

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA DESDE EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO*

VARIATIONS ON JUDICIAL PRECEDENT. AN APPROACH FROM THE CHILEAN LEGAL SYSTEM

Flavia CARBONELL BELLOLIO**

Resumen:

El presente trabajo es el resultado de mi participación en el evento de discusión de la revista *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, que llevó por nombre “La construcción del precedente en el *Civil Law*: debates, conceptos y desafíos”, en el cual participaron varios colegas con un amplio conocimiento en el tema del precedente judicial; de igual forma, ahonda en los temas de mayor debate dentro de lo referente al precedente judicial, enfocado al caso chileno. Todo ello, con la finalidad de proponer algunas soluciones al respecto, así como dilucidar ciertos aspectos importantes dentro del precedente.

Partiendo de conceptos tan trascendentes como la prescriptibilidad, la racionalidad y el uso argumentativo, se logra llegar a ciertas problemáticas provocadas por el mal uso de los conceptos previamente mencionados, que a su vez nos conduce al *stare decisis*, término que mal utilizado puede resultar en un acto contrario a la independencia interna de la cual gozan los jueces.

* Artículo recibido el 30 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 12 de diciembre de 2021.

Agradezco los valiosos comentarios recibidos en el seminario que da origen a este texto, celebrado el 30 de septiembre de 2021 y, de manera especial, a Marina Gascón Abellán, por sus agudas y generosas observaciones, y que espero, al menos en parte, haber logrado incorporar.

** Doctora en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid; profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, correo: fcarbonell@derecho.uchile.cl, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6834-043X>.

Palabras clave:

Precedente judicial, prescriptibilidad, autoprecedente, racionalidad, *stare decisis*.

Abstract:

This paper is the result of my participation in a discussion event of Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho entitled "The Construction of Precedent in Civil Law: Debates, Concepts and Challenges". Several colleagues with a vast knowledge on the subject of judicial precedent participated in this seminar, which also delved into the widely debated aspects of judicial precedent focused on the case of Chile. The entire discussion aimed at proposing solutions, as well as shedding some light on some of its important aspects.

Starting from such transcendental concepts as, rationality and argumentative use, it is possible to find certain problems arising from the improper use of the above concepts, which in turn leads us to stare decisis, a term that if used incorrectly may result in an act against the internal independence of judges.

Keywords:

Judicial Precedent, Statute of Limitations, Self-Precedent, Reasonableness, Stare Decisis.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción civil nacida de delitos de lesa humanidad*. III. *Autoprecedente y racionalidad en la aplicación del derecho*. IV. *Precedente vinculante e igualdad*. V. *Uso argumentativo del precedente*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Comúnmente, se sostiene que la *summa divisio* entre sistemas de *civil law* (“derecho legislado”) y sistemas de *common law* (“derecho consuetudinario”) se funda, de modo importante, mas no exclusivamente, en que estos últimos son “sistemas de precedente”, y aquéllos no lo son. En Chile, suele afirmarse que el artículo 3o., inciso 2o. del Código Civil, impediría asignarle “valor de precedente” a la decisión judicial, o excluiría de las “fuentes formales del derecho” a la “jurisprudencia”, en tanto esa disposición prescribe que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. Dicho algo coloquialmente, este inciso sería, en el ordenamiento jurídico chileno, un escudo protector frente a las tentaciones que podrían existir para introducir una norma de “precedente vinculante”.¹

Siguiendo con algunos ejemplos del ordenamiento jurídico chileno, se puede constatar que en él: a) no existen textos normativos a nivel constitucional que consagren reglas que faculden a ciertos tribunales (Tribunal Constitucional o Corte Suprema, en adelante, TC y CS, respectivamente) para dictar “precedentes” ni reglas que establezcan la obligación de determinados tribunales, jueces o juezas distintos del TC y CS² de seguir el “precedente” de aquéllos, ni

¹ Esta disposición también ha sido utilizada para respaldar la tesis según la cual incorporar una norma explícita, o construir una norma implícita que establezca la obligación de seguir el precedente, especialmente de los tribunales jerárquicamente superiores en el caso chileno, sería contraria a la independencia interna de la que debieran gozar jueces y juezas como estructura necesaria para hacer posible el ejercicio de la función jurisdiccional.

² Aquí uso las expresiones “tribunales” o “cortes” para referirme a jueces y juezas que cumplen la función de forma colegiada, y reservo las palabras “juez” o “jueza” para quienes cumplen la función de manera individual.

tampoco las hay a nivel legal,³ b) existen textos normativos dentro del Código de Procedimiento Civil chileno (en adelante, CPC) que se refieren a los “efectos de las sentencias” en procesos distintos de aquellos en los cuales éstas se dictan (artículos 178, 179 y 180, CPC) y otra disposición que se refiere a la facultad que tienen las partes de solicitar que un recurso de casación en el fondo sea “conocido y resuelto por el pleno del tribunal” (la regla general es su conocimiento por una sala de la CS), fundándose “en el hecho de que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso” (artículo 780, CPC); c) existe un recurso denominado “de unificación de jurisprudencia” para los procesos laborales;⁴ d) la ley procesal penal hace competente a la Corte Suprema para conocer del recurso de nulidad de la sentencia “que hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo” cuando “respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, corresponderá pronunciarse a la Corte Suprema” (artículos 373, letra b) y 376, inc. 3, del Código Procesal Penal); e) hay propuestas de disposiciones normativas en un proyecto de ley que establece un nuevo Código Procesal Civil en el sentido de introducir modificaciones relevantes en el recurso de casación que favorece un modelo de CS “unificadora de jurisprudencia”.⁵

³ La ley que fija la organización y atribuciones de los tribunales es el Código Orgánico de Tribunales de 1943; aquella que regula la organización y atribuciones del TC es la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 1981, que tiene texto refundido del 2010, tras sendas modificaciones en 2005.

⁴ La Ley 20.260, de marzo de 2008, introduce sendas modificaciones en el Código del Trabajo, y en lo que aquí interesa, establece un nuevo procedimiento laboral, en el que se contempla el recurso de unificación de jurisprudencia en los artículos 483 al 483-C de dicho Código. Este recurso tiene por objetivo unificar interpretaciones de normas laborales en el caso de que existan interpretaciones contradictorias en una determinada materia, para lo cual la Cuarta Sala de la Corte Suprema opta por respaldar una u otra. Véase Correa 2020.

⁵ Proyecto de Código Procesal Civil de 2012 (Boletín 8197-07); con un cambio en 2014 y con últimas indicaciones del Ejecutivo de mayo de 2021. Véase también

Como se advertirá, las expresiones entrecomilladas en los párrafos anteriores localizan algunos de los focos de problemas conceptuales que resultan más relevantes cuando de hablar del precedente se trata. La práctica de explicitar los presupuestos teórico-conceptuales ha estado, salvo excepciones, más bien ausente del debate dogmático chileno sobre el precedente. Tampoco ha habido claridad conceptual en sede jurisdiccional, donde la CS, que posee algunas facultades “unificadoras”, no ha llegado a ejercerlas coherentemente, y donde parte del discurso gremial de jueces y juezas parece resistirse a “seguir la jurisprudencia” de tribunales superiores, aduciendo que restringe su independencia.⁶

Muy valiosos trabajos colectivos y monográficos de los últimos años han venido a hacerse cargo, precisamente, de estas cuestiones conceptuales, con mucha profundidad.⁷ Aprovechándome de esas contribuciones, quisiera reflexionar sobre el autoprecedente, el precedente vinculante y el uso argumentativo del precedente, conceptos que, me parece, debieran permanecer distinguibles, aunque interrelacionadas. Lo haré, fundamentalmente, de la mano de un conjunto de casos chilenos sobre una misma materia, a cuya descripción me dedico a continuación, y que permite visualizar ciertos retos y carencias de la normativa chilena y de la práctica judicial.

