

CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES*

Enrique Alcalde Rodríguez

Vicedecano y Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica de Chile

A modo de introducción a la materia que pretendo abordar, parece oportuno comenzar constando cuál ha sido el rol y significación atribuidos a la función jurisdiccional en distintas etapas de la historia, particularmente en lo que atañe a las relaciones entre la judicatura y la ley. Un somero examen en torno al punto –como aquel que nos proporciona el profesor Guzmán Brito– nos muestra que tanto en la antigua Roma como en el derecho medieval, la subordinación del juez a la ley resultaba más aparente que real, enfrentándonos, en ambos períodos, con un verdadero “derecho de juristas”, bien sea por el carácter excepcional de las leyes romanas, en un caso, y por la aplicación del derecho jurisprudencial contenido en el *Corpus Iuris* y la labor desarrollada por sus comentaristas y glosadores, en el otro. Con el advenimiento de la “modernidad”, esta situación sufre un cambio dramático desde que la limitada sujeción del juez a la ley pasa a ser reemplazada por una sumisión a una ley totalizadora, ley en el sentido que en nuestros días se le asigna a esta palabra y que encuentra su máximo exponente en la *escuela de la exégesis*, la cual, como sabemos, hizo de este “dogma” el centro de su actividad.

De ahí que este autor considere que mientras el juez romano y medieval concibió su ciencia como un sistema abierto, que en definitiva correspondía al magistrado cerrar, nosotros la concebimos como un sistema cerrado que como tal es entregado al juez. No obstante la evidente dosis de verdad que encierra tal proposición, resulta interesante analizar hasta qué punto ella es efectiva y cuánta de su fuerza aún se conserva en nuestro medio.

Para este objeto, me referiré a tres aspectos cuya consideración puede arrojar algunas luces sobre el tema que se ha escogido exponer y que consisten: (i) en el tratamiento que se ha dado o debiera, a mi juicio, darse a los principios generales del Derecho; (ii) enseguida, las consecuencias que derivan de su consagración en la Constitución Política; y finalmente, (iii), las características que en nuestro tiempo presenta la ley como fuente formal del Derecho.

Haciéndonos cargo de lo primero, y a partir de una simple lectura de los escritos que nos legara el autor de nuestro Código Civil, así como de lo que ha sido la concepción que a estos respectos, con solo aisladas excepciones, se ha adoptado por nuestros tribunales de justicia hasta un pasado reciente, no cabe duda que la jurisprudencia nacional se ha resistido a asumir un papel creador de derecho, autolimitándose en una medida mucho mayor que aquella que efectivamente le imponían las normas que regulan su función. A mi juicio, este fenómeno puede ser explicado principalmente en función de dos realidades. La primera, podría tal vez inferirse de un examen histórico de aquellas doctrinas de las cuales nuestra tradición jurídica

* La presente ponencia se transcribe en los términos de su exposición original y, en consecuencia, se han omitido las referencias bibliográficas que corresponden a los autores que se citan en ella.

fue tributaria, en especial a partir del proceso emancipador que la llevó a adherir a los modelos que le ofrecía la Ilustración, caracterizados en esta parte por prodigar un culto casi fetichista hacia la “omnipotencia” de la ley, pero entendida esta desde una perspectiva puramente formal.

En segundo lugar, es posible que algunos jueces, permanentemente enfrentados a la necesidad de establecer “lo justo”, cedan a la tentación de querer buscar refugio en la “literalidad” de la ley, adoptándola como un medio eficaz para aligerar su conciencia ante los requerimientos que implica tan grave misión. De este modo, es posible que procurando sortear las consecuencias que en su fuero interno les provocaría ejercer en plenitud el alto cometido que se les confía, prefieran renunciar al ejercicio de tal libertad, delegando en el legislador las “culpas” que eventualmente derivarían de un error en sus juicios. Esta probable tendencia, típicamente humana por lo demás, ha quedado brillantemente plasmada en la obra de *Dostoievski*, cuando nos relata aquella “historia” que tiene por protagonista al Gran Inquisidor de Sevilla. Increpando duramente a su prisionero –Jesucristo– por haber regresado a “estorbar” a este mundo, le manifiesta aquel cardenal que “*para el hombre y la sociedad humana no hubo nunca nada más insoportable que la libertad*”.

