

# ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

## 2011

### PONENCIAS EN VALPARAÍSO I



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
2011**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 29  
2011

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, 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 cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

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

# ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2011

## PONENCIAS EN VALPARAÍSO I

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(2011 - 2013)

Daniela Accatino, Fernando Atria, Flavia Carbonell,  
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón, Joaquín  
García-Huidobro, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín  
Squella, y Luis Villavicencio.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social  
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La  
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,  
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico  
rcoloma@uahurtado.cl

**PRESENTACIÓN**

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, presenta el número 29 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 2011.

La obra reproduce las ponencias hechas en sesiones plenarios de la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el mes de noviembre de 2011, coincidiendo con la celebración del centenario de dicha unidad académica. Contiene, asimismo, parte de las ponencias que fueron presentadas en comisiones de dicha jornada.

Las ponencias presentadas en comisiones que no se incluyen en este número del Anuario lo serán en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social número 30, correspondiente a 2012, que aparecerá en los primeros meses de 2013.

Cabe señalar que la primera de estas jornadas binacionales tuvo lugar en 2004 en Buenos Aires, la segunda en Santiago en 2006, la tercera en Mendoza en 2009, y la cuarta en Valparaíso en 2011. En cuanto a la quinta jornada, tuvo lugar en Mendoza en el mes de octubre de 2012.

Durante el período 2011-2013, el Directorio de nuestra Sociedad es el que aparece en la página 6. Presidente del Directorio es Rodrigo Coloma, Secretaria General Flavia Carbonell, y Tesorera Daniela Accatino.

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

**PONENCIAS EN PLENARIAS**

El segundo nivel estará integrado por el producto de aquellos que trabajan sobre el primero: por un lado, por la práctica teórica de los juristas (teorías, doctrinas, discusiones); y por otro por las alusiones de su uso y manipulación: el resultado de la práctica profesional de abogados, notarios, liquidadores de impuestos, promotores de seguros, asistentes sociales y demás operadores jurídicos, más o menos cualificados.

Finalmente, el tercer nivel del discurso jurídico es aquel donde se juega el imaginario de una formación social *"Es el discurso que producen los usuarios, los súbditos, los destinatarios del derecho, en un juego de creencias, de desplazamientos y de ficciones"*<sup>96</sup>.

∴ Como sostiene Carlos Cárcova<sup>97</sup> la concepción del derecho como una práctica social discursiva *"permite rescatar la normatividad, sin hipertrofiar su papel; la autoproducción operacional del derecho, sin reducirlo a meras predicciones de los jueces; incorporar las dimensiones de la socialidad y con ello, las cuestiones de la ideología y el poder, tanto como las de la legitimidad, sin abandonar la especificidad teórica que le es propia"*.

Iniciamos estas páginas reflexionando sobre como la iusfilosofía no sólo ha abandonado ciertos temas al dominio de las disciplinas dogmáticas, sino que tampoco ha conseguido transmitir sus desarrollos a otros campos del conocimiento jurídico. Ese es el desafío.

Sólo adoptando perspectivas alternativas y aportando nuevas herramientas conceptuales lograremos superar la triste paradoja de entrenar a los operadores jurídicos del mañana para navegar ríos torrentosos, mientras seguimos chapoteando en agua estancada.

96. ENTELMAN, Ricardo, op. cit., pág. 308.

97. CARCOVA, Carlos, *¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?* En: *Las teorías jurídicas post positivistas*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2009.

## LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES EN EL DERECHO CHILENO: FUENTE ELUSIVA, FUENTE ELUDIDA \*

DANIELA ACCATINO \*\*

### 1. El incierto lugar de la jurisprudencia en el discurso sobre las fuentes del derecho

En el discurso jurídico —tanto en la enseñanza del Derecho, como en textos doctrinales y en escritos o alegatos judiciales— las referencias a la jurisprudencia de los tribunales son frecuentes y habituales. Parece claro que la jurisprudencia es relevante en nuestra práctica jurídica —por algo la enseñamos, la invocamos y la comentamos críticamente—, pero cuando se trata de precisar el alcance de esa relevancia la claridad se vuelve esquiva.

Tradicionalmente ha habido al menos una certeza negativa: la jurisprudencia tiene, en nuestro sistema y, en general en los de raigambre europea continental, una relevancia diferente a la de los precedentes

\* Versión corregida de la ponencia presentada en las IV Jornadas Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvieron lugar en la Universidad de Valparaíso, los días 10 y 11 de noviembre de 2011. Agradezco las diversas observaciones recibidas durante las Jornadas, que me han hecho profundizar y reformular en varios puntos mis argumentos.

\*\* Universidad Austral de Chile, Valdivia.

judiciales en los sistemas de tradición anglosajona. Con todo, cuando se trata de precisar el grado de esa diferencia, las cosas, de nuevo, se complican, particularmente en un contexto en el que, por una parte, se han dictado recientemente diversas normas de procedimiento dirigidas a lograr una mayor “uniformidad de la jurisprudencia” y, por otra parte, es puesta en discusión a nivel comparado la imagen de una distancia radical entre las dos tradiciones jurídicas.

