

## Recurso extraordinario y precedente

**JOSÉ PEDRO SILVA PRADO**

Profesor de Derecho Procesal UC

Presidente del Instituto

Chileno de Derecho Procesal

**RESUMEN:** El nuevo recurso extraordinario contemplado en el Proyecto de Código Procesal Civil postula sustituir el actual recurso de casación, el cual se ha mostrado ineficaz para satisfacer los fines previstos en su diseño original, consistentes en la aspiración simultánea a resolver casos concretos y proteger el ordenamiento jurídico, velando por la uniformidad de la jurisprudencia. Se plantea que el legislador, por razones de bien común, debe optar por privilegiar eficazmente el fin público o de “interés general” de la sociedad por sobre el interés de resolución del caso particular, generando una cultura del “precedente”. Este será el fruto del actuar coherente de nuestros tribunales y permitirá garantizar de manera efectiva la igualdad ante la ley así como contribuirá al fortalecimiento del estado de derecho, otorgando seguridad jurídica.

\*\*\*\*\*

Una de las modificaciones más importantes que propone el Proyecto de Código Procesal Civil –en adelante el Proyecto– en actual tramitación legislativa, es la sustitución –en el ámbito civil– del recurso de casación en la forma y en el fondo que conoce nuestra Corte Suprema por un recurso extraordinario que, más allá de esta nueva denominación, importa adoptar una opción político-institucional de máxima trascendencia. Tal opción la explicita el Mensaje del Proyecto, el cual señala que la idea es fortalecer el rol de dicha alta magistratura ubicada en la cúspide del sistema jurisdiccional, en relación a dos esenciales misiones agrupadas bajo un mismo instrumento: por una parte preservar los derechos fundamentales al interior del procedimiento y por la otra dar coherencia y unidad a los criterios de decisión de los tribunales del país<sup>1</sup>.

Me parece que es correcta la mención del Mensaje en orden a que lo que se busca es “fortalecer” el Rol de la Corte Suprema y no hablar de un “nuevo rol”, lo que podría no ser a todas luces exacto. En rigor las funciones enunciadas no están ausentes de nuestro actual recurso de casación en sus dos versiones forma y fondo. Es inconcuso que en su versión de forma, la casación, con base

<sup>1</sup> Mensaje No 432-359 de fecha 12 de marzo de 2012, de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil, página 23.

en los motivos tasados que señala el actual artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, tiene por objeto tutelar los derechos fundamentales propios del debido proceso, controlando su estricto cumplimiento tanto en el devenir del procedimiento como en la dictación de la sentencia de fondo o en ocasiones de aquellas sentencias que clausuran el debate aun sin dirimir el fondo del asunto.

De otra parte la casación en el fondo, tanto en su aspiración política como en su implementación normativa, fue pensada para satisfacer dos finalidades distintas, en doctrina denominadas, *ius litigatoris* y *ius constitutionis*, siguiendo las enseñanzas de Calamandrei<sup>2</sup>. El objetivo del *ius litigatoris*, expresado en la causal del artículo 767 del CPC, es efectuar un control de legalidad de las decisiones de los tribunales inferiores, es decir, tutelar el derecho del recurrente cuando en la sentencia se ha violado la ley decisoria (incluso de naturaleza procesal) siempre que ello tuviere una influencia substancial en su parte dispositiva. Este objetivo tiene un carácter marcadamente subjetivo y de suyo no tiene necesariamente vocación de trascendencia, en tanto se ordena a la solución de cada caso particular, con respeto al principio de legalidad.

