

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 20
2 0 0 2

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de la Santísima Concepción, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, de Concepción y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a efecto la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



EL PRECEDENTE JUDICIAL EN LA CULTURA JURIDICA
CHILENA

DANIELA ACCATINO *

1.

Precedente judicial y cultura jurídica

Es probable que la primera impresión que provoque hablar de *precedente judicial* en el contexto de la cultura jurídica chilena sea de asombro o de sospecha. Hemos sido formados como juristas bajo la creencia que la identidad de nuestro sistema legal descansa en alguna (importante) medida en la exclusión de un efecto general y vinculante de las decisiones anteriores de los tribunales de justicia: ese efecto —se suele decir— y la consiguiente inclusión del precedente judicial entre las fuentes formales del derecho, son característicos de los sistemas que pertenecen a la tradición jurídica anglosajona o del *common law*; en los sistemas legales de derecho codificado o pertenecientes a la tradición jurídica europeo continental no es ad-

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales U. de Chile. Abogada. Profesora de Introducción al derecho y de Filosofía del derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U. Austral de Chile.

misible en cambio —se agrega— la creación judicial de derecho ⁽¹⁾. Ese mito fundacional de nuestro sistema legal resulta compatible, sin embargo, con el reconocimiento de una cierta relevancia de las decisiones judiciales anteriores en nuestra práctica jurídica, expresado con un término que sí suena en cambio familiar y que no da la impresión de poner en peligro las bases constitutivas de nuestro sistema legal: *jurisprudencia*.

Si en lugar de vincular el término precedente a la doctrina angloamericana del *stare decisis* —como hace el lugar común recién aludido— lo referimos —como se suele hacer en estudios comparativos o teóricos— a la práctica judicial de tener en cuenta como modelos de decisión las decisiones judiciales anteriores pertinentes, y admitimos que ella puede asumir diversas modalidades ⁽²⁾, enton-

1. Afirmaciones como éstas pueden encontrarse en manuales para el curso de Introducción al derecho y en las partes introductorias de manuales de cursos dogmáticos. Como ejemplo puede considerarse el siguiente párrafo tomado del manual de Introducción al derecho de J. I. HUBNER: "El valor que se atribuya a las sentencias judiciales como forma de expresión del Derecho depende fundamentalmente del sistema jurídico vigente en cada país. En líneas generales, podemos decir que en las naciones anglosajonas los jueces, que han sido comparados acertadamente con los pretores romanos, son verdaderos creadores del Derecho. Sus fallos generan *precedentes* que deben seguir aplicándose, y en la jurisprudencia judicial residen en gran parte normas jurídicas del país. En los pueblos de origen latino y germano, en cambio, que siguen el régimen romanista de primacía del Derecho escrito, los Tribunales de Justicia deben ceñirse estrictamente al tenor de la ley y carecen de facultades para fallar según su propio criterio. En ese grupo de países, entre los que se cuenta Chile, la sentencia no constituye nuevo Derecho, sino que se limita a aplicar a un caso individual las leyes generales existentes" (1952:156, cursivas del autor) (los datos completos de las obras citadas pueden consultarse en la bibliografía incluida al final del artículo).

2. Cfr. por ejemplo J. WROBLEWSKI (1974:220) y N. MACCORMICK y R. SUMMERS (1997:1). Las modalidades que puede asumir la influencia de las decisiones judiciales anteriores suelen clasificarse desde el punto de vista de su obligatoriedad o carácter vinculante y desde el punto de vista institucional. Desde el primer punto de vista clásicamente se ha distinguido entre precedente vinculante y precedente persuasivo; hoy sin embargo, suelen admitirse tipologías más complejas que den cuenta de diversos grados posibles

de vinculación. Así, por ejemplo, G. SARTOR (1996) distingue entre: precedente absolutamente vinculante (debe ser siempre aplicado), precedente formalmente vinculante (debe ser aplicado a menos que concurren específicas excepciones), precedente presuntamente (*defeasibly*) vinculante (debe ser aplicado a menos que prevalezcan razones sustantivas en contrario), precedente de apoyo (puede ser aplicado y fundamenta una decisión conforme, sin forzarla) y precedente meramente ilustrativo (vale sólo por las razones que lo sostienen que deben ser ponderadas con las razones contrarias). Desde el punto de vista institucional se suele distinguir entre autoprecedente (del mismo tribunal que adopta la decisión posterior), precedente vertical (de tribunales superiores jerárquicamente a aquél que adopta la decisión posterior), precedente horizontal (de tribunales del mismo nivel jerárquico de aquél que toma la decisión).

3. Las tesis que serán sostenidas en este trabajo corresponden a las conclusiones preliminares de un estudio empírico de las prácticas de la argumentación judicial en nuestro sistema legal, que debe todavía ser profundizado, complementado y formalizado. Ese estudio se ha apoyado fundamentalmente en los siguientes datos: sentencias judiciales publicadas, expedientes judiciales, conversaciones con abogados litigantes y jueces y una encuesta sobre uso de jurisprudencia realizada en el marco del curso de introducción al derecho —con la cooperación de los ayudantes Julio Burgos y Boonie Guidotti— a los abogados colegiados de la provincia de Valdivia.

en términos de prescripciones o descripciones relativas a su uso argumentativo (4).

Creo que la perspectiva metodológica que asume este trabajo se aproxima a aquella de que dan cuenta los estudios sobre cultura jurídica emprendidos en los últimos años en nuestro país (5). Al destacar la importancia de los elementos culturales —que se expresan, como ha precisado Carlos Peña (1994:28), en pautas de conducta no deliberadas, opacas y recibidas a través de la tradición— en nuestra comprensión del derecho, esos estudios han puesto énfasis en su dimensión de práctica social. Y uno de los aspectos o momentos de esa práctica social compleja que resulta ser, bajo esta luz, el derecho, es el de las prácticas de argumentación judicial, en las que, como se ha dicho, centrará la atención este trabajo.