La suma de las consideraciones apuntadas y otras cuyo tratamiento escapa de los límites de una ponencia como esta, ha llevado a que nuestra judicatura tradicionalmente haya relegado a un muy secundario plano –cuando no derechamente preterido– fuentes normativas tan trascendentes como los denominados “principios generales del Derecho”; omisión que ha contado con un grado importante de complicidad por parte de nosotros, los profesores de derecho civil. Y hago mención a dichos principios, dado que merced de su reconocimiento y profundización creo posible revertir una peligrosa inclinación a anquilosar nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que es en este campo donde nuestra Constitución Política, a mi juicio, ha contribuido en mejor medida a proteger los derechos fundamentales de la persona humana.

Si nos aproximamos al tema desde el punto de vista del derecho común, una primera consideración obliga a recordar que dentro de las distintas clases de interpretación lo está aquella entregada a los jueces, quienes tienen por misión fundamental “*decir el Derecho*” para el caso concreto que les corresponda conocer. Para este efecto, será preciso, primeramente, interpretar la ley, lo que se traduce en determinar su sentido y alcance en relación con la situación particular objeto de juzgamiento; y en circunstancias que aún el texto legal más “claro” requerirá de interpretación, no solo porque el lenguaje requiere siempre una interpretación racional, y más si se trata de lenguaje técnico, sino porque es necesario –como nos advierte De Castro– averiguar su *sentido normativo*.

Entre los preceptos a que debe sujetarse el juez al interpretar las leyes, y que básicamente se contienen en el Título Preliminar del Código Civil, la primera regla (contenida en el artículo 19 inc. 1º) viene dada por la necesidad de determinar su “sentido”. En este contexto, y sin perjuicio de existir un orden formal de las reglas de interpretación que recoge nuestro Código, la experiencia nos demuestra que aquellas situadas al final de su enumeración, esto es, el “*espíritu general de la legislación*” –que por nuestra parte asimilamos a los principios generales del derecho– y la “*equidad natural*”, en los hechos son las primeras que considera el juez al momento de interpretar la ley. En efecto, resulta impensable imaginar que al representarse –y por ende *interpretar*– el derecho aplicable a un caso, el tribunal relegará a un plano secundario los criterios de unidad y fundamentación del ordenamiento jurídico en que se halla inmerso y para qué decir la justicia que envuelva su decisión.

Este solo hecho desde ya permite afirmar, basándose exclusivamente en los datos que aporta el funcionamiento práctico de la actividad judicial, que el carácter *subsidiario* que se le pretende atribuir a los elementos de interpretación recién enunciados únicamente se restringe –como por lo demás se infiere del propio tenor literal del artículo 24– a las hipótesis en que existe un *vacío* o *laguna legal*, en cuyo caso resulta imperativo fallar conforme al “principio constitucional de inexcusabilidad”. Empero, ello no importa de manera alguna que, en los restantes casos, los tribunales deban prescindir del espíritu de la legislación o de los

principios del Derecho, ni menos de la equidad, la cual, en definitiva, identificándose con lo justo del caso concreto, constituye preocupación esencial de toda jurisdicción.

Algo similar ocurre tratándose del sistema anglosajón. En él, Josef Esser nos dice que el razonamiento jurídico no se realiza *oficialmente* en el plano de los principios, los cuales, en estricto rigor, no son ni patrón ni objeto de la resolución judicial. Pero aunque el juez “prudente” procura y sabe evitar las exposiciones y formulaciones de principios, no es menos cierto que para él y para sus críticos los principios están siempre en el fondo del caso. Ellos son los que determinan el tratamiento dado al caso particular, aunque en lugar de “*principles*” se citen “*precedents*”. Diversos ejemplos de lo dicho pueden hallarse en algunos de los precedentes judiciales que comenta Ronald Dworkin en su obra “*Los derechos en serio*”, y que dejan de manifiesto –y cito uno de ellos– el que “*todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario*”.