A su turno, el objetivo del *ius constitutionis* es la protección de la norma jurídica o nomofilaquia, centrada por tanto en el interés público o interés general de la sociedad y de ahí su vocación de trascendencia. El fruto evolutivo de esa finalidad agrega a ella la uniformidad de los criterios de decisión, en la perspectiva de salvaguardar la igualdad ante la ley, de la cual todos los tribunales, pero en especial la Corte Suprema, deben ser fieles garantes, así como de los subsecuentes valores que de ella emanan, como la certeza y seguridad jurídicas, entre otros. Tal propósito se encuentra en la génesis de nuestra casación desde la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1903. Un comentarista de la época señalaba que:

*“El establecimiento de la institución tuvo en mira un alto interés jeneral y de orden público. Su objeto es contener a todos los tribunales i jueces en la estricta observancia de la lei, e impedir toda falsa aplicación de ésta i su errónea interpretación a la vez que uniformar la jurisprudencia”<sup>3</sup>.*

Más adelante y citando expresiones de la “Comisión Mista de senadores i diputados” de 1895 en relación con la importancia de este instrumento para garantizar la igualdad ante la ley, señalaba: “No basta que unas mismas leyes rijan para todos los habitantes; es preciso también que rijan para todos con la misma intelijencia”. Prueba de esta aspiración y con base en reformas con-

<sup>2</sup> Calamandrei Piero, *La Cassazione civile*, Volumen 2, págs. 50 y ss.

<sup>3</sup> *Código de Procedimiento Civil*, anotado, por David Toro Melo i Aníbal Echeverría i Reyes (Edición Oficial), Santiago de Chile, Imprenta, Litografía i encuadernación Barcelona, Calle de la Moneda 807 a 843, 1902.

temporáneas<sup>4</sup> se contempla la posibilidad de que las partes –recurrente y/o recurrido– soliciten a la Sala respectiva que su asunto sea conocido por el pleno de la Corte Suprema, fundado en que ésta, en fallos diversos, *ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso*, derecho otorgado por el artículo 780 del CPC.

Planteadas así las cosas, pareciera entonces que la propuesta del Proyecto sería innecesaria desde que los instrumentos en actual vigor –casación en la forma y en el fondo– satisfarían al menos conceptualmente dichas finalidades. Sin embargo, como con frecuencia ocurre, la realidad de las cosas supera con largueza las previsiones normativas, las que redundan en ser meras aspiraciones programáticas, estructuradas a partir de una teoría y dogmática conceptualmente correctas, pero sin un correlato con la experiencia práctica. Y es que el tema no es irrelevante, pues tras un siglo de aplicación en Chile de este modelo, se ha demostrado hasta la saciedad que satisfacer con la misma intensidad el *ius litigatoris* y el *ius constitutionis* ha resultado impracticable por diversas razones, y tal frustración conduce, como se señalará, a la ineludible necesidad de optar derechamente no por uno u otro, pues ambos fines se necesitan, sino por dar preponderancia a uno sobre otro, conforme a un discernimiento que privilegie en definitiva el bien común.

Desde la perspectiva del primero de esos fines, el *ius litigatoris*, resulta evidente que ni nuestra Corte Suprema con sus 21 Ministros ni la Corte Suprema Italiana con sus 120 Ministros Titulares ni ninguna Corte Suprema o Tribunal Supremo del mundo puede absorber la enorme cantidad de asuntos que con todo derecho postulan a ser conocidos por esa Magistratura. Y ello genera un contrasentido, pues obliga a introducir diversos mecanismos que con mayor o menor arbitrariedad buscan solucionar un problema que en nada se relaciona con el derecho de los justiciables ni con la razón de ser del instituto. Se trata simplemente de abordar la pueril cuestión que evidencia la imposibilidad de atender todos los asuntos, aunque el derecho a ello esté formal y explícitamente contemplado en la norma procesal. La experiencia la conocemos y sabemos de los esfuerzos históricos del legislador chileno y el comparado en tal sentido para limitar el acceso a la casación contemplando filtros de acceso como la *summa gravaminis* (restricciones de cuantía), consignaciones o restrictivas interpretaciones que, cual galimatías, se utilizan para rechazar estos recursos en sedes previas. En los hechos un 40,1% de las casaciones que se presentan a la Corte Suprema, no llega jamás a verse<sup>5</sup>. Ninguna de esas restricciones está pensada en el derecho del justiciable, sino simplemente en una cuestión de disponibi-

<sup>4</sup> Reforma introducida por la Ley 19.374 de 1995.