Un objetivo adicional de este trabajo se relaciona con la evolución que ha experimentado en muchos países de tradición jurídica europeo continental la cultura del precedente judicial. Mientras en varios de ellos la percepción de una diferencia radical respecto de los sistemas de tradición anglosajona, desde el punto de vista de las reglas y técnicas de uso argumentativo de las decisiones judiciales anteriores, parece haberse atenuado considerablemente en las últimas

4. La adopción de una perspectiva argumentativa o justificativa al hacerse cargo del concepto de fuentes del derecho es característica de buena parte de la teoría contemporánea de la argumentación jurídica. Cfr. A. AARNIO, R. ALEXI y A. PECZENIK (1981), A. AARNIO (1984 y 1987:122ss.) y A. PECKENIK (1989:313ss.), quienes entienden por fuente del derecho toda razón que —de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica— pueda ser usada como base justificatoria de una interpretación jurídica y distingue, según veremos, varias categorías de fuentes de acuerdo a su obligatoriedad. El recurso a esta perspectiva argumentativa ha producido además interesantes resultados en el estudio de la relevancia de los precedentes judiciales en otros sistemas legales de tradición europea continental (vid. por ejemplo L. MORAL, 1998).

5. La apertura de una nueva (en nuestro contexto académico, por cierto) perspectiva para el estudio del derecho ha sido considerada como uno de los efectos relevantes de la discusión sobre cultura jurídica, inaugurada en Chile con el primer seminario sobre el tema organizado por la Corporación de Promoción Universitaria en 1988 (cfr. J. CORREA, 1994:154ss y A. SQUELLA, 1994:17 y 19).

décadas (6), en nuestra cultura jurídica parece persistir, en cambio, la convicción de una nítida contraposición entre ambos, expresada por el tópico mencionado al comenzar este epígrafe. Interesará entonces observar también si hay algún indicio de nuevos aires en nuestra cultura del precedente y de qué manera juega aquella convicción en la posible evolución de nuestras prácticas argumentativas.

El camino que seguiré para caracterizar el modo en que las decisiones judiciales anteriores funcionan como modelos de decisión en nuestro sistema legal es el siguiente: en primer lugar me detendré brevemente en el significado usual del término *jurisprudencia* y realizaré algunas observaciones sobre su genealogía (2.), luego analizaré las reglas y técnicas argumentativas típicas que caracterizan su uso en la argumentación judicial (3.), para finalizar evaluando si se observan señales de cambio en la cultura chilena del precedente judicial (4.).

2.

La jurisprudencia

La palabra *jurisprudencia* suele designar en los sistemas legales de tradición continental —y en particular en el discurso jurídico chileno— al conjunto de decisiones concordantes, fundadas en un mismo criterio acerca del derecho aplicable y su interpretación, dictadas en asuntos similares por cualquier tribunal y especialmente por los tribunales superiores de justicia (7). Se trata de un término que posee una larga tradición, de la que interesa ahora recordar algunos momentos y en particular su último 'renacimiento'.

El uso de la expresión *jurisprudencia* pretendió ser desterrado

6. Una excelente visión comparativa de la cultura europea continental actual del precedente judicial, puede encontrarse en N. MACCORMICK y R. S. SUMMERS (eds.), 1997. En el ensayo de MACCORMICK y SUMMERS que sirve de introducción a ese volumen se realiza un análisis general de la tendencia a la convergencia entre sistemas de *civil* y *common law*.

7. Cfr. A. SQUELLA, 2000:263-4. A estos dos usos, podría agregarse hoy un tercero que asimila *jurisprudencia* al criterio de decisión sobre un cierto asunto contenido en cualquier decisión judicial.

del lenguaje jurídico, junto con la relevancia jurídica de los materiales a los que alude, en la época de las revoluciones liberales y los proyectos codificadores (de manera paradigmática en el marco del proyecto político-jurídico revolucionario francés) (8). La desconfianza que inspiraban los jueces del antiguo régimen y la confianza en la autosuficiencia de los códigos (¡que no requerirían interpretación!) llevaron a pensar que podía ponerse fin a la importancia que habían tenido hasta entonces, en toda Europa, las colecciones de fallos que daban cuenta del *stylus iudicandi* o *usus fori* de los grandes tribunales centrales (9).

A poco andar, sin embargo, la palabra jurisprudencia reapareció, como reapareció también pocos años después de promulgados los códigos la "industria de la jurisprudencia" (F. Galgano, 1994:41), que ofrecía revistas que recopilaban y comentaban fallos judiciales y códigos anotados con jurisprudencia. Una vez que se constató la inevitabilidad de la interpretación y que las formas de *référé législatif* inicialmente imaginadas fueron sustituidas por la regla de la inexcusabilidad, se observó también un desplazamiento en la comprensión de la misión de las cortes de casación —de ser guardiana del texto expreso de la ley a ser "soberana de la interpretación" (F. GENY, 1899:88ss.)— y se volvió progresivamente a atribuir valor a la uniformidad de la jurisprudencia. A partir de este momento cobró forma la ambigua relación —una mezcla de odio y amor— de los juristas con la jurisprudencia, que ha predominado en los sistemas legales europeo continentales (hasta mediados del siglo veinte al me-

8. Vale la pena recordar las célebres palabras de ROBESPIERRE: "Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime, en signifie plus rien dans le nouveau; il doit être effacé de notre langue. Dans un Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi; alors il y a toujours identité de jurisprudence..." (cit. en F. GENY, 1899:91).

9. Sobre la importancia que tuvo durante el *ancien régime* la jurisprudencia de estos tribunales, creados a partir del siglo XIII en el marco de los procesos de centralización del derecho ligados a la formación de los estados modernos, cfr., entre otros, P. GODDING, 1978, M. DAMASKA, 1986:76,81 y M. ASCHERI, 1995.

nos) y que parece seguir siendo dominante en la cultura jurídica chilena (10).