Considerando estos planteamientos, resulta fácil intuir cómo se sustenta la función de garantía que en este ámbito le cabe a los principios generales de derecho y que, para decirlo en dos palabras, determinan el que aquellos sirvan de límite al arbitrio judicial, asegurando que su decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico.

Sin pretender ahondar en el tema, es oportuno advertir que esta posición en caso alguno importa prescindir de las disposiciones legales que gobiernan la interpretación, antes bien, creo que se inspira precisamente en ellas a la hora de formular este llamamiento a los fundamentos del Derecho y, en realidad, de todo derecho. Sucede, pues, que la norma jurídica no es algo momificado, absoluto, separado de la concreta realidad. Se trata –como expresa Francesco Olgiati– de un precepto abstracto que intenta, en la elasticidad de una forma comprensiva, abarcar mil casos, siendo, sin embargo, incapaz de abarcar toda la múltiple riqueza de la vida cotidiana, con sus variadísimas e imprevisibles contingencias. Por eso, nacida como expresión de la justicia, puede alguna vez ocurrir que si la norma se aplica mecánicamente, al haber cambiado las circunstancias en el transcurso de la historia, acabe por conculcar la justicia misma. En este sentido, los principios que nos ocupan se erigen en un criterio que contribuye a identificar –y a la postre solucionar– este tipo de situaciones. Se sigue de ello que si una ley contradice un principio de esta naturaleza, vulnerando con su aplicación ya sea un precepto de ley natural, o bien un factor consustancial de la institución jurídica de que se trata, precisamente en razón de conducir ello a una solución “injusta”, en el primer caso, o “absurda”, en el segundo, deberá llevar al intérprete a concluir que el “*sentido*” de esa ley –con la significación que tiene este término en el artículo 19 del Código Civil– es “oscuro”, puesto que no cabría predicar “claridad” respecto de una regla que se rebela contra su propia razón de existir.

Con lo dicho, me aventuro además a dejar simplemente planteadas las bases de una posible hipótesis. Ella consiste en sostener que el desconocimiento o falta de aplicación de los principios generales por parte de un tribunal supondría que este ha incurrido en una errónea interpretación de la ley que autorizaría, por lo mismo, la interposición del *recurso de casación en el fondo* en contra de la sentencia que los hubiere conculcado o desconocido. Me parece, además, que existirían razones para fundamentar este aserto en la historia fidedigna del mismo recurso y, en concreto, a propósito de la intervención que en su establecimiento cupo a don Cosme Campillo al proponer modificaciones al proyecto elaborado por don José B. Lira y cuyo análisis, en todo caso, excede de los fines de esta presentación.

Ahora bien, decía más arriba que ha sido notable la contribución que nuestra Carta Política ha hecho –y puede aún seguir haciendo– en orden a que nuestros tribunales de justicia, situando en su verdadera dimensión el rol de los principios del Derecho, profundicen en su desarrollo y fuerza expansiva en procura de tutelar de un modo eficaz las garantías del gobernado. Examinemos, de manera sucinta, cómo se ha plasmado esta realidad en nuestro propio medio.

En los modernos modelos de Constitución, Sánchez Agesta distingue tres tipos o clases de elementos fundamentales, entre los cuales interesa destacar aquí los que identifica como *un*

núcleo central de ideas que configuran verdaderos principios y valores del respectivo régimen constitucional, aun cuando no se encuentren exteriorizados conforme al modo de ser habitual de las normas. De esta suerte, al consagrarse en el texto mismo de la Constitución, los principios generales del Derecho que – apropiándose de las expresiones de Díez-Picazo– otrora planeaban por encima del ordenamiento como espíritus puros o casi angélicos, se encarnan y concretan en ella, encontrando además el medio técnico y eficaz de su función informadora. Se aprecia así que, desde este punto de vista, la Carta Fundamental hasta un cierto punto juega hoy como el *subrogado positivamente tecnificado del derecho natural*.