Las dificultades comienzan con la propia noción de jurisprudencia, que es utilizada en varios sentidos próximos, sea para designar el criterio de decisión sobre un determinado asunto contenido en cualquier decisión judicial, como para referir, en un sentido más restringido, al conjunto de decisiones concordantes, fundadas en un mismo criterio acerca del derecho aplicable y su interpretación, dictadas respecto de asuntos similares por cualquier tribunal o, en un sentido aún más restringido, sólo por los tribunales superiores de justicia<sup>1</sup>. De este modo, fuera de preservar simbólicamente la imagen de una distancia nítida respecto de la tradición del *common law*, el uso todavía predominante entre nosotros de la expresión “jurisprudencia” esquiva la identificación precisa de diversas modalidades de recurso a las decisiones judiciales anteriores como modelo para la solución de casos futuros —el autprecedente (del mismo tribunal que debe adoptar la decisión posterior), el precedente vertical (de tribunales jerárquicamente superiores a aquel que debe tomar la decisión posterior) y el precedente horizontal (de tribunales del mismo nivel jerárquico de aquél que debe adoptar la decisión posterior)— y dificulta, por consiguiente, el análisis diferenciado de su relevancia jurídica.

Las dificultades para determinar cuál es el valor de la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico se aprecian notoriamente cuando se trata de aplicar a la misma el concepto de fuentes del derecho. Calificada a veces como *fuentes material* del derecho y otras como *fuentes formal*, relegada en ocasiones entre las llamadas *fuentes de conocimiento jurídico*, la jurisprudencia parece rehuir una ubicación precisa en la cuadrícula con que identificamos las diversas formas de relevancia

1. Cfr. SQUELLA, A: *Introducción al Derecho* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 2011), pp. 365-6.

jurídica. Tal vez inspirándonos en Carroll o en Borges debiéramos imaginar una nueva categoría, la de las *fuentes elusivas del derecho*.

Alguna responsabilidad en esa confusión la tiene, según observaremos en el siguiente apartado, la equivocidad de la noción de fuentes del derecho, que no sólo admite diversos sentidos, identificados por los varios apellidos de Material, Formal, o de Conocimiento, sino que aloja imprecisiones en el uso de cada uno de ellos. Pero también conspira a favor de este enredo la falta de una clarificación legal del valor normativo que los precedentes judiciales debieran asumir en virtud de las reformas legislativas que han incorporado, en diversos procedimientos, mecanismos para hacer efectiva la “uniformidad de la jurisprudencia”. También se trata, entonces, de una *fuentes eludida*. Esta resistencia a precisar institucionalmente la posición normativa de la jurisprudencia no parece desligada, a su vez, según exploraremos en el tercer apartado de este trabajo, de la confusión conceptual, en la que se asientan significativos equívocos acerca de lo que podría implicar el reconocimiento a la jurisprudencia de valor normativo como fuente formal.

## 2. La equivocidad de la noción de fuente formal del derecho y su aplicación a la jurisprudencia de los tribunales

Cuando nos preguntamos por la relevancia de la jurisprudencia en nuestra práctica jurídica la cuestión clave, según la manera tradicional de enfrentar su posible calidad de fuente, sería la de precisar si se trata de una relevancia *normativa* o bien de una relevancia puramente *causal* (o *de facto*, como se suele decir). La diferenciación entre estas dos clases de relevancia es la que trazaría la distinción usual entre las *fuentes formales* y las *fuentes materiales* del derecho, que ubicaría por un lado a las fuentes normativas y por el otro a los factores que ejercen influencia desde un punto de vista causal en la adopción de una determinada decisión jurídica<sup>2</sup>. El problema, sin embargo, es que la noción de fuente formal es a su vez imprecisa y no fija, por consiguiente, con claridad la línea de lo normativamente relevante.

2. Sobre la noción de fuentes materiales del derecho vid., por todos, SQUELLA, *op. cit.* en nota 1, pp. 286 y ss.

Esa imprecisión se revela fundamentalmente en dos frentes. Por una parte, en la inconsistencia usual entre la definición generalmente asumida de las fuentes formales y la aplicación del mismo concepto que se realiza al presentar los tradicionales listados de fuentes formales del derecho en general o de una rama en particular. Así, la definición de las fuentes formales del derecho 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, como también a los productos de esos procedimientos, que constituyen los modos de exteriorización de las normas jurídicas o los continentes en que es posible hallarlas<sup>3</sup>; pero, luego, los catálogos de fuentes formales incluyen habitualmente 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 derecho<sup>4</sup>. En estas aplicaciones del concepto parece olvidarse su relación con un procedimiento de creación de normas, para priorizar su referencia a las vías a través de las cuales podrían obtenerse normas jurídicas en las que fundar una decisión judicial.

