

THOMSON REUTERS
LA LEY

**UNA VIDA EN LA UNIVERSIDAD DE CHILE:
CELEBRANDO AL PROFESOR
ANTONIO BASCUÑÁN VALDÉS**

COORDINADORES

**PABLO GREZ HIDALGO
JAVIER WILENMAN VON BERNATH
PABLO FUENZALIDA CIFUENTES**

COMITE EDITORIAL

**FERNANDO ATRIA LEMAITRE
RODRIGO CORREA GONZÁLEZ**

**JULIÁN LÓPEZ MASLE
LUCAS SIERRA IRIBARREN**

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

203090

349.83

V64370

2014

C 2

UNA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE FUENTES
DEL DERECHO A PROPÓSITO DE LA POSICIÓN DE LOS PRECEDENTES
JUDICIALES EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO

DANIELA ACCATINO SCAGLIOTTI
Universidad Austral de Chile

1. Kelsen, Hart & Co.

Mi recuerdo de don Antonio Bascuñán Valdés está estrechamente ligado a algunos nombres fundamentales de la filosofía jurídica del siglo veinte. Se trata de personajes que descubrí en sus clases de Introducción al Derecho en la Universidad de Chile, que comencé a conocer mejor durante el tiempo que fui su ayudante y que acompañan hasta hoy mi trabajo como profesora de Teoría del Derecho: Kelsen, Ross, Dworkin y, sobre todo, Hart. Sobre todo Hart, porque la experiencia de leer *El concepto de derecho* el primer año de universidad, en un seminario que formaba parte del curso de Introducción, fue extraordinaria y decisiva, hasta hoy, en mi forma de entender el derecho.

Estoy segura de que mi caso no es único y de que somos muchos los actuales profesores de Derecho que tenemos que agradecer el impulso inicial que don Antonio Bascuñán dio a nuestro interés por lo jurídico, tanto a través de su pasión por la enseñanza y la academia, como a través de sus esfuerzos por aproximarnos, en una época en que predominaba una enseñanza memorística y pobremente legalista, a la complejidad de la práctica social que llamamos derecho. Intentaré expresar mi gratitud volviendo sobre ese libro que me impresionó tempranamente, para mostrar cómo podemos encontrar en las herramientas conceptuales con que articula su caracterización del sistema jurídico, algunas claves para enfrentar la equívoca noción de fuentes del derecho y desentrañar cuál es la posición que la jurisprudencia o los precedentes judiciales ocupan en nuestro sistema jurídico.

No me propongo realizar una revisión crítica exhaustiva de sus planteamientos —una tarea inabordable en esta sede, que implicaría considerar buena parte de la discusión filosófico jurídica de los últimos cincuenta años, ya que, como ha destacado MacCormick, la obra de Hart “debe buena parte de su importancia a las críticas que ha provocado”¹—, sino algo mucho más modesto: recuperar el concepto de “reglas secundarias” y, en particular, entre ellas, el de “reglas de adjudicación”, y mostrar cómo permiten ofrecer una reconstrucción de la posición de los precedentes judiciales en el sistema jurídico chileno, que escape a la habitual disyuntiva “o los precedentes judiciales son fuente formal del derecho o no hay ningún deber de considerarlos en la justificación de una sentencia” y que pueda dotar de un sentido unitario a las diversas reformas legales que se han introducido en las últimas décadas (y a las que se proyectan en el marco de la reforma al proceso civil) con el fin de favorecer la “unificación de la jurisprudencia” por la Corte Suprema.

2. VOLVIENDO SOBRE LAS REGLAS SECUNDARIAS DE HART

Uno de los aportes analíticos que se encuentran en la obra de Hart es la distinción que el autor realiza entre las reglas *primarias* o de obligación, que “se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer” y las reglas *secundarias*, que “se ocupan de las reglas primarias”, especificando la manera en que ellas “pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas y su violación determinada de manera incontrovertible”². Esa distinción es clave en su caracterización del derecho como un sistema normativo institucionalizado, constituido por la unión de reglas primarias y reglas secundarias.

Si bien la imagen dominante del sistema jurídico en nuestra cultura legal debe probablemente más a Kelsen y su pirámide escalonada de normas, en la que las de una grada autorizan la creación de las de la siguiente grada, constituyéndose en el fundamento de su validez³, las herramientas concep-

¹ MACCORMICK, N., *H.L.A. Hart* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2010; 2ª ed. orig. 2008), p. 69.

² HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990; ed. orig. 1961), p. 117.

³ Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho* (México DF: Editorial Porrúa, 1995; ed. orig. 1960), pp. 232 y ss.

tuales desarrolladas por Hart tienen algunas ventajas explicativas que me interesa destacar. Recordemos que mientras el análisis que Kelsen propone del derecho como sistema dinámico se articula en torno a un único concepto clave, el de normas que regulan la producción de otras normas, el análisis de Hart se centra en la distinción entre tres clases de reglas secundarias cuya presencia caracterizaría el “paso del mundo prejurídico al mundo jurídico”⁴: las de reconocimiento, las de cambio y las de adjudicación. Las primeras proveen los criterios para la identificación de las reglas de obligación; las reglas de cambio confieren potestades para introducir nuevas normas jurídicas (incluyendo las potestades privadas para celebrar contratos, otorgar testamentos, etc.); y, finalmente, las reglas de adjudicación confieren potestad para determinar, en forma revestida de autoridad, si en un caso particular se ha transgredido una norma de obligación y las consecuencias jurídicas que de ello se siguen.

Entre las ventajas de este esquema tripartito cabe destacar, en primer lugar, que en él aparecen diferenciadas dos clases de potestades jurídicas que en cambio en la imagen kelseniana de la pirámide normativa tienden a ser equiparadas: las potestades para crear normas jurídicas, que podemos llamar, en sentido amplio, *legislativas*, y la potestad para resolver autoritativamente, a través de la aplicación de normas jurídicas, casos particulares, que podemos llamar potestad *jurisdiccional*. Como se sabe, en el análisis de Kelsen ambas son representadas como potestades para la creación de normas jurídicas, que suponen al mismo tiempo la aplicación de las normas que regulan su ejercicio; en ambos casos hay, pues, tanto creación como aplicación de normas, aunque en el caso de la jurisdicción la norma creada es una norma individual y el grado en que las normas aplicadas determinarán el contenido de la norma individual creada será usualmente mayor⁵. La

⁴ HART, *op. cit.* en n. 2, p. 117.

