Dirección del Trabajo, de 1967.

Nuestra Corte Suprema, en los casos en que se recurre por aplicación de sanciones por parte de la Inspección del Trabajo, ha mantenido una postura constante¹¹⁴, la cual se refleja en la SCS Rol N° 5.465-2003, la que en su considerando segundo, luego de reconocer que la Dirección del Trabajo cuenta con la facultad de fiscalizar el cumplimiento de la ley laboral, señala “Que, sin embargo, tales facultades deben ejercerse sólo cuando dicho servicio se encuentre frente a situaciones de infracción a las normas laborales, o sea, cuando con su actividad de fiscalización se sorprendan ilegalidades claras, precisas y determinadas”, luego en su considerando 5° expresa “Que, como puede concluirse de los brevemente manifestado y de los antecedentes que contiene el proceso, la Inspección recurrida se pronunció, interpretando contratos de trabajo, imponiendo una multa administrativa a la empresa recurrente (...)”, continúa en su considerando 6° “Que la señalada actuación significó que la Inspección recurrida se avocara a una cuestión que se encuentra al margen de las facultades conferidas a dicho organismo por los artículos 474 y siguientes del Código de esta especialidad, y que debía ser resuelta por la judicatura que conoce de estos asuntos (...)”, en seguida, en el considerando 7° señala “Que en efecto, y tratándose de hechos que están en discusión, y que involucran situaciones de hecho que es necesario analizar, debatir y probar, corresponde a la autoridad jurisdiccional pertinente su conocimiento en un procedimiento de lato conocimiento (...)”, con todo concluye en su considerando 8° “Que, por consiguiente, la conclusión inevitable de todo lo anterior es que la autoridad recurrida se arrogó facultades propias y excluyentes de los tribunales de justicia en lo laboral”¹¹⁵.

¹¹⁴ Excepcionalmente la CS ha rechazado los recursos de protección presentados, lo que se ha dado en dos casos: SCS Rol N° 2.254-2003, Fallos del Mes N° 517, y SCS Rol N° 4.710-2003 Gaceta Jurídica N° 282.

¹¹⁵ SCS Rol N° 5.465-2004, Fallos del Mes N° 529. En este mismo sentido: SCS Rol N° 5.001-2004, Gaceta Jurídica N° 293; SCS Rol N° 4.685-2004, Fallos del Mes N° 528; SCS Rol N° 4.489-2004, Fallos del Mes N° 527; SCS Rol N° 3.688-2004, Fallos del Mes N° 526; SCS Rol N° 4.602-2004, Gaceta Jurídica N° 292; SCS Rol N° 2.259-2004, Fallos del Mes N° 523; SCS Rol N° 1.765-2004, Fallos del Mes N° 522; SCS Rol N° 1.509-2004, Fallos del Mes N° 522; SCS Rol N° 1.463-2004 Fallos del Mes N° 522; SCS Rol N° 554-2004, Fallos del Mes N° 520; SCS Rol N° 234-2004, Fallos del Mes N° 521; SCS Rol N° 130-2004, Fallos del Mes N° 518; SCS Rol N° 5.096-2003 Fallos del Mes N° 518; SCS Rol N° 5.094-2003, Fallos del Mes N° 518; SCS Rol N° 4.735-2003,

En cambio, en las Cortes de Apelaciones, el asunto no es tan uniforme, pero la tendencia mayoritaria es en el sentido contrario a lo sostenido por la Corte Suprema, ya que generalmente rechazan los recursos interpuestos. Las razones del rechazo las podemos reducir a dos¹¹⁶. En primer lugar se considera que la Inspección del Trabajo, al imponer las sanciones, actúa conforme a sus atribuciones, así por ejemplo, se ha fallado “Que con lo extractado de la legislación aplicable (artículos 1º, 2º, 5º letras b) y c), 20 y 18 DFL N° 2 de 1967, y artículo 476 del Código del Trabajo), no cabe duda que no existe ilegitimidad de origen que afecte a la recurrida. Su labor inspectiva y de fiscalización tiene expreso fundamento en la ley, como asimismo, el indispensable momento interpretativo. Naturalmente, ello habrá de contenerse dentro del ámbito administrativo, sin que por su intervención aun en el campo de las resoluciones pueda homologarse al grado jurisdiccional, por su naturaleza y carácter”¹¹⁷.