Como se sabe, en nuestro actual Ordenamiento Constitucional se ha partido por consagrar, de manera explícita y sin ambigüedad, el reconocimiento de la naturaleza humana como base de los derechos más fundamentales. Por lo mismo, puede con certeza afirmarse que los principios que derivan de esta fuente se han “positivizado” o “tipificado” en el sistema jurídico nacional. Una clara evidencia de ello –además esencial en razón de su contenido y proyección– nos la suministra el texto del artículo 5° de la Constitución Política, el cual, directamente y sin eufemismos, prescribe que “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”; derechos estos a partir de los cuales es posible colegir, a su vez, un conjunto de principios que concretizan una efectiva protección de la persona. A este respecto, se ha fallado por el Tribunal Constitucional que “*los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución, razón por la cual esta no los crea sino que los ‘reconoce y asegura’*. Añado, por mi parte, que fundado en igual razonamiento, debiera entenderse que la referencia a la “naturaleza humana” que se hace por el constituyente –y, en consecuencia, de los principios que de ella se derivan– lo es a una realidad “objetiva”, en el sentido que se ha planteado desde siempre por la visión iusnaturalista del Derecho.

Por otro lado, atendido los antecedentes que forman parte de la génesis del Texto Superior, se puede deducir que el reconocimiento, y consecuente primacía, de tales derechos esenciales se extiende tanto a aquellos que se han consagrado explícitamente en su texto –o en los tratados internacionales ratificados por Chile–, como a aquellos otros que no obstante carecer de tal manifestación, son igualmente inherentes a la condición de persona. En este contexto, otro antecedente importante de destacar, se refiere al complemento posterior de esta misma norma, en cuya virtud se agregó el inciso conforme al cual “*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”. Citando a Orrego, nos encontramos con el hecho de que la disposición del art. 5°, en su actual configuración, deja de manifiesto *la unidad del ordenamiento jurídico*, en el sentido que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana son parte del ordenamiento como un todo y, por ende, se encuentran garantizados por las normas jurídicas de creación estatal, sea cual fuere su origen o la potestad de quien las dicte, incluido, naturalmente, el Poder Judicial.

Dentro del marco descrito, se comprende entonces la estrecha relación que al inicio de esta ponencia advertía entre, por una parte, la creación judicial del Derecho y los principios generales constitucionalmente formulados, por la otra. Sin embargo, esta sola circunstancia no parece bastante para arribar a una conclusión definitiva sobre la función de garantía que una y otra están llamados a desempeñar.

Para este objeto, se hace necesario consignar que si bien resulta evidente la afirmación que ve en la Constitución una fuente del Derecho –“fuente de las fuentes” la llama Rubio Llorente– no siempre se ha entendido, con igual claridad, el que incluso sus disposiciones usualmente denominadas “programáticas” son origen no solo mediato sino que *inmediato y directo* tanto de derechos como de obligaciones. Y ello sin esperar, a diferencia de lo que se estimó en el pasado, que las normas jurídicas inferiores desarrollen el contenido de este tipo de “declaraciones”. Tal conclusión no solo resulta de lo dispuesto por el segundo inciso del art. 6° de la Carta Política, sino que ha sido también reconocida explícitamente por nuestro Tribunal Constitucional, lo que torna en ocioso referirse con mayor extensión al tema. Con todo, lo esencial del precepto se refiere al hecho de que la circunstancia de atribuir a los

jueces la facultad de aplicar directamente los principios de que da cuenta el Texto Constitucional (y entre ellos la piedra angular que representa su art. 5°) implica que en nuestro ordenamiento jurídico se haya abierto un cauce para la creación judicial del Derecho. En efecto, desde el momento que nuestra Constitución rompió las cadenas que la mantenían estoicamente atada a la teoría política, la posición que ha pasado a tener entre las fuentes del Derecho la sitúa en un lugar de privilegio; y ello no solo por la obvia supremacía que ocupa dentro de la jerarquía de las normas, sino que en razón de haber “positivizado” una determinada concepción del hombre y de la sociedad, la cual ha permitido a los tribunales no solo interpretar la legislación a la luz de tal concepción, sino que incluso crear ellos mismos derecho a partir de los principios generales recogidos en el Código Político.