⁵ Kelsen lo explica en los siguientes términos: “La producción de normas jurídicas generales es tan aplicación de la constitución, como la aplicación de las normas jurídicas generales por los tribunales y los órganos administrativos, es producción de normas jurídicas individuales. Así como las normas jurídicas generales producidas mediante promulgación expresa, o por costumbre, están determinadas por las normas de la constitución, es decir, por normas de una grada superior, tanto formalmente, como, de ser posible, materialmente, también las normas individuales producidas en los actos judiciales y administrativos se encuentran determinadas por las normas generales producidas expresa o consuetudinariamente, es decir, por normas de una grada superior, formal y materialmente. Pero la relación entre el elemento formal y material

distinción conceptual entre las dos potestades y las reglas que las instituyen pone de relieve una diferencia crucial entre ambas, que dice relación con la perspectiva desde la que cada una de esas potestades se ejerce. En el caso de las potestades legislativas se asume un punto de vista *ex ante*, se mira hacia el futuro y se pretende, en términos de Hart, “cambiar” el estatuto jurídico de una cierta clase de hechos; mientras la potestad jurisdiccional se ejerce bajo una perspectiva *ex post*, donde se trata de establecer –o, en términos más próximos a los de Hart, “adjudicar”–, los derechos y deberes actuales de las partes, o las sanciones que corresponde imponer en una situación concreta ya ocurrida⁶.

La distinción entre ambas clases de potestades resulta útil, además, para dar cuenta de la posibilidad de diversos grados de institucionalización de los sistemas jurídicos y en particular de la posibilidad de una práctica jurídica en la que existan órganos jurisdiccionales, instituidos por reglas de adjudicación, pero no órganos legislativos, ni reglas de cambio. Eso permite advertir, por una parte, que aunque un sistema jurídico plenamente desarrollado suponga la existencia de las tres clases de reglas secundarias que Hart identifica, el elemento mínimo para la conformación diferenciada de un sistema jurídico es, como ha sostenido Raz, la existencia de órganos jurisdiccionales⁷. Por otra parte, el espacio conceptual para la gradualidad en la institucionalización de las prácticas jurídicas permite poner de relieve

es distinto en ambos casos. La constitución (en el sentido material de la palabra) determina, por lo común, sólo el órgano y el procedimiento legislativos, dejando al órgano legislador la determinación del contenido de las leyes. Sólo excepcionalmente determina –y ello con eficacia únicamente en un sentido negativo– el contenido de la ley que se dictará al excluir ciertos contenidos. (...) Las normas jurídicas generales producidas conforme a la constitución no determinan por lo común solamente al órgano y el procedimiento de su aplicación, sino también –aunque con todo en diferentes medidas– el contenido de las normas individuales que expresan las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas” (KELSEN, *op. cit.* en n. 3, p. 242).

⁶ Asumir como apropiada la diferenciación de estas dos potestades no implica un compromiso con una concepción ingenuamente formalista de la decisión judicial, que postule ella se agote en una pura operación lógica. En el caso de Hart, la distinción no le impide poner de relieve la existencia de un espacio discrecional de decisión o “actividad judicial creadora” (*op. cit.* en n. 2, p. 167) en la aplicación de las normas al caso particular, determinado por la textura abierta de aquéllas y por la posibilidad de que presenten excepciones que no son exhaustivamente especificables de antemano.

⁷ Cfr. RAZ, J., *Razón Práctica y Normas* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991; ed. orig. 1975), pp. 151 y ss.

el vínculo histórico existente entre modernidad y potestades legislativas o, en otras palabras, cómo las reglas de cambio son un artefacto característicamente moderno.

Una segunda virtud explicativa de la tripartición de reglas secundarias propuesta por Hart, en la que nos detendremos en la siguiente sección, es que ella resulta útil para introducir alguna claridad en la equívoca noción de fuentes del derecho. Pues a pesar de las advertencias de Kelsen, para quien “la multiplicidad de sentidos del término ‘fuente del derecho’ lo hace aparecer como realmente inutilizable”⁸, la noción de fuentes sigue siendo insistentemente utilizada en el discurso jurídico habitual –como ocurre, por ejemplo, en la discusión sobre la posición jurídica de los precedentes judiciales o la jurisprudencia, que aquí nos interesa– y se hace necesario intentar deslindar sus diversos usos.

3. REGLAS SECUNDARIAS Y FUENTES DEL DERECHO

La equivocidad de la noción de fuentes del derecho, más allá de su vaga alusión metafórica al origen de las normas jurídicas, es el punto de partida habitual de cualquier análisis del concepto. El recurso, igualmente habitual, para avanzar algo en precisión, es la distinción entre fuentes formales y fuentes materiales. Para definir a las fuentes formales se suele hacer referencia a los procedimientos de creación de normas jurídicas regulados por el propio derecho, que confiere a determinados órganos o sujetos la competencia para crear normas jurídicas, así como a los productos de esos procedimientos, que constituyen los modos de exteriorización de las normas jurídicas o los continentes en que es posible hallarlas⁹. Por fuentes materiales del derecho se suele entender, en cambio, el conjunto de factores de diversa índole –políticos, económicos, sociales, morales, religiosos, técnicos, etc.– que han influido desde un punto de vista causal en el hecho de la producción de determinadas normas jurídicas y en su contenido¹⁰. El concepto suele aplicarse también a los factores causalmente influyentes en el contenido de una decisión judicial.

⁸ KELSEN, *op. cit.*, en n. 3, p. 243.

⁹ *Vid.*, por todos, SQUELLA A., *Introducción al Derecho* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 2011), 295-6.

¹⁰ *Ibid.*, 286.

El problema es que, aun deslindando estos dos sentidos, la imprecisión se mantiene, fundamentalmente porque la aplicación del concepto de fuentes formales que se realiza al presentar los tradicionales listados de fuentes formales del derecho en general o de una rama en particular, no es consistente con la definición que se ha asumido de las mismas. En ellos suele incluirse, en efecto, como fuentes formales, a la costumbre, los principios generales del derecho y la equidad natural, a pesar de que no constituyen procedimientos de creación de normas jurídicas en ejercicio de una competencia regulada por el derecho¹¹. Como sugieren Bascuñán y Sierra, parece operar en estos casos un desplazamiento en el concepto de fuentes formales¹², que olvida su relación con un procedimiento de creación de normas y prioriza –en un retorno a la dimensión metafórica de la expresión– su referencia a las vías a través de las cuales podrían obtenerse normas jurídicas.