Siempre sobre este primer grupo de casos, en un fallo se sostuvo “Que otra cosa es pensar que dicha autoridad administrativa represente un mero buzón que sólo acepte o rechace, sin ningún análisis, la documentación que se le exhiba, reservándose todo lo demás a la decisión jurisdiccional, caso en el cual está no cumplirá con su misión propia de servir como fiscalizador calificado de las relaciones laborales (...)”¹¹⁸. Lo que representa una postura contradictoria con la mantenida por la Corte Suprema.

En segundo lugar, están aquellos fallos que consideran que los hechos sobre los que se recurre, son propios de un procedimiento de lato conocimiento, así señalan “Que en consecuencia, existiendo en el ordenamiento jurídico vigente, vías judiciales –además de la administrativa- consistentes en procedimientos especiales para la sustanciación y fallo de los reclamos contra las resoluciones a través de las cuales los inspectores de la Dirección del Trabajo imponen sanciones de multas, como es el que regla específicamente el artículo 474 del Código del Trabajo, el recurrente a debido utilizar tales medios jurisdiccionales o administrativos, y no la sede de esta acción de urgencia, restringida al marco de restablecer el imperio del derecho en las condiciones y modalidades que establece el artículo 20 de la

Gaceta Jurídica N° 284; SCS Rol N° 3.940-2003, Fallos del Mes N° 515; SCS Rol N° 2.599-2003, Fallos del Mes N° 512; y SCS Rol N° 1.522-2003, Fallos del Mes N° 511.

¹¹⁶ Aunque existe un tercer grupo de casos, en los cuales se utilizan ambos argumentos para rechazar el recurso. Véase: SCA de San Miguel, Rol N° 153-2004 acumulado Rol N° 168-2004, considerandos 5º, 6º y 7º, Fallos del Mes N° 528; y SCA de San Miguel, Rol N° 190-2004, considerandos 3º, 4º y 5º, Fallos del Mes N° 526.

¹¹⁷ SCA de Santiago, Rol N° 7.359-2003, considerando 7º, Fallos del Mes N° 521. en este mismo sentido: SCA de Iquique, Rol N° 39.965, considerando 3º, Fallos del Mes N° 523; SCA de Antofagasta, Rol N° 706-2004, considerando 5º, Gaceta Jurídica N° 293; SCA de Santiago, Rol N° 8.735-2003, considerando 7º, Fallos del Mes N° 522; SCA de Santiago, Rol N° 6.111-2003, considerando 7º, Fallos del Mes N° 518; y SCA de Santiago, Rol N° 7.351-2003, considerando 12º, Fallos del Mes N° 511.

¹¹⁸ SCA de Santiago, Rol N° 8.735-2003, cit. considerando 6º.

Constitución Política de la República, acción está última que resulta inadmisibles y que por ende debe ser desestimada”¹¹⁹.

En lo que se refiere a la garantía constitucional que se entiende vulnerada por el actuar del organismo fiscalizador, existe un cierto consenso en considerar que se trataría de aquella consagrada en el artículo 19 número 3° inciso 4° de la CPR. Sin embargo, existen algunos casos en que se entiende vulnerado el derecho de propiedad, pues la imposición de la sanción (generalmente una multa) genera un perjuicio económico, “Que, además, tal situación amenaza el derecho de propiedad del recurrente, desde que de acuerdo al criterio sostenido por la Inspección del Trabajo, el empleador deberá soportar el pago de multas, lo que importa, evidentemente, incurrir en un desembolso de parte de su patrimonio, de manera que la acción cautelar intentada resulta procedente en aras de proteger el ejercicio de la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental”¹²⁰

Me interesa destacar lo que ha expresado la Corte Suprema en algunas oportunidades, cuando resolviendo en segunda instancia el recurso interpuesto comienza señalando “Que, tal como lo ha venido sosteniendo en forma reiterada, conociendo de asuntos como el presente, y se ve en la necesidad de consignarlo también en esta sentencia, con la finalidad de mantener la uniformidad de la jurisprudencia sobre el particular (...)”¹²¹.