II. PRESCRIPTIBILIDAD O IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN CIVIL NACIDA DE DELITOS DE LESA HUMANIDAD

En Chile, durante muchos años las acciones civiles indemnizatorias por violaciones a los derechos humanos cometidas en dictadura lle-

Romero 2021. La discusión sobre las funciones que debiera cumplir la Corte Suprema, o qué modelo de Corte Suprema favorecer, es una que también está teniendo lugar en Chile dentro y fuera de la Convención Constitucional, proceso en curso en el momento en que este texto fue escrito.

⁶ Este punto ha sido abordado por Núñez 2021a, quien desarticula este malentendido.

⁷ Me concentraré en la producción científica, especialmente latinoamericana y española, que es donde, a mi juicio, más publicaciones recientes y novedosas existen: Núñez, Arriagada y Hunter 2021, Gascón y Núñez 2020, Gómora 2019, Pulido 2018, Núñez 2016, Núñez 2018.

garon a la CS por dos vías: por un lado, a través de un recurso de casación en el fondo penal (previsto en los artículos 546 y siguientes del antiguo Código de Procedimiento Penal), cuando la acción civil era ejercida dentro del proceso penal, y, por otro lado, a través de un recurso de casación en el fondo civil en contra de sentencias de cortes de apelaciones que se pronunciaban sobre la acción indemnizatoria, interpuesta directamente en un proceso civil. De la acción civil interpuesta en el proceso penal conocía la Segunda Sala de la CS; de las causas civiles de indemnización de perjuicios conocía, hasta 2014, la Tercera Sala de la CS.⁸

En este lapso coexistieron dos tesis acerca de la acción civil: por una parte, la Segunda Sala rechazaba la tesis de la prescriptibilidad de la acción civil nacida de estos delitos de lesa humanidad (cuya acción penal es imprescriptible de conformidad con tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, *e. g.*, artículo 7o. del Estatuto de la Corte Penal Internacional) cometidos durante la dictadura; por otra parte, la Tercera Sala acogía la tesis de la prescriptibilidad de la acción civil fijando como *dies a quo* de esa prescripción el arribo de la democracia al país. Esta desigualdad en las decisiones era especialmente relevante, ya que reflejaba “un grave atentado contra los mecanismos de justicia transicional y contra los derechos de los afectados”: si se ejercía la acción civil de indemnización de perjuicios anexa a un juicio penal, se obtenían importantes sumas de dinero por concepto de indemnización de perjuicios. Si se ejercía aquella acción civil de manera independiente al proceso penal, no se obtenía indemnización alguna (Letelier, 2011: 164).⁹

⁸ La segunda sala es la sala penal; la tercera sala es la sala constitucional y contencioso-administrativa. El artículo 767 del CPC regula el recurso de casación en el fondo civil, estableciendo el tipo de sentencias contra las que procede y la causal misma, que consiste en “que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia”. A esta disposición se remite el citado artículo 546, inciso final, del antiguo Código de Procedimiento Penal, sustituido luego por el Código Procesal Penal de 2000, cuando el recurso de casación se dirija contra la decisión civil de la sentencia.

⁹ Por ello, según algunos, debían privilegiarse las políticas de reparación patrimonial igualitaria a través del establecimiento de políticas públicas generales (leyes, reglamentos). O más claramente aún, el hecho de dar lugar a nuevas deman-

Fácticamente, los casos eran similares: se trataba de familiares de detenidos desaparecidos o de personas torturadas por agentes del Estado durante la dictadura militar que demandaban indemnización del daño moral padecido. Jurídicamente, la disputa consistía, principalmente, en cuáles eran las normas aplicables. A favor de la prescriptibilidad, se aducía que correspondía aplicar las normas de derecho positivo interno, específicamente aquellas sobre prescripción de la acción civil que nace de un delito (artículo 2332 del Código Civil, que establece un plazo de prescripción de cuatro años desde la perpetración del acto, y artículo 2497, que dispone que “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”).¹⁰ A favor de la imprescriptibilidad, se argumentaba que era deber de los tribunales aplicar las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos¹¹ (por mandato del artículo 5o., inciso 2, de la Constitución Política de la República) que consagrarían un derecho fundamental a la reparación integral, que no se limitaría, por tanto, al ejercicio de la acción penal. Como contrapartida a este derecho fundamental¹² se encontraría la obligación del Estado de responder por

das de indemnización de perjuicios producía un acceso desigual a aquellas reparaciones y debilitaba los programas de justicia transicional. Lira 2006.

¹⁰ Había, claro está, otros argumentos, entre ellos, que la imprescriptibilidad requiere de norma expresa, dado el valor de seguridad jurídica que estaría tras la institución de la prescripción. Otra alegación importante es que el Estado había implementado leyes de reparación administrativa que tenían por objeto reparar el daño patrimonial y moral de los familiares directos de las víctimas (principalmente, leyes 19.123, 19.980 y 19.992). Una exposición completa de los argumentos puede verse en la tesis de pregrado de Diego de la Peña 2019.

¹¹ Por mandato del artículo 5o., inciso 2, de la Constitución Política de la República de Chile aún vigente: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. 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”.

¹² En terminología de Hohfeld, se trataría de las posiciones jurídicas correlativas “derecho” y “deber”: “Decir que X tiene frente a Y el derecho a que Y realice Z es equivalente a decir que Y tiene frente a X el deber de realizar Z porque la posición de derecho es pasiva y la posición de deber es activa. La posición de derecho es pasiva porque no se define por referencia a una conducta de su titular sino por referencia a una conducta del titular del deber correlativo”. Arriagada 2018.

crímenes de lesa humanidad, siendo las acciones para hacerla efectiva imprescriptibles.¹³

Estas tesis podrían, además, reconstruirse como una antinomia —cuya constatación, no obstante, requeriría ulterior especificación y justificación—, toda vez que dos conjuntos de normas regularían un mismo supuesto de hecho o unas mismas condiciones fácticas (acción civil que nace de un delito de lesa humanidad) imputándole efectos jurídicos incompatibles (prescripción de cuatro años y carácter imprescriptible, respectivamente).

Sin embargo, desde el punto de vista del sistema de aplicación judicial del derecho, de los usuarios del sistema de administración de justicia y/o de un jurista que analiza estas decisiones, adoptadas por parte de un “mismo” tribunal que ocupa la cúspide de la organización judicial, el juicio de valor sería más drástico. Desde el punto de vista del sistema, bien podría entenderse que una de las decisiones es errónea, aunque definitiva (ya que en este caso no hay posibilidad de impugnarla por ser dictadas por la CS); bien podría entenderse que ambas tesis son soluciones posibles y plausibles dentro del ordenamiento jurídico chileno y admitirse su coexistencia. Los usuarios de la administración de justicia observarían, simplemente, una injusticia inexplicable, una desigualdad de trato infundada por parte de la CS, considerada como un único y mismo tribunal. La dogmática probablemente describiría este caso como uno de esquizofrenia judicial o los explicaría trayendo a la superficie las tendencias políticas y/o las ideologías sobre la aplicación judicial del derecho (Wróblewski, 1989: 67-84) que las decisiones en uno u otro sentido envuelven.

Este escenario problemático se agudiza con el caso *González Galeno con Fisco de Chile*. En esta causa, se solicita que el recurso de casación en el fondo en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁴ sea conocido por el pleno de la CS. La sentencia impugnada, junto con confirmar la sentencia penal condenatoria,

¹³ Artículo 131 del III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949; artículo 10. de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

¹⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (Sexta Sala), Rol núm. 682-2.010, 19 de agosto de 2011.