Por otra parte, también las dudas y desacuerdos sobre la pertenencia a la categoría de las fuentes formales de la jurisprudencia, que se mencionaban en la primera parte de este trabajo y que se replican también respecto de la doctrina<sup>5</sup>, son manifestaciones de la imprecisión de esa noción. 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

3. Vid., de nuevo, SQUELLA, *op.cit.* en nota 1, pp. 295-6.

4. 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. 1, p. 298.

5. Cfr. SQUELLA, *op. cit.* en n. 1, pp. 297-8 y 376-7.

regulada por el derecho, lo que suscita la misma dificultad apuntada en el párrafo anterior; pero, además, en este caso, esas dudas y desacuerdos sugieren que la jurisprudencia o la doctrina podrían tener en nuestro sistema jurídico una relevancia normativa que no resultaría bien representada en su calificación como meras fuentes materiales, pero que tampoco correspondería exactamente con la obtención a partir de ellas de normas jurídicas, a la que hace referencia la definición generalmente aceptada de fuente formal.

Frente a estas dificultades, es inevitable recordar a Kelsen, para quien, como se sabe, “la multiplicidad de sentidos del término ‘fuente del derecho’ lo hace aparecer como realmente inutilizable”<sup>6</sup>. También la expresión “fuente formal” merecería, desde esta perspectiva, ser confinada en un museo de rarezas jurídicas. Pero dado que se trata de una expresión que sigue siendo utilizada intensamente en el discurso jurídico usual, más vale hacer un esfuerzo adicional para intentar deslindar las varias propiedades que parecen estar en juego en su —confuso— uso, en particular cuando es aplicada a —o negada su aplicación respecto de— la jurisprudencia, para así tratar de comprender cuáles son los puntos de fuga en los que se vuelve elusiva.

#### a. Fuentes formales y procedimientos

Una primera propiedad que parece relevante en el uso de la expresión fuente formal, y que es referida en la definición habitual de las mismas, dice relación con el carácter institucionalizado o dinámico de los sistemas jurídicos modernos, que implica la existencia de procedimientos formales para la creación de normas jurídicas a través del ejercicio de potestades normativas conferidas por el propio derecho. El concepto de fuente formal aparece vinculado, entonces, desde esta perspectiva, a las normas de competencia, o reglas de cambio, como las llama H. Hart, 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.

6. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho* (México DF: Editorial Porrúa, 1995; ed. orig. 1960), p. 243.



Este parece ser uno de los sentidos que se asume cuando se niega a la jurisprudencia la calidad de fuente formal del derecho. No se trataría de una fuente formal del derecho porque no existe ninguna norma en el orden jurídico chileno que atribuya a los tribunales una potestad para crear normas a través de sus precedentes, porque no hay, en otras palabras, ninguna norma que instituya a la jurisprudencia como procedimiento formal para la imposición de normas.

Este es efectivamente el caso en el derecho chileno, pero es interesante notar que una norma de competencia de ese tipo tampoco parece existir en los ordenamientos de *common law*. Ya J. Austin notaba, en 1885, con respecto a los precedentes, que se trata de una forma "oblicua" de creación de derecho, ya que cuando ellos se establecen, el tribunal "*legislates as properly judging, and not as properly legislating*". Destacando el mismo punto, J. Waldron observa que tampoco en esos sistemas los tribunales se encuentran instituidos de un modo calculado para dotar de legitimidad a la creación judicial de derecho, ni la forma de selección de los jueces asume que esa sea una función que ellos vayan a desempeñar<sup>8</sup>.

Por otra parte, aunque en los sistemas jurídicos de tradición continental y, de modo más general, en el derecho moderno, las normas de competencia y los procedimientos formales de creación de normas ocupen un lugar central<sup>9</sup>, unas y otros no parecen agotar tampoco en esos sistemas el espectro de lo jurídicamente relevante. No sólo las constituciones establecidas en ejercicio del poder constituyente originario

7. AUSTIN, J.: *Lectures on Jurisprudence* (Londres: 1885), p. 315.

8. 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), p. 336.

9. El mismo Waldron ha puesto de relieve esa centralidad de los procedimientos formales cuando es necesario emprender una acción colectiva, concertada, cooperativa o coordinada, en las circunstancias de la vida moderna, que comprenden la existencia de desacuerdos sustantivos sobre cuál debiera ser ese curso de acción. Cfr. WALDRON, J.: *Derecho y desacuerdos* (Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005; ed. orig. 1999), p. 190.

requieren una justificación diferente para su relevancia jurídica, lo mismo sucede también con la costumbre y con otros hechos o textos relevantes como puntos de partida de argumentos interpretativos —como, por ejemplo, los usos lingüísticos de una cierta comunidad científica o profesional cuando se trata de la interpretación de términos técnicos, o los materiales que dan cuenta de la historia legislativa de un texto legal. Aunque no nos encontramos frente a procedimientos de creación de normas jurídicas instituidos por normas de competencia, se trata de hechos o textos a los que otra clase de normas atribuyen relevancia jurídica<sup>10</sup>. Así ocurre, por ejemplo, en relación con la costumbre, con las normas de nuestro Código Civil y de otras leyes que le reconocen, bajo determinadas circunstancias, valor jurídico, y lo mismo hace con respecto a los *travaux préparatoires* el artículo 20 del Código Civil, que autoriza a recurrir a ellos para determinar la intención o espíritu de la ley a fin de interpretar una expresión oscura contenida en ella<sup>11</sup>.