En esta dirección, ha sido determinante la evolución de la doctrina y jurisprudencia a partir del año 1980, siendo particularmente notable la contribución que nos ha legado la consagración y ejercicio del recurso –o más bien “acción”– constitucional de protección. Ha sido, pues, esta la mejor vía para salvaguardar entre nosotros, de manera efectiva, el imperio del Derecho y el respeto de una buena parte de las garantías fundamentales de la persona. Antes de él, para gozar de una tal protección se hacía menester recurrir a caminos francamente tortuosos y, por lo mismo, menos expeditos para el ciudadano común, con el riesgo cierto de que ni aun el uso de tales expedientes nos supusiera satisfacción debido a la posibilidad de encontrarse frente a leyes injustas. Hoy en día, en cambio, y fruto de una provechosa elaboración jurisprudencial, la circunstancia de aplicar de un modo *inmediato y directo* los preceptos constitucionales y principios generales en ellos envueltos, a través de recursos como el citado de *protección*, de *inaplicabilidad* y aun la propia *acción de nulidad*, nos asegura de manera muchísimo más eficaz la vigencia real de nuestras garantías esenciales. Por ello, podemos decir que nuestra Carta Política ha sabido responder a uno de los principales desafíos del moderno derecho público, cual es –en palabras de Tomás Ramón Fernández– la creación de condiciones que permitan la *conversión de la retórica en técnica*.

Las vertientes que pueden manar de este nuevo cauce que se abre a la magistratura se extienden incluso a la ley, toda vez que si damos un paso más en nuestro análisis y recordamos, por ejemplo, que a aquella se define como una “*declaración de la voluntad soberana*”, concluiremos que su contenido mismo se encuentra claramente limitado por el artículo 5° del Texto Superior, en cuanto precisamente este último restringe, mediante una declaración general (pero no por ello meramente teórica) el ejercicio de la *soberanía popular*. E incluso más, si fuera una disposición reglamentaria aquella que contradice una ley, aquella no solo sería ilegal, sino que adolecería de un vicio de inconstitucionalidad por *exceso normativo*, conforme se ha determinado por nuestra Corte Suprema. A consecuencia de ello, parece indiscutible el que si una determinada interpretación de preceptos legales se traduce o importa desconocer principios que derivan de la naturaleza humana, el juez tendría el deber de rechazarla, puesto que de otro modo tal restricción esencial quedaría relegada a una mera alocución retórica.

En un trabajo publicado algunos años atrás, el profesor Domínguez Águila comentaba un interesante fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, más tarde confirmado por la Corte Suprema, que precisamente apunta en esta dirección. En uno de sus pasajes, al tratar sobre la proyección del denominado *principio de legalidad* o, si se prefiere, de *juridicidad*, la sentencia señala que “*Legalidad constitucional significa que se ha de observar el respeto a las normas jerárquicas superiores, de forma que el uso de esa facultad no conduzca a una solución que implique perturbar un derecho o garantía constitucional. En otros términos –continúa con la cita–, debe interpretarse las normas con la debida coherencia para que la conclusión no vulnere un derecho garantizado por la Constitución, lo cual resulta de aplicar lo dispuesto en los artículos 6° y 7° y en especial el 19 N° 26 de la Carta Fundamental*. Como se comprenderá, sobre esta base pueden formularse interrogantes de la mayor trascendencia. Y así, por ejemplo, supongamos que frente al enfático pronunciamiento sobre la familia como “*núcleo fundamental de la sociedad*” se quisiera promulgar una ley tributaria con manifiestos gravámenes sobre el número de hijos que integren la familia, creo perfectamente factible fundamentar un vicio de inconstitucionalidad de dicha Ley.