Antes de comenzar a describir cómo se expresa esa relación en nuestras prácticas de decisión y argumentación judicial, quisiera finalizar este epígrafe destacando un par de aspectos que revelan la continuidad entre la antigua y la 'nueva' jurisprudencia. Tal como ocurría en el lenguaje jurídico característico del antiguo régimen, el término jurisprudencia refiere, en su uso actual preponderante, a una línea decisoria (reiterada por lo tanto en más de una sentencia) y a las decisiones de los tribunales jerárquicamente superiores. Tal como entonces, a este uso lingüístico corresponde el predominio de la temática del precedente vertical y la virtual ausencia de la cuestión del autoprecedente (aún en relación a los propios precedentes de los tribunales jerárquicamente superiores: sus precedentes sólo tienen relevancia para los inferiores desde que se consolide y mientras dure una línea decisoria uniforme) (11).

3.

El uso argumentativo de las decisiones judiciales anteriores: reglas y técnicas

La hipótesis que sirve de punto de partida al análisis que se

10. Esta ambigua relación de odio y amor hacia la jurisprudencia, está presente también en la historia de nuestra codificación civil: en contraposición a la indiferencia que sugiere la redacción definitiva del segundo inciso del artículo 3º del Código Civil, el artículo correspondiente en el proyecto original (artículo 11, publicado en *El araucano*, n° 561, de 21 de mayo de 1841) señalaba que "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". El aprecio hacia la jurisprudencia lo expresaba ANDRES BELLO todavía más claramente en su defensa de la exigencia de fundamentación de las sentencias (1834:114), cuando indica como una de sus ventajas el que "ella reviste de una sanción jurídica la interpretación de las leyes, y dándole fuerza de costumbre, la convierte en ley supletoria, que llena los vacíos y dilucida las oscuridades de los códigos: la marcha de los tribunales se hace de esta manera más regular y consecuenta".

11. Esta continuidad plantea algunas dificultades, al no tener sentido hoy las condiciones que durante el antiguo régimen servían de base a esa

desarrollará en este epígrafe es que en nuestro sistema legal existe una cierta práctica de los tribunales de tomar en cuenta determinadas decisiones judiciales anteriores al momento de resolver nuevos casos semejantes, de modo que cuando se habla de *jurisprudencia* se designa una cierta modalidad de precedente judicial. Antes de precisar las reglas y técnicas argumentativas que conformarían esa práctica, puede ser útil indicar en qué se sustenta esa hipótesis general. Ella se apoya en varios elementos que muestran que a la vez que se niega generalmente que la jurisprudencia *deba* ser tomada en cuenta por el juez, se le reconoce la capacidad de influir *de hecho* en decisiones judiciales posteriores. Los dos primeros pertenecen al discurso doctrinal de las fuentes del derecho y consisten en su calificación —que suele ir unida a la negación de su carácter de fuente formal— como *fuerza material* del derecho y como *fuerza de conocimiento jurídico* ⁽¹²⁾.

El concepto de *fuerza material* del derecho no es claro ni unívoco. A veces se denominan de ese modo los factores que influyen en la legislación, determinando el contenido de las normas generales producidas (y la jurisprudencia puede actuar en este sentido como fuerza material), pero también se usa ese concepto para designar aquellos factores que influyen en la decisión particular del juez. Así lo utiliza por ejemplo, refiriéndose precisamente a la jurisprudencia, Agustín Squella (2000:264): “[la jurisprudencia] juega un papel importante como fuerza material, puesto que, de seguro, va a

concepción de la jurisprudencia ligada a una línea decisoria de un tribunal superior. Ella tenía sentido entonces tanto porque la *auctoritas* o validez del material jurisprudencial dependía (al menos inicialmente) de criterios semejantes a los que regían para los materiales doctrinales (la *communis opinio*), como porque los tribunales centrales fueron concebidos como representantes del monarca, dotados de su misma autocrática supremacía (lo que llevaba a un jurista francés del siglo XIV, JACQUES D'ABLEIGES, a decir que la corte real no se encontraba obligada a seguir ningún *stylus*: “ella puede hacer lo contrario cuando le plazca, pues es el tribunal capital del reino y el rey es emperador en su reino” [cit. en T. SAUVEL, 1955:24]).

12. Se trata de conceptos utilizados frecuentemente en textos de Introducción al derecho y aplicados para caracterizar la relevancia de la jurisprudencia: cfr., entre otros, M. PACHECO, 1976:347 y A. SQUELLA, 2000:207ss., 264 y 269.

influir en las decisiones futuras del mismo tribunal y en las de los de carácter inferior”.

Esa convicción parece también implícita en la referencia a la jurisprudencia como *fuerza de conocimiento jurídico* ⁽¹³⁾. Si la jurisprudencia aporta alguna información al jurista (y eso parece confirmarlo también el éxito comercial de la industria de la jurisprudencia), por ejemplo sobre el modo en que serán interpretadas ciertas disposiciones constitucionales o legales o sobre las clases de situaciones que se han considerado regidas por un cierto principio general del derecho, la utilidad de esa información presupone que sea posible, en cierta medida, pronosticar su continuidad. En otras palabras (de sabor realista) que sea posible a través de esa información prever en alguna medida —mayor a la que proporcionaría la sola consideración de la ley— el contenido de las decisiones judiciales futuras; una posibilidad que existirá en mayor grado si la coincidencia con una línea decisoria anterior no es casual, sino intencionalmente buscada.

Estas alusiones explícitas e implícitas a la eficacia persuasiva de facto de la jurisprudencia respecto de decisiones judiciales futuras resultan confirmadas por otro elemento, ofrecido por nuestras prácticas argumentativas: la práctica de los abogados litigantes de invocar habitualmente la doctrina contenida en sentencias anteriores, particularmente de la Corte Suprema, como argumento a favor de sus tesis jurídicas.

La hipótesis que la jurisprudencia funciona en nuestro sistema legal como modelo de decisiones futuras parece entonces aceptable como punto de partida para explorar su uso argumentativo y caracterizar con mayor precisión el modelo de precedente vigente en nuestra práctica judicial.

3.1.