Por otra parte, una dificultad adicional que suscita la distinción entre fuentes formales y fuentes materiales se manifiesta en los desacuerdos y las dudas respecto de la acertada atribución, en nuestro sistema jurídico, de “fuentes” como la jurisprudencia o la doctrina a una u otra categoría¹³. De nuevo, como en el caso de la costumbre y de los principios generales del derecho o la equidad natural, no existe en estos casos un procedimiento para el ejercicio de una competencia normativa regulada por el derecho, lo que, en el caso de la atribución a la categoría de las fuentes formales, suscita la misma dificultad apuntada en el párrafo anterior; pero además, las dudas y desacuerdos sugieren que la jurisprudencia o la doctrina podrían tener en nuestro sistema jurídico una relevancia normativa que no quedaría representada en su calificación como meras fuentes materiales, pero que tampoco correspondería exactamente con la obtención a partir de ellas de normas jurídicas.

Creo que el análisis que Hart hace de las reglas secundarias y, en particular, la distinción que introduce entre reglas de reconocimiento, de

¹¹ Lo ponen de relieve, respecto de los principios generales del derecho y la equidad, BASCUÑÁN A. y L. SIERRA, *Los Modos de Producción de Normas en el Derecho Chileno*, Materiales de estudio redactados bajo la supervisión del Profesor Antonio Bascuñán Valdés, utilizando como base los anteriores materiales del curso de *Introducción al derecho* del Profesor BASCUÑÁN VALDÉS (Santiago: 5ª versión, 2006), § 40 y SQUELLA, *op. cit.* en n. 9, p. 298.

¹² BASCUÑÁN y SIERRA, *op. cit.* en n. 11, §43.

¹³ Cfr: SQUELLA, *op. cit.* en n. 9, pp. 297-8 y 376-7.

cambio y de adjudicación, puede ayudarnos a navegar en este proceloso mar conceptual (por continuar con las metáforas acuáticas), al permitimos diferenciar, paralelamente, tres sentidos de la expresión fuentes del derecho que parecen mezclarse y confundirse en el discurso dogmático habitual sobre las fuentes formales. Quisiera advertir que al hacer este ejercicio, daré a las herramientas conceptuales propuestas por Hart una aplicación que no se encuentra desarrollada en los textos del autor y que supone, en buena medida, una reconstrucción de las mismas, en el sentido de la opción por una lectura o interpretación de ellas que podría competir con otras lecturas, entre otras razones porque, según veremos enseguida, la forma en que el propio Hart aborda la noción de fuentes no es del todo precisa.

En el análisis de Hart, el concepto de “fuentes del derecho” aparece vinculado, en principio, a uno de los tipos de reglas secundarias, la regla de reconocimiento. Cada uno de los criterios de identificación de normas jurídicas que ella comprende correspondería a una fuente de derecho de ese determinado sistema jurídico. Así, señala Hart, “en un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de ‘fuentes’ de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales”¹⁴.

Sin embargo, como advirtiera Bobbio en su tiempo y como ha vuelto a poner de relieve Waldron recientemente¹⁵, esta forma de caracterizar el papel de la regla de reconocimiento implica una duplicación innecesaria respecto de la función que cumplen en un sistema jurídico las reglas de cambio. En un sistema en el que existen reglas de cambio que confieren a determinados órganos (o a los sujetos privados, en el caso de los contratos y otros actos jurídicos particulares) potestades para crear normas jurídicas a través de ciertos procedimientos, son esas mismas reglas las que fijan los criterios para “reconocer” a esas normas (creadas por los órganos competentes, a través de los procedimientos previstos) como normas válidas del sistema.

¹⁴ HART, *op. cit.* en n. 2, p. 126.

¹⁵ BOBBIO, N., “Per un lessico di teoria generale del diritto”, en BOBBIO, N., *Contributi ad un Dizionario Giuridico* (Turín: Giappichelli, 1994: ed. orig. 1975); WALDRON, J., “Who needs rules of recognition?”, en ADLER M. y K. E. HIMMA, *The Rule of Recognition and the U.S.A Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2009), pp. 327-349.

La idea de una regla separada de reconocimiento se vuelve, entonces, con respecto a esas normas, redundante.

El concepto de “fuentes del derecho” debiera ser vinculado, entonces, en un primer sentido, a las reglas de cambio que, al instituir órganos y procedimientos para el ejercicio de las diversas potestades normativas que confieren, identifican a esos actos jurídicos como modos de creación de normas jurídicas, expresadas en sus productos normativos (leyes, reglamentos, contratos, etc.). Este sentido corresponde a la definición usual de las “fuentes formales” (que, como veíamos, entra, sin embargo, usualmente en contradicción con sus aplicaciones concretas), cuya calificación como *formales* adquiere entonces un sentido jurídico –y también político– preciso: lo son porque representan *formas* –procedimientos formales– instituidas para decidir qué debe contar como norma válida en una determinada comunidad política.

Ahora bien, tras asumir el argumento de la redundancia de la regla de reconocimiento respecto de las fuentes constituidas por reglas de cambio, ¿es posible identificar algún espacio autónomo para la noción de regla de reconocimiento y para algún sentido en que pueda hablarse de “fuentes del derecho” determinadas por ella? El propio Hart parece asumir, en otras partes de su obra, una concepción diferente y más restringida de la regla de reconocimiento, cuando la caracteriza como una regla *última*. Una regla “que proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas”, del mismo modo como –en el ejemplo que el propio Hart ofrece– un decreto de Ministerio de Salud Pública que confiere potestad al County Council de Oxfordshire para dictar ordenanzas, a través de un determinado procedimiento, proporciona criterios para determinar la validez de una pretendida ordenanza o como una ley que autoriza al Ministerio en cuestión para dictar decretos establece los criterios para determinar la validez de aquéllos, pero que “a diferencia de lo que ocurre en el caso de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas”¹⁶. Aquí Hart parece asumir que en el caso de lo que hemos llamado “fuentes formales” serían las reglas de cambio las que establecerían los criterios de identificación de las normas y que la regla de reconocimiento cumpliría el papel residual de identificar como normas pertenecientes a un sistema jurídico a ciertas

¹⁶ HART, *op. cit.* en n. 2, p. 133.

normas que no han sido creadas por órganos ni a través de procedimientos instituidos por las reglas de cambio. En particular, en un sistema jurídico dotado de una constitución escrita, ella determinaría la identificación como normas jurídicas de aquéllas expresadas en la constitución dictada en ejercicio del poder constituyente originario (y, por consiguiente, determinaría la identificación como normas jurídicas de buena parte de las reglas de cambio de ese sistema, contenidas habitualmente en la Constitución)¹⁷. Esta noción de regla de reconocimiento sería aplicable también respecto de sistemas jurídicos muy simples, como, por ejemplo, un sistema de derecho religioso, en el que no existan reglas de cambio y en el que la regla de reconocimiento hiciera referencia a las reglas contenidas en un libro sagrado, o un sistema de derecho puramente consuetudinario.