Ahora bien, a todo lo dicho cabe sumar un par de consideraciones en relación con las características que en nuestro tiempo presenta la ley. En este ámbito, observamos que en parte debido al fenómeno descrito, y no solo por la inversión de la regla en materia de dominio legal, la ley, como fuente formal del Derecho, en general ha quedado relegada a normar materias de naturaleza *técnica*, perdiendo espacios frente a la aplicación de los principios del Derecho, y permitiendo de este modo a los magistrados liberarse de aquella tiranía legal que de tiempo en tiempo se les pretende imponer, o bien ellos mismos se imponen. Esto constituye una verdadera y a ratos inadvertida “revolución” —una “revolución silenciosa” dirá Soto Kloss— en la historia de nuestra institucionalidad jurídica, siendo cada vez más promisorio el aporte que tanto autores como jueces pueden seguir haciendo en defensa de los derechos fundamentales del ser humano. También a consecuencia de lo dicho, se advierte que nuestra Constitución ha terminado por desplazar aquellas funciones que, desde la Ilustración, se estimaban atributos inherentes a la ley, concebida entonces como el medio idóneo para proteger al individuo, primero frente al rey y, luego, de cara al creciente poder de la Administración.

Con todo, el fenómeno que se ha querido reseñar con esta exposición también entraña ciertos inconvenientes que no es posible soslayar y que aquí solo me limitaré a enunciar. Me apoyo para ello en el trabajo del profesor Domínguez Águila, al que aludía más arriba y que trata sobre aquello que llama “*constitucionalización del derecho civil*”. Tal denominación, sin embargo, a primera vista parecería en extremo parcial, si no se repara en una consideración todavía más general. Consiste esta en observar que hoy en día la línea divisoria entre el derecho público y el privado ha llegado a ser tan tenue —y a ratos incluso artificial— que también sería posible referirse al fenómeno como una “privatización” del derecho constitucional. Hecha la prevención, a continuación únicamente enumero tres aspectos que, a mi juicio, representan los principales riesgos en este campo. Por una parte, nos enfrentamos al hecho que nuestros jueces (y valga también esta observación para nosotros, abogados y académicos) no estén del todo familiarizados con la creación de normas precisas por la vía jurisprudencial, aunque en la práctica —como se ha visto— hayan actuado en tal dirección durante las últimas décadas. Fácil será advertir que ello genera problemas no solo en razón de la falta de un método acorde con tal realidad —y cuya enseñanza ya debiera ser obligada en nuestras facultades de Derecho— sino que la incertidumbre inherente a respuestas jurídicas más intuitivas que propiamente científicas. En segundo término, implica sin duda un riesgo para la certeza jurídica el hecho que no siempre se hayan entendido, de un mismo modo, las consecuencias que se siguen en caso de un conflicto o contradicción entre normas legales anteriores a la Constitución vigente y las disposiciones y principios que se consagran en esta. Finalmente, también me limito a enunciar un tercer conjunto de problemas que se vincula a lo que se ha denominado “*propietarización*” de los derechos, materia que, según entiendo, será abordada por nuestro romanista don Francisco Samper a través de su ponencia de esta misma tarde.