En primer lugar es necesario precisar si el uso argumentativo de la jurisprudencia está sujeto en nuestro sistema legal a reglas que impongan deberes o *cargas de argumentación* al juez. Esta clase de

13. Vid. nota 12.

deberes son la traducción argumentativa de la adscripción de fuerza vinculante u obligatoria al precedente, de modo que se trata en este momento de determinar si las prácticas de argumentación revelan la atribución (no sólo de eficacia de hecho sino) de alguna clase y grado ⁽¹⁴⁾ de fuerza vinculante a las decisiones judiciales anteriores.

La respuesta que las prácticas de argumentación judicial ofrecen a esta primera cuestión resulta tajantemente negativa. El uso argumentativo de la jurisprudencia no está sujeto a ninguna regla de carga de argumentación: las razones relativas a jurisprudencia —sea del propio tribunal o de tribunales jerárquicamente superiores— no pertenecen a la “justificación mínima” de una decisión judicial (J. Wroblewski: 1978:118ss. y 1992:232ss.). Veamos con mayor detalle qué es lo que determina esta conclusión negativa (y supongamos, para facilitar la explicación, que un juez J debe resolver un caso C3 similar a los casos C1 y C2 para los que ha sido adoptado el criterio de decisión D1 en dos sentencias anteriores S1 y S2):

(i) Los tribunales chilenos no están sujetos a la carga de utilizar como *argumento a favor* de su decisión la jurisprudencia (ni la propia ni la de tribunales superiores) (si el juez J resuelve C3 aplicando el criterio de decisión D1 no necesita hacer alusión en la parte considerativa de su sentencia a S1 y S2). En nuestra práctica judicial actual la jurisprudencia no es considerada ni razón necesaria y suficiente ni razón (sólo) necesaria para la fundamentación de una decisión judicial.

Que no sea considerada *razón necesaria y suficiente* significa que una cierta conclusión jurídica no puede justificarse en una sentencia exclusivamente mediante referencia a una línea jurisprudencial ⁽¹⁵⁾. El juez no sólo no tiene la carga de aludir a la jurisprudencia

14. Recordemos que hoy se admite una tipología compleja de precedentes de acuerdo a su grado de obligatoriedad: vid. nota 2.

15. En términos de teoría de la argumentación jurídica (cfr. R. ALEXY, 1978:214ss.), la premisa mayor de la justificación interna (o silogismo justificativo) de una decisión no puede ser una regla extraída únicamente de decisiones judiciales anteriores (el criterio, o *ratio decidendi*, uniforme expresado en la línea jurisprudencial).

dencia sino que está sujeto a la prohibición de invocarla como único fundamento de su decisión. La justificación mínima legal exige que se aluda a una disposición legal ⁽¹⁶⁾ o bien —para acoger una pretensión en ausencia de una disposición legal que regule el caso y siempre que se trate de un litigio civil (en sentido amplio, es decir que no sea penal), de acuerdo a la interpretación que ha recibido tradicionalmente el numeral quinto del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil— a algún principio general del derecho o razón de equidad. La negación de la calidad de razón necesaria y suficiente podría ser una primera traducción posible de la doctrina tradicional de las fuentes del derecho, que reconoce a la legislación, los principios generales del derecho y la equidad el carácter de *fuentes formales* (la primera fuente principal, las otras, fuentes supletorias: vid. A. Squella, 2000:219), mientras niega esa calidad a la jurisprudencia.

Pero la jurisprudencia no es considerada tampoco, en nuestra práctica argumentativa, una *razón (sólo) necesaria* de una conclusión jurídica, es decir, una razón que deba ser tomada en cuenta para complementar las razones legales, de principios o de equidad en que se funde una sentencia. No es necesario utilizar la jurisprudencia disponible como argumento para justificar la interpretación que se realiza de alguna disposición legal o para justificar la construcción y extensión que se propone de un cierto principio general o regla de equidad ⁽¹⁷⁾. Esta es una segunda traducción posible de la tradicional negación de la calidad de fuente formal a la jurisprudencia en nuestra cultura jurídica.

Es interesante destacar que se trata de dos traducciones (y dos

16. Me refiero a la legislación en sentido amplio: constitución, ley, manifestaciones de la potestad reglamentaria de la administración (no consideraré obviamente en esta sede la cuestión de las reservas y reglas de preferencia entre estos productos normativos; basta aquí con recordar que el ejemplo quizás más importante de las primeras es la que consagra el principio de legalidad en materia penal).

17. En términos de teoría de la argumentación (cfr. R. ALEXY, 1978:222ss.), la jurisprudencia no proporcionaría razones que deban ser utilizadas en la justificación externa de la premisa mayor.

clases de razones mínimas o necesarias) conceptualmente diferentes. La diferencia entre las dos clases de razones puede resultar más clara si consideramos las reglas de uso argumentativo de los precedentes en los sistemas legales de tradición anglosajona: en el ámbito del *common law* —es decir de las materias o clases de situaciones no sujetas a regulación legislativa— los precedentes judiciales constituyen razones mínimas suficientes; en cambio en el ámbito del *statute law* —en el que rige también la doctrina del *stare decisis*— los precedentes judiciales constituyen razones mínimas (solo) necesarias: deben completar la referencia a disposiciones legales, justificando su interpretación ⁽¹⁸⁾.

(ii) Los tribunales chilenos no están sujetos a la carga de justificar por qué se apartan del criterio de decisión que haya sido adoptado, en casos similares, por una línea jurisprudencial anterior (ni propia ni de tribunales superiores) (si el juez J resuelve C3 aplican-