<sup>5</sup> En el período 2005-2011, un 13,7% no termina por otros motivos distintos al fallo, un 10,7% es declarado inadmisibile y un 15,7% es rechazado por manifiesta falta de fundamentos, Fuente BD CAPJ 2011.

alidad de recursos materiales y humanos, lo que demuestra desde la óptica del justiciable una franca hipocresía legislativa y judicial, a mi juicio inaceptable. O se tiene el derecho de acceso a un tercer grado jurisdiccional para la revisión de un asunto o no se tiene, lo demás es teoría e insinceridad del sistema. Lo que pareciera aun más grave es que, aun extremando los filtros de acceso, resulta que el número de asuntos que logran sortear la vallas procesales sigue siendo muy numeroso, lo que se manifiesta en un permanente atraso en la vista de los asuntos respecto de los cuales la impartición de justicia no es ciertamente oportuna y muchas veces de dudosa calidad.

Ahora bien y desde la perspectiva del segundo de los fines enunciados, el *ius constitutionis*, la experiencia práctica no ha sido mejor y aquí tal vez radica un asunto de la mayor gravedad. En efecto, la Corte Suprema no ha sido capaz de proteger el ordenamiento jurídico, satisfaciendo adecuadamente la necesidad de uniformar doctrinas jurisprudenciales, ni generar doctrinas de calidad que orienten previsiblemente a los justiciables en la adopción de sus decisiones para recabar la tutela de sus derechos, ni a los tribunales inferiores para orientarlos en sus resoluciones. Defectos normativos funcionales y orgánicos en la práctica se lo impiden. Desde luego y no obstante los filtros existentes, en el período 2005-2012 ha ingresado un promedio anual de 3.574 recursos de casación<sup>6</sup>; ese solo hecho hace imposible cumplir con esa vocación general, pues evidentemente en la multitud de asuntos concretos por resolver y la razonable tentación de resolver algunos de ellos haciendo justicia en la particularidad (los conocidos supremazos), hace que necesariamente se pierda la mirada unificadora y se actúe como un tribunal de instancia (más allá de que la Corte Suprema lo sea en muchos casos). A eso se agrega un diseño orgánico que facilita la dispersión y conspira contra la mirada uniformadora, pues basta que si en una Sala hay posiciones divididas, un solo miembro, que puede ser incluso un abogado integrante, determina la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el tópico en análisis, evidenciando la precariedad en la sustentación de la doctrina. Tampoco ha funcionado la facultad de conocimiento por el pleno a petición del recurrente en caso de existir jurisprudencia contradictoria (artículo 782 del actual CPC). De esta forma estamos ya habituados a que la Corte Suprema, para perplejidad de los justiciables, resuelva casos en que concurren idénticos presupuestos fácticos, con criterios disímiles de interpretación y de aplicación de la ley. Tenemos entonces doctrinas injustificadas y recurrentemente contradictorias, al extremo que cuando los justiciables o los tribunales inferiores quieren apoyar en ellas sus tesis como fundamento de su accionar o de sus resoluciones, sumidos en la incertidumbre, pueden elegir a su amaño una cualquiera de las doctrinas disponibles, de entre el amplio y disímil abanico de posibilidades, dando paso a una solución caracterizada por su imprevisibilidad y su aleatoriedad.

<sup>6</sup> Análisis de ingreso, término y stock de casaciones civiles en la Corte Suprema. Fuente: Cuenta Pública del Poder Judicial y análisis propio.