Negar, por consiguiente, a la jurisprudencia la clase de relevancia atribuida por normas de competencia, no excluye la posibilidad de otras formas de relevancia jurídica, atribuidas por otra clase de normas.

10. En otro trabajo he explorado con mayor detenimiento esta idea, proponiendo una reconstrucción del concepto de fuentes del derecho que, tomando como punto de partida la distinción que H. Hart hace entre de tres clases de reglas secundarias (de cambio, de reconocimiento y de adjudicación), distingue tres sentidos para esa expresión, que identificarían tres formas diversas en virtud de las cuales ciertos actos, hechos o textos pueden asumir relevancia jurídica. Vid. ACCATINO, D.: "Una revisión del concepto de fuentes del derecho a propósito de la posición de los precedentes judiciales en el sistema jurídico chileno" (en prensa para su publicación en un *Libro en homenaje a don Antonio Bascuñán Valdés*, editado por F. Atria, R. Correa, J. López y L. Sierra).

11. Lo mismo ocurre, respecto de la relevancia de los usos lingüísticos de las comunidades científicas o profesionales para efectos de la interpretación de las palabras técnicas utilizadas por la ley, con el artículo 21 del Código Civil. En lo que toca a las constituciones originarias, un papel análogo desempeña, en la perspectiva de la teoría jurídica de matriz hartiana, la regla de reconocimiento.

### b. Fuentes formales y fuerza justificativa

Una segunda propiedad que aparece relevante en el uso de la expresión fuente formal —y que está presente tanto en su definición generalmente aceptada, como en las aplicaciones de esa noción a la costumbre y los principios generales del derecho— es la fuerza normativa, en el sentido de que una fuente formal crea o expresa normas jurídicas. Bajo esta aproximación, la fuerza normativa parece comprendida restrictivamente en términos de capacidad de imponer normas de obligación que puedan constituir la base en que se funde una decisión judicial, asociando la noción de fuentes formales con la justificación de la norma que constituye la premisa mayor del razonamiento jurídico<sup>12</sup>.

Se expresaría, de este modo, que en nuestro sistema jurídico ella no proporciona por sí sola base suficiente para la justificación de una decisión judicial, pues no se puede fundar directamente en la jurisprudencia (en cualquiera de sus sentidos) la norma que se asuma como premisa mayor en una sentencia, sino que es necesaria, de acuerdo a las normas procesales que regulan el contenido de las sentencias, la invocación de una disposición legal o constitucional, o, supletoriamente, en el ámbito civil, conforme a la interpretación usual del artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, de un principio de equidad.

El mismo sentido se asumiría para establecer el contraste con los sistemas de *common law*, donde los precedentes judiciales sí contarían como fuentes formales, pues es posible fundar directamente en ellos la norma que justifica una decisión judicial posterior. Utilizando una expresión propuesta por Wróblewski, en estos últimos sistemas, los precedentes judiciales sí serían suficientes como “justificación mínima legal” de una decisión judicial<sup>13</sup>.

12. Cfr. BASCUÑÁN y SIERRA, *op. cit.* en n. 4, §§ 9 y 10. Al mismo sentido de la expresión se refieren WRÓBLEWSKI, J.: “Justification of legal decisions”. En WRÓBLEWSKI, J.: *Meaning and Truth in Judicial Decision* (Helsinki: Juridica, 1983; ed. orig. 1979); y ALEXY, R.: *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; ed. orig. 1978), pp. 222-223.

13. Cfr. WRÓBLEWSKI, J.: “Motivation de la décision judiciaire”. En Perelman, Ch. y P. Foriers (eds.), *La Motivation des Décisions de Justice: Études* (Bruselas: E. Bruylant, 1978), pp. 118 y ss.

Esta perspectiva acierta en la identificación de un punto efectivo de contraste entre ordenamientos de *civil law* y de *common law*, pero no permite dar cuenta de otras formas de fuerza normativa, que impliquen el reconocimiento de validez justificativa aunque no como razón mínima suficiente. Esta segunda clase de fuerza normativa —como argumento para justificar una determinada interpretación del derecho aplicable— es, por otra parte, la que los precedentes poseen en los sistemas jurídicos de origen anglosajón en el ámbito del *statute law* o derecho legislador y, también, en el caso de los Estados Unidos, en el ámbito del derecho constitucional. En este sentido, la negación a la jurisprudencia de la calidad de fuente de normas jurídicas en las que pueda fundarse, como justificación mínima, una decisión judicial, deja todavía abierta la posibilidad de otra forma de fuerza normativa de la misma, como argumento válido —que *pueda* o bien que *deba* ser tomado en cuenta— para la justificación de la interpretación de las disposiciones jurídicas aplicables.