18. Esta aclaración permite, de paso, hacer una comparación con nuestra práctica argumentativa y constatar que nuestros jueces resultan sujetos a una carga de argumentación menor que aquella que soportan los jueces de los sistemas legales de tradición anglosajona en materias sujetas a regulación legislativa: un dato que resulta oscurecido por la retórica tradicional de la "creación judicial de derecho" (vid. nota 1) que se atribuye a los sistemas legales anglosajones. Por otra parte, es interesante también notar que cuando un juez chileno invoca como razón mínima suficiente un principio general del derecho o una regla de equidad (como ha ocurrido, por ejemplo, cuando se ha acogido la denominada "acción de retrocesión", para anular una expropiación cuando el bien no se ha destinado al fin previsto por la ley expropiatoria, o cuando se ha dado lugar a indemnizaciones en caso de limitaciones válidas —no inconstitucionales— al dominio) su posición no parece muy distinta a la de un juez inglés o norteamericano que resuelve un caso no regulado legislativamente y sienta un nuevo precedente, por mucho que el juez chileno considere que está aplicando una "norma implícita" que preexiste en el sistema jurídico (es más, de acuerdo a la concepción clásica del precedente en el ámbito del *common law*, dominante todavía en los Estados Unidos, éste no es constitutivo de nuevo derecho sino declarativo de ciertos principios reconocidos por el juez: cfr. V. ITURRALDE, 1955:25ss.). A diferencia del juez anglosajón sin embargo, el juez chileno no debe invocar ese criterio de decisión y, como veremos enseguida, podría desconocerlo sin justificación alguna, en un caso posterior similar.

do un criterio de decisión D2, diferente a D1, no necesita aducir en la parte considerativa de su sentencia razones para justificar por qué se ha apartado del criterio de decisión aplicado por S1 y S2). La existencia de esta regla de carga de la argumentación caracteriza a las formas de vinculación no absolutas al precedente, que varían según el tipo de razones a las que deba acudir la justificación de la separación respecto del precedente: puede tratarse de una forma de vinculación que admita excepciones específicas (y sólo en ellas podrá fundarse el cambio de criterio), o de una forma de vinculación que pueda ser derrotada por razones sustantivas que tengan mayor peso que las razones a favor de la aplicación del precedente (y esa ponderación deberá expresarse en la fundamentación del cambio de criterio) ⁽¹⁹⁾. Estas formas de vinculación no absoluta al precedente no parecen muy difundidas en nuestra cultura jurídica; cuando se habla de precedente vinculante da la impresión que se piensa usualmente en precedentes absolutamente vinculantes (cuando paradójicamente esa modalidad de precedente no existiría ni siquiera en los sistemas de *common law*: cfr. G. Sartor, 1996:1136ss.).

(iii) El recurso a la jurisprudencia pertinente disponible como razón a favor de una cierta decisión judicial o la justificación de la separación respecto del criterio de decisión expresado por una línea jurisprudencial no es considerado debido ni en sentido fuerte ni en sentido débil ⁽²⁰⁾, ni aún si las partes han invocado decisiones

19. Ciertamente esta es una caracterización demasiado sumaria de una tipología de modelos de precedente que se presta a diversas matizaciones y en torno a la cual gira en buena medida la actual discusión teórica y comparativa sobre el precedente. En esta sede no cabe si no remitir al lector interesado a, por ejemplo, G. SARTOR (1996) y A. PECZENIK (1997).

20. Esta distinción entre carga o deber de argumentación en sentido fuerte y en sentido débil corresponde a aquella que realizan ciertos teóricos de la argumentación (los mencionados en la nota 4), entre fuentes —o razones justificatorias— "fuertemente vinculantes" (*must sources*) y fuentes "débilmente vinculantes" (*ought sources*).

judiciales anteriores como argumentos a favor de sus pretensiones ⁽²¹⁾:

No hay un deber argumentativo en sentido fuerte porque la omisión de esas razones (razones basadas en jurisprudencia existente o razones para apartarse de jurisprudencia existente) no afecta la validez formal de la sentencia —no es causal de nulidad o casación en la forma, la sentencia satisface las exigencias legales de fundamentación— ni implica una infracción de algún deber institucional del juez que lo sujete a alguna forma de responsabilidad. No hay tampoco deber argumentativo en sentido débil, pues la omisión de esas razones tampoco parece ser considerada como un defecto en la racionalidad de la justificación (y por lo tanto de la decisión), que exponga a la sentencia a ser revocada por el tribunal superior.

3.2.

Descartada la existencia de deberes argumentativos ligados a la jurisprudencia en el sistema legal chileno, queda por determinar si ésta constituye o no un argumento admisible, al que se reconozca aptitud justificativa. En otras palabras se trata de determinar si, en ausencia de reglas que impongan deberes de argumentación, el uso argumentativo de la jurisprudencia está sujeto a una regla permisiva o bien a una regla prohibitiva. La práctica judicial indica que la referencia a decisiones judiciales anteriores es considerada como un argumento permitido (aunque sólo en la medida, por supuesto, que complementa a una razón de aquellas consideradas necesarias y suficientes). Es posible encontrar algunas sentencias (no demasiadas, en cualquier caso) que aluden entre sus considerandos a la jurisprudencia (usualmente de un tribunal superior y en el caso de la Corte

21. En el contexto de esta práctica no existiría ciertamente un deber del juez de conocer la jurisprudencia que forme parte del principio *iura novit curia*, pero tampoco el deber de tomar en cuenta o hacerse cargo de las razones basadas en jurisprudencias que hayan sido invocadas por las partes, que pudiera considerarse exigido por el deber de dar respuesta fundada a las partes. Entre las sentencias que me ha tocado consultar, son muy pocas las que se ocupan de responder a los argumentos de las partes basados en jurisprudencia.

Suprema a su propia jurisprudencia) como razón a favor de una cierta conclusión jurídica, sin que esa práctica haya acarreado consecuencias negativas para la sentencia o críticas para el juez. Ciertamente el inciso segundo del artículo 3° del Código Civil nunca ha sido interpretado en el sentido de imponer una prohibición de invocar decisiones judiciales anteriores como argumentos interpretativos en la fundamentación de una sentencia.

Creo que es interesante precisar aunque sea someramente cuáles son las técnicas argumentativas que se suelen utilizar cuando se recurre a la jurisprudencia como argumento y sobre todo descartar la diferencia que parece haber entre las técnicas argumentativas del abogado litigante y las técnicas argumentativas del juez. Me limitaré a proponer un paralelo que sugiera algunas hipótesis que puedan ser comprobadas (o refutadas) por una investigación empírica más completa:

(i) Los jueces utilizan argumentos de jurisprudencia casi exclusivamente como razones a favor. Los abogados también los utilizan como razones a favor, pero además parecen hacerse cargo de rebatir los argumentos de jurisprudencia invocados por la contraparte, desarrollando incipiente y artesanalmente técnicas argumentativas semejantes a las técnicas clásicas de *explaining* (explicación o determinación del alcance del precedente), *distinguishing* (distinción) u *overruling* (revocación).