Este tipo de considerandos los encontramos en aquellos casos en que la Corte de Apelaciones respectiva rechazó el recurso, por cualquiera de las razones que ya señalamos anteriormente.

Lo importante es determinar como interpretamos este tipo de afirmaciones, con el consiguiente problema, de lograr compatibilizar esta interpretación con lo sostenido, en cuanto al precedente, tanto por la doctrina mayoritaria como por la propia Corte Suprema en el acuerdo del pleno que citamos en el capítulo anterior.

¹¹⁹ SCA de San Miguel, Rol N° 362-2003, considerando 6°, Fallos del Mes N° 520. En este mismo sentido: SCA de San Miguel, Rol N° 160-2004, considerando 2°, Fallos del Mes N° 529; y SCA de Santiago, Rol N° 5.094-2003, considerando 5°, Fallos del Mes N° 518.

¹²⁰ SCS Rol N° 130-2004, cit, considerando 3°. En este mismo sentido: SCA de Concepción Rol N° 4.097-2003, acumulado Rol N° 4.163-2003, considerando 15, confirmada por SCS Rol N° 1.463-2003, cit.; SCA de Concepción, (Nota: En la publicación no expresa el rol de la sentencia de primera instancia), considerando 8°, confirmada por SCS Rol N° 3.940-2003, cit.; y SCA de Santiago, Rol N° 1.803-2003, considerando 9° (en este caso la Corte consideró conculcadas las garantías del artículo 19 número 3° inciso 4° y 24), confirmada por SCS Rol N° 2.599-2003, cit.

¹²¹ SCS, Rol N° 5.465-2004, cit. En este mismo sentido: SCS, Rol N° 3.688-2004, cit; SCS, Rol N° 1.765-2004, cit; SCS, Rol N° 234-2004, cit.

Sobre lo primero, creo que es posible que la Corte implícitamente le otorgue un valor al precedente vertical, llamando la atención de las Cortes de Apelaciones a fin de lograr unificar la jurisprudencia conforme al criterio sostenido por la Corte Suprema, haciendo imperar su superioridad jerárquica. Pero que sucede con el efecto relativo de las sentencias, entendido de la forma que lo hace la doctrina mayoritaria, según el cual la jurisprudencia sólo tiene un efecto respecto del caso concreto, no obligando al juzgador mantener un criterio similar en el futuro.

Cabe preguntarse también que sucede con la independencia de los tribunales, afirmaciones como esta hacen cobrar aún más fuerza lo sostenido por el profesor BORDALÍ¹²², pues a mi juicio no es posible compatibilizar estas manifestaciones con el principio de independencia de los tribunales, pues se ve mermada de forma considerable dicha independencia de los tribunales inferiores, los que pese a encontrarse en un sistema donde mayoritariamente se sostiene que los precedentes no tienen fuerza vinculante, pero que en los hechos pareciera no ser tan absoluto.

Por último, respecto de la garantía constitucional vulnerada por el actuar de la Inspección, si bien es cierto, existe una mayoría que se inclina por sostener que es el artículo 19 número 3 inciso 4° CPR, existen ciertos casos en que se considera lesionado el derecho de propiedad, y en ambos casos nos encontramos con una nula argumentación del porqué se estaría lesionando tal o cual garantía, señalando por ejemplo “que de acuerdo a lo expuesto, fuerza reconocer que la recurrida incurrió en un acto ileal y arbitrario que perturba o amenaza el ejercicio del la garantía constitucional consagrada en el numeral 3° inciso 4° del artículo 19 de la Carta Fundamental, pues nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por éste”¹²³, lo que no es más que un reiteración de lo dispuesto en la constitución, lo que importa una falta de consideración notable hacia las partes.