Tratándose de sistemas jurídicos complejos, dotados de reglas de cambio, esta segunda concepción de las reglas de reconocimiento parece referirse únicamente a las que representan puntos finales en las cadenas de validez procedimental. A esto apuntaría su caracterización como reglas *últimas*, respecto de las cuales no cabría la pregunta por su validez jurídica y cuya existencia como reglas sociales se expresaría en las prácticas convergentes de identificación de normas de los tribunales y otras autoridades del sistema. Con todo, es posible que existan también, en un sistema jurídico, normas válidas conforme a los criterios determinados por sus reglas de cambio, que cumplan una función de reconocimiento semejante a la que opera respecto de la primera constitución histórica o de una constitución revolucionariamente impuesta, en la medida que también se refieran a la identificación como jurídicas de normas que no han sido creadas a través de actos normativos regulados por el derecho, como ocurre, por ejemplo, con las normas consuetudinarias. Tampoco estas normas, como ocurre con las expresadas en las constituciones originarias, son creadas en ejercicio de una potestad normativa conferida por reglas de cambio del sistema. Desde esta perspectiva –que implica, entonces, una extensión de la concepción

¹⁷ En este sentido, respecto de esta clase de sistemas jurídicos, la regla de reconocimiento cumpliría un rol equivalente al que la “norma fundante básica” desempeña en el modelo teórico de Kelsen, aunque no se trataría en este caso de una “norma pensada”, de un “presupuesto lógico-trascendental” del pensamiento jurídico (KELSEN, *op. cit.* en n. 3, pp. 208-214), sino de una norma socialmente existente, una norma consuetudinaria cuya existencia se muestra en las prácticas convergentes de identificación de normas de los tribunales y otras autoridades del sistema.

restringida de la regla de reconocimiento que hemos venido analizando— el artículo 2° del Código Civil chileno, según el cual la costumbre sólo constituye derecho cuando la ley se remite a ella, sería también una regla de reconocimiento, aunque no una regla *última*.

Concebidas de este modo, las reglas de reconocimiento —tanto las reglas últimas como las reglas válidas del sistema que cumplan esa función— determinarían un segundo sentido en que se podría hablar de “fuentes del derecho” para referir a textos o hechos que a pesar de no ser el resultado del ejercicio de potestades normativas reguladas por el derecho sean reconocidos como expresivos de normas jurídicas. La distinción de este tipo de fuentes, que podríamos llamar “reconocidas”, respecto de las fuentes “formales” o fuentes en el primero de los sentidos que identificamos, pone adecuadamente de relieve, a mi juicio, la diferencia entre los criterios de validez o pertenencia que operan en cada caso y que sólo en el caso de las fuentes formales son, en sentido estricto, procedimentales.

A pesar de esta diferencia, una y otra clase de fuentes representan las *bases positivas y autoritativas* para la identificación de las normas pertenecientes a un sistema jurídico: los *actos* instituidos por las reglas de cambio y sus productos, o los *textos o hechos* admitidos por las reglas de reconocimiento. En este sentido, ambas cumplen un papel análogo en el razonamiento jurídico, al proveer de un punto de partida fijo a las invocaciones de normas jurídicas, aunque la forma en que cumplan ese papel sea diferente (así, por ejemplo, en el caso de la invocación de una norma consuetudinaria, la costumbre deberá ser probada). Es lo que pone de relieve Hart cuando afirma que las reglas de reconocimiento (a las que, según hemos visto, deben agregarse las reglas de cambio, que instituyen las fuentes formales del sistema) fijan *criterios comunes y públicos de corrección de las decisiones judiciales*¹⁸. Y en la terminología habitual de la teoría de la argumentación jurídica contemporánea, se diría que las fuentes del derecho, en los dos sentidos identificados, proveen la justificación externa de la norma que constituye la premisa normativa del razonamiento jurídico¹⁹.

¹⁸ HART, *op. cit.* en n. 2, p. 144.

¹⁹ Cfr. WRÓBLEWSKI, J., “Justification of legal decisions”, en WRÓBLEWSKI, J., *Meaning and Truth in Judicial Decision* (Helsinki: Juridica, 1983; ed. orig. 1979); ALEX, R., *Teoría de la*

Una vez que se asume la perspectiva del razonamiento jurídico para caracterizar la función que cumplen las fuentes del derecho, en los dos sentidos que hasta ahora hemos identificado, se advierte fácilmente que el discurso justificativo —y, paradigmáticamente, la justificación judicial— comprende también otras clases de argumentos, distintos de los basados en fuentes, en los dos sentidos que hemos identificado. Así ocurre con los argumentos utilizados para la justificación externa de las premisas que precisan la interpretación de un texto normativo. Incluso, en ciertos sistemas jurídicos, respecto de algunas ramas del derecho, lo mismo pasa con algunas formas de justificación externa de las premisas normativas que no se fundan en actos instituidos o en hechos o textos reconocidos como creadores de derecho, como los argumentos basados en principios generales del derecho o en la equidad. En otras palabras, en las prácticas jurídicas parecen aceptarse otros criterios de corrección de las decisiones judiciales fuera de la referencia a las fuentes formales y las fuentes reconocidas del sistema.

Esta relevancia justificativa en los discursos jurídicos de ciertas formas de argumentación es lo que parece subyacer a la calificación usual, en nuestra cultura legal, de los principios generales del derecho y la equidad y, en algunos listados también de la jurisprudencia y la doctrina, como fuentes formales del derecho. Como veremos, la noción de “regla de adjudicación”, la tercera clase de reglas secundarias que Hart identifica, puede ser útil para precisar este tercer sentido en que se podría hablar de fuentes del derecho y poner de relieve sus diferencias con los dos sentidos anteriores.