(ii) Los jueces en general no individualizan las sentencias que constituirían una cierta línea jurisprudencial, sino que se limitan a aludir a lo que establece “la jurisprudencia” (a secas, o bien a la jurisprudencia de la Corte Suprema). Los abogados en cambio, recurren en su argumentación a sentencias individualizadas que acompañan materialmente o que transcriben parcialmente.

(iii) Cuando los jueces argumentan a través de jurisprudencia, tienden a buscar en ella un criterio interpretativo desligado de las situaciones de hecho a las que fue originalmente aplicada. Cuando los abogados argumentan por medio de decisiones anteriores parecen considerar más atentamente las circunstancias de los casos y su similitud con el caso que se trata de resolver.

(iv.) En la argumentación de los jueces, la referencia a la jurisprudencia asume predominantemente la forma de un argumento de autoridad —un argumento cuya fuerza justificatoria se basa sólo en el status o prestigio de su emisor. En la argumentación de los abogados parecen tomarse en cuenta en mayor medida las razones que han servido de fundamento a la opción por el criterio de decisión adoptado en las decisiones judiciales anteriores, así como la similitud entre las situaciones de hecho.

3.3.

Las reglas y técnicas de argumentación descritas anteriormente no lograrán formar una fotografía acabada del modo en que las decisiones judiciales anteriores funcionan como modelos de decisión en nuestra práctica judicial mientras no se considere un último punto: ¿puede ocurrir que la jurisprudencia ejerza una influencia de hecho como factor determinante de decisiones posteriores, mayor de la que aparece expresada en las fundamentaciones de las sentencias? Se trata de algo ciertamente difícil de probar, en cuanto refiere a la opaca relación entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación (cfr. D. Accatino, 2002). Respecto del autoprecedente —las decisiones anteriores del mismo tribunal— cabría pensar que esa influencia silenciosa puede efectivamente existir en la medida que presupongamos que los jueces actúan y deciden racionalmente, pues tratar del mismo modo aquello que es igual parece representar una exigencia mínima de coherencia o racionalidad (R. Alexy, 1978: 185ss., 262) (por desgracia, sin embargo, no han sido infrecuentes en nuestra práctica judicial, las decisiones contradictorias de un mismo tribunal en casos sustancialmente iguales). Pero además hay algún indicio de que también el precedente vertical, y especialmente las decisiones anteriores de la Corte Suprema, ejercen una influencia no siempre explicitada en la decisión de los tribunales de inferior jerarquía: sobre todo la confianza que los abogados parecen depositar en ellas, aun cuando su utilización como argumentos encuentre escaso eco en la fundamentación de las sentencias. Si a eso agregamos ciertos datos institucionales, como la dependencia de la carrera funcionaria de los jueces inferiores de las apreciaciones de sus méritos

que realicen sus superiores, las que a su vez pueden no ser del todo independientes de la adhesión de las decisiones de aquellos a sus criterios interpretativos (dicho de otro modo, a la supervivencia de sus sentencias a los recursos de apelación o casación), entonces la hipótesis de una influencia oculta o no explicitada de los precedentes verticales se vuelve bastante plausible.

Si ello fuera efectivamente así ⁽²²⁾, entonces habría que agregar una conclusión sobre la cultura chilena del precedente judicial que puede parecer paradójica: Aún no teniendo ninguna fuerza vinculante *de iure*, los precedentes verticales podrían tener una eficacia de hecho que tendría las mismas consecuencias que una vinculación absoluta: la exclusión de cualquier posibilidad de justificar el apartarse de ellos (y, por lo tanto, tendrían una influencia *de facto* mayor a la que corresponde *de iure* a los precedentes verticales en los sistemas de tradición anglosajona).

4.

Nuevos aires en la cultura chilena del precedente judicial

No quisiera concluir este trabajo sin dar cuenta de algunos indicios que parecen sugerir que algo puede estar comenzando a cambiar en nuestra cultura del precedente. Se trata de ciertos hechos que me han parecido doblemente significativos: expresivos de un impulso de cambio hacia una cultura del precedente judicial más ex-

22. Para dar mayor certeza a la hipótesis se podría desarrollar una investigación como la realizada en Francia por M. LASSER (1995), quien compara el discurso usual de fundamentación de sentencias (y el “retrato oficial” del juez francés allí expresado) con los discursos que tienen lugar en el momento de la deliberación de los tribunales colegiados, usualmente inaccesible al público (y el “retrato no oficial” del juez que de ellos resulta). Una de sus conclusiones es que mientras los argumentos basados en jurisprudencia tienen escasa presencia en el discurso públicamente accesible de la fundamentación, en el discurso no oficial ellos se vuelven protagonistas destacados.

plícita y más exigente respecto de la argumentación ⁽²³⁾ y a la vez expresivos de la dificultad con que topa la consolidación de ese cambio. Creo que ese obstáculo lo pone, en una importante medida, la creencia que la alternativa en relación al precedente judicial es entre todo o nada (razón mínima suficiente o razón sólo permitida / vinculación absoluta o ninguna carga argumentativa) y que nuestra tradición jurídica nos encadena a la segunda opción. Mientras esa creencia perdure me parece difícil que se consoliden cambios en nuestras prácticas de decisión y de argumentación, pues cualquier desplazamiento (desde nada hacia todo) será percibido como una especie de traición a las bases fundamentales de nuestro sistema legal.