De esta forma si el Proyecto de Código Procesal Civil constituye una política pública que tiene por objetivo abordar las imperfecciones de nuestro actual sistema procesal civil y las necesidades que este patentiza, resulta inevitable hacerse cargo de la dicotomía referida, en tanto queda en evidencia que ha resultado imposible en nuestro medio la satisfacción de los fines de la casación conforme a los propósitos originales del instituto. Se trata a mi juicio de discernir correctamente no ya la exclusión de una finalidad u otra como antes señalé, sino más bien de relevar las razones por las cuales cabría asignarle preponderancia a una finalidad por sobre la otra. El criterio de ese discernimiento lo otorga a mi juicio la Constitución Política que impera al Estado actuar al servicio de la persona humana, por cuanto su finalidad es el bien común, que en este caso podemos situar en el "interés general", concepto así expresado en el Proyecto.

En efecto, el Proyecto toma partido a este respecto y opta sin ambages por privilegiar la función de *ius constitutionis*, es decir, del interés general de la sociedad, y entiende entonces que el rol de este recurso y por ende la función primordial de la Corte Suprema consiste en proteger la obra del legislativo por la vía de uniformar la interpretación y aplicación de la ley o brindar ex novo esos criterios, en todos los casos que no hayan existido previos pronunciamientos jurisdiccionales. También se comprende la posibilidad de modificar una doctrina ya asentada, conforme así lo requiera la evolución social, política y económica de la sociedad. En una palabra, se trata de generar "precedentes jurisdiccionales" que, como los define la Real Academia Española en simples palabras, consisten en la *aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta*".

En el trasfondo se plantea una cuestión que en la historia de la casación chilena y más aún en la historia misma de la casación en el sistema del *civil law*, no se ha tenido el coraje ni la decisión de abordar. Se trata de privilegiar un instrumento y más que eso un sistema que en definitiva garantice la efectiva igualdad ante la ley, pues ella atañe a la esencia de un verdadero estado de derecho o más bien de justicia. La procura de esa igualdad es fuente pródiga de valores muy preciados para el derecho como son los de seguridad jurídica, previsibilidad y estabilidad en las relaciones jurídicas. Tan importantes propósitos se proyectan con efecto expansivo a toda la sociedad, alcanzan a todos los escondrijos del sistema normativo y tienen un impacto directo en la cotidianidad de todos los justiciables de un extremo del país a otro, relevando a un claro segundo término los legítimos propósitos de resolución de casos particulares, que comprenden sólo un 0,3% de los asuntos civiles que accede a la Corte Suprema.

Para el común de los justiciables, el Proyecto propone suministrarles una justicia eficaz, oportuna y de calidad que se debata en un amplio y perfeccionado

<sup>7</sup> *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=precedente>.

doble grado jurisdiccional, asumiendo aquello que ocurre en la práctica, en orden a que el 99,7% de los asuntos civiles se debate efectivamente en las instancias. Pero la proposición del recurso extraordinario va dirigida no solo a todos los justiciables, sino también a todos los ciudadanos, y consiste en suministrarles un bien jurídico de inestimable valor, que trasciende las fronteras del ámbito jurisdiccional y se incardina en la adopción diaria de sus decisiones de implicancia jurídica en los más diversos ámbitos políticos, económicos, de la contratación y administrativos por mencionar algunos.

Con todo, estas ideas no son nuevas en nuestro sistema procesal, cuestión que muchos detractores del recurso extraordinario se rehúsan a considerar. Así en materia procesal penal hace ya más de una década el legislador ha mutado la casación por el recurso de nulidad, recurso que pone fundamentalmente su énfasis en el *ius constitutionis*, esto es, en la vocación prospectiva del instituto como instrumento idóneo para la uniformidad de la doctrina jurisprudencial como lo refleja el artículo 376 inciso 3° del NCPP. Otro tanto ocurre en materia laboral con el recurso de unificación de jurisprudencia que, bajo esta denominación, atribuye la misma función uniformadora a la Corte Suprema (artículos 483 y ss. del Código del Trabajo). Tales opciones han sido precursoras en la tesis que se viene sosteniendo, y han sido aceptadas y asimiladas sin mayores inconvenientes, al menos sin la impostada sorpresa que algunos muestran cuando se les propone en sede civil una solución semejante. En rigor entonces, el recurso extraordinario viene a cerrar un círculo de reformas ya implementadas y en que el legislador ya había efectuado la opción que hoy se postula, de manera que puede sostenerse que lo que ahora se propone se ordena a dar una razonable coherencia al sistema. Sería intolerable la mantención de una frenética inconsistencia en que la igualdad ante la ley apareciera seriamente cautelada en sede penal o laboral y no en materia civil, en circunstancias de tratarse del sistema procesal de general y subsidiaria vocación, lo que echaría por tierra la necesaria unidad de los sistemas e instrumentos procesales, constituyendo un manifiesto retroceso para la solvencia del estado de derecho.