### c. Fuentes formales y obligatoriedad

Una última propiedad que parece entrar en juego cuando se habla de fuentes formales del derecho apunta a su carácter *vinculante* para el juez. Esta propiedad se refiere a otra dimensión de la fuerza normativa, diferente de la considerada en la sección anterior, donde lo relevante era la función característica de las fuentes formales en la justificación de una decisión jurídica (fuerza normativa como justificación mínima legal / fuerza normativa como argumento interpretativo válido). Ahora lo relevante es la intensidad de la fuerza normativa y, al respecto, lo que parece asumirse en algunos usos de la expresión fuente formal es que lo que las caracteriza —con independencia de cuál sea su función justificativa— es la máxima intensidad: ellas obligan al juez, quien no resuelve correctamente conforme a derecho si no actúa conforme a lo que ellas disponen.

Este tercer sentido de la expresión fuente formal también puede ser atribuido a los discursos en que se niega a la jurisprudencia de los tribunales, en el derecho chileno, esa calidad. Se afirmaríase de ese modo que, en nuestro sistema jurídico, ella no es vinculante, pues un tribunal

puede apartarse de su propia jurisprudencia o bien de la jurisprudencia de los tribunales jerárquicamente superiores sin incurrir en un error jurídico.

No interesa por ahora examinar la justificación de esta aseveración usual en nuestra cultura jurídica; ya nos ocuparemos de eso en la tercera parte de este trabajo. Sí me interesa discutir, en cambio, ahora, la imagen demasiado simple de la dimensión de intensidad de la fuerza normativa que parece subyacer a esta forma de utilizar la noción de fuente formal del derecho. Se trata de una imagen binaria de la fuerza normativa, que supone que respecto de ella la alternativa es todo (vinculación) o nada<sup>14</sup>. La comprensión, bajo esta imagen, de la “vinculación”, asume que de la fuente formal resulta una razón (una norma que actúe como premisa mayor del razonamiento jurídico o un argumento interpretativo) que, respecto de todo caso al que sea aplicable, resulta concluyente y definitiva, de modo que si ella no es aplicada la decisión jurídica será, necesariamente, incorrecta. Esta imagen binaria no logra representar, sin embargo, adecuadamente, la complejidad de las prácticas jurídicas y en especial, como veremos, de las prácticas de reconocimiento de fuerza normativa a los precedentes judiciales.

Por una parte, con respecto al extremo de “nada” de fuerza normativa, la imagen binaria no permite distinguir entre varias situaciones que, a pesar de sus diferencias, representan casos de razones que no son obligatorias. Una primera situación que se puede distinguir es la de las razones que carecen de valor para justificar una decisión jurídica, aunque puedan tener influencia causal y puedan ser, por tanto, relevantes como razones explicativas: la preferencia del juez por una de las partes, por ejemplo, o el resultado de la consulta a un oráculo. Diferente es el caso de las razones a las que se reconozca valor justificativo, en el sentido de que puede fundarse válidamente en ellas una decisión jurídica, pero sin que el juez esté obligado a tomarlas en cuenta, como ocurre, por ejemplo, en nuestra práctica jurídica, con las razones doctrinales. Podríamos calificar a estas razones como permitidas y, por consiguiente, diferentes, tanto de las razones no permitidas como

14. Una idea desarrollada en ACCATINO, D.: “El precedente judicial en la cultura jurídica chilena”, en *20 Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (2002), p. 568.

de las razones obligatorias. En la imagen binaria de la fuerza jurídica que estamos discutiendo esas dos situaciones no se distinguen y quedan cubiertas bajo el impreciso alero de la noción de fuentes materiales del derecho y de la idea de una fuerza puramente causal o de hecho. Pero, como aclara Peczenik refiriéndose precisamente a la diversidad de los grados de fuerza normativa de los precedentes judiciales que cabe distinguir desde un punto de vista teórico y comparativo, toda práctica de reconocimiento de valor justificativo —también aquella en la que se les atribuye sólo fuerza justificativa “de apoyo” (*further support*)— es una práctica normativa, en tanto supone un conjunto de normas que permiten o requieren su consideración<sup>15</sup>.

Por otra parte, también en el extremo del “todo” la imagen binaria falla en la representación de la diversidad de grados que puede asumir el reconocimiento a los precedentes de fuerza normativa, dejando fuera de la fotografía varias situaciones que no corresponden exactamente a la comprensión tradicional de la “vinculación”. Así, análisis como el de Peczenik antes citado, distinguen varios grados de obligatoriedad, que comprenden la vinculación estricta, la vinculación sujeta a excepciones (*defeasible force*) y la vinculación que puede ser superada por razones sustantivas de mayor fuerza (*outweighable force*)<sup>16</sup>. Es interesante observar, además, que los análisis comparativos sugieren que son estas dos últimas las formas de vinculación a los precedentes que predominan en los sistemas de *common law*<sup>17</sup>. Por consiguiente, contra lo que sugiere la imagen binaria de la fuerza jurídica cuando es aplicada a los precedentes, para negarles su calidad de fuentes formales en nuestro sistema jurídico y, en contraste, reconocérsela en los ordenamientos de tradición anglosajona, tampoco en estos últimos los precedentes serían vinculantes en el sentido estricto asociado a esa imagen.