Las reglas de adjudicación, como se recordará, confieren a determinados órganos la potestad para resolver autoritativamente sobre la aplicación de las normas jurídicas a casos particulares y regulan su ejercicio. Seguramente, lo primero que se piensa al hablar de reglas de adjudicación, son las normas de derecho procesal orgánico que instituyen a los órganos jurisdiccionales y las normas que regulan los procedimientos judiciales. Pero una mirada más detenida a la noción de reglas de adjudicación permite advertir que su alcance es más amplio y que también las normas que determinan cómo debe justificarse una decisión jurídica particular, es decir, cómo debe sustentarse el salto desde el texto o el hecho normativo (las fuentes formales

Argumentación Jurídica (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; ed. orig. 1978), pp. 222-223 y BASCUÑAN y SIERRA, *op. cit.* en n. 11, §§ 9 y 10.

o fuentes reconocidas) a la solución del caso concreto, son normas que regulan el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Podría decirse que así como las reglas de cambio y las reglas de reconocimiento determinan la identificación de las normas jurídicas válidas, las reglas de adjudicación (o, más precisamente, algunas reglas de adjudicación, las que regulan las condiciones de la justificación jurídica) determinan la identificación de los argumentos jurídicos válidos.

A partir de esta función de ciertas reglas de adjudicación podría distinguirse un tercer sentido de la expresión fuente del derecho, para designar las *fuentes de argumentos jurídicos*, cuando las formas de argumentación que esas reglas de adjudicación autorizan o prescriben tengan su punto de partida en una cierta clase de textos o hechos a los que ellas atribuyen, por consiguiente, relevancia jurídica²⁰. Así, se podría decir, por ejemplo, que la doctrina es, en este sentido, fuente del derecho en el sistema jurídico chileno, a la luz de lo que establece el artículo 342 del Código Procesal Penal, que en su letra d) dispone que la sentencia definitiva contendrá “las razones legales o *doctrinales* que sirvan para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados” (las cursivas han sido agregadas). También los materiales que dan cuenta de la historia legislativa de un texto legal, o *travaux préparatoires*, podrían considerarse fuentes del derecho, en el sentido de fuentes de argumentos jurídicos, en cuanto el artículo 20 del Código Civil autoriza a recurrir a ellos para determinar la intención o espíritu de la ley a fin de interpretar una expresión obscura contenida en ella.

²⁰ Diríamos, entonces, que las reglas sobre la justificación jurídica son una especie de reglas de adjudicación y que las reglas que instituyen “fuentes de argumentos jurídicos” son una clase de reglas sobre la justificación jurídica (también lo serían, entre otras, las normas sobre entrada en vigencia y, en general, sobre aplicabilidad de las normas jurídicas, y las normas sobre conflictos de normas o antinomias). Esta última distinción permite diferenciar a los argumentos jurídicos basados en “fuentes de argumentos” de otras clases de argumentos jurídicos. En este sentido, la propuesta reconstructiva del concepto de fuentes del derecho que aquí se ha explorado difiere de la propuesta que sostienen autores como Peczenik o Aarnio, basándose en a su vez en las tesis de Ross, según la cual podría calificarse como fuente del derecho a toda razón que –de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica– pueda ser usada para justificar una interpretación jurídica. Cfr., sobre este planteamiento: ROSS, A., *El Derecho y la Justicia* (Buenos Aires: Eudeba, 1994), pp. 76 y ss.; AARNIO, A., R. ALEXY, y A. PECZENIK, “The foundation of legal reasoning”, en 12 *Rechtstheorie*, pp. 133-158; AARNIO, A., “On the sources of law. A justificatory point of view”, en 215 *Rechtstheorie*, pp. 393-401; AARNIO, A., *Lo Racional como lo Razonable* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991; ed. orig. 1987), pp. 122-123.

Y lo mismo ocurre con los usos lingüísticos de las comunidades científicas o profesionales para efectos de la interpretación de las palabras técnicas utilizadas por la ley, en virtud de lo dispuesto por el artículo 21 del Código Civil²¹. Por otra parte, fuera de las reglas de adjudicación expresadas en disposiciones legales u otras fuentes formales, seguramente otras “fuentes de argumentos jurídicos” son establecidas en cada cultura jurídica por directivas sobre argumentación que son generalmente aceptadas y cuya forma de existencia es equivalente a la de las reglas últimas de reconocimiento. Es lo que sucede, por ejemplo, en nuestra práctica jurídica, con los argumentos doctrinales en el ámbito del proceso civil. Aunque no exista en el Código de Procedimiento Civil alguna disposición semejante al artículo 342 letra d) del Código Procesal Penal, su validez justificativa es generalmente aceptada, de modo que también en dicho ámbito podría considerársela como fuente del derecho, en el sentido de fuente de argumentos jurídicos.

Al identificar los argumentos jurídicos válidos, las reglas de adjudicación también determinan su fuerza normativa, definiendo si se trata de argumentos permitidos, cuyo peso relativo queda entregado a la valoración concreta y discrecional del intérprete, o bien de argumentos obligatorios, que deban contar como razones concluyentes en favor de una interpretación²². Tratándose de argumentos basados en “fuentes de argumentos jurídicos”, su fuerza normativa determinará el carácter vinculante o no de la fuente en cuestión. En el caso de los argumentos obligatorios, su fuerza justificativa puede asumir, a su vez, diversas formas, según si el carácter concluyente del argumento está o no sujeto a excepciones determinadas, o si puede o no

²¹ Aunque no es objeto de este trabajo analizar el discurso de las fuentes en su aplicación específica a los principios generales del derecho y la equidad, la propuesta reconstructiva que aquí se ha desarrollado llevaría a sostener que si bien se trata de argumentos jurídicos válidos –que incluso podrían, en virtud de las reglas de adjudicación de un sistema jurídico, ser idóneos para la justificación de la premisa normativa en se funde una decisión judicial– no son fuentes del derecho en ninguno de los sentidos identificados. Tampoco son “fuentes de argumentos jurídicos”, sino más bien argumentos jurídicos no basado en fuentes (o, al menos, no basados directamente en fuentes, pues en el caso de los principios generales, ellos podrían ser caracterizados –bajo una cierta concepción de los mismos– como argumentos indirectamente basados en fuentes formales, bajo la forma de la *analogía iuris*).