Sin embargo me parece necesario abundar en las cuestiones de fondo que sustentan el planteamiento del recurso extraordinario. En efecto, los orígenes de la casación dan cuenta de la creación de un instrumento o medio encomendado a un órgano paralegislativo (que no era parte del Poder Judicial) como era la Corte de Casación Francesa, para controlar la aplicación e interpretación estricta de la ley por parte de los jueces, quienes conforme a la conocida sentencia, no eran sino la "boca de la ley", en tanto se suponía que esta era la expresión única, autosuficiente e inquebrantable de la voluntad popular. De esta forma y como nos recuerda Marinoni, el juez tenía prohibido interpretar la ley; así la Ley Revolucionaria de agosto de 1790 no solo afirmó que "los tribunales no tomarán parte directa o indirectamente en el ejercicio del poder legislativo, ni impedirán suspender la ejecución de las decisiones del poder legislativo" (Título

II, art 10), sino que también los tribunales “se reportarán ante el cuerpo legislativo siempre que así lo considerasen necesario, a fin de interpretar o editar una nueva ley” (Título II, art 12).<sup>8</sup> Bajo esa concepción y como gráficamente expresa el mismo Marinoni, el Juez de la Revolución Francesa nació casi muerto<sup>9</sup>.

Por consiguiente, una aplicación o interpretación errónea de la sacrosanta expresión legislativa conducía a la anulación de la sentencia por la Corte de Casación, y eventualmente a la necesidad de reenviar al legislativo esa norma a los efectos de derogarla o sustituirla por otra. La natural evolución de las cosas hizo necesario que la Corte de Casación no se limitara a establecer cómo la norma no debía ser interpretada, sino al revés, cómo debía ser interpretada correctamente, dando así progresivamente paso a su mutación en órgano jurisdiccional situado en la cúspide de la organización judicial. Hoy día la Corte de Casación francesa, referente originario de la casación del derecho continental, da cuenta de su evolución desde un órgano no jurisdiccional encargado de garantizar la obra legislativa a un órgano jurisdiccional que, garantizando dicha obra, convoca adicionalmente a velar por la única y uniforme interpretación de la ley. Tal resulta un propósito común de todas las Cortes o Tribunales Supremos cuyos sistemas legislativos, con diversos matices, asumieron la casación bajo este ideario, incluyendo la casación española, de la cual proviene la nuestra, con ciertas particularidades que, en su estructuración temprana, establecieron la novedad de evitar el reenvío y optar por una jurisdicción positiva, permitiendo que la anulación de la sentencia diera paso a la sentencia de reemplazo dictada por el mismo órgano jurisdiccional, tal y como la conocemos hoy día.

La historia sirve para entender que los revolucionarios franceses tenían por propósito ciertos objetivos que perviven hasta la actualidad, aunque el instrumento elegido en sus inicios, como lo demostró su posterior evolución, no era el más adecuado. Lo que se buscaba era garantizar la igualdad ante la ley, mismo propósito que mantiene hoy intacta su vigencia y razón de ser. Sin embargo, esa misma evolución da cuenta también que la real eficacia de dicha garantía es el fruto de la acción coordinada y coherente de los poderes del Estado y no solamente del legislativo, así como de la utilización de los instrumentos procesales más idóneos.