15. PECZENIK, A.: “The binding force of precedents”. En MacCormick, N. y Summers, R. (eds.), *Interpreting precedents: a comparative study* (Brookfield: Ashgate, 1997), p. 471.

16. *Ibíd.*, pp. 463 y 473.

17. 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).

A fin de cuentas, entonces, aunque se negara justificadamente (algo que discutiremos más adelante) a la jurisprudencia fuerza vinculante estricta, seguiría en todo caso abierta la posibilidad de un grado de fuerza obligatoria de menor intensidad o bien, al menos, de fuerza normativa como argumento permitido.

*d. En síntesis: fuentes formales del derecho y relevancia jurídica*

El análisis anterior muestra que la equivocidad de la noción de fuentes formales del derecho se relaciona con el juego, en sus diversos usos, de tres propiedades que se refieren a tres dimensiones de la relevancia jurídica: el fundamento normativo, la función justificativa y la intensidad o grado de fuerza normativa. Respecto de cada una de estas dimensiones existen usos restrictivos de la expresión fuente formal, que requieren para su aplicación un determinado tipo de fundamento normativo (el que ofrecen las normas de competencia que instituyen procedimientos formales para la creación de normas jurídicas), o una determinada función justificativa (justificación mínima legal), o un determinado grado de fuerza (vinculación estricta). El uso de la expresión es, por supuesto, aún más restrictivo si requiere para su aplicación que concurren conjuntamente esas tres propiedades en esos tres puntos precisos. Estos sentidos restringidos de la noción de fuente formal dejan sin representación, sin embargo, otras formas posibles de relevancia jurídica: fundadas en otra clase de normas (como las que reconocen valor normativo a la costumbre o validez justificativa a determinados argumentos interpretativos), o que se expresan en otras funciones normativas (justificación de la interpretación del derecho aplicable), o que tienen grados menores de fuerza (alguna forma no estricta de fuerza vinculante o bien fuerza como argumento de apoyo). Es posible que en algunos casos la expresión fuente formal sea utilizada en un sentido más amplio, para cubrir todas o algunas de estas situaciones de relevancia jurídica. Sus usos restringidos parecen, sin embargo, más extendidos.

En cuanto a la aplicación de la noción de fuente formal a la jurisprudencia de los tribunales, la negación a ésta de esa calidad en el sistema jurídico chileno aparece vinculada con los usos restrictivos de

la expresión, antes identificados. Esa negación no implica, entonces, el descarte de toda relevancia jurídica para la jurisprudencia, pues ella podría poseer alguna clase de fuerza normativa que eluda el marco estrecho de los sentidos restrictivos de la noción de fuente formal. Por otra parte, aunque el correlato de esa negación es la afirmación de la diferencia de nuestro derecho con respecto a los sistemas de *common law*, donde los precedentes judiciales sí serían fuentes formales del derecho, lo cierto es que en estos ordenamientos jurídicos la relevancia de los precedentes tampoco parece satisfacer exactamente las condiciones requeridas por los sentidos restringidos de esa expresión. Incluso al mirar hacia esas prácticas jurídicas, donde esperaríamos completa claridad respecto de la posición de los precedentes judiciales, la fuerza normativa que se les reconoce presenta particularidades que los vuelven una fuente elusiva.

**3. ¿Alguna clase de fuerza normativa para la jurisprudencia en el derecho chileno? El impacto de las reformas procesales que han promovido la uniformidad jurisprudencial y que han eludido dar una respuesta directa a esta pregunta**

Como vimos al analizar la noción de fuentes formales del derecho, la negación de su aplicación a la jurisprudencia de los tribunales expresa, en uno de sus sentidos, que en nuestro sistema jurídico no es posible fundar exclusivamente en ella una decisión judicial, sino que es necesario invocar, como justificación mínima legal, una disposición legal o constitucional, o supletoriamente, si se trata de una causa civil, un principio de equidad. El descarte de esta clase de fuerza justificativa, amparado correctamente en las normas procesales que regulan la fundamentación de las sentencias, no excluye, con todo, la posibilidad de otra forma de fuerza normativa, como argumento válido para la justificación de la interpretación de las disposiciones jurídicas aplicables al caso.