5.- Un caso especial.

En esta última sección, y contradiciendo lo señalado al comienzo de este capítulo, veremos un caso particular sin relación a otros recursos, pero pese a la contradicción, considero que merece un mención especial.

¹²² Ver nota 48.

¹²³ SCS, Rol N° 5001-2004, Gaceta Jurídica N° 293, considerando 6°.

Se trata de un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago¹²⁴ confirmada por la Corte Suprema, en el que recurren varios funcionarios, en servicio activo y retirados, de Carabineros de Chile, el motivo del recurso es la negativa del Director de esta institución a reconocerles una equivalencia de grado establecida en el artículo 6º de la ley 18.961, lo que a su juicio atenta contra su derecho a la igualdad, pues esta equivalencia ha sido reconocida a otros funcionarios en situación idéntica a la suya, y su derecho de propiedad, toda vez que se les impide acceder a determinadas bonificaciones.

La Corte de Apelaciones señaló en su considerando 4º “que al resolver lo presente no pueden estos sentenciadores prescindir del dato cierto que se dejó reseñado en el considerando supra segundo (se refiere a que sobre los mismos hechos han existido varios recursos de protección, resolviéndose en ellos a favor de los recurrentes), pues de hacerlo pasarían a llevar el principio de seguridad jurídica, que exige que las decisiones jurisdiccionales sean sistemáticamente coherentes y que traten igual a los iguales” continua señalando que “es un hecho de esta causa la igualdad entre la pretensión sometida por los recurrentes a la superioridad de la institución uniformidad y la de muchos que la han visto consumada en su favor”, continua en el considerando 6º “que ha de entenderse, entonces, a la luz de lo tantas veces antes decidido que la negativa que se viene reprochando es contradictoria a derecho y que, como directa consecuencia de ello, perturba el derecho a la igualdad de trato que al recurrente reconoce el numeral segundo del artículo 19 de la ley primera, por lo que de ser revertida, para dar al demandante lo que está sentado le corresponde”.

Creo que es un fallo muy interesante, pues de forma concisa, y ocupando una forma de expresión muy particular, resume lo que hemos venido sosteniendo, por un lado, se trata de un fallo que se remite a lo antes argumentado, evitado la reiteración de los argumentos interpretativos, operando lo que llamamos una descarga de la argumentación, por otro lado, hace mención expresa de la obligación de respeto de los propios precedentes basado en el principio de seguridad jurídica, que obligaría a “que las decisiones jurisdiccionales sean sistemáticamente coherentes y que traten igual a los iguales”.

¹²⁴ SCA de Santiago, Rol N° 5468-2004, confirmada por SCS Rol N° 5900-2004, ambas en Gaceta Jurídica N° 294.

CONCLUSIONES.

1.- El tema del precedente ha dejado de ser exclusivo del derecho anglosajón, por el contrario, cada vez existe un mayor interés en su estudio por la doctrina del derecho europeo continental. Aún cuando sea en el *Common Law* donde el precedente ha alcanzado su mayor desarrollo, existen en el derecho continental europeo una prolifera doctrina al respecto, de gran interés para nuestro sistema, es lo que ocurre en el ordenamiento español, que como dijimos ejerce una gran influencia en el nuestro. Pero no sólo ha existido un desarrollo en la doctrina, sino que también los tribunales de justicia, específicamente el Tribunal Constitucional español, que ha creado una doctrina del autoprecedente fundada en la igualdad ante la ley.