Es de manifiesta obviedad que la ley en tanto mandato general y abstracto se gesta bajo una impronta igualitaria, sin embargo, la verdadera igualdad ante la ley se debate en la aplicación e interpretación diaria y concreta que de ella hacen las autoridades administrativa y jurisdiccional. En el ámbito jurisdiccional es precisamente el Juez el encargado de develar el sentido y alcance de la norma y de su permanente adaptación a la realidad humana, siempre evolutiva y

<sup>8</sup> Marinoni, Luiz Guilherme, *Precedentes Obligatorios*, Palestra Editores, Lima 2013, págs. 62 y 63.

<sup>9</sup> Marinoni, *ibidem*, pág. 113.

cambiante, para resolver cada caso concreto. Es evidente que una misma norma sometida al estrés interpretativo arroja diversas posibles soluciones, diversidad que en caso de no adoptar un cauce común tiene un gravísimo potencial para lesionar la igualdad ante la ley, garantía y derecho fundamental que no es una aspiración ni una posibilidad, sino un mandato constitucional preciso y concreto dirigido a todos los órganos del Estado, incluidos especialmente los jurisdiccionales.

El asunto es más complejo si consideramos que el legislador en forma consciente, al configurar los tipos normativos, se vale habitualmente de conceptos indeterminados, demostrando su impotencia para anticipar la multiplicidad de situaciones que se presentan y la constante evolución y mutación de los fenómenos sociales, políticos y económicos caracterizados por su permanente inestabilidad. La profesora brasilera Teresa Arruda nos dice que esa indeterminación *no es pues un defecto del lenguaje, sino una característica, que también tiene funciones positivas. El legislador se dio cuenta de eso y ha estado utilizando cada vez más ampliamente esos conceptos en la redacción de los textos jurídicos*<sup>10</sup>. Así, conceptos normativos tales como derechos adquiridos, interés superior del niño, buena fe, interés público, buen padre de familia, orden público, cosa juzgada, por citar algunos, requieren ser dotados de contenido y como señala la profesora Arruda, tal indeterminación, que en cierto sentido *puede ser*

*“tolerada” desde el punto de vista lingüístico, debe ser eliminada en el mundo jurídico. Entonces, y es por eso, el hecho que los Tribunales decidan en base a normas que contienen conceptos vagos no puede servir de “pretexto” para justificar (y mantener) jurisprudencia contradictoria, creando inseguridad en el sistema*<sup>11</sup>.

La opción por una solución que garantice que todos los ciudadanos, y en particular los justiciables seamos tratados de igual manera, no es indiferente ni una cuestión retórica, es una necesidad insoslayable y un presupuesto básico del estado de derecho, que justifica con creces todos los esfuerzos que se hagan para hacer efectiva esa garantía.

Más relevante aún es el problema desde la óptica jurisdiccional, pues a diferencia de la autoridad administrativa, las decisiones que estas autoridades profieren gozan de la intangibilidad propia de la cosa juzgada, a diferencia, por ejemplo, de las decisiones de la autoridad administrativa. Esa autoridad, cualidad o efecto de cosa juzgada dota de mayor gravedad al asunto, ya que tiene el potencial de consolidar con efectos permanentes una dicotómica, inadecuada, injusta y discriminatoria aplicación de la ley.

<sup>10</sup> Arruda Teresa, y Alvim Wambier, *Repercusión General, ¿ Cómo adaptar este instrumento para adecuarlo a la magnitud de la misión de una Corte Superior?*

<sup>11</sup> Arruda, Teresa, *ibídem*, página 12.