En esta parte examinaremos si existe algún fundamento normativo, en nuestra práctica jurídica, para esta eventual forma de fuerza justificativa y cuál sería, en ese caso, su intensidad.

a. *Un clásico: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren” (inciso segundo del artículo 3° del Código Civil)*

Cuando se discute acerca del valor normativo de la jurisprudencia en el derecho chileno, la primera norma citada es el inciso segundo del artículo 3° del Código Civil. En esta disposición suelen basarse las opiniones que niegan a la jurisprudencia de los tribunales fuerza vinculante. No todos están de acuerdo, sin embargo, acerca del sentido que deba atribuirse a esta disposición. Jorge Streeter y Alejandro Romero<sup>18</sup>, por ejemplo, sostienen que ella no se refiere a la fuerza obligatoria de las sentencias judiciales *como precedentes* (es decir, a la jurisprudencia) sino que se refiere a la fuerza de cosa juzgada, limitando los efectos del fallo, es decir, de la parte dispositiva de la sentencia, a la causa respecto de la que se pronunció. Bajo esta interpretación, el artículo 3° nada diría sobre el valor de las sentencias como precedentes, 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 información, 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;

18. STREETER, J.: “Justicia e igualdad”, En CORREA, J., L. Bates *et al.*, *Justicia y Libertad en Chile* (Santiago: Corporación Libertas, 1992) y Romero, A.: *La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente del Derecho* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 49 y ss.

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”<sup>19</sup>.

Ahora bien, aun si concluimos que el inciso segundo 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 la posible fuerza normativa de la jurisprudencia. Por una parte porque la negación a ésta de fuerza obligatoria podría ser compatible con el reconocimiento de su valor normativo como argumento interpretativo permitido (como lo sugiere incluso la redacción de la disposición inicialmente propuesta por Bello). Pero, sobre todo, porque hay otras normas de nuestro derecho que son relevantes en relación con el valor normativo de la jurisprudencia y que al haber sido dictadas con posterioridad al Código Civil, podrían incidir en la determinación del alcance de su artículo 3°.

b. *El derecho a la igualdad en la aplicación de la ley*

Como ha puesto de relieve la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales europeos, y en particular, la del Tribunal Constitucional español<sup>20</sup>, y como ha venido sosteniendo en los últimos años un grupo creciente de autores en la doctrina nacional<sup>21</sup>, el derecho constitucional

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

20. 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).

21. 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. 18; 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, *op. cit.* en n. 18, pp. 60-62.

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 implica necesariamente la atribución a la jurisprudencia de una fuerza obligatoria estricta. Esta clase de fuerza satisfaría, por supuesto, las exigencias de la igualdad en la aplicación de la ley; pero también las cumple una forma más débil de fuerza obligatoria. Lo que el derecho a la igualdad y la prohibición de diferencias arbitrarias parecen requerir como mínimo es que el tribunal que resuelva un caso sustancialmente semejante a uno precedentemente resuelto aplique la misma interpretación del derecho antes sostenida o bien, si hubiera razones fuertes para considerar errónea la interpretación sostenida en la decisión precedente y justificar el apartamiento respecto del precedente, asuma la carga de expresarlas en su sentencia<sup>22</sup>. En otras palabras, la igualdad en la aplicación de la ley requiere al menos el reconocimiento a la jurisprudencia de la *outweighable force* que identificaba, según vimos antes, Peczenik, es decir, de una fuerza obligatoria que pueda ser superada por razones sustantivas de ~~mayor fuerza~~.

El reconocimiento de esta clase de fuerza normativa es compatible con una interpretación restrictiva del inciso segundo del artículo 3°, que entienda que lo que éste excluye es la obligatoriedad estricta o 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.

22. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional español; en el mismo sentido, referido a las exigencias de la justicia formal, cfr. también ALEXY, *op. cit.* en nota 12.

### c. Las reformas procesales para favorecer la uniformidad de la jurisprudencia

Como se sabe, en los últimos años se han dictado diversas normas que han introducido, en la regulación de los recursos procesales, varios mecanismos dirigidos expresamente a reforzar el rol de la Corte Suprema en la unificación de la jurisprudencia. Cabe preguntarse, por consiguiente, si estas reformas inciden en la determinación del grado de obligatoriedad de ésta.

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 conocimiento del pleno de la Corte Suprema, minó sus posibilidades de éxito en la tarea<sup>23</sup>. 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 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 20.260 incorporó al procedimiento laboral el recurso de unificación de jurisprudencia, que

23. Para una reconstrucción de la historia del recurso de casación en Chile, cfr. ROMERO, *op. cit.* en n. 18, pp. 63 y ss.

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 Código del Trabajo).

Ninguna de estas modificaciones legales se ha referido expresamente al valor normativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema: ninguna de ellas le ha atribuido fuerza vinculante estricta, ni ha modificado el inciso segundo del artículo 3° del Código Civil. Ellas refuerzan, sin embargo, respecto de los precedentes de la Corte Suprema, la fuerza obligatoria superable (*outweighable force*) que se deriva del derecho a la igualdad en la aplicación judicial del derecho y que alcanza también a las decisiones anteriores del mismo tribunal que debe resolver el nuevo caso (el denominado *autoprecedente*).