²² Por supuesto, es también posible que una regla de adjudicación niegue validez a alguna clase de argumento, prohibiendo su uso justificativo, como ocurre, por ejemplo, con el argumento basado en “lo favorable u odioso de una disposición” el que, de acuerdo al artículo 23 del Código Civil, “no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”.

ser derrotado por otros argumentos. Para distinguir estos grados de fuerza obligatoria, podría hablarse de argumentos absolutamente obligatorios, argumentos obligatorios sujetos a excepciones y argumentos presuntivamente obligatorios (y paralelamente se podría hablar de tres clases de vinculación a las fuentes de argumentos jurídicos). Así, por ejemplo, en el caso del argumento interpretativo basado en los usos lingüísticos de una comunidad científica o profesional se trata de un argumento presuntivamente obligatorio, ya que es concluyente a menos que otros se invoquen argumentos en virtud de los cuales “aparezca claramente que se han tomado [las palabras técnicas] en sentido diverso” (artículo 21 CC). Por último, es interesante notar que, incluso en el caso de los argumentos permitidos, la validez justificativa, que hemos vinculado a la función de ciertas reglas de adjudicación, resulta conceptualmente diferente a la eficacia persuasiva de facto que a veces se designa con la expresión fuente material.

4. LOS PRECEDENTES JUDICIALES COMO FUENTE DEL DERECHO EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO

En la sección anterior ha sido delineada una aproximación a la noción de “fuentes del derecho” que, sobre la base de la distinción de Hart entre tres clases de reglas secundarias, identifica tres tipos de circunstancias bajo las cuales ciertas clases de actos, ciertas clases de hechos o ciertos textos adquieren relevancia jurídica: como actos productores de normas jurídicas (fuentes formales), como textos o hechos expresivos de normas jurídicas (fuentes reconocidas) o como textos o hechos que constituyen el punto de partida de argumentos jurídicos válidos (fuentes de argumentos). El objetivo de esa estrategia de análisis ha sido iluminar y diferenciar las varias formas de relevancia jurídica que pueden estar en juego cuando se utiliza, en el discurso jurídico usual, la noción de fuentes del derecho. En particular me interesa utilizarla, en esta última parte del trabajo, para examinar la posición de los precedentes judiciales o la jurisprudencia en el derecho chileno y determinar qué tipo de relevancia jurídica le atribuyen las reglas secundarias de nuestro sistema jurídico a las decisiones judiciales anteriores en la decisión de un nuevo caso posterior.

Es importante, aclarar, en primer lugar, que cuando se discute sobre la situación de la jurisprudencia como fuente del derecho no siempre se hace referencia a la cuestión que aquí nos interesa —la relevancia jurídica de las

decisiones judiciales anteriores en la decisión de un caso posterior—, sino que muchas veces lo que está en juego es la cuestión de en qué medida al resolver un caso particular el juez “crea derecho”, en el sentido de incorporar, a través de la interpretación, contenidos nuevos a las normas jurídicas que aplica²³. Es cierto que ambas cuestiones están relacionadas, en la medida que en un sistema de derecho legislado como el nuestro, la negación de toda dimensión “creadora” a la decisión judicial, es decir, la negación de toda posibilidad de desacuerdos genuinos respecto a la interpretación o a la aplicación de las disposiciones legales que deban ser resueltos por el juez, resta todo interés a la discusión sobre la relevancia de las decisiones judiciales anteriores como modelos para la decisión de casos futuros. Pero es importante no confundir las dos preguntas que pueden estar envueltas bajo una misma noción —la de la jurisprudencia como “fuente del derecho”.

Como decía, el sistema jurídico chileno, como los demás sistemas de tradición europeo-continental, responde a un modelo de derecho legislado, y desde sus inicios republicanos parece haberse tomado en serio las admoniciones modernas contra con el *common law*,²⁴ al promover a través de la codificación la conformación legislativa del derecho. La consecuencia fundamental de la pertenencia a esta tradición es, en el plano que nos interesa, la ausencia de una regla de reconocimiento que identifique a las decisiones judiciales anteriores como expresivas de normas jurídicas que puedan invocarse como premisas mayores en la justificación de una decisión judicial²⁵. Este es el punto en el que nos diferenciamos —y seguimos diferenciándonos— del *case law* anglosajón: los precedentes judiciales no son fuente de normas jurídicas (de “reglas primarias”, en el lenguaje de

²³ Vid., por ejemplo, la revisión doctrinal realizada en ROMERO, A., *La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente del Derecho* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 31-34 y, en particular, las referencias a los textos de R. Domínguez y C. Ducci.

²⁴ Las más célebres son seguramente las de Jeremy Bentham: vid. POSTEMA, G. J., *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press, 1986), pp. 191-217.

²⁵ Tampoco hay, por supuesto, alguna regla de cambio que confiera a los órganos jurisdiccionales potestad para crear normas generales a través de un determinado procedimiento. En nuestro sistema jurídico, el artículo 3° inciso 2° del Código Civil podría ser leído como la exclusión expresa de una regla de cambio de este tipo. Incluso en los sistemas de *common law* los precedentes parecen corresponder más bien a una “fuente reconocida” que a una “fuente formal”. Un interesante análisis puede verse en WALDRON, *op. cit.* en n. 15, p. 336, donde recoge una cita de Austin, en la que afirma respecto de los precedentes el juez “*legislates as properly judging, and not as properly legislating*” (AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, 1885, p. 315).

Hart) y por ello no pueden invocarse como única justificación externa de la premisa normativa en que se funde una decisión judicial posterior. Dicho de otro modo, la jurisprudencia o los precedentes no forman parte de la "justificación mínima legal"²⁶.

Que los precedentes no sean una fuente de normas jurídicas no implica, sin embargo, que carezcan de toda relevancia jurídica en nuestro sistema legal. La noción de fuentes del derecho como *fuentes de argumentos jurídicos* —el tercer sentido de la expresión que identificamos en la sección anterior, vinculado a la función de ciertas reglas de adjudicación— pretendía, precisamente, iluminar esta posibilidad. Los precedentes judiciales podrían ser fuente de argumentos jurídicos si a las *rationes decidendi* expresadas en su fundamentación y, en particular, los criterios interpretativos adoptados en ella con respecto al sentido y el alcance de las disposiciones legales aplicadas, les fuera reconocido algún tipo de valor justificativo para la decisión de casos futuros²⁷.