Si el juez entonces está llamado a interpretar y aplicar la ley en forma igualitaria y con mayor razón la Corte Suprema dada su posición de tribunal situado en el vértice del sistema jurisdiccional, en expresión de Taruffo, la única forma de hacerlo es generando precedentes que puedan servir de luz y guía a los tribunales inferiores y a los justiciables permitiéndoles preordenar sus conductas. No se trata en la especie de transmutar nuestra raigambre jurídica y cultural de *civil law* por la del *common law*, pues ciertamente tienen aproximaciones diversas a este fenómeno. Pero debe advertirse que se trata de “aproximaciones” diversas, pero no por ello “objetivos diversos”. Es indudable que en los sistemas del *common law* la falta de ley escrita (aunque esa afirmación hoy día progresivamente acusa inexactitud), es suplida con los precedentes generados por los órganos jurisdiccionales que en este caso tienen fuerza vinculante a diferencia de los sistemas del *civil law*, en que la fuerza vinculante viene dada por la ley escrita en tanto los precedentes no tienen de suyo ese potencial, sino constituyen solamente guías de actuación con mayor o menor fuerza dependiendo de sus cualidades intrínsecas. Pero si bien se mira, ambos sistemas tienen una común aspiración, cual es la de garantizar la igualdad de las soluciones jurídicas a todos los ciudadanos.

Parece más realista y honesta la solución del *common law* desde que, como hemos sostenido, es claro que la ley de suyo no otorga esa garantía. Por eso me parece que los sistemas del *civil law* deben compensar su carencia. De hecho han ido reconociendo progresivamente esa maciza realidad, de manera que han ido revalorizando la importancia del precedente como herramienta indispensable para lograr aproximarse a la anhelada igualdad ante la ley. Sin embargo, no parece necesario a este sistema, del que nuestro ordenamiento jurídico nacional forma parte, aspirar al carácter vinculante del precedente, ello me parecería contrasistémico y contracultural, además de innecesario. Como ha ocurrido en la experiencia casacional española, el valor del precedente y el entusiasmo por seguirlo no viene de su autoridad normativa, sino que su *autorictas* deriva simplemente de un prestigio ganado por la calidad, razonabilidad y justicia intrínseca de las decisiones, características de suyo mucho más persuasivas.

La opción por el precedente en los términos descritos no afecta a la libertad de juzgamiento de los tribunales, como algunos sostienen. No hay tal, pues la libertad de juzgar no es un fin en sí mismo como sí lo es que ese juzgamiento haga parte de un sistema coherente de decisiones que vela por el todo y no por la parte. El juez, cada juez, es parte de un sistema, de un poder del Estado que en su conjunto expresa y representa la expresión coherente del ejercicio de las funciones que le ha encomendado la ciudadanía. Así la decisión de un juez del grado es tan importante como la que profiere la Corte Suprema, no solo porque aquella pueda ser la decisión definitiva en caso de no haberse ejercido recursos, sino porque una y otra son y deben ser la expresión isonómica y coherente de lo decidido por este Poder del Estado.

Incluso esa coherencia es dable exigirla, como no, a todos los poderes del Estado y órganos públicos, tal y como lo reclama toda acción humana en el plano público y privado. Siempre el éxito de una empresa o institución viene dado por la articulación coherente de medios humanos, materiales e inmateriales en pos de un objetivo. En el plano jurisdiccional, sería una cruel ironía que aquella coherencia e igualdad propugnada desde el legislativo y más aún desde el constituyente, deviniera en el tratamiento diferente y discriminatorio de los ciudadanos al aplicar o interpretar las normas jurídicas; sería la consagración de la burla a los derechos ciudadanos.

La cultura del “precedente”, fruto del actuar coherente de nuestros tribunales, no solo será indispensable en torno a garantizar de manera efectiva la igualdad ante la ley, sino que contribuirá al fortalecimiento del estado de derecho, otorgando seguridad jurídica. Los ciudadanos y todos quienes interactúan con el derecho, requieren contar con un orden jurídico estable que les dé certeza y continuidad de manera de estar en condiciones de ordenar anticipadamente su comportamiento y sus decisiones en los más diversos ámbitos de la vida en sociedad. Tal previsibilidad, por ejemplo, permitirá a un inversionista decidir si realiza o no su inversión o en qué términos, a un contratante saber por anticipado si le asiste el derecho al cobro de la pérdida de chance o si puede reclamar perjuicios extrapatrimoniales, a un alimentante saber de antemano el riesgo de su renuencia a cumplir su obligación alimentaria, dotando en todos los casos de racionalidad económica a las decisiones. Por lo mismo es esperable que certeza y seguridad jurídica aportadas por el precedente sirvan muchas veces además de disuasivo a la judicialización de los asuntos o en su defecto a una judicialización responsable y no oportunista.