*d. La persistencia de la dispersión jurisprudencial a pesar del derecho a la igualdad y de las reformas procesales*

El reforzamiento del valor obligatorio de la jurisprudencia, exigido ya por el derecho constitucional a la igualdad, que desde el punto de vista normativo cabe atribuir a las recientes reforma procesales no ha sido asumido, sin embargo, hasta ahora efectivamente en las prácticas de decisión y argumentación de los tribunales chilenos, que no suelen fundar sus decisiones en interpretaciones sostenidas en precedentes ni justificar el apartamiento respecto de ellos<sup>24</sup>.

En una cultura jurídica en la que subsiste la reticencia decimonónica frente a la idea de precedentes vinculantes, anclada en una imagen binaria de su posible fuerza normativa, que supone que respecto de ella la alternativa es todo (vinculación estricta o absoluta) o

24. Vid. al respecto ACCATINO, *op. cit.* en n. 14, 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. Un análisis más completo del escaso efecto uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema puede verse en Couso, J. y J. Mera: *Precedentes y justicia penal* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011).

nada (ninguna relevancia justificativa), hubiera sido deseable que esas reformas legislativas abordaran explícitamente la cuestión, en lugar de eludirla. Con todo, seguramente ha sido precisamente esa misma herencia cultural y esa demasiado simple imagen binaria de la vinculación a los precedentes, lo que ha hecho difícil al legislador encontrar un forma de reconocimiento de valor normativo a la jurisprudencia que no supusiera atribuir un peso excesivo a la relación jerárquica entre la Corte Suprema y los demás tribunales, en un contexto institucional en el que a través del régimen de carrera judicial y de calificaciones ese peso se hace sentir ya con demasiada fuerza.

La clave para avanzar hacia la uniformidad jurisprudencial parece ser, entonces, un cambio cultural.

Es interesante notar, para concluir, que si se advirtiera que entre el todo y el nada de la imagen binaria son posibles grados débiles de fuerza obligatoria y se asumiera que la igualdad requiere —al menos mientras no se establezca expresamente alguna forma más estricta de vinculación— una obligatoriedad *prima facie* de la jurisprudencia del mismo tribunal y de la de los tribunales superiores, expuesta a ser superada por razones sustantivas que justifiquen un cambio de criterio interpretativo y que se expresen en la sentencia, se podría notar que disponemos incluso 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 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 unificación jurisprudencial— sólo queda confiar en la conciencia de los deberes hacia la igualdad y la exclusión de la arbitrariedad.

*e. ¿Y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional?*

La pregunta por el valor normativo de los precedentes del Tribunal Constitucional suscita cuestiones especiales, relativas a la relación entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, que escapan a los propósitos de este trabajo. Con todo, es interesante observar que también aquí la estrategia normativa ha sido la elusión. Ni la Constitución, tampoco tras las reformas aprobadas en 2005 que ampliaron las competencias del Tribunal Constitucional, ni tampoco la nueva Ley Orgánica que regula su funcionamiento, se refieren al valor normativo de su jurisprudencia. A pesar de este silencio, el Tribunal Constitucional, en sus propias prácticas de decisión y de argumentación, ha desarrollado algún grado de consideración a sus precedentes, citándolos al menos con bastante mayor frecuencia que la usual entre los demás tribunales. Con todo, y a pesar de que en una sentencia de 1993 afirmara que “los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen”<sup>25</sup>, los cambios de criterio interpretativo no justificados han subsistido en sentencias posteriores.

25. Sentencia de 22 de julio de 1993, Rol 171.

**EL APORTE DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA AL  
CULTIVO DE LAS DISCIPLINAS DOGMÁTICAS  
Y A LA ENSEÑANZA DEL DERECHO**

DAVID QUINTERO FUENTES \*

Agradezco a los miembros del Directorio de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social y, en particular, a su presidente don Agustín Squella, la invitación que me formularon para participar en la Cuarta Jornada chileno-argentina de Filosofía del Derecho. Este encuentro académico constituye, a mi juicio, si se me permite una expresión metafórica, una instancia de diálogo entre una filosofía del derecho “metropolitana” (la argentina) y una filosofía del derecho “periférica” (la chilena). A pesar de nuestra proximidad geográfica y aunque en el terreno de las ideas, la geografía no suele ser relevante, no se puede desconocer que la iusfilosofía argentina ocupa un lugar central a nivel mundial con figuras enormemente influyentes, es suficiente evocar los nombres de Carlos Cossio, Ambrosio Gioja, Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Carlos Santiago Nino, Genaro Carrió, Ricardo Guibourg y Ernesto Garzón Valdés, entre otros. No ocurre lo mismo con Chile, al menos no en igual medida, sin embargo creo que la “periferia” es interesante para quien esté dispuesto a recorrerla, como muestra de ello, basta con mencionar la valiosa obra de Jorge Millas, Agustín Squella y Fernando Atria.

\* Profesor de Introducción al Derecho en la U. Diego Portales y de Teoría General del Derecho en la U. Alberto Hurtado, davidquinterof@gmail.com