(i) *Voces solitarias*. Desde hace ya varios años algunos juristas chilenos han llamado la atención acerca de la relación entre la exigencia de una práctica de decisión judicial coherente en el tiempo y el derecho a la igualdad y a la exclusión de toda diferencia arbitraria, constitucionalmente reconocido ⁽²⁴⁾. Estos autores han sostenido reiteradamente que el respeto de ese derecho por parte de los tribunales supone que cuando se modifique un criterio interpretativo anteriormente aplicado, se asuma el peso de la argumentación, aportando razones que justifiquen ese cambio. Este planteamiento ha encontrado sin embargo escaso eco en la doctrina y en la práctica judicial; una reticencia que posiblemente se deba a la incapacidad de apreciar no tanto la sensatez de la propuesta cuanto su compatibilidad con los fundamentos de nuestro sistema legal.

(ii) *Un comienzo demasiado tibio*. En una célebre sentencia de 1993 el Tribunal Constitucional parecía querer y no querer dar un paso hacia el compromiso con la carga de justificar sus cambios de

23. Una cultura —en la que el uso del precedente podría aproximarse al modelo de la vinculación flexible o derrotable, exigiendo una justificación suficiente en caso de modificación de un criterio interpretativo anteriormente aplicado— que me parece deseable, aunque justificar esa preferencia excede los propósitos de este trabajo.

24. Cfr. E. BARROS (1984:269ss.), J. STREETER (1992a y 1992b) y F. ATRIA (1997:180ss.).

criterios interpretativos ⁽²⁵⁾. Se limitó a afirmar tibiamente que “los cambios de doctrina jurídica *por lo general* deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen” (cursivas agregadas) y luego, en sentencias posteriores, siguió cambiando de criterio sin ocuparse *en particular* de dar cuenta de las razones justificatorias de la variación. Nuevamente llama la atención la incapacidad de dar forma a una alternativa de vinculación flexible, en este caso a los propios precedentes, que escape a la alternativa entre todo y nada.

(iii) *Más jurisprudencia sobre la jurisprudencia (y más todo o nada)*. El 19 de julio de 2002, el Pleno de la Corte Suprema adoptó un acuerdo bastante sorprendente ⁽²⁶⁾. La Sala Penal de la Corte había informado al Tribunal Pleno que diversos Juzgados de Garantía persistían en resolver una cuestión interpretativa en forma diferente a la decidida por esa Sala, solicitándole que se pronunciara sobre el alcance de las decisiones de la Corte en los asuntos contemplados por el inciso tercero artículo 376 del nuevo Código Procesal Penal ⁽²⁷⁾. El Tribunal Pleno acordó (aunque con varios votos disidentes) que “no corresponde dar instrucciones ni adoptar decisiones respecto de aquellos juzgados, en cuanto a los criterios para decidir las aludidas cuestiones”. El fundamento que proporcionó fue que “conforme al artículo 3º del Código Civil, sólo corresponde al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente impe-

25. Sentencia de 22 de julio de 1993, “Juzgados de policía local”, Rol 171.

26. Agradezco a Rodrigo Coloma el haberme dado noticia de la existencia de este acuerdo de la Corte Suprema (Nº 1450-2002).

27. Esta disposición se refiere a la competencia para conocer del recurso de nulidad. En caso de que la causal en que se funde el recurso sea la errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 373 letra b) la competencia corresponde a la Corte de apelaciones respectiva, a menos que “respecto de la materia objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos de los tribunales superiores”, caso en que la competencia pasa a la Corte Suprema (a la Sala Penal) (artículo 376 inciso tercero).

rativo, y las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren, y este precepto de carácter general no se encuentra modificado ni derogado por disposición alguna del Código Procesal Penal". "Por lo demás —agrega el acuerdo— el referido principio representa una garantía de la independencia de los jueces, que es elemento fundamental para el desempeño de la función jurisdiccional, al no quedar sometido un tribunal inferior a otra imposición vinculante que no sea el peso y la fuerza de los razonamientos contenidos en la jurisprudencia orientadora de una Corte Superior".

Entre los votos disidentes vale la pena mencionar el de tres Ministros que consideraron que el Pleno debía "instruir a los jueces de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal en el sentido que, en los supuestos a que se alude en el inciso 3º del artículo 376 del Código Procesal Penal, los pronunciamientos de la Sala penal de esta Corte Suprema pasan a revestir el carácter de obligatorios, por cuanto es evidente que, en casos de distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos, la citada disposición ha perseguido una finalidad unificatoria de la jurisprudencia —necesaria para hacer efectivo el principio constitucional de igualdad ante la ley— que sólo puede lograrse reconociendo la calidad de preceptivo al fallo de la mencionada Sala especializada de este Tribunal".

Dejando de lado muchos puntos interesantes y discutibles de este acuerdo voy a limitarme a hacer sólo dos observaciones. En primer lugar este acuerdo, o más precisamente la discusión de que da cuenta, aparece en cierto modo como un producto o efecto de diversas reformas legislativas que han modificado el contexto institucional de nuestra cultura del precedente. Me refiero especialmente al conjunto de leyes dictadas entre 1994 y 1995, que pusieron fin al uso abusivo del recurso de queja, modificaron la organización interna de la Corte Suprema disponiendo su división en salas especializadas y reformaron el régimen de carrera funcionaria y calificaciones, creando la Academia Judicial. Es interesante notar que entre los objetivos que esas reformas perseguían se contaba tanto favorecer el cumplimiento por parte de la Corte Suprema de un rol uniformador a través de la casación, como limitar el excesivo poder que la Corte Suprema ejercía sobre los demás jueces, especialmente a través de las calificaciones y el régimen de carrera, fomentando las

conductas corporativas y el aislamiento social de la judicatura (cfr. J. Correa, 1999:305ss.). Dos objetivos que se relacionan directamente con nuestra cultura del precedente y que con ocasión del acuerdo que comentamos parecen haber entrado en conflicto.

La posición representada por el voto de mayoría parece ser coherente con la realización del segundo objetivo al sostener la independencia de los jueces inferiores respecto de los criterios interpretativos sostenidos por la Corte. Si recordamos la hipótesis de la posible existencia de una eficacia persuasiva de hecho de los precedentes de la Corte Suprema, que podía resultar extremadamente fuerte, al operar de modo oculto y apoyándose en el temor al fracaso en la carrera funcionaria, el acuerdo parece elogiabile, pues libera a los jueces inferiores de ese temor a la discrepancia y recuerda que la influencia de sus precedentes sólo puede corresponder al "peso y a la fuerza de los razonamientos" que los sostengan, no al poder jerárquico sino a la *auctoritas*.