La pregunta que queda por abordar es, entonces, si existe en nuestro derecho alguna regla de adjudicación que le atribuya esa clase de relevancia jurídica, como fuente de argumentos jurídicos, a los precedentes judiciales.

La primera regla a analizar, siempre citada cuando se discute acerca del valor normativo de la jurisprudencia en nuestro país, es el inciso segundo del artículo 3° del Código Civil que, como se sabe, dispone que "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren". En esta disposición suelen basarse las opiniones que niegan toda relevancia normativa a la jurisprudencia a la vez que la descartan del listado de fuentes formales, para relegarla al ámbito de las fuentes materiales, que pueden tener *de facto* influencia en decisiones judiciales posteriores. Con todo, para determinar el alcance de

²⁶ Cfr. WRÓBLEWSKI, J., "Motivation de la décision judiciaire", en PERELMAN, Ch. y p. FORTIERS (eds.), *La Motivation des Décisions de Justice: Études* (Bruselas: E. Bruylant, 1978), pp. 118 y ss.; ACCATINO, D., "El precedente judicial en la cultura jurídica chilena", en *20 Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (2002), p. 568.

²⁷ Este es el sentido en que son relevantes los precedentes en los países anglosajones en el ámbito del *statute law* y, en Estados Unidos, también en el derecho constitucional.

esa norma, parecen necesarias algunas precisiones y distinciones. En primer lugar, es necesario precisar si el artículo 3° se refiere efectivamente, en su inciso segundo, al valor de las sentencias judiciales como *precedentes*. Pues podría entenderse que, como sostienen Jorge Streeter y Alejandro Romero²⁸, dicha disposición se refiere más bien a la cosa juzgada, limitando a la causa respecto de la que se pronunció los efectos del fallo, es decir, de la parte dispositiva de la sentencia. Bajo esta interpretación el artículo 3° nada diría sobre el valor de las sentencia como precedente, el que se refiere no a su parte dispositiva sino a las *rationes decidendi* expresadas en su parte considerativa y, en particular, a la interpretación que en ella se realiza de las normas jurídicas aplicadas. Sin perjuicio de que el tenor literal de la disposición admite esta interpretación, una lectura sistemática de la misma lleva, me parece, a descartarla, pues si se la interpreta en conexión con el inciso primero del mismo artículo —según el cual "sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio"— se concluye que mientras éste se refiere a la llamada interpretación auténtica, atribuyéndole efecto obligatorio general, el inciso segundo se ocupa de la interpretación judicial, negándole ese efecto. La historia de la disposición confirma esta interpretación, particularmente si se toma en cuenta la redacción que el artículo correspondiente tenía en el Primer Proyecto de Código Civil elaborado por Andrés Bello: "Los jueces pueden interpretar las leyes en cuanto aplicables al caso especial sometido a su conocimiento; y les es permitido fundar su interpretación en decisiones judiciales anteriores, pronunciadas por una Corte superior o suprema, y pasadas en autoridad de cosa juzgada; pero se les prohíbe dictar en sus fallos disposiciones generales"²⁹.

Ahora bien, aun si concluimos que el inciso 2° del artículo 3° del Código Civil se refiere efectivamente al valor de las sentencias judiciales como precedentes, la exclusión de un valor obligatorio general que aquel dispone no zanja tampoco, por completo, la cuestión de su relevancia jurídica. En primer lugar, porque la negación de valor como argumentos obligatorios o concluyentes respecto de casos futuros no implica la negación de todo valor justificativo. Tal como sugiere la redacción propuesta por Bello en el artículo

²⁸ STREETER, J., "Justicia e igualdad", en CORREA, J., L. BATES *et al.*, *Justicia y Libertad en Chile* (Santiago: Corporación Libertas, 1992) y ROMERO, A., *op. cit.* en n. 23, pp. 49 y ss.

²⁹ Artículo 11 del "Proyecto de Código Civil", publicado en *El Araucano*, N° 561, de 21 de mayo de 1841.

correspondiente en el proyecto original, la exclusión de fuerza obligatoria general a los precedentes es compatible, por ejemplo, con su reconocimiento como fuente de argumentos permitidos. Pero además es posible que existan en nuestro derecho otras reglas de adjudicación relativas al valor normativo a los precedentes judiciales, cuya consideración sea relevante para determinar el alcance del artículo 3° inciso 2° del Código Civil o que incluso, al ser posteriores, puedan determinar su derogación tácita.

Sigamos, entonces, en busca de reglas de adjudicación.

Como ha puesto de relieve la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales europeos, y en particular, la del Tribunal Constitucional español³⁰, y como ha venido sosteniendo en los últimos años un grupo creciente de autores en la doctrina nacional³¹, el derecho constitucional a la igualdad y la prohibición para la ley y para toda autoridad de establecer diferencias arbitrarias, implica, cuando es referida a la actuación de los tribunales judiciales, la prohibición de dar arbitrariamente a un caso una solución diferente a la que se haya dado antes a un caso sustancialmente semejante. Esta exclusión constitucional de diferencias arbitrarias en la decisión judicial de casos sustancialmente semejantes no supone necesariamente la atribución a los precedentes –a la interpretación de las normas aplicables sostenida en un caso anterior sustancialmente semejante al actual– de fuerza obligatoria absoluta. En la medida que lo excluido son las diferencias *arbitrarias*, el derecho a la igualdad no resulta lesionado si el apartamiento respecto del precedente se encuentra justificado en razones relativas sea a la existencia de particularidades relevantes del caso actual que permiten distinguirlo del caso precedentemente resuelto, sea al carácter manifiestamente erróneo de la interpretación sostenida en la decisión precedente. Dicho de otro modo,

³⁰ Cfr: al respecto, entre otros, OLLERO, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989); GASCÓN, M.: *La técnica del precedente y la argumentación jurídica racional* (Madrid: Tecnos, 1993); MORAL, L., *El precedente judicial* (Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002). Dos excelentes estudios comparativos son: MACCORMICK, N. y R. SUMMERS (eds.), *Interpreting precedents: a comparative study* (Brookfield: Ashgate, 1997) y HONDIUS, E. (ed.), *Precedent and the Law* (Bruselas: Bruylant, 2007).