“acogió la demanda de indemnización de perjuicios, condenando al demandado Fisco de Chile a pagar a la actora por concepto de daño moral la suma de \$50.000.000”. La petición se fundó “en el hecho [de] que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso” (ar-tículo 780, CPC); en el caso en cuestión, en haber sostenido distintas interpretaciones sobre la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción civil que nace de un crimen de lesa humanidad. El pleno de la CS, en fallo dividido (nueve votos contra siete), haciendo suyos los argumentos de la Tercera Sala, resuelve que la acción civil es prescriptible. Por ello, la sentencia de la Corte de Apelaciones incurrió en infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y se procede a su anulación. El considerando 3 reconoce que “la doctrina y la jurisprudencia discrepan respecto de la posibilidad de extender el estatus de imprescriptibilidad que se predica de la acción penal tratándose de delitos de lesa humanidad, a las acciones dirigidas a obtener reparaciones de naturaleza civil por los mismos hechos”. Para fundar su decisión, se argumenta que 1) los instrumentos internacionales se refieren exclusivamente a la imprescriptibilidad de la acción penal que nace de los delitos de lesa humanidad, y nada dice respecto de la acción civil; 2) “la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones” (considerando 5).

El fallo que invalida la sentencia recurrida consta de setenta páginas, 57 de las cuales corresponden al voto disidente o minoritario. La disidencia cita sentencias del Tribunal Constitucional (por ejemplo, sobre la “existencia de principios generales del derecho”, sentencia del 21 de diciembre de 1987, Rol núm. 46, considerando 21, y sobre la vigencia de los tratados internacionales de derechos humanos), y explica que encontraría apoyo en la “jurisprudencia reiterada de esta Corte” sobre la interrupción de la acción civil (que en realidad corresponde a la “jurisprudencia sostenida por la Segunda Sala Penal de la esta Corte en sentencias de fecha 27 de septiembre de 2000, dictada en los autos Rol núm. 4.367-1999 y de fecha 27 de

septiembre de 2001, dispuesta en los autos Rol núm. 3.574-2000, entre otras”). También se indica que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia comparada irían en apoyo del voto de minoría, y se consignan vagas menciones a la “evolución jurisprudencial” y a la “jurisprudencia consolidada”. En la sentencia de la Corte de Apelaciones que fue objeto de impugnación, también se hace referencia a “numerosa jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana... cuyos fallos han aceptado las peticiones indemnizatorias, considerándolas integrantes o propias de la obligación de reparación que cabe al Estado en casos de violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos” (considerando 13), sin ulteriores especificaciones.

Antes de cumplirse seis meses desde la fecha de la sentencia del pleno, la Segunda Sala de la CS dictó otra, en un caso igual a los anteriores, que declaraba la imprescriptibilidad de la acción civil y concedía indemnización por daño moral a los familiares de una víctima desaparecida en dictadura.¹⁵ Sin embargo, esta sentencia no hace mención alguna a la sentencia del pleno que habría “unificado la jurisprudencia”, ni tampoco a las decisiones anteriores de la Segunda Sala ni a jurisprudencia ninguna. Aunque la sentencia es contraria a la del pleno, conviene señalar que los integrantes de la segunda mantienen un comportamiento coherente con la tesis en favor de la imprescriptibilidad que venían sosteniendo en la sala y que sostuvieron en el voto de minoría de la decisión del pleno.

Los siguientes casos que llegaron a la Segunda Sala se resolvieron en igual sentido, contra la decisión del pleno, y aquellos que llegaron a la Tercera Sala, a favor de la decisión del pleno, perviviendo la dispersión jurisprudencial por dos años más. Finalmente, el asunto se resolvió mediante una decisión administrativa del pleno de la CS que redistribuyó las materias de las que debía conocer cada sala. Así, el Acta 233-2014, promulgada el 26 de diciembre de ese año y publicada el 16 de enero de 2015, radicó administrativamente en la Segunda Sala o Sala Penal, tanto en funcionamiento ordinario como extraordinario, el conocimiento “1o.- De los recursos ordinarios y extraordinarios de conocimiento de la Corte Suprema en materia

¹⁵ Sentencia CS rol 519-2013, del 18 de julio de 2013.

penal, tributaria y civil relacionada a una *causa vigente del antiguo sistema procesal penal*".¹⁶ Con esta Acta y con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Órdenes Guerra y otros versus Chile* (sentencia del 29 de noviembre de 2018), se consolidó el criterio de la imprescriptibilidad de la acción civil. No obstante, se trata de una consolidación frágil e inestable, ya que podría perfectamente variar si se dictara, por ejemplo, un acta que radicara el conocimiento de estos asuntos en otra sala de la CS o si cambiara completamente la integración de la Segunda Sala.

Sirva este conjunto de casos como antesala para, en primer lugar, adoptar definiciones sobre qué es el autoprecedente, qué es el precedente vinculante y qué es el uso argumentativo del precedente, como tres nociones distintas, pero conexas; en segundo lugar, para dar cuenta de los fundamentos de cada una de ellas; en tercer lugar, para evaluar, a partir de estas nociones, el comportamiento de la CS en las causas antes descritas, y, en cuarto lugar, para plantear la pregunta sobre posibles vías de racionalización de la práctica de aplicación judicial del derecho.¹⁷ Abordaré estas cuestiones en cada uno de los epígrafes que vienen a continuación.

III. AUTOPRECEDENTE Y RACIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Marina Gascón define al autoprecedente como aquel "que procede de las decisiones previas adoptadas por el mismo juez o tribunal que ahora tiene que decidir", y conceptualiza la regla de autoprecedente judicial como aquella que "vincula a los órganos judiciales a sus propios precedentes". Por *precedente* en esta última definición se entiende "el *criterio, principio o razón jurídica* en el que se funda una decisión previa usada como fuente para la adopción de futuras decisiones" (*i. e.* precedente en sentido estricto, *ratio decidendi*

¹⁶ El destacado es añadido. El acta fue adoptada durante la presidencia del ministro Sergio Muñoz, disidente en las decisiones de la Tercera Sala y favorable a la tesis de la imprescriptibilidad de la acción civil.

¹⁷ Agradezco a María Beatriz Arriagada su comentario acerca de la importancia de mantener claramente distinguidas estas dimensiones en el texto.

o fundamento de la decisión) (Gascón, 2011: 134, cursiva en el original). En síntesis, y siguiendo las precisiones conceptuales de esta autora, el autoprecedente es una regla que obliga al tribunal o juez que dictó una decisión previa a incorporar en la decisión de un caso similar futuro las mismas razones jurídicas allí utilizadas.

La pregunta, entonces, es cuál es el fundamento de una tal regla y de qué tipo de regla se trataría. La respuesta que da Gascón es que el autoprecedente es “una regla de racionalidad cuyo único fundamento reside en esa exigencia de la justicia formal que es el requisito de la universalización” (Gascón, 1993a: 38). Esta exigencia de universalización opera especialmente cuando el juez se ve llamado a elegir entre distintas opciones, promueve la racionalidad en la aplicación del derecho y constituye una “garantía contra la arbitrariedad” (Gascón, 2011: 136).¹⁸

¹⁸ En otra formulación de la autora, el precedente es entendido como instrumento de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de cambio irreflexivo o arbitrario. Gascón 1993b: 225.

La noción de racionalidad como opuesta a la arbitrariedad se emplea igualmente por las teorías de la argumentación. No obstante, como sostiene García Amado, no existe un único criterio de racionalidad argumentativa, sino varios, que generalmente se combinan en propuestas teóricas o normativas concretas: *a)* racionalidad como justificación; *b)* racionalidad como explicitación de valoraciones (y que ello permita su control); *c)* racionalidad como corrección lógica de la argumentación; *d)* racionalidad como prelación entre argumentos y como ponderación de consecuencias; *e)* consenso como criterio de racionalidad (*e. g.* apelaciones a valores intersubjetivamente compartidos o que serían aceptables en un determinado grupo); *f)* racionalidad sistemática; *g)* racionalidad procesal (como resultado de un procedimiento). García Amado 1986: 167 y ss.