Sin embargo también la posición del voto de minoría parece apuntar a uno de los objetivos de las reformas legales, buscando el reforzamiento de la función de la Corte como uniformadora de la interpretación y, por esa vía, la protección de la igualdad ante la ley. También esta posición, en cuanto reconoce la dimensión de igualdad o justicia formal envuelta en una práctica judicial que tome explícitamente en cuenta las decisiones anteriores, parece ofrecer una señal importante de innovación.

Nuevamente reaparece la imagen de una alternativa entre todo o nada. El (des)acuerdo de la Corte Suprema termina por remitir a la misma estrecha perspectiva, que sólo puede ver a la independencia judicial y a la igualdad en la aplicación de la ley como polos irremediablemente contrapuestos. Que no consigue imaginar un modelo de respeto al precedente vertical que pueda, al admitir la posibilidad de apartarse si se ofrecen razones justificativas suficientes, a la vez asegurar la igualdad y la ausencia de diferencias arbitrarias y resguardar la independencia judicial.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AARNIO, Aulis (1984): "On the sources of law. A justificatory point of view", *Rechtstheorie*, 25, 4, pp. 393-401.
- (1987): *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. cast. E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- AARNIO, Aulis, ALEXI, Robert y PECZENIK, Aleksander (1981): "The foundation of legal reasoning", *Rechtstheorie*, 12, pp. 133-158, 257-279, 423-448.
- ACCATINO, Daniela (2002): "Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial", *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas, U. Austral de Chile, 14.
- ALEXI, Robert (1978): *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. cast. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ASCHERI, Mario (1995): "I 'grandi tribunali' d'Ancien Régime e la motivazione della sentenza", en Id., *Tribunali, giuristi e istituzioni. Dal medioevo all'età moderna*, Il Mulino, Bolonia.
- ATRIA, Fernando (1997): *Los peligros de la constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional*, Cuadernos de análisis jurídico, U. Diego Portales, Santiago de Chile.
- BARROS, Enrique (1984): "Reglas y principios en el derecho", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 2.
- BELLO, Andrés (1834): "Necesidad de fundar las sentencias", en Id., *Escritos jurídicos, políticos y universitarios*, selección y prólogo de Agustín Squella, Edeval, Valparaíso, 1979, pp. 107-115.
- CORREA, Jorge (1994): "Comunicación sobre el trabajo de Carlos Peña", en SQUELLA, Agustín (ed.) (1994).
- (1999): "Cenicienta se queda en la fiesta. El poder judicial chileno en la década de los noventa", en DRAKE, Paul & JAKSIC, Iván, *El modelo chileno: democracia y desarrollo en los noventa*, LOM, Santiago de Chile, pp. 281-315.
- GALGANO, Francesco (1994): *Atlas de derecho privado comparado*, trad. cast. de J. A. Fernández y R. Verdara, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000.

- GENY, Francois (1899): *Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif*, Librairie générale de droit & de jurisprudence, Paris, 1932.
- GODDING, Paul (1978): "Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18e siècle", en PERELMAN, Chaim y FORIERS, Paul (eds.) (1978).
- HUBNER, Jorge Iván (1952): *Introducción al derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, séptima edición, 1995.
- ITURRALDE, Victoria (1995): *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid.
- LASSER, M. de S.-O.- l'E. (1995): "Judicial (self-)portraits: judicial discourse in the french legal system", *Yale Law Journal*, 104, nº 6. pp. 1325-1410.
- MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert S. (1997): "Introduction", en Id. (eds.) (1997), pp. 1-16.
- MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert S. (eds.) (1997): *Interpreting precedents: a comparative study*, Ashgate, Brookfield.
- MORAL, Leonor (1998): "The use of precedents as arguments of authority, arguments *ab exemplo*, and arguments of reason in civil law systems", *Ratio Juris*, 11, pp. 90-102.
- PECZENIK, Aleksander (1989): *On law and reason*, Kluwer, Dordrecht.
- (1997): "The binding force of precedent", en N. MACCORMICK y R. SUMMERS (1997), pp. 461-480.
- PEÑA, Carlos (1994): "Hacia una caracterización del ethos legal: de nuevo sobre la cultura jurídica chilena", en SQUELLA, Agustín (ed.) (1994).
- PERELMAN, Chaim y FORIERS, Paul (eds.) (1978), *La motivation des décisions de justice*, Bruselas.
- SARTOR, Giovanni (1996): "Il precedente giudiziale", *Contratto e impresa*, 11, pp. 1100-1156.
- SAUVEL, Tony (1955): "Histoire du jugement motivé", *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, LXXIe volume, pp. 5-53.
- SQUELLA, Agustín (1994): "La cultura jurídica chilena: antecedentes, estado actual y proyección de una discusión", Id. (ed.) (1994).

- SQUELLA, Agustín (ed.) (1994): *Evolución de la cultura jurídica chilena*, CPU, Santiago de Chile.
- STREETER, Jorge (1992a): "Justicia e igualdad", en AAVV, *Justicia y libertad en Chile*, Corporación Libertas, Santiago de Chile.
- (1992b): "El razonamiento jurídico", en AAVV, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.
- WROBLEWSKI, Jerzy (1974): "Concepto y función del precedente en sistemas de statutory law", ahora en Id., *Sentido y hecho en el derecho*, trad. cast. de F. J. Ezquiaga Ganuzas, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1988.
- (1978): "Motivation de la décision judiciaire", en PERELMAN, Chaim y FORIERS, Paul (eds.) (1978).
- (1992): *The judicial application of law*, trad. ing. de Sadowe stosowanie prawa (1972) preparada parcialmente por el autor y editada por BANKOWSKI Z. y MACCORMICK, N., Kluwer, Dordrecht.