Para terminar, constituye casi un deber de justicia hacerse cargo de aquella crítica casi majadera respecto del valor que se atribuye a la jurisprudencia en los sistemas del derecho continental *versus* los que siguen el modelo anglosajón y que suele centrarse en el hecho que estos últimos, a diferencia de los primeros, permitirían la evolución del Derecho mediante la adaptación de las normas al dinamismo requerido por los cambios que experimenta la vida social. Sin embargo, al formular esta crítica poco o nada se considera el que muchas veces el remedio propuesto puede causar mayores males que los provocados por la enfermedad que se procura curar. Así, por ejemplo, usualmente no se toma en cuenta que la sujeción del juez al “*precedente*” puede hacer todavía más inflexible la capacidad evolutiva que se pretende privilegiar con tal sistema. De hecho, no me parece exagerado decir que la naturaleza esencialmente casuística del derecho anglosajón, así como la dificultad que la misma entraña para efectos de “descubrir” el principio general que subyace en cada decisión, muchas veces podría traducirse en ataduras más fuertes para el juez que las ofrecidas por una norma concebida con un carácter eminentemente abstracto y general. Sin embargo, e independientemente

de que se reconozca o no a la jurisprudencia la categoría de fuente formal del Derecho, estimo que la cuestión más relevante tiene que ver con la importancia o trascendencia que la función judicial posea dentro de un determinado ordenamiento jurídico, conforme con los antecedentes que aporta la experiencia o la realidad concreta en que se inserta la labor del magistrado. En este sentido, reitero mi apreciación en orden que no se ha profundizado quizás lo bastante en el valor o eficacia que, más allá de lo expresado en la literalidad de la ley o de una Constitución, ha asumido entre nosotros la actividad jurisdiccional, tarea por lo demás indispensable si se quiere continuar en el camino de protección de los derechos fundamentales que nos ha pavimentado el actual derecho constitucional.

De igual modo, y simplemente para consignar el punto, cabe agregar que existen también otros aspectos que determinan el que la función judicial se halle en condiciones de alcanzar en nuestro medio una esfera de creación jurídica y expansión normativa mucho mayor que la habitualmente entendida. Entre otros factores, me parece importante considerar el que las decisiones judiciales sobre una determinada materia, en la medida que sean reiteradas y uniformes, van confiriendo a la jurisprudencia así generada una eficacia y trascendencia que excede de aquella que le es más propia y específica en cuanto a “decir el Derecho” para un cierto caso en particular. Ello no solo en razón de la tendencia normal a fallar de una manera semejante las situaciones que presentan hechos o circunstancias similares, sino que en función de un verdadero imperativo jurídico. En efecto, si las exigencias que derivan del “principio de igualdad” suponen, en una de sus facetas inmediatas, tratar de igual manera a quienes enfrentan una misma situación, no se comprendería el que tal obligación no se predicara también respecto de los órganos a quienes se ha confiado la jurisdicción, independientemente de cuáles personas concretas fueren sus integrantes en cada momento. Lo anterior implica que no sería lícito a un tribunal modificar, sin una adecuada y fundamentada razón, aquellos criterios y opiniones que previamente hubiere aplicado, con los caracteres de uniformidad más arriba enunciados, en casos que versaron sobre la misma materia que sea objeto de actual juzgamiento. En mi opinión, el no entenderlo así podría llegar a importar —como lo destaca Quijano Fernández— la admisión de una *discriminación arbitraria* cuya prohibición se contempla en la propia Constitución Política en términos extensivos a cualquier autoridad. (art. 19 N° 2).

En armonía con estas consideraciones, es digno de hacer notar un fallo de nuestro Tribunal Constitucional que precisamente se refiere al tema acentuando la necesidad de “*mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores como una manera de crear certeza y seguridad jurídica*, al tiempo que hace ver —y también cito en esta parte la sentencia— que “*Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen*”. Relativamente al mismo punto, estimo que constituye un importante avance el que respecto del *recurso de casación en el fondo*, se contemple la posibilidad de solicitar que su conocimiento y resolución corresponda al *pleno* del tribunal cuando la materia sobre que trata haya sido objeto de diversas interpretaciones en fallos anteriores. De esta manera, junto con contribuir a que los tribunales superiores puedan uniformar jurisprudencia, se allana también el camino para que nuestros jueces adquieran mayor conciencia respecto de los alcances generales que pueden seguirse de sus fallos.

Por su atención, muchas gracias.