En este sentido, por ejemplo, se entrelazan algunos de estos criterios de racionalidad en un modelo analítico de motivación correcta como el de Chiassoni, “[u]na *sentencia judicial* está motivada correctamente si, y sólo si, cada una de las decisiones judiciales (disposiciones individuales, juicios jurídicos, normas individuales judiciales) que esta contiene es *racional* o está justificada *racionalmente*” y se entiende que es racional o que está racionalmente justificada si satisface las condiciones de la justificación interna y externa. La justificación interna o lógico-deductiva es una condición de *racionalidad formal* que refleja el principio de no contradicción; la justificación externa puede ser normativa o probatoria según el tipo de premisas a las que se refiera, y es condición de *racionalidad sustantiva* que refleja el principio de razón suficiente. Racionalidad, en este modelo, es sinónimo de justificación interna y externa. Chiassoni 2011: 18 y ss.; 56.

En la misma senda seguida por MacCormick, Gascón argumenta que la universalización o universabilidad kantiana tiene un rol relevante en la aplicación judicial del derecho. Esta máxima kantiana podría formularse así: “adopten aquella decisión que, por considerarla correcta, estén dispuestos a suscribir en futuros casos sustancialmente idénticos”. Especial relevancia tiene esta mirada hacia el futuro, que, sin embargo, no impide abandonar el precedente, es decir, no petrifica la decisión, sino que simplemente sitúa la carga de la argumentación en quien quiera apartarse de aquél. Este abandono del autoprecedente u *overruling* puede fundarse bien en la incorrección de la decisión anterior, bien en su inadecuación sobreviniente (Gascón, 2011: 136-139).¹⁹

MacCormick se refirió a la universalización al tratar la exigencia de justicia formal como una idea estrechamente relacionada con la de justificación (MacCormick, 1978: 73-99), y más específicamente, con la justificación deductiva, superando el “conservadurismo” perelmaniano dado por el principio de inercia que favorecería el *statu quo*.²⁰

¹⁹ Como regla de la argumentación, Alexy la configura así: “[J.14] Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación”. Alexy 1989: 287.

²⁰ Según Perelman, la relación entre la regla de justicia y el principio de inercia es a la vez conceptual y empírica, inclinándose más bien la balanza hacia esta última. La inercia es un concepto que viene de la física, que quiere expresar la tendencia de los cuerpos a permanecer en el estado en que se encuentran (movimiento a velocidad constante, reposo, etcétera), si no existen fuerzas externas que actúen sobre él. Trasladado al campo argumentativo, el principio de inercia consiste en la tendencia a que los seres, casos o situaciones semejantes sigan siendo tratados en la misma forma en que vienen siendo tratados si no existen buenas razones que justifiquen un cambio en el tratamiento. En palabras de Perelman, se trata de una “tendencia, natural a la mente humana, a considerar como normal y racional, y como tal no requiriendo justificación suplementaria, un curso de comportamiento en conformidad con el precedente”. Y continúa diciendo “*Per contra* toda desviación, todo cambio, tendrá que ser justificado. Esta situación, que resulta de la aplicación del principio de inercia en la vida de la mente, explica el rol que juega la tradición. Es la tradición la que es tomada como punto de partida, es la tradición la que es criticada y es la tradición la que es mantenida mientras no se vea ninguna razón para apartarse de ella”. Perelman 1977: 86. El principio de inercia implica estabilidad, característica que es perseguida por los sistemas sociales, particularmente por el jurídico. En palabras de Alexy, “una opinión o una praxis que haya sido aceptada una vez no puede abandonarse sin un motivo para ello”. Alexy, 1989: 191.

La exigencia de justicia formal implica que se está dispuesto a sostener las mismas razones sobre las cuales se funda el fallo en casos similares futuros o situaciones semejantes en sus aspectos relevantes que se den en el futuro, de la misma forma como la decisión del caso presente toma en cuenta precedentes anteriores. Se trata de un requisito que mira hacia el pasado —*backward-looking*— y hacia el futuro —*forward-looking*—, y cuyo cumplimiento constituye un requisito mínimo de racionalidad tanto en la tarea de administrar justicia como en la noción de justicia de acuerdo con el derecho (*justice according to law*). Esta mirada hacia el futuro, *i. e.* el hecho de estar dispuesto a sostener en la resolución de casos futuros similares las mismas razones en apoyo de la decisión, vincula con mayor fuerza al juez, toda vez que tratándose de la mirada hacia el pasado la vinculación tiende a ser más débil, ya que es posible que exista conflicto entre el precedente y la “justicia material” del caso en cuestión (MacCormick, 1978: 74 y ss.; MacCormick, 1976: 109). Así, entonces, uno de los requisitos para que una decisión se encuentre justificada, un requisito lógico, según MacCormick, es, precisamente, que aquélla debe basarse en una norma universalizable.²¹ En este sentido, la justificación de una decisión es cuestión de universales, y no de particulares (MacCormick, 1976: 103 y 104).

Desde el punto de vista argumentativo, el autoprecedente es una regla de racionalidad que obligara a universalizar razones para concretar el ideal de la justicia formal. Desde el punto de vista jurídico, el autoprecedente se configura como una regla cuyo fundamento es la obligación de los jueces de motivar las decisiones judiciales y la obligación de cumplir con el principio de igualdad y no discriminación arbitraria en el ejercicio de la función jurisdiccional.

²¹ El autor explica la diferencia entre ‘universal’, en tanto requisito lógico —atribuible, por tanto, a la premisa mayor de un silogismo—, y ‘general’, que es un término que se refiere a diferencias de grado (más o menos general). Pueden existir, por ejemplo, reglas más o menos generales (dependiendo de la extensión de individuos o situaciones que comprenden), pero en ambos casos se trata de reglas universales, esto es, aplicables a todos aquellos individuos o situaciones. Los términos ‘genérico’ y ‘universal’ son usados por MacCormick indistintamente para hacer referencia a este requisito de tipo lógico, distinguiéndolos, de acuerdo con lo dicho, del término ‘general’. MacCormick, 1978: 78-79.

Si volvemos al conjunto de casos descritos, la primera pregunta que se plantea es cómo explicar el hecho de que en el seno de un mismo tribunal, distintas salas mantienen doctrinas diferentes, criterios interpretativos contrapuestos, sobre un mismo problema jurídico. Y las explicaciones pueden ser dos. Por una parte, podemos considerar que cada una de las salas es un órgano o tribunal autónomo, y, siendo esto así, la mantención del fundamento de la decisión en favor de la prescriptibilidad (Tercera Sala) y de la imprescriptibilidad (Segunda Sala) revela que cada Sala se ha comprometido a universalizar la *ratio decidendi* hacia los casos futuros similares, cumpliendo con la mirada hacia el futuro de la racionalidad. Esta postura, sin embargo, va en detrimento de la garantía ciudadana de igualdad en la aplicación de la ley, lo que es especialmente significativo tratándose de salas que pertenecen al tribunal jerárquicamente superior de la organización judicial chilena. Por otra parte, podemos considerar que cada sala no es sino una instancia de un mismo tribunal, y que la subsistencia en el tiempo de decisiones contradictorias, como las descritas en los casos referidos, es una falla de la racionalidad y una manifiesta arbitrariedad respecto de los administrados de justicia.

Frente a este riesgo de decisiones contradictorias dictadas por distintas salas de un único órgano judicial, es el propio legislador quien ha establecido un mecanismo de unificación de jurisprudencia, pese a que la cultura jurídica interna chilena no lo considera tal. En efecto, el artículo 780 del CPC permite el conocimiento de una causa por el pleno cuando existan sentencias contradictorias de las salas de la CS. ¿Cuál sería el fundamento de esta norma, sino otorgar competencia al pleno para fijar la interpretación institucionalmente correcta, eliminando la contradicción en el caso concreto y uniformando las decisiones hacia el futuro?