2.- En nuestro ordenamiento, heredero del sistema europeo continental, la doctrina clásica sostiene que el precedente no tiene fuerza vinculante dentro de nuestro derecho. Se basan en argumentos como el artículo 3 inciso 2º del CC, que consagraría el efecto relativo de las sentencias judiciales, que significa que la resolución dictada en un determinado asunto, solo tiene efecto vinculante respecto de las partes de ese proceso. Por otro lado, está el argumento del principio de independencia de los tribunales, pues al establecerse una vinculación de los precedentes los jueces perderían la libertad de decidir los asuntos según estimen pertinente.

3.- Contra esta posición clásica o tradicional, ha surgido una nueva postura que señala que el precedente sí tendría fuerza vinculante en nuestro ordenamiento. Las formas en que enfocan el problema son diversas, unos desde la perspectiva de las fuentes del derecho y otros desde el razonamiento jurídico. Pero sin embargo llegan a la misma conclusión. Plantean una nueva forma de interpretación del efecto relativo de las sentencias, así como señalar que el principio de independencia de los tribunales no es obstáculo para otorgar valor al precedente.

Además de la conclusión a la que llegan estos diversos autores, concuerdan en determinadas líneas matrices, cuales son el fundamento de obligatoriedad del precedente establecido por el principio de igualdad y el de la certeza jurídica, ambos valores primordiales dentro de todo ordenamiento jurídico.

4.- Personalmente, considero que en nuestro ordenamiento el autoprecedente, basado en el principio de universalidad y el de inercia, tiene pleno valor, porque se trata de un precedente que mira a la racionalidad de la argumentación, no está enfocado en el tema de las fuentes del derecho, materia que resulta mucho más escabrosa.

5.- En cuanto a la práctica jurisdiccional, específicamente aquella destinada a tutelar los Derechos Fundamentales, garantizados por la Constitución, nos encontramos con que en la

gran mayoría de los casos existen criterios uniformes a la hora de resolver los asuntos sometidos a su decisión por medio del Recurso de Protección.

Pese a esto, nuestros tribunales son reticentes a manifestar de forma expresa la utilización de precedentes, siendo contadas las ocasiones en que se refieren a otros fallos, ya sea propios o de otro tribunal. Por otro lado, utilizan expresiones abiertas, que hace alusión a la jurisprudencia reiterada, pero sin individualizar a que fallo se está refiriendo o de que fallo obtuvo el criterio interpretativo, son contadas las ocasiones en que existe esta referencia expresa, y cuando existe, se trata de remisión a fallos de un tribunal superior, en el caso de las Cortes de Apelaciones, o del mismo tribunal, en el caso de la Corte Suprema.

En estos casos se utiliza la jurisprudencia como una razón extra para decidir un determinado caso en una determinada forma.

6.- Pese a lo dicho en el número anterior, respecto a la existencia de criterios uniformes, existen otras tantas situaciones que, pese a ser similares, son falladas de formas opuestas, lo que debilita de forma considerable la igualdad y la certeza jurídica en la tutela de los Derechos Fundamentales.

Siendo aún más criticable, desde el punto de vista del autprecedente que hemos defendido, cuando estos cambios de criterios provienen del mismo órgano, y específicamente de la misma sala de la respectiva Corte, pues a nuestro juicio este órgano debería mantener el criterio sostenido en casos pasados en la resolución de casos futuros. Claro que la postura defendida permite el cambio del precedente, pero con la carga de expresar las razones por las cuales tomo tal decisión, lo que en la gran mayoría de los casos estudiados no ocurre, es más, evidenciamos en general una falta de argumentación en los recursos estudiados, que puede ser objeto de estudios futuros más profundizados.

BIBLIOGRAFÍA.

AARNIO, Aulis. *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social: Ensayos sobre Filosofía del Derecho*. Trad. LARRAÑAGA, Pablo. Distribuciones Fontamara S.A. México D.F. 1995

ACCATINO, Daniela. *El Precedente Judicial en la Cultura Jurídica Chilena*. Anuario de Filosofía Jurídica y Social, N° 20, 2002.