³¹ BARROS, E., “Reglas y principios en el derecho”, en 2 *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (1984), pp. 269 y ss.; STREETER, *op. cit.* en n. 28; ATRIA, F., *Los Peligros de la Constitución. La idea de Igualdad en la Jurisdicción Nacional* (Santiago: Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, 1997), pp. 180 y ss.; ROMERO, A., *op. cit.* en n. 23, pp. 60-62.

el derecho a la igualdad y la prohibición de diferencias arbitrarias se traduce, cuando es referido a las decisiones de los tribunales de justicia, en una regla de adjudicación que atribuye a los precedentes el valor de fuente de argumentos presuntivamente obligatorios, que imponen al tribunal que resuelve un caso sustancialmente semejante a uno precedentemente resuelto la carga de justificar el apartamiento, en el nuevo caso, respecto de la interpretación antes sostenida.

Esta vinculación presuntiva a los precedentes, requerida por el derecho constitucional a la igualdad, abarca al menos a las decisiones anteriores del mismo tribunal que debe resolver el nuevo caso (el denominado *autoprecedente*) y las decisiones de el o los tribunales que, en un determinado sistema jurídico, sean competentes para conocer los recursos procesales dispuestos para lograr la uniformidad general de la jurisprudencia (*precedente vertical*). En el caso del derecho chileno varias reformas procesales recientes han introducido mecanismos dirigidos expresamente a reforzar el rol de la Corte Suprema en la unificación de la jurisprudencia. Si bien ya durante el siglo XIX “las necesidades de dar uniforme aplicación a las leyes” fueron tomadas en cuenta en las discusiones legislativas relativas a la introducción del recurso de casación, el diseño institucional del mismo que terminó por imponerse, en especial cuando a poco andar el conocimiento del recurso de casación en el fondo dejó de ser de competencia del pleno de la Corte Suprema, minó sus posibilidades de éxito en la tarea³². Las reformas recientes han perseguido, entonces, generar las condiciones institucionales para que la Corte Suprema pueda reasumir esa tarea con propiedad. Así, como se sabe, en 1995 se publicó la Ley N° 19.374 *sobre composición, organización y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia y modificación a los recursos de queja y casación*, que introdujo el funcionamiento de la Corte en salas especializadas y modificó el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil para permitir a las partes de un recurso de casación en el fondo solicitar que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno del tribunal cuando la Corte Suprema en fallos diversos haya sostenido distintas interpretaciones sobre la materia. Luego, el año 2000, el nuevo Código Procesal Penal atribuyó a la Corte Suprema la competencia para conocer del recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho –del que ordinariamente conocen las

³² Para una reconstrucción de la historia del recurso de casación en Chile, cfr: ROMERO, A., *op. cit.* en n. 23, pp. 63 y ss.

Cortes de Apelaciones— cuando respecto de la materia de derecho objeto del recurso existieren distintas interpretaciones sostenidas en fallos de tribunales superiores (artículo 376). Por último, en marzo de 2008, la Ley N° 20.260 incorporó al procedimiento laboral el recurso de unificación de jurisprudencia, que puede interponerse contra una resolución que falle un recurso de nulidad cuando sobre la materia que ha sido objeto del recurso existan interpretaciones distintas sostenidas en uno o más fallos de tribunales superiores de justicia (artículo 483 del CT).

Ninguna de estas modificaciones legales ha atribuido fuerza obligatoria absoluta a los precedentes emanados de la Corte Suprema, ni ha modificado el inciso 2° del artículo 3° del Código Civil. Ellas refuerzan, sin embargo, respecto de los precedentes de la Corte Suprema, la fuerza obligatoria presuntiva que se deriva del derecho a la igualdad en la aplicación judicial del derecho. Esta fuerza obligatoria presuntiva —que, según hemos visto, se resuelve en la carga de argumentar el cambio de criterio interpretativo respecto de un precedente— es compatible con una interpretación restrictiva del artículo 3°, que entienda que lo que éste excluye es la obligatoriedad general absoluta de los precedentes. Dicha norma no debiera, por tanto, considerarse tácitamente derogada (o, más precisamente, afectada de invalidez sobrevenida) por la norma constitucional que consagra el derecho a la igualdad, ya que puede ser interpretada de modo consistente con ella.

La existencia de este punto medio entre todo —la vinculación absoluta a los precedentes— y nada —la invocación meramente ilustrativa y la influencia sólo de facto— no suele ser advertida³³, con el efecto de que los esfuerzos tendientes a la unificación de la jurisprudencia resultan diluidos. Si se asumiera la relevancia de los precedentes judiciales como fuente de argumentos jurídicos presuntivamente obligatorios, se podría notar incluso que disponemos de algunos mecanismos procesales para hacerla efectiva en los casos en que se resuelva un caso contraviniendo un precedente, sin justificar suficientemente la variación en el criterio interpretativo. Puesto

³³ Vid. al respecto ACCATINO, *op. cit.* en n. 26, pp. 577-579, en particular el análisis del Acuerdo del pleno de la Corte Suprema de 19 de julio de 2002, que se pronuncia sobre el valor de las sentencias dictadas por dicha corte al conocer de un recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho cuando existieren diversas interpretaciones de tribunales superiores sobre la materia.

que el defecto reside en la omisión de una justificación suficiente para la diferencia introducida por la decisión judicial, ella podría ser impugnada por falta de fundamentación, a través de los recursos que correspondan, según el tipo de procedimiento de que se trate. Por supuesto que seguiría en todo caso abierta la pregunta clásica sobre *quis custodiet ipsos custodes*, o en otras palabras, sobre la efectividad de la vinculación presuntiva de los tribunales superiores y, en especial, de la Corte Suprema a sus propios precedentes. En este punto crítico —del que depende, a fin de cuentas, la efectividad de los demás mecanismos de unificación³⁴— sólo queda confiar en la conciencia de los deberes hacia la igualdad y la exclusión de la arbitrariedad.

³⁴ Cfr. los análisis críticos de Couso, J., “El rol uniformador de la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema: anatomía de un fracaso”, en XX-2 *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* (2007), pp. 147-172 y de Couso, J. y J. MERA: “El rol uniformador de la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema. Estudio empírico”, en 13-1 *Revista Ius et Praxis* (2007), pp. 315-392.