Sin embargo, la actitud díscola de la Sala Penal que se aparta de la decisión del pleno revela que, por una parte, la sala se autocomprende como un órgano autónomo y, por otra parte, que no reconoce vinculatoriedad a aquella decisión del pleno. ¿Obedece ello a que falta una regla expresa del *stare decisis*? ¿No debiera acaso el artículo 780 considerarse, precisamente, como una regla expresa de *stare decisis*? Para que ello fuera así, haría falta, como se verá en el epígrafe siguiente, la segunda norma para que se pueda afirmar la

existencia de una regla de precedente vinculante, cual es aquella que califica su seguimiento y no seguimiento del precedente, atribuyéndole alguna consecuencia jurídica.

La evaluación de estos casos también requiere reflexionar acerca de qué diseño institucional es más apto para facilitar el respeto al autoprécendente y, consiguientemente, producir la racionalización de la aplicación del derecho perseguida por aquella regla. Siendo imposible abordar aquí esta compleja cuestión, me limitaré a mencionar dos puntos. Un modelo de CS que funciona en salas especializadas y en pleno debiera, por un lado, distribuir claramente las competencias entre las salas y, por otro lado, ocuparse de articular las relaciones entre decisiones de aquéllas y de éste. Por ejemplo, establecer una división más fina de los asuntos de relevancia jurídica que deba conocer una u otra sala, pese a que ello no pueda evitar *a priori* casos dudosos en que la competencia corresponda a dos salas. Un modelo de CS que funciona sólo en pleno parece más propenso a cumplir con la regla del autoprécendente. El segundo punto se refiere a los fundamentos y razones en favor de la adopción de decisiones judiciales colectivas, así como a la forma en que aquéllas se toman al interior de órganos colegiados. Tratándose de una CS que funcione en sala y en pleno, cabría preguntarse si el respeto a las decisiones del pleno puede vincularse, en algún sentido, con el respeto a las decisiones de la mayoría.

IV. PRECEDENTE VINCULANTE E IGUALDAD

La regla del precedente o regla del *stare decisis*, consiste en una o más normas que establecen que determinadas decisiones jurisdiccionales cuentan como precedentes (Núñez, 2021).²² Tal como argumenta Arriagada, la existencia de precedentes vinculantes, depende

²² “La regla que vincula a los órganos juzgadores al precedente vertical se conoce como *stare decisis et quia non movere*, e indica que los precedentes tienen autoridad y deben ser seguidos”. Gascón, 2011: 134. En otro lugar describe los sistemas de *stare decisis*, como aquellos “cuyo fundamento reposa en la exigencia de justicia uniforme; es decir, en el ideal de juez único que preside todo sistema jurisdiccional que quiera garantizar la seguridad, igualdad y unidad del Derecho” (Gascón, 1993b: 212).

de la existencia de dos normas jurídicas: una norma que establece la vinculación al precedente, y otra norma que califica el seguimiento y el no seguimiento de los precedentes. Estas dos normas constituyen un conjunto de relaciones jurídicas entre tres intervinientes: 1) los tribunales cuyos precedentes tienen que ser seguidos; 2) los tribunales que tienen que seguirlos; 3) los individuos cuyas situaciones jurídicas resultan modificadas por el seguimiento y el no seguimiento de aquellos precedentes (Arriagada, 2021).

Dada la equivocidad, heterogeneidad y uso dispar de la expresión “precedente” en contextos jurídicos, —de la que ya he dado cuenta—, esta autora define estipulativamente a los “precedentes” como “normas empleadas en las sentencias judiciales para la solución de casos específicos que tienen *alguna relevancia* para la solución de casos específicos similares” (Arriagada, 2021: 368). Esta definición está en la misma dirección que la que proponen Gascón antes transcrita, y Núñez (2021): en todos los casos, se hace referencia a la norma que constituye el fundamento, la decisión, *i. e.* su *ratio decidendi*. Por “precedentes vinculantes”, Arriagada entiende “aquellos que, de acuerdo con el derecho positivo vigente, *tienen que ser seguidos* por determinados tribunales a la hora de decidir casos específicos similares al caso específico que fue solucionado por la sentencia que contiene el precedente” (Arriagada, 2021: 369).

A diferencia de Núñez, y en una noción más restringida, Arriagada circunscribe su análisis “a los precedentes normativa, formal o institucionalmente vinculante, es decir, aquellos cuya vinculatoriedad es constituida y regulada por normas de derecho positivo vigente” (Arriagada, 2021: 369). De forma más categórica, si no hay consecuencia jurídica para el no seguimiento del precedente, sostiene la autora, no puede hablarse de precedente vinculante. Esta afirmación, a la que subyace la idea de que hacerse cargo del precedente vinculante es prioritario desde el punto de vista conceptual a los otros sentidos o usos de la expresión “precedente”, me parece correcta, y evita posibles confusiones respecto a la configuración y efectos jurídicos del precedente.²³

²³ Como diré luego, podría simplemente usarse “precedente” para referirse a precedente vinculante, desechando el uso de “precedente persuasivo” y reemplazándolo por uso de sentencias o jurisprudencia como argumento.

La tesis de Arriagada acerca de la fisonomía del precedente vinculante se construye empleando una idea notable y original de Núñez, cual es que la existencia de un sistema de precedentes al interior de un ordenamiento jurídico determinado requiere de la existencia de normas constitutivas, y no, como generalmente se ha sostenido, de la existencia de normas regulativas (Núñez, 2018).²⁴ En este sentido, la existencia de los precedentes vinculantes depende

...necesariamente de la existencia de dos normas jurídicas diferentes: (i) una norma que, al establecer una relación jurídica de competencia-sujeción entre un tribunal X [el que produce el precedente] y un tribunal Y [el que está vinculado por el precedente], constituye como precedentes para el tribunal Y a las normas producidas por el tribunal X y (ii) una norma que califica el seguimiento y el no seguimiento de tales precedentes por el tribunal Y (Arriagada, 2021: 382).

Así, como ya había adelantado, la primera es una norma de vinculación al precedente, mientras que la segunda es la norma que califica el seguimiento y el no seguimiento de los precedentes.

Si miramos estas normas más de cerca, veremos que la primera norma, la norma de vinculación al precedente, es una norma de competencia (de aquellas que confieren competencia a determinados sujetos) que establece una *relación de competencia-sujeción* entre los tribunales X e Y. La sujeción o vinculación al precedente significa que el tribunal Y tiene que seguir los precedentes del tribunal X, o, desde la otra cara de la moneda, el tribunal X modifica la situación jurídica del tribunal Y cada vez que ejerza la competencia para dictar precedentes que le ha sido otorgada.²⁵

²⁴ En un texto reciente, Núñez desarticula la tesis según la cual la regla del precedente es una regla prescriptiva, mostrando que no es ni una norma de obligación ni una norma permisiva, sino normas constitutivas (específicamente, normas de competencia) que, de manera conceptualmente necesaria o contingente, instituyen un sistema de precedente. Núñez, 2021.

²⁵ Una competencia es “un poder de producir normas jurídicas válidas o participar en su producción, constituido o determinado por normas jurídicas que comúnmente se denominan normas de competencia o sobre la producción jurídica” (Arriagada, 2021: 380).

La segunda norma, aquella que califica el seguimiento y el no seguimiento de los precedentes, puede ser de dos tipos: *a)* una norma regulativa que obliga al tribunal Y a seguir el precedente del tribunal X (o que prohíbe al tribunal Y no seguir los precedentes del tribunal X), y que establece como sanción al incumplimiento de aquella obligación (omisión del comportamiento) una sanción al juez o jueces que pronuncian la sentencia que no sigue el precedente;²⁶ *b)* una norma de competencia de aquellas que limitan el contenido de las decisiones (normas individuales) que el tribunal Y es competente para dictar en la solución de casos específicos. Y lo limitan en el sentido que lo convierten en “*incompetente* para solucionar aquellos casos que son similares a los que han sido solucionados por los precedentes del tribunal X mediante normas de contenido distinto al que ha sido predeterminado por tales precedentes”. Esta incompetencia implica, a su vez, “una *inmunidad* (no sujeción) de los individuos que son partes en un proceso judicial” frente a decisiones que tengan un contenido distinto al predeterminado por tales precedentes. Tales decisiones, en efecto, son *inválidas*, ya que han sido dictadas fuera de la competencia del tribunal Y (Arriagada, 2021: 393 y 394).