ATRIA, Fernando. *Los peligros de la Constitución: La Idea de Igualdad en la Jurisdicción Nacional*. Publicación de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Santiago. 1997.

BACIGALUPO, Enrique. *La Jurisprudencia y Seguridad Jurídica*. En La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. pp. 135-136

BALLACEY HREZ; Pedro. *Manual de Introducción al Derecho*. Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. 2001

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Trad. GUERRERO, Jorge. Editorial Temis Santa Fe de Bogota. 1992. 2ª Ed.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *Independencia y Responsabilidad de los Jueces*. Revista de Derecho (Valdivia) Julio 2003, volumen 14.

CEA EGAÑA, José Luís. *Derecho Constitucional Chileno: Tomo II Derechos, Deberes y Garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2004

DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1988.

DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La Técnica del Precedente y la Argumentación Racional*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1993.

GOMÉZ BERNALES, Gastón. *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*. Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho. Santiago. 2005

HÜBER GALLO, Jorge. *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1995.

LAGAZ Y LACAMBRA, Luís. *Filosofía del Derecho*. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona. 2ª Ed. 1979.

LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. “Naturaleza y Dimensiones del ‘Stare Decisis’”. En *Revista Chilena de Derecho*, volumen 33, Nº 1, 2006.

LOVERA PARMO, Domingo. *Precedente y Constitución; Igualdad, Eficacia y Rol de los Jueces*. En II Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional. p. 7. en http://www.congreso.uchile.cl/espanol/html/home_espanol.html

MORAL SORIANO, Leonor. *El Precedente Judicial*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2002.

NIETO, Alejandro. “Visión Doctrinal de la Jurisprudencia”. En *La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. p. 113

QUIJANO FERNÁNDEZ, Álvaro. *La Jurisdicción ante la Constitución. El Precedente Judicial*. Editorial Alfonso X. 1995.

ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La Jurisprudencia de los Tribunales Como Fuente del Derecho: Una Perspectiva Procesal*. Editorial Jurídica de Chile. 2004.

SQUELLA, Agustín. *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2000.

STREETER PRIETO, Jorge. *Interpretación, Integración y Razonamientos Jurídicos (Conferencias y Ponencias Presentadas en el Congreso Realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de Mayo de 1991)*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1992.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *Derecho Constitucional Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

ANEXO.

INDICE DE LA JURISPRUDENCIA CITADA.

JURISPRUDENCIA CITADA.

1.- Derecho de Propiedad:

- SCS, Rol N° 375-2003, Fallos del Mes N° 509.
- SCS, Rol N° 5038-2003, Gaceta Jurídica N° 283.
- SCS, Rol N° 3107-2003, Fallos del Mes N° 513.
- SCS, Rol N° 4321-2003, Fallos del Mes N° 518.
- SCS, Rol N° 2700-2003 en Fallos del Mes N° 512.
- SCS, Rol N° 2699-2003, Fallos del Mes N° 512
- SCS, Rol N° 4133-2003, Fallos del Mes N° 515.
- SCS, Rol N° 5577-2004, Gaceta Jurídica N° 294.
- SCS, Rol N° 5086-2004, Gaceta Jurídica N° 294
- SCS, Rol N° 2855-2004, Fallos del Mes N° 528.
- SCS, Rol N° 5399-2004, Gaceta Jurídica N° 294.
- SCS, Rol N° 1824-2004, Gaceta Jurídica N° 287.
- SCS, Rol N° 4187-2004, Fallos del Mes N° 526.
- SCS, Rol N° 1677-2004, Fallos del Mes N° 525.
- SCS, Rol N° 2670-2005, Gaceta Jurídica N° 301.
- SCA de Santiago, Rol N° 2785-2004, Fallos del Mes N° 526.
- SCA de Santiago, Rol N° 50-2003, Fallos del Mes N° 514.
- SCA de Santiago, Rol N° 2050-2003, Fallos del Mes N° 515.
- SCA de Santiago, Rol N° 3793-2003, Gaceta Jurídica N° 283.
- SCA de Rancagua, Rol N° 2431-2003, Fallos del Mes N° 515.
- SCA de Rancagua, Rol N° 21.748, Fallos del Mes N° 528.
- SCA de Rancagua, Rol N° 22.258, Gaceta Jurídica N° 294.
- SCA de Talca, Rol N° 65.300, Gaceta Jurídica N° 287.
- SCA de Talca, Rol N° 65.916, Gaceta Jurídica N° 294.
- SCA de San Miguel, Rol N° 220-2003, Gaceta Jurídica N° 294.
- SCA de Puerto Montt, Rol N° 3808-2003 Fallos del Mes N° 512.
- SCA de Punta Arenas, Rol N° 12-2004 Fallos del Mes N° 525.
- SCA de Valparaíso, Rol N° 152-2005, Gaceta Jurídica N° 301.
- SCA de Concepción, Rol N° 697-2003, Fallos del Mes N° 513.
- SCA de Valdivia, Rol N° 252-2005, Gaceta Jurídica N° 300.