No se pretende, y sería insensato hacerlo, que el precedente cree situaciones inmutables no susceptibles de revocación, el mismo Proyecto al atribuir a la Corte Suprema la posibilidad de modificar una doctrina establecida, así lo reconoce. La misma idea del precedente, como ocurre en el sistema del *common law* que maximiza su valor, lleva siempre aparejada su posibilidad de revocación conforme así lo aconseje la alteración relevante de las circunstancias existentes al tiempo de su dictación, lo mismo que cuando con mejores razones se comprueba una fundamentación equívoca. Hace tiempo ya que el *common law* se deshizo de toda mitificación a este respecto. Así ya están resueltas esas aprehensiones, desde que el Practice Statement de 1966 afirmó que la House Of Lords podría pasar a contrariar sus propios precedentes cuando eso le pareciere correcto, o el *distinguished* que permite hacer la distinción de un caso y otro, de manera que aun siendo diferentes los hechos, corresponda aplicar la misma solución en tanto ella se sustente en la misma lógica de la tesis jurídica fijada en el precedente.

Tales son las ideas que subyacen a la propuesta del Proyecto de sustitución del recurso de casación por el recurso extraordinario. En su diseño particular, este

recurso permitirá a cualquier ciudadano acceder a la Corte Suprema justificando que la vulneración al derecho en su caso particular (no solo la infracción de ley) es un asunto de "interés general", en una combinación solidaria en que el interés particular del justiciable (ya satisfecho en un doble grado jurisdiccional) sirve de vehículo para la satisfacción de un interés más amplio que ciertamente lo trasciende.

La Corte Suprema seleccionará libremente los asuntos que se le presenten, calificando la efectividad de esa vulneración y discernirá además si el caso presenta un "interés general". La cualificación de que el asunto concite un "interés general" solo admite como no podía serlo de otro modo, un tipo normativo amplio, configurado por una parte por la infracción esencial en la sentencia o en el procedimiento de derechos o garantías fundamentales establecidas en la Constitución Política o en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Ello asume de una manera más amplia y general los propósitos del actual recurso de casación en la forma, eliminando una taxatividad de suyo restrictiva e innecesaria.

De otra parte el nuevo recurso apunta a dar por configurado el "interés general" en los casos en que la Corte Suprema considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar una doctrina jurisprudencial. La cualificación precisa de ese interés general quedará entregada a la sala respectiva de la Corte Suprema, y el ejercicio correcto y esperamos prolífico de esa facultad será fiscalizado por la ciudadanía con base en la cuenta que esa alta magistratura debe dar anual y públicamente al país, conforme lo prevé el artículo 102 del Código Orgánico de Tribunales.

No existe empero sistema perfecto, apenas somos capaces de aproximarnos a una mejor realidad. Estamos conscientes del formidable desafío que esto requerirá de nuestra Corte Suprema en muchos sentidos, como el discernimiento correcto de aquello que constituya interés general, la adecuada selección de los casos, la solvencia jurídica de las decisiones, el discernimiento de los elementos vinculantes dimanados del precedente y en general su disposición flexible a su actualización o modificación en los casos que corresponda. Nuestra Corte Suprema tiene sobrada capacidad para asumir correctamente estos desafíos y atender a estas necesidades impostergables. Con ello se ganará indefectiblemente la confianza de la ciudadanía haciendo que su poder y relevancia específica en la sociedad se vean legítimamente incrementados.