Con esta estructura teóricamente fina e impecable, Arriagada visibiliza las caras de las normas que configuran el precedente vinculante: las dos caras de la primera norma de sujeción al precedente (la competencia del tribunal X y la sujeción del tribunal Y) y las dos caras de la norma que califica no seguimiento (sanción al tribunal Y, invalidez de la decisión del tribunal Y), junto con las relaciones jurídicas a las que ellas dan lugar.

El fundamento de la igualdad en la aplicación del derecho de la regla del precedente vinculante es bastante conocido. Ya el concepto de jurisdicción presupone que la solución de controversias de relevancia jurídica, mediante la aplicación de la ley abstracta y general al caso concreto y particular,²⁷ no genere desigualdad de trato. Igualdad en la aplicación de la ley por parte de esta potestad

²⁶ La obligación puede ser absoluta o indirecta (sin derecho correlativo) o relacional o directa (con un derecho correlativo que permita a su titular accionar judicialmente frente a su incumplimiento).

²⁷ Esta es la manera en que Atria entiende la jurisdicción (Atria, 2016: 216).

pública²⁸ que, en modelos procesales en que la decisión de un juez o tribunal es susceptible de ser impugnada y revisada por tribunales superiores, puede ser de más difícil consecución.

La regla del precedente, entonces, comparte con la regla del auto-precedente el fundamento de la igualdad, aunque la primera adopta el punto de vista del sistema de administración de justicia (cómo resuelven agregadamente controversias jurídicas similares todos los jueces y tribunales), mientras que la segunda se focaliza en las decisiones de un juez, de una sala o de un tribunal.

Otros valores que justifican la existencia de una regla de precedente vinculante, como ampliamente sostiene la literatura, son la *seguridad jurídica* y la *estabilidad del derecho* que aquélla promueve. Ello “significa que los ciudadanos pueden prever o anticipar la respuesta que probablemente recibirá su caso; es decir, que pueden tomar decisiones confiando en que las reglas jurídicas usadas por los jueces con anterioridad les serán aplicadas también a ellos”. Además, al igual que el autoprecedente, promueve la igualdad *formal*, es decir, tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales; descarga de ulterior justificación, con el consiguiente ahorro de tiempo (Gascón, 2011: 134 y 135).

Ahora bien, frente a la no uniformidad de la respuesta de tribunales a problemas jurídicos similares, la ciudadanía lega en derecho se pregunta, razonablemente, cómo puede suceder que una regla jurídica, que pretende ser guía de actuación, pueda dar lugar, frente a una misma situación de hecho, a dos respuestas o a dos interpre-

²⁸ Como sostiene Iturralde, para saber si existe o no igualdad en la aplicación judicial de la ley se requiere de un término de comparación, o de un análisis (diacrónico) de una o más decisiones en el tiempo. Iturralde describe de la siguiente manera los dos elementos que componen el principio de igualdad en la aplicación del derecho: “Un elemento material, que ofrece la condición justificatoria, esto es, el criterio de justicia en favor de un determinado trato para una categoría de sujetos (por ejemplo, el mérito, la necesidad, o una norma jurídica). En el caso del derecho, dicho criterio viene dado, en un primer momento, por el legislador al establecer cuáles son las diferencias relevantes (entre mayores y menores de edad, entre diferentes tipos de trabajadores, entre ciudadanos y parlamentarios, etcétera); y en un segundo momento, por los jueces al decidir los casos de una determinada manera dentro del margen de discrecionalidad. El elemento formal supone generalizar las condiciones del elemento material a los casos posteriores” (Iturralde, 2019: 140).

taciones distintas por parte de tribunales de justicia, o ¿cómo se puede explicar que dos jueces con la misma formación o con formación equivalente arriben a conclusiones distintas sobre la base del “mismo derecho”?²⁹ La respuesta, desde cierto concepto de derecho y desde una teoría de la interpretación que rechaza la tesis de la única respuesta correcta,³⁰ sería que es imposible “que el ordenamiento jurídico esté siempre en condiciones de ofrecer al intérprete una y sólo una respuesta correcta para resolver un conflicto jurídico” (Gascón, 1993b: 213). En otros términos, dado el carácter al menos parcialmente indeterminado del derecho,³¹ cierto margen de dispersión jurisprudencial es inevitable o, lo que es lo mismo, la coexistencia de interpretaciones diversas dentro de aquellas lingüísticamente posibles y jurídicamente plausibles en distintos tribunales resulta ineludible. Esta dispersión puede generar una desigualdad de trato del sistema de administración de justicia difícil de justificar (como la que se produce entre personas que reciben y otras que no reciben una indemnización patrimonial por crímenes cometidos en dictadura).

Para evitar esta desigualdad de trato, los sistemas procesales incorporan mecanismos de unificación en algún punto de los procesos judiciales, cuya decisión se encomienda generalmente a algún tribunal vértice del sistema.³² Aunque es discutido en Chile cuál es el efecto de una sentencia dictada por el pleno en ejercicio de las

²⁹ Estas son las preguntas que Herman Pritchett, un politólogo norteamericano, se hiciera en 1941 al describir el aumento de la práctica de disensos al interior de la Corte Suprema norteamericana (Pritchett, 1941).

³⁰ Dworkin emplea la expresión “respuesta correcta” para designar una decisión judicial que consiste en la interpretación que mejor reconstruye la práctica jurídica y la moralidad política de la comunidad. Existen, sin embargo, varias versiones de esta tesis, que no es del caso analizar aquí. Véase Dworkin, 1963, 1967, 1978.

³¹ Sobre la distinción entre indeterminación del ordenamiento jurídico en sede de interpretación abstracta (equivocidad de textos) e indeterminación de la norma en sede de interpretación concreta, véase (Guastini, 2011: 39 y ss.).

³² (Gascón, 2011). La expresión “vértice” es la del famoso libro (Taruffo, 2006). Como indica (Taruffo, 2016: 34), la “uniformidad en la interpretación y en la aplicación del derecho se persigue con diversas técnicas”.

facultades del artículo 780, CPC, su fundamento es la necesidad de uniformar la interpretación del derecho, pese a que no exista la otra cara de la norma del precedente vinculante que regula los efectos de su seguimiento o no seguimiento por parte de otras salas CS o de otros tribunales jerárquicamente inferiores. En el caso de las decisiones dictadas en materias que son competencia sólo de una sala, la respuesta, a partir de los conceptos antes asumidos, es que no existe una regla de precedente vinculante de las salas, pues faltan las dos normas que son requisitos de existencia: una norma de vinculación al precedente y una norma que califique el seguimiento y no seguimiento.

Parece, en cualquier caso, que una manera de racionalizar la práctica judicial que promueva los valores de igualdad y seguridad jurídica sería incorporar, positivamente, una regla de precedente vinculante a cargo del tribunal vértice, bien en su competencia en sala, bien en pleno. A más de su incorporación, habría que velar por que los tribunales pudieran comunicar con claridad y precisión la *ratio decidendi* de la decisión, lo que precisa de cambios en la cultura jurídica interna. En fin, otro de los peligros que describe la literatura consiste en que una regla de precedente vinculante pueda transformar a la CS en un órgano legislativo o cuasi legislativo.