2.- Derecho de protección de la salud

- SCS, Rol N° 1.649-2004, Fallos del Mes N° 523.
- SCS, Rol N° 5.215-2003, Fallos del Mes N° 517.
- SCS, Rol N° 3.371-2004, Gaceta Jurídica, N° 291.
- SCS, Rol N° 1.649-2004, Fallos del Mes N° 523.
- SCS, Rol N° 5.503-2004, Fallos del Mes N° 529.
- SCS, Rol N° 5.503-2004, Fallos del Mes N° 529.
- SCS, Rol N° 1.649-2004, Fallos del Mes N° 523.
- SCS, Rol N° 740-2004, Fallos del Mes N° 520.
- SCS, Rol N° 2.485-2003, Fallos del Mes N° 512.
- SCS, Rol N° 1.762-2004, Fallos del Mes N° 522.
- SCS, Rol N° 2.712-2004, Gaceta Jurídica N° 290.
- SCS, Rol N° 5.428-2003, Gaceta Jurídica N° 285.
- SCS, Rol N° 1.055-2004, Fallos del Mes N° 521.
- SCS, Rol N° 415-2005, Gaceta Jurídica N° 297.
- SCS, Rol 1.960-2003, Fallos del Mes N° 511.
- SCS, Rol N° 1.402-2003, Fallos del Mes N° 510.
- SCS, Rol N° 1.415-2004, Fallos del Mes N° 521.
- SCS, Rol N° 5.666-2003, Fallos del Mes N° 518.
- SCS, Rol N° 2.997-2005, Gaceta Jurídica N° 301.
- SCS, Rol N° 2.973-2003, Fallos del Mes N° 513.
- SCA de Santiago, Rol N° 3.795-2003, Fallos del Mes N° 517.
- SCA de Santiago, Rol N° 487-2004 Fallos del Mes N° 522.
- SCA de Santiago, Rol N° 5.215-2003, Fallos del Mes N° 517.
- SCA de Santiago, Rol N° 7.016-2003, Fallos del Mes N° 518.
- SCA de Santiago, Rol N° 953-2004, Gaceta Jurídica N° 289.
- SCA de Santiago, Rol N° 7.056-2003, Fallos del Mes N° 520.
- SCA de Santiago, Rol N° 4.875-2004, Fallos del Mes N° 529.
- SCA de Santiago, Rol N° 7.952-2003, Fallos del Mes N° 523.
- SCA de Santiago, Rol N° 7.056-2003, Fallos del Mes N° 520.
- SCA de Santiago, Rol N° 6.950-2005, Gaceta Jurídica N° 297.
- SCA de Concepción, Rol N° 396-2003, acumulado 772-2003, Fallos del Mes N° 512.
- SCA de Concepción, Rol N° 559-2004, Fallos del Mes N° 521
- SCA de Concepción, Rol N° 10-2004, Fallos del Mes N° 523.
- SCA de Concepción, Rol N° 1.305-2004, Fallos del Mes N° 526.
- SCA de Temuco, Rol N° 2.349-2003, Fallos del Mes N° 524.
- SCA de Temuco, Rol N° 3.669-2004, Fallos del Mes N° 527.

3.- Derecho a no ser juzgado por comisiones especiales.

- SCS, Rol N° 5.096-2003 Fallos del Mes N° 518.
- SCS, Rol N° 5.094-2003, Fallos del Mes N° 518.
- SCS, Rol N° 4.735-2003, Gaceta Jurídica N° 284.
- SCS, Rol N° 3.940-2003, Fallos del Mes N° 515.
- SCS, Rol N° 2.599-2003, Fallos del Mes N° 512.
- SCS, Rol N° 1.522-2003, Fallos del Mes N° 511.
- SCS, Rol N° 2.254-2003, Fallos del Mes N° 517.
- SCS, Rol N° 4.710-2003 Gaceta Jurídica N° 282.
- SCS, Rol N° 5.465-2004, Fallos del Mes N° 529.
- SCS, Rol N° 5.001-2004, Gaceta Jurídica N° 293.
- SCS, Rol N° 4.685-2004, Fallos del Mes N° 528.
- SCS, Rol N° 4.489-2004, Fallos del Mes N° 527.
- SCS, Rol N° 3.688-2004, Fallos del Mes N° 526.
- SCS, Rol N° 4.602-2004, Gaceta Jurídica N° 292.
- SCS, Rol N° 2.259-2004, Fallos del Mes N° 523.
- SCS, Rol N° 1.765-2004, Fallos del Mes N° 522.
- SCS, Rol N° 1.509-2004, Fallos del Mes N° 522.
- SCS, Rol N° 1.463-2004 Fallos del Mes N° 522.
- SCS, Rol N° 554-2004, Fallos del Mes N° 520.
- SCS, Rol N° 234-2004, Fallos del Mes N° 521.
- SCS, Rol N° 130-2004, Fallos del Mes N° 518.
- SCS, Rol N° 5001-2004, Gaceta Jurídica N° 293.
- SCA de San Miguel, Rol N° 153-2004 acumulado Rol N° 168-2004, Fallos del Mes N° 528.
- SCA de San Miguel, Rol N° 362-2003, Fallos del Mes N° 520.
- SCA de San Miguel, Rol N° 160-2004, Fallos del Mes N° 529.
- SCA de San Miguel, Rol N° 190-2004, Fallos del Mes N° 526.
- SCA de Santiago, Rol N° 5.094-2003, Fallos del Mes N° 518.
- SCA de Santiago, Rol N° 1.803-2003, Fallos del Mes N° 512.
- SCA de Santiago, Rol N° 7.359-2003, Fallos del Mes N° 521.
- SCA de Santiago, Rol N° 8.735-2003, Fallos del Mes N° 522.
- SCA de Santiago, Rol N° 6.111-2003, Fallos del Mes N° 518.
- SCA de Santiago, Rol N° 7.351-2003, Fallos del Mes N° 511.
- SCA de Iquique, Rol N° 39.965, Fallos del Mes N° 523.
- SCA de Antofagasta, Rol N° 706-2004, Gaceta Jurídica N° 293.

- SCA de Concepción, Rol N° 4.097-2003, acumulado Rol N° 4.163-2003, Fallos del Mes N° 522.
- SCA de Concepción, no indica el rol en la publicación. Fallos del Mes N° 515 (sentencia confirmada por SCS Rol 3.940-2003).

4.- Un caso especial.

- SCS Rol N° 5900-2004, Gaceta Jurídica N° 294.
- SCA de Santiago, Rol N° 5468-2004, Gaceta Jurídica N° 294.