V. USO ARGUMENTATIVO DEL PRECEDENTE

La cita, uso o mención³³ de decisiones judiciales pasadas es frecuente en la litigación y en las decisiones judiciales. En este último caso, el uso argumentativo supone que no existe una regla de precedente vinculante, pues en tal caso el tribunal vinculado por el precedente producido por aquel competente para producirlo debe, simplemente, decidir en conformidad a la *ratio decidendi* aplicable al caso.

En tanto razón o argumento, estas citas o menciones a decisiones judiciales pasadas se emplean para respaldar o justificar la atribu-

³³ Vio 2021 explica que el uso de una sentencia pasada consiste en la mención de su contenido, e identifica distintas maneras de hacer aquellas menciones.

ción de significado a textos normativos. Como tipo de argumento interpretativo, puede decirse que forma parte de reglas o de costumbres interpretativas seguidas (usadas y aceptadas) por una cultura jurídica determinada.³⁴

Generalmente, y para destacar este uso argumentativo cuya relevancia puede variar de sistema en sistema,³⁵ se le llama “precedente persuasivo”:³⁶ el juez no está obligado a respetar la *ratio decidendi* de una decisión pasada, pero lo hace por “la autoridad de quien lo emitió, en el sentido de su prestigio o reconocimiento”, prestigio que puede ser fundado, presupuesto e incluso atribuido de manera estratégica (García Amado, 2016: 120).³⁷ Como explica García Amado, sin embargo, la eficacia o éxito del argumento dependerá, especialmente, de que aquel que debe resultar persuadido y adoptar la decisión en el presente en conformidad con aquel argumento reconozca la experticia o autoridad, entendida como aquella especial “cualificación, capacidad o conocimiento” de quien adoptó esa decisión pasada.

Dentro del catálogo de argumentos interpretativos, este uso argumentativo del precedente se ubica dentro del argumento autoritativo o *ab exemplo*, definido por Tarello como

...aquel por el cual a un enunciado normativo se atribuye el significado que le fue ya atribuido por alguien, y por este solo hecho. Se trata del argumento que invita a atenerse a precedentes aplicaciones-producto o interpretaciones-producto, esto es, a la práctica aplicativa consistente en el resultado de la interpretación oficial o judicial, o bien a la interpretación de la doctrina (Tarello, 2018: 334).

³⁴ Sobre el concepto de “argumentos interpretativos”, puede verse (Tarello, 2018: 309 y ss.); (Ezquiaga, 1994).

³⁵ Vean las distinciones entre relevancia argumentativa muy débil, débil y fuerte que distingue (Chiassoni, 2011).

³⁶ Como dice Gascón, los precedentes persuasivos son los que “no tienen que ser seguidos, pero hay buenas razones para que sí lo sean” (Gascón, 2011:134).

³⁷ En igual sentido, Accatino señala que en la argumentación judicial “la referencia a la jurisprudencia asume predominantemente la forma de un argumento de autoridad —un argumento cuya fuerza justificatoria se basa sólo en el estatus o prestigio de su emisor—” (Accatino, 2002: 574).

El argumento autoritativo, en palabras de Atienza, es uno de los argumentos más tradicionales de la retórica (que se encuentra ya en la *Retórica* de Aristóteles, y que es también estudiado por Perelman), y en el ámbito jurídico se emplea cuando el precedente no es fuente del derecho en sentido formal. Atienza muestra, además, cómo el argumento *ad hominem* en sentido estricto y el argumento de autoridad pertenecen al mismo género, aunque son tácticas argumentativas opuestas, en tanto que ambos “toma[n] la opinión de individuos particulares como fuente confiable de conocimiento (o de guía de la acción)”: “en un caso, [se emplea el] *argumento ad hominem*, para destruir o minar la credibilidad de una persona; en otro, [se emplea el] argumento de autoridad, para apoyar una tesis basándose en la opinión de una autoridad o de un experto en la materia” (Atienza, 2013: 420, 417).

Siguiendo la distinción de Summers, Atienza incluye los argumentos de autoridad dentro de las razones formales o autoritativas, y da cuenta de su importancia tanto para la configuración de la premisa normativa (donde se recurre a la interpretación que de los enunciados normativos hayan realizado las autoridades prácticas como aquellas que deciden sobre cursos de acción) como para la configuración de la premisa fáctica (donde se recurre a autoridades teóricas o conocimiento experto) (Atienza, 2015: 1443).

Con una mirada un tanto diversa, Coloma describe en los siguientes términos el argumento de autoridad: “si ante un auditorio cualquiera la fuerza argumental de un planteamiento P resulta distinta según si este ha sido formulado por un sujeto X o por uno Y, estaremos en presencia de un AA [argumento de autoridad]” (Coloma, 2021: 213).³⁸ El AA, sostiene Coloma, “hace posible operar con un nivel mayor de inercia argumental que el que se da cuando se interactúa con sujetos que no son reconocidos como altamente creíbles, agudos o sabios... permite la división del trabajo, ya que nos evita tener que investigar y analizarlo todo, si de lo que se trata es de construir o modificar creencias” (Coloma, 2012: 214).³⁹ Y a con-

³⁸ Coloma se refiere a este argumento al analizar el tránsito de un sistema de valoración de la prueba legal o tasada (en que se apela a lo que establezca la autoridad legislativa) a un sistema de sana crítica.

³⁹ En sentido similar, Atienza 2015.

tinuación previene sobre los peligros que pueden derivarse de su uso, entre los cuales se encuentra bien la renuncia anticipada del ejercicio deliberativo que permite modificar creencias o decisiones, bien, agregaría yo, abdicar de tomarse en serio el ejercicio de justificación de las premisas de la decisión judicial. Dicho de otra manera, un mal uso argumentativo del precedente en tanto argumento de autoridad puede entrar en “tensión con las aspiraciones de control de racionalidad”.⁴⁰

Un análisis del conjunto de casos estudiados muestra que el uso argumentativo del precedente es dispar, vago y poco fundado. Por ejemplo, los jueces de la Segunda Sala de la CS hacen pasar como jurisprudencia asentada de la Corte sus propias decisiones anteriores sobre una materia, aunque seis meses después ignoran todo valor a la decisión del pleno, sin siquiera mencionar que se apartan de ella. En la misma decisión, mencionan la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno,teniéndolo como “autoridad”, cuando la gran mayoría de las decisiones de las salas de la CS simplemente desconocen toda autoridad a este tribunal.⁴¹ Claramente, el denunciado uso argumentativo *cherry picking* u oportunista (por parte de los litigantes y por parte de los tribunales) también se presenta en este grupo de casos, al igual que vagas referencias a “jurisprudencia asentada”, que no indican con precisión los considerandos donde es-

⁴⁰ Dice Coloma: “En ocasiones, incluso, podrá operar como un planteamiento ad hoc que permite al sujeto a quien se le reconoce el estatus de autoridad ir adaptándose a sus intuiciones o preferencias, según sea el caso al que está enfrentando. Eso no es lo que esperamos de los jueces. El problema será entonces, cuándo los argumentos que descansan en la experticia de quienes los formulan son razonables y cuándo, falaces”. Ello puede contribuir a potenciar la atribución de “valor a cualquier argumento que potencie la creencia de que la subjetividad del juzgador no influye en que un cierto litigio se haya resuelto en un sentido u otro (ojalá que “los hechos hablen por sí solos”) (Coloma, 2012: 214).

⁴¹ Un caso paradigmático reciente, del que no me puedo encargar aquí, es uno de la Tercera Sala de la CS que, aunque rechaza el recurso de protección intentado en contra de una sentencia que declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dos disposiciones del Código del Trabajo, indica que tiene competencias para controlar las actuaciones ilegales del TC (actuaciones ilegales cometidas a través de sus sentencias, aunque no lo acoge en el caso concreto). SCS Rol 21.027-2019, dictándose sentencia el 7 de octubre de 2019.

taría la razón que ahora emplean para decidir. No es difícil advertir que se trata de usos no saludables para un sistema de administración de justicia que aspira a cierta racionalidad.

VI. CONCLUSIONES

A partir de un caso chileno, en este texto he querido ilustrar algunos defectos de racionalidad que se producen por una serie de factores: *a)* la concurrencia de competencias en dos salas de la CS; *b)* la falta de una regla completa de *stare decisis*; *c)* una práctica que hace mal uso del argumento basado en el precedente; *d)* jueces, juezas y tribunales que no se sienten vinculados por sus propias decisiones en casos futuros similares (y menos por las de tribunales superiores) o que no están dispuestos a seguir el fundamento de una decisión que se dicta al activar un mecanismo cuya finalidad es evitar interpretaciones contradictorias por parte de la CS. Las propuestas de solución de la mayoría de estos problemas requieren preguntarse, en primer lugar, por la deseabilidad de los valores que el autoprécédente y el precedente promueven, y, en segundo lugar, por los cambios normativos que debieran hacerse para lograrlo, considerando las eventuales resistencias que podría haber de parte de la cultura jurídica chilena. Dentro de eventuales cambios normativos, me parece fundamental la redefinición de las principales funciones de la CS,⁴² la incorporación de normas que establezca el precedente vinculante y la creación de algún mecanismo para que la propia Corte identifique su autoprécédente.

Conceptualmente, y siguiendo desarrollos teóricos de los últimos años, me parece relevante mantener separados el autoprécédente, el precedente vinculante y el argumento del precedente, dado que cada cual cumple una función distinta en un sistema de administración de justicia. El respeto al autoprécédente, como compromiso de

⁴² Actualmente, conoce de un número de casos al año inabordable seriamente, a más de todas las funciones no jurisdiccionales que cumple. Tal redefinición dependerá de la futura Constitución, cuya elaboración fue encomendada a una convención constitucional, y de una reforma al proceso civil que lleva desde 2012 discutiéndose en el Congreso.

universalizar la decisión a casos futuros similares, sirve, como dice Gascón, de garantía contra la arbitrariedad, a la vez que permite evaluar la racionalidad diacrónica del juez o tribunal al aplicar el derecho. La existencia de una regla del precedente vinculante permitiría introducir mayor racionalidad en el sistema procesal y en el ejercicio de la jurisdicción, brindar mayor seguridad jurídica y velar por la igualdad formal en la aplicación judicial del derecho. En ausencia de una regla de *stare decisis*, debiera hacerse un mejor uso del argumento del precedente —especialmente por parte de jueces y tribunales— que individualice adecuadamente la decisión anterior y que justifique por qué debe aplicarse en este caso la *ratio decidendi* de aquélla, evitando que este uso signifique una elusión o disminución de la exigencia del deber de motivación.

VII. REFERENCIAS

- ACCATINO, Daniela (2002), “El precedente judicial en la cultura jurídica chilena”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 20.
- ALEX, Robert (1989), *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* [1978], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ARRIAGADA, María Beatriz (2018), “Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad”, *Revus*, vol. 35, online: <http://journals.openedition.org/revus/4095>.
- ARRIAGADA, María Beatriz (2021), “Las dos caras del precedente vinculante”, en NÚÑEZ, A., ARRIAGADA, M. B. y HUNTER, I. (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ATIENZA, Manuel (2013), *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.
- ATIENZA, Manuel (2015), “Razonamiento jurídico”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, UNAM-III, vol. 2, capítulo 39.
- ATRIA, Fernando (2016), *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons.

- COLOMA, Rodrigo (2012), “La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 25, núm. 2.
- CORREA, Rodrigo (2020), “Función y deformación del recurso de unificación de jurisprudencia”, *Revista de Derecho*, vol. 33, núm. 2.
- CHIASSONI, Pierluigi (2011), “¿Los precedentes son vinculantes?”, en *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- CHIASSONI, Pierluigi (2011), *Técnicas de interpretación jurídica. Brevariario para juristas*, Madrid, Marcial Pons.
- DWORKIN, Ronald (1963), “Judicial Discretion”, *The Journal of Philosophy*, vol. 60, núm. 21.
- DWORKIN, Ronald (1967), “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35.
- DWORKIN, Ronald (1978), “No Right Answer?”, *New York University Law Review*, vol. 53, núm. 1.
- EZQUIAGA, Francisco Javier (1994), “Argumentos interpretativos y el postulado del legislador racional”, *Isonomía*, núm. 1.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2012), “Sobre el precedente judicial como argumento y como norma”, en BONORINO, P. (ed.), *Modelos argumentativos en la aplicación judicial del derecho*, Madrid, Bubok Publishing.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1986), “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. III.
- GASCÓN, Marina (1993a), *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos.
- GASCÓN, Marina (1993b), “Igualdad y respeto al precedente”, *Derechos y Libertades*, vol. I, núm. 2.
- GASCÓN, Marina (2011), “Racionalidad y (auto)precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 10.

- GASCÓN, Marina (2020), "Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función?", en GASCÓN, M. y NÚÑEZ, A. (eds.), *La práctica del precedente en el civil law*, Barcelona, Atelier.
- GÓMORA, Sandra (2019), *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México, UNAM, IIJ.
- GUASTINI, Riccardo (2011), *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffrè.
- ITURRALDE, Victoria (2019), "La igualdad en la aplicación de la ley: análisis de algunas objeciones iusfilosóficas", *Doxa*, núm. 42.
- LETELIER, Raúl (2011), "El Instituto Nacional de Derechos Humanos y la gestión de su *auctoritas*", *Anuario de Derecho Público 2011*, Universidad Diego Portales.
- LIRA, Elizabeth (2006), "The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile", en GREIFF, P. de (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press.
- MACCORMICK, Neil (1976), "Formal Justice and the form of Legal Arguments", en PERELMAN, Ch. (ed.), *Études de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant.
- MACCORMICK, Neil (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon.
- NÚÑEZ, Álvaro (2016), "Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*", *Doxa*, núm. 39.
- NÚÑEZ, Álvaro (2018), "Precedente en materia de hechos", *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXXI, núm. 1.
- NÚÑEZ, Álvaro (2020a), "¿Violan los precedentes la independencia judicial?", *Revista de Derecho PUCP*, núm. 84.
- NÚÑEZ, Álvaro (2021), "¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)", en NÚÑEZ, A., ARRIAGADA, M. B. y HUNTER, I. (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PEÑA, Diego de la (2019), "Comportamiento judicial de la Corte Suprema sobre delitos de lesa humanidad cometidos durante

el periodo de la dictadura militar (1973-1990): el giro interpretativo con la radicación exclusiva de la Segunda Sala penal”, disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/177997/Comportamiento-judicial-de-la-Corte-Suprema-sobre-delitos-de-lesa-humanidad-cometidos-durante-el-periodo-de-la-dictadura-militar-1973-1990.pdf?sequence=1>.

PERELMAN, Chaïm (1964), *De la justicia*, México, UNAM.

PERELMAN, Chaïm (1977), “The Rule of Justice”, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London, Routledge & Kegan Paul.

PRITCHETT, C. Herman (1941), “Divisions of Opinion among Justices of the U.S. Supreme Court”, *American Political Science Review*, vol. 35, núm. 5.

PULIDO, Fabio (2018), *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*, Bogotá, Universidad de La Sabana.

ROMERO, Alejandro (2020), “El recurso de casación en el proyecto de Código Procesal Civil y los desafíos para la práctica del precedente”, en NÚÑEZ, A. *et al.* (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch.

TARELLO, Giovanni (2018), *La interpretación de la ley* [1980], Lima, Palestra.

TARUFFO, Michele (2006), *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, Lima, Palestra.

TARUFFO, Michele (2016), “Consideraciones sobre el precedente”, *Ius et veritas*, núm. 53.

VIO, Juan (2020), “La práctica de citar sentencias pasadas como modelo de precedentes en Chile”, en NÚÑEZ, A. *et al.* (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch.