

¿HACIA EL PRECEDENTE VINCULANTE EN CHILE?

TOWARDS BINDING PRECEDENTS IN CHILE?

PABLO ANDRÉS BECERRA POBLETE^{*,**}

RESUMEN: El presente ensayo intenta recoger el debate sobre reforma judicial y precedentes vinculantes en Chile, proporcionando un contrapunto con la función y operatoria del precedente en el derecho de common law inglés, permitiendo desmitificar algunos lugares comunes que se manejan a su respecto en la literatura local. Este ejercicio sugiere que un sistema de precedentes vinculantes no es una vía adecuada de solución para los problemas que correctamente apunta la doctrina nacional, proponiendo soluciones alternativas para dichos problemas que, al mismo tiempo, permitan mantener la centralidad de la legislación en un Estado democrático de derecho.

ABSTRACT: The following essay attempts to tackle the Chilean debate regarding judicial reform and precedents, providing a counterpoint with the function and operation of precedents in the English common law, thus allowing for demystification of several common places in the local literature regarding said common law precedents. This exercise suggests that a system of binding precedents is not an adequate solution for the problems that the local literature correctly identifies regarding the Chilean judiciary. Several alternative solutions are proposed, which, at the same time, preserve the central role that legislation plays in a democratic state under the rule of law.

PALABRAS CLAVE: Corte Suprema, reforma procesal civil, precedentes.

KEYWORDS: Supreme Court, civil procedure reform, precedents.

^{*} Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile. Abogado. Magíster en Derecho, mención Derecho Público Universidad de Chile. Correo electrónico: pbecerrap@gmail.com.

^{**} El presente ensayo surge producto de la invitación que me fuera efectuada por don Rodrigo Carvajal Schnettler para colaborar con la *Revista del Instituto de Estudios Judiciales*, a quien agradezco el honor y oportunidad brindada. Agradezco también, muy especialmente, al Dr. Javier Rodríguez Diez, quien gentilmente me facilitó valiosos materiales de lectura e interesantes conversaciones sobre Derecho anglosajón y precedentes judiciales. Los errores y omisiones, desde luego, son solo míos.

I. PRECEDENTES EN LA CORTE SUPREMA DE CHILE: EL RESURGIMIENTO DE UNA IDEA

A comienzos de la década pasada, ACCATINO apuntaba certeramente una de las características distintivas de la cultura jurídica chilena, a propósito de un incipiente debate sobre la idea de precedentes vinculantes en los tribunales superiores de justicia chilenos: el conservadurismo y marcado “legalismo” de la comunidad jurídica local. Estas características, sostenía, inhibían a la comunidad jurídica chilena de considerar seriamente la idea del precedente judicial como un posible camino de reforma respecto a los modos de actuación e intervención tradicionales de nuestros tribunales.

“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 [...]”¹.

Lo importante –reparaba la autora– era no centrarse en la doctrina de *stare decisis*, sino en la práctica judicial de tener en consideración como modelos decisorios los fallos anteriores de (al menos ciertos) tribunales, donde dichos fallos podrían asumir diversas modalidades o grados de vinculación², abriendo así el abanico de posibilidades más allá de la solución binaria entre vinculación-no vinculación. Pero la suya era una voz más bien aislada, en un contexto que, tal como ella anotaba, no estaba abierto a considerar seriamente una reforma en tal sentido.

Hoy, el contexto ha cambiado. Junto con la discusión de un Nuevo Código Procesal Civil (“NCPC”), comenzamos a tener una segunda discusión, acerca de nuestra organización judicial en general y el “rol” o “roles” que nuestra Corte Suprema debiera cumplir en el contexto de las reformas procesales en curso. Esta otra discusión no es nueva, pero vuelve a hacerse visible con las proposiciones que el proyecto de NCPC recoge acerca de la Corte Suprema en materia de recursos, asignándole

¹ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2002): “El precedente judicial en la cultura jurídica chilena”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sobre la cultura jurídica chilena, pp. 559-82.

² ACCATINO SCAGLIOTTI (2002), p. 560.

un rol de uniformación de jurisprudencia. De la mano de la pregunta por el rol de la Corte Suprema frente a una específica configuración de recursos procesales civiles propuesta en el NCPC, surgen, entonces, otras preguntas, tanto o más importantes, relativas a la organización de la Corte Suprema, a sus poderes en el contexto del sistema judicial más ampliamente considerado y en torno a si su organización actual satisface las múltiples demandas que la sociedad chilena moderna espera de ella. Después de todo, no parece razonable pensar en un nuevo sistema de recursos civiles sin una reflexión acerca del órgano llamado a administrar ese nuevo sistema de recursos civiles y si dicho órgano sería capaz de cumplir con las expectativas que la sociedad tiene de él al administrar tal o cual esquema de recursos. De la incipiente discusión académica y judicial³ por el rol de la Corte Suprema chilena, propiciada por la reforma procesal civil, surge una renovada preocupación y una proposición acerca de la generación de jurisprudencia uniforme como horizonte de reforma para la Corte Suprema chilena.

En el centro de esta preocupación por el establecimiento de algún sistema de uniformación de jurisprudencia en torno a precedentes se encuentra una idea de realización de la igualdad, en sentido amplio. El principio de igualdad –comienza el argumento– no solo debe informar la estructura y contenido de la legislación, sino que también debe informar la decisión jurisdiccional que concretiza el mandato general y abstracto legislativo. Que dos casos idénticos en todos sus aspectos jurídicamente relevantes sean resueltos en forma distinta –nos diría un partidario de establecer alguna modalidad de precedentes vinculantes– es una cuestión que rompería con el principio y garantía constitucional de igualdad ante la ley, de modo tal que se requerirían arreglos institucionales que puedan poner coto en forma efectiva a la posibilidad de un trato desigual en este sentido por parte de los órganos jurisdiccionales. Al final del día, si el Estado no puede admitir un trato desigualitario a las personas y el órgano vértice del sistema judicial ha resuelto un caso en determinado sentido, dando razones apropiadas para

³ El ex presidente de la Excma. Corte Suprema, don Sergio Muñoz, adelantaba algunas ideas al respecto, las que pueden consultarse en: “Presidente de la Corte Suprema plantea cómo uniformar la jurisprudencia y constituir precedente judicial”. Instituto Chileno de Derecho Procesal (online), 26 de mayo de 2014, Disponible en <<http://www.ichdp.cl/presidente-de-la-corte-suprema-plantear-como-uniformar-la-jurisprudencia-y-constituir-precedente-judicial/>>.

ello, resulta difícil justificar que cualquier juez o tribunal resuelva el mismo asunto en otro sentido, con razones divergentes a las antes entregadas para fundar el fallo precedente. Ello resiente –diría el argumento de dicho partidario hipotético– la confianza en el sistema judicial y en el Estado de derecho, las más de las veces amparando la arbitrariedad; en todos los casos perdiéndose la predictibilidad de la decisión y, con ella, la claridad y predictibilidad del derecho mismo a ser aplicado. Esas creencias sobre la identidad de nuestro sistema jurídico, a que aludía ACCATINO⁴ a principios de la década del 2000, lentamente han ido cediendo en favor de una mayor apertura hacia incorporar alguna modalidad de precedentes vinculantes en nuestro sistema jurídico.

Más recientemente, MATURANA ha caracterizado los posibles roles de órganos como las cortes supremas en torno a tres categorías: cortes de instancia, de casación o de unificación de jurisprudencia⁵. En contraste con esta esquematización abstracta, los sistemas concretos de *civil law* no exhibirían una distinción clara del rol o misión que ellos cumplen, dado que todos ellos participan en alguna medida en la solución del conflicto particular. Dicho de otro modo, compartirían en distintas medidas y proporciones las funciones propias de tribunales de instancia, de casación y de unificación de jurisprudencia. En cambio –prosigue MATURANA–, en los sistemas de *common law* sí resultaría posible realizar tal distinción, porque los tribunales de base del sistema atienden al conflicto particular, los tribunales intermedios controlarían la decisión y, en la cúspide del sistema, “se vela por el sistema de precedentes”. Así, el sistema de *common law* ofrecería una organización judicial donde los roles de instancia, casación y unificación de jurisprudencia estarían más claramente diferenciados. Teniendo la anterior caracterización en mente, dicho autor reflexiona que la justicia de la decisión, en nuestro ordenamiento jurídico, demanda una justa composición del litigio atendiendo al *ius litigatoris*, pero que “el Derecho” requiere también de “seguridad jurídica”, de una aplicación igualitaria de ley y de “predictibilidad” acerca de la manera en que se resolverán conflictos similares por órganos jurisdiccionales. De lo anterior, dando preponderancia a lo que él identifica con el

⁴ *Supra* nota 1.

⁵ MATURANA MIQUEL, Cristián (2016): “El rol de una Corte Suprema”, en *Revista de Estudios Judiciales* N° 2-3 (Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda). Thomson Reuters-La Ley, pp. 25-54.

ius constitutionis, por sobre el *ius litigatoris*, concluye que resulta conveniente el establecimiento de alguna modalidad de sistema de precedentes:

“De allí que, en aras de la protección del *ius constitutionis*, debe velarse siempre por la aplicación en forma igualitaria de la ley para la solución de conflictos similares, para lo cual resulta necesario asegurar la existencia de una sola doctrina jurisprudencial, que debe emanar de la Corte Suprema en forma vertical hacia los otros tribunales de justicia, pero también en forma horizontal hacia ella misma”⁶.

De ese modo, postula que los jueces debieran estar vinculados no solo a la ley, sino también a los fallos de tribunales superiores que determinan su alcance para un caso similar, porque ellos deben resolver los asuntos “conforme a un sistema jurídico” y no en base a decisiones “personalistas”, “erróneamente sustentadas en una mal entendida independencia personal”⁷. Esa última frase, que sugiere que la libertad interpretativa de un juez para decidir un caso obedece a una concepción “personalista” de la función judicial, resuena fuertemente cuando se lee a BRAVO afirmar que:

“la independencia interna que merece continuar siendo protegida en Chile es la prohibición de intervención directa, no la libertad judicial de interpretación. Y no merece ser protegida porque la libertad de interpretación es *contradictoria* con otra garantía del Estado de Derecho [la igualdad ante la ley]... Pero si se cree que cada juez es independiente para tener criterios distintos, entonces pierde legitimidad tener tribunales desde un comienzo”⁸.

La anterior me parece una idea verdaderamente impresionante por su alcance y consecuencias, que debió ser objeto de bastante más atención de la que aparentemente recibió: lo que los jueces han hecho en los sistemas judiciales continentales desde que se han organizado como judicaturas propiamente tales, esto es, decir el derecho en el caso concreto sin que sea otro tribunal (ni nadie más) el que les imponga el criterio para resolver el caso, es inconciliable con otra garantía del Estado de derecho, por lo que no solo debe dejar de ser objeto de protección, sino que su existencia pone en

⁶ MATURANA MIQUEL (2016), p. 34.

⁷ Ídem.

⁸ BRAVO HURTADO, Pablo (2014): “Precedente vinculante versus independencia judicial en Chile”, en *El Mercurio Legal (online)*, 24 de julio de 2014, sec. Opinión. Las cursivas son nuestras.

entredicho la idea misma y sentido de contar con tribunales⁹. Nótese que tanto el argumento desplegado por MATURANA como el de BRAVO pueden ser reformulados en clave de imparcialidad: la posibilidad de que un juez falle dos casos idénticos en forma desigual implica que el sistema decisorio se encuentra derechamente abierto a la posibilidad de parcialidad. Ambos autores parecen discurrir entre dos polos opuestos, al parecer inconciliables, cuestión de la cual el título de la columna citada es indiciario: independencia judicial *versus* precedente vinculante o *mutatis mutandi*, independencia judicial *versus* igualdad ante la ley. Si tal es el diagnóstico, pues se sigue de ello la evidente necesidad de poner coto a la arbitrariedad que entraña la libertad decisoria del juez de instancia, lo que sugiere restringir —cuando no derechamente anular— la posibilidad de que un juez individual se aparte de la jurisprudencia bien establecida (por autoridad o por fuerza).

A esta defensa “negativa” del precedente puede sumarse una defensa “positiva” del mismo, como aquella ofrecida por DÍAZ¹⁰, entregando razones a favor, que operan al mismo tiempo como refutación a lo que presenta como argumentos conservadores y refractarios a una reforma en tal sentido. Si la presentación de las objeciones y su refutación resulta convincente, es algo sobre lo cual suspendo el juicio por ahora; interesa más notar, aquí, el *tipo* de objeciones en las que se está pensando al discutir la idea de precedente: que no se atenta contra el sistema de fuentes del Derecho chileno¹¹ o que no empobrece al ordenamiento jurídico¹² son el tipo de argumentos u objeciones que el autor tiene en vista a la hora de discutir el problema, para luego proceder a refutar dichas objeciones que él presenta de ese modo. La pregunta por el *rol* que cumplen los jueces en el contexto institucional en que se insertan, y a los que se pretende encargar un sistema de generación de precedentes, no juega un rol visible aquí. Más interesantes me han parecido, en la perspectiva de una justificación positiva del precedente como posible

⁹ Véase también de BRAVO HURTADO, Pablo (2012): “Recursos ante las Cortes Supremas en el *civil law* y en el *common law*: dos vías a la uniformidad”, en *International Journal of Procedural Law* 2, pp. 323-39, y BRAVO HURTADO, Pablo (2013): “Hacia los precedentes en Chile: reforma procesal civil y fuentes del derecho”, en *Revista Chilena de Derecho* 40, N° 2, pp. 549-76.

¹⁰ DÍAZ GARCÍA, Luis Iván (2015): “Diez razones para incorporar el seguimiento del precedente en Chile”, en *Revista de Derecho* 22, N° 2 (Universidad Católica del Norte), pp. 139-71.

¹¹ DÍAZ GARCÍA (2015), p. 143.

¹² DÍAZ GARCÍA (2015), p. 148.

camino de reforma para el ordenamiento chileno, las reflexiones que han proporcionado PÉREZ RAGONE y PESSOA PEREIRA¹³. Observando un impulso de marcado signo unificador en una serie de reformas introducidas por el legislador en los asuntos de competencia de la Corte Suprema, los autores rescatan el potencial del precedente para coadyuvar a “gestionar” coherencia, seguridad, previsibilidad y –destacan especialmente– el “diálogo” entre los distintos tribunales del sistema, “hasta llegar a un argumento legitimante y convincente que pueda ser seguido por los tribunales en sus fallos futuros minimizando el riesgo de error”¹⁴, lo que a su turno posibilita un proceso decisorio imparcial y racional, y un trato igualitario hacia el justiciable. Sobre opciones regulatorias concretas para darle un rol al seguimiento de precedentes en Chile, los autores son más parcos.

Integrando la perspectiva teórica con un trabajo de entrevista a una muestra de actores relevantes del sistema judicial, el texto de COUSO y MERA¹⁵ reúne cuatro estudios acerca de los precedentes en la justicia penal, entre los cuales resulta de particular interés a estos efectos su excelente “Convicciones de los jueces y precedentes: la ardua tarea de construir estándares para la uniforme aplicación del derecho penal”¹⁶, desarrollado a propósito de materias penales pero superando dicho ámbito, para extenderse hacia al concepto de precedente en el *common law*, las relaciones entre precedente e igualdad ante la ley y la función que, se propone, debiera tener la Corte Suprema a este respecto. En este estudio, entre otros varios aspectos de interés, se proporciona una visión acerca de lo que desde la propia judicatura se discute en torno a la idea de seguir precedentes, para lo cual se efectuó una serie de entrevistas a ministros de la Corte Suprema y de algunas Cortes de Apelaciones. De ese diálogo, entre academia y judicatura, quisiera destacar tan solo dos puntos específicos, por ahora.

¹³ PÉREZ RAGONE, Álvaro y PESSOA PEREIRA, Paula (2015): “Función de las cortes supremas de Brasil y Chile en la generación y gestión del precedente judicial entre lo público y lo privado”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso), N° 44, pp. 173-214. De PÉREZ RAGONE, sobre una propuesta de precedentes para la Corte Suprema, véase también su “El complejo de Sísifo y la Corte Suprema chilena”, en *La misión de los tribunales supremos*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons, 2016), pp. 253-66.

¹⁴ PÉREZ RAGONE y PESSOA PEREIRA (2015), sección VI.

¹⁵ COUSO, Jaime y MERA, Jorge (2011): *Precedentes y justicia penal*, 1ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), 338 p.

¹⁶ En COUSO y MERA (2011), pp. 197 y ss.

El primero consiste en que, en general, los jueces chilenos consultados en el estudio evidenciaron una posición contraria a la idea de seguir precedentes vinculantes. Dicha oposición se fundaría principalmente, según los propios entrevistados, en el concepto de independencia judicial interna¹⁷, el cual, de una parte, los autorizaría para discrepar jurídicamente de un criterio decisorio expresado por un tribunal superior, y de otra parte, los conminaría a hacer justicia en el caso concreto sin tomar en consideración elementos ajenos al mérito del propio caso. En torno al concepto de independencia judicial giran, también, otras varias razones, que me parece pueden ser reconducidas a la libertad decisoria que viene aparejada a esta noción de independencia judicial: que, en materia penal a lo menos, la renovación de ideas proviene más bien de los tribunales especialistas de base (jueces que han optado por, y se dedican exclusivamente a, el estudio y decisión de casos penales) que de los ministros generalistas de una Corte Suprema; que la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema tiende a ser inestable, entre otros motivos, por la integración de la sala respectiva, o que muchos fallos de la Corte Suprema sencillamente *no son convincentes* por su inadecuada o insuficiente fundamentación¹⁸.

El segundo punto consiste en que las prácticas decisorias concretas de estos tribunales colegiados hacen, si no imposible, a lo menos bastante improbable que los fallos previos de tribunales superiores (de la misma Corte de Apelaciones, de otras cortes o de la Corte Suprema) puedan tener algún protagonismo en el proceso decisorio del ministro que integra estos tribunales colegiados. A la fecha del estudio, y todavía hoy en gran medida, el Poder Judicial chileno carece realmente de un sistema institucional de difusión de la jurisprudencia de la Corte Suprema¹⁹. Que un juez tome en consideración las sentencias previas que sobre la misma materia ha dictado la Corte

¹⁷ COUSO y MERA (2011), p. 203.

¹⁸ COUSO y MERA (2011), p. 204. Este punto, vertido por los propios ministros entrevistados, me parece que ameritaría mucha mayor atención: no es que los tribunales inferiores ignoren la jurisprudencia de la Corte Suprema en base a alguna noción de “rebeldía” judicial o un sentido exacerbado de su propia independencia, como a ratos sugieren los propios Couso y Mera, sino que la Corte Suprema, muchas veces, sencillamente *no les resulta convincente*.

¹⁹ COUSO y MERA (2011), p. 202. Hoy en día, existe un listado de las sentencias dictadas cada día por la Corte Suprema al que puede acceder en línea, así como existe un sistema de búsqueda de jurisprudencia, pero ninguno de estos sistemas parece demasiado satisfactorio en la perspectiva de *comunicar a la comunidad* los criterios fundamentales involucrados en casos importantes.

Suprema depende fundamentalmente de su propia iniciativa individual y, en general, las líneas jurisprudenciales –de haberlas– resultan desconocidas por los demás jueces del sistema, o solo accidentalmente toman conocimiento de ellas, careciéndose de un estudio y seguimiento sistemático y constante al respecto, así como de una organización y soporte informático dispuesto para satisfacer esa necesidad. Agrego a lo anterior que la propia dinámica decisoria concreta en las Cortes de Apelaciones usualmente atenta contra la posibilidad de dar mayor protagonismo al estudio de las decisiones previas, sean de la propia Corte de Apelaciones, sean de la Corte Suprema: si, en general, el conocimiento de un asunto es proporcionado a los ministros en una audiencia intermediada primeramente por un relator que resume la causa y la cuestión a decidirse; para luego escuchar alegatos de las partes, tras los cuales, a puerta cerrada, se discute ahí mismo cómo se resolverá el asunto entre los tres ministros (sin perjuicio de que después se redacte el fallo escrito con su fundamentación), sin mayor revisión documental de los antecedentes y ciertamente en un período de tiempo tal –algunos minutos antes de la siguiente causa a verse– que excluye cualquier posibilidad de estudiar las sentencias previas sobre la materia; pues, así considerado, nadie debe en realidad sorprenderse de que la jurisprudencia previa sobre el asunto en realidad no tenga mucha influencia sobre la decisión de ese tribunal colegiado, salvo está, y solo en alguna medida, de que se trate de fallos previos dictados por la *misma sala*, que los ministros que la integran puedan recordar. Esta dinámica decisoria, enteramente práctica, suele ser ignorada por el análisis académico, el cual suele agotarse en describir las reglas para la adopción de acuerdos en tribunales colegiados, sin pesquisar cuestiones relativas a su operación práctica.

Quizá la síntesis más completa sobre el problema del precedente desde la perspectiva nacional sea la que proporciona ROMERO²⁰. Dicho autor traza la historia de la preocupación política por la unificación de la jurisprudencia en Chile, documentando tanto las voces que se han levantado por la idea de introducir mecanismos que tiendan hacia la unificación de la jurisprudencia, como las reformas legislativas concretas que, desde diversas parcelas del ordenamiento jurídico procesal chileno, han pretendido avanzar hacia condiciones que permitan la generación de criterios jurisprudenciales

²⁰ ROMERO SEGUEL, Alejandro (2013): *El recurso de casación en el fondo civil. Propuestas para la generación de precedentes judiciales*, 1ª edición (Santiago, LegalPublishing), 234 p.

armónicos. Tras una ilustrativa referencia a los conceptos de precedente y *ratio decidendi*²¹, ROMERO argumenta que la garantía de igualdad ante la ley, formulada negativamente como discriminación judicial, justifica la intervención unificadora de la Corte Suprema, la que, de hecho, ya se encontraría premunida de todos los medios técnicos para controlar, por vía de casación, el error *decisorio litis* por discriminación judicial, sin necesidad de una reforma legal²². Bajo esta perspectiva, la lectura tradicional de la independencia judicial requiere ser readecuada, de modo tal que ella no pueda ser invocada por un juez para “prescindir de la igualdad de trato que garantiza la Constitución”²³.

Es de notar que todos estos autores coinciden en un punto: todos identifican como una de las principales objeciones en contra del establecimiento de alguna modalidad de vinculación jurisprudencial en Chile al concepto de independencia judicial interna, concepto que se presentaría, en las versiones más extremas de estos proponentes, como un escollo a ser removido para que el sistema judicial pueda por fin abrazar su verdadera misión o, en versiones más moderadas, como una garantía que, rectamente entendida, o derechamente adaptada, debe armonizarse con la idea de una entidad judicial que uniforma la jurisprudencia, irradiando sus criterios decisorios hacia los demás tribunales del sistema, los que, correlativamente, deben a lo menos tomar seriamente en consideración dichos fallos al momento de decidir un caso. Como lo resumía MERA:

“La principal razón invocada por los jueces inferiores para rechazar la obligatoriedad de los precedentes sería la independencia interna que ellos gozan, lo que los autorizaría a discrepar de las interpretaciones jurídicas del máximo tribunal y a fallar de acuerdo con sus propias convicciones jurídicas. Se trata de un grave malentendido sobre el alcance de la independencia de los jueces, que es una garantía de las partes (su derecho a que el asunto se resuelva por un tribunal independiente) y no un privilegio judicial”²⁴.

Llegados a este punto, la pregunta no puede ser evitada: ¿realmente se trata todo esto, tal como apunta MERA, de un “grave malentendido”, uno que,

²¹ ROMERO SEGUEL (2013), especialmente pp. 144, 147 y 168.

²² ROMERO SEGUEL (2013), p. 207.

²³ ROMERO SEGUEL (2013), p. 132.

²⁴ COUSO y MERA (2011), pp. 216-17.

tal parece, hemos perpetuado prácticamente dos siglos, reconociendo un efecto relativo a las sentencias judiciales de todos los tribunales del sistema judicial chileno y un ámbito de independencia a los jueces para resolver lo que en derecho estimen correcto en un caso concreto? Parafraseando a uno de los autores comentados más arriba, ¿cuándo y por qué, exactamente, la “libertad de interpretación” del juez dejó de “merecer protección”? ¿Cuál era, y hasta ahora sigue siendo, el sentido de dicha protección? ¿Por qué es que, de la identificación de la necesidad de coherencia y consistencia en las decisiones judiciales, se seguiría que precisamente un *sistema de seguimiento de precedentes* sería la solución a tal necesidad así identificada, entre varias otras soluciones imaginables?

En las líneas que siguen ofrezco una reflexión acerca del concepto de precedentes, su operatoria y su función en el contexto de una organización política concreta. El objetivo de este trabajo es examinar las proposiciones sobre precedentes vinculantes para Chile desde la perspectiva de lo que un tribunal de *common law* hace cuando dicta o administra precedentes, lo cual, espero, arrojará luz sobre la técnica del precedente vinculante y el rol de un tribunal productor de precedentes vinculantes como posible solución a problemas locales.

II. DESENTRAÑANDO EL CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL PRECEDENTE

1. *Stare (in)decisis*: ¿qué tan vinculante es el “precedente vinculante”?

Al discutirse la idea de precedentes vinculantes en Chile, se observa que resulta influyente el ya clásico estudio comparativo editado por MACCORMICK y SUMMERS²⁵, citado por casi todos los autores chilenos revisados arriba. Dicho estudio, como presupuesto metodológico, propone hablar indistintamente de “precedentes” con diversos “grados de vinculación”, lo cual permite tender algunos puentes de análisis en común para diversas jurisdicciones analizadas. De este modo, toda decisión final de un órgano vértice judicial es un “precedente”, y lo que distingue a los “precedentes” de distintos órganos vértices judiciales es el “grado de vinculación” que estos evidencian, el cual resulta ser función de un número de opciones políticas y

²⁵ MACCORMICK, Donald Neil y SUMMERS, Robert S. (eds.) (1997): *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (Dartmouth, Ashgate). Versión para Kindle.

regulatorias nacionales en cada país estudiado y que conforman precisamente el centro de atención del estudio comparativo en cuestión. Adicionalmente, entre dichos autores resulta muy influyente el libro fundamental sobre la materia escrito por CROSS y HARRIS²⁶, lectura obligada sobre la doctrina del precedente inglés. Por ejemplo, ROMERO toma las siguientes reflexiones de dicho texto, obtenidas de una traducción del mismo: “[...] el precedente judicial tiene un efecto persuasivo en casi todos los ordenamientos jurídicos, en razón a que el *stare decisis* (estarse a lo que se ha decidido previamente) es una máxima de aplicación prácticamente universal. *La particularidad de la doctrina inglesa del precedente es que la misma tiene una naturaleza fuertemente coercitiva*, y en virtud de dicha doctrina los jueces ingleses a veces se ven obligados a seguir un precedente incluso teniendo buenas razones para no hacerlo”²⁷.

Como punto de partida, pues, quisiera llamar la atención nada más que sobre un presupuesto metodológico de dicha literatura extranjera, tal como ella es citada y empleada por los autores chilenos. Tanto para MACCORMICK y SUMMERS como para CROSS y HARRIS “todo es precedente”. Vale decir, desde su particular perspectiva cultural y formativa, lo que los tribunales a lo largo de todo el mundo hacen es dictar “precedentes”. Existiría una función esencialmente análoga, común a todos los sistemas revisados, consistente en la dictación de precedentes. Lo que pone a la judicatura inglesa aparte de sus pares de *civil law* radicaría, entonces, no en la función misma, sino en una “naturaleza fuertemente coercitiva” de sus precedentes, bajo la cual “los jueces ingleses a veces se ven obligados a seguir un precedente incluso teniendo buenas razones para no hacerlo”²⁸. Se trataría de una cuestión de grados de vinculación, si se quiere. Pero, avanzando desde el punto de partida antes referido, ¿en qué sentido las decisiones de los tribunales ingleses resultan especialmente coercitivas, de modo tal de caracterizarse dicho sistema judicial por esas decisiones particularmente coercitivas?

La respuesta de la más autorizada doctrina inglesa a la pregunta por el origen y grado de coercitividad del precedente es que dicha especial naturaleza coercitiva viene dada por unas “*rules of practice*”, reglas que son de creación

²⁶ CROSS, Rupert y HARRIS, J.W. (1991): *Precedent in English Law*, 4ª edición, Clarendon Law Series (Reino Unido: Clarendon Press). Versión para Kindle.

²⁷ ROMERO SEQUEL (2013), p. 142. Las cursivas son nuestras.

²⁸ Ídem.

enteramente de los propios tribunales y que han variado considerablemente en el tiempo²⁹, culminando en una reformulación de las mismas en 1966 por el *Lord Chancellor*, quien emitió una declaración de práctica, comunicando que continuaría tratando sus decisiones pasadas como vinculantes, salvo que pareciera correcto apartarse del precedente. Como guía para la comunidad, la declaración no ofrece mucho: el precedente será tratado como vinculante hasta que se decida lo contrario. Pero la declaración tiene sentido si se toma en cuenta que, hasta 1966, la *House of Lords* se estimaba vinculada a sus propios precedentes en forma tal que estaba impedida de apartarse de ellos, cuestión en la que dicha declaración de 1966 vino a innovar, permitiendo a la *House* apartarse de su propio precedente y, de esa forma, contar con mayor flexibilidad. De este modo, las decisiones pasadas de ciertos tribunales ingleses son vinculantes para los jueces del sistema porque los propios jueces así lo han establecido y realizado, y la forma en que se materializa dicha vinculación no está hoy establecida más que en una escueta declaración formulada en 1966 por el *Lord Chancellor*. Entender este punto es clave: prácticas y tradiciones centenarias están entonces en el centro del derecho de *common law*. Pero seguramente —piensa el abogado continental— esa “especial naturaleza coercitiva” de que hablaban CROSS y HARRIS, evitando mayor conceptualización, tiene que tener su correlato en algún diseño jurídico concreto, algún remedio especialmente severo con las transgresiones al precedente o alguna forma de recurso especial para denunciar que un juez se ha apartado del precedente, con graves consecuencias para el proceso así tramitado o para el juez que se aparta de los precedentes sobre la misma materia, ¿no es así? ¿En qué otra cosa podría consistir, si no, esa “especial coercitividad” que se predica del precedente judicial en el *common law*? Consideremos ahora en qué creen CROSS y HARRIS, que radican las diferencias de coercitividad del precedente en comparación con, digamos, las decisiones —sentencias— de un juez francés, ejemplo paradigmático de juez de Derecho Continental. Según estos autores, recogiendo una opinión difundida de la doctrina inglesa, tres razones explicarían la diferencia: i) el juez continental no sentiría tan fuertemente la necesidad de certeza en las decisiones porque la certeza es proporcionada por la ley y la codificación³⁰; ii) el sistema judicial (francés) continental era demasiado descentralizado

²⁹ CROSS y HARRIS (1991), loc. 239-244.

³⁰ CROSS y HARRIS (1991), loc. 372.

como para “evolucionar” hacia una doctrina de precedentes vinculantes tan estricta como la propia (de los ingleses)³¹, y iii) la distinta posición del juez continental, juez de carrera y que ingresa a la judicatura más joven e inexperimentado, hace que la judicatura sea reputada como menos importante en Francia que en Inglaterra, cuestión que, “aunque difícil de aquilatar en su importancia, es generalmente asumida como correcta, explicando que el juez inglés despliegue mayor atención al *case-law* que la que se presta a las decisiones judiciales en el continente”³². Creo que estas consideraciones impresionarían a cualquier abogado entrenado en un sistema de Derecho Continental y no solo a un juez francés, en no menor medida por lo improbables y especulativos de sus asertos. Pero incluso si los diéramos por buenos y suponemos, digamos, que al juez continental “le importan menos” las decisiones judiciales porque es más joven e inexperimentado que el juez inglés, ello todavía no explicaría, me parece, por qué la decisión misma del juez continental está dotada de una naturaleza “menos coercitiva” que la del juez inglés, así como tampoco explicaría en qué radicaría concretamente dicha mayor “coercitividad” en esta última.

CROSS y HARRIS enfatizan especialmente la rigidez del sistema de precedentes como cuestión que explicaría esa especial naturaleza coercitiva, afirmando que nunca fue tan rígido como a partir del siglo XIX. Esta rigidez, comentan los autores, es función directa del desarrollo y perfeccionamiento de los tradicionales *year books*, publicaciones de diverso origen que compendian y reportan los fallos y opiniones emanados de los tribunales ingleses. De hecho, se estima que la efectividad de la doctrina del precedente depende en gran medida de la disponibilidad y precisión de estos reportes de sentencias³³. A medida que la capacidad de seguimiento y compendio de los fallos mejoró, especialmente a partir del siglo XIX, los jueces pudieron seguir de manera más detallada y estricta los fallos preexistentes y la comunidad jurídica pudo tener más y mejor acceso a dichas decisiones, contribuyendo así a la “rigidización” del precedente: un precedente conocido es más fácilmente observado por más jueces. Como los mismos autores advierten, hasta tan tarde como la segunda mitad del siglo XIX, un juez de

³¹ CROSS y HARRIS (1991), loc. 387. Traducción propia.

³² CROSS y HARRIS (1991), loc. 397-407. Traducción propia.

³³ INGMAN, Terence (2008): *The English Legal Process*, 12ª edición (Oxford, Oxford University Press), p. 272.

primera instancia no tenía tapujo alguno en apartarse de una decisión de un tribunal superior simplemente por parecerle equivocada³⁴, así expresándolo. Un *Lord* proponía en 1852, dirigiéndose a la *House of Lords*, que ella “No está obligada por ninguna regla de derecho que pueda ella misma establecer si, en una ocasión posterior, encuentra alguna razón que aconseje apartarse de dicha regla [...]”³⁵. Pero claro, probablemente desde que las decisiones judiciales son más y mejor difundidas con ayuda de mejoras tecnológicas y perfeccionamiento de la edición de tradicionales *year books* o más modernos *law reports*³⁶, resulta plausible que la mayor publicidad de la decisión haya inhibido en alguna medida la disidencia tan abierta y despreocupada, pues los pares se enteraban más fácilmente del fallo dictado, cuestión que CROSS y HARRIS proporcionan como explicación para esa especial vinculación que predicán del precedente inglés. Pero, como puede apreciarse, no es esta, tampoco, una muestra contundente de la particular “coercitividad” o fuerza vinculante del precedente inglés, predicada por los operarios de dicho sistema jurídico, sino, a lo sumo, una tesis acerca del incentivo que la publicidad y divulgación de las decisiones judiciales pudiera generar sobre otros miembros del sistema judicial, impulsándolos hacia la conformidad.

La cuestión a ser enfatizada aquí, y que surge de las ideas vertidas por la literatura inglesa sobre la comprensión de su sistema de precedentes, es que existe una concepción o discurso clásico, que es recibido en nuestro ámbito también, y que presenta al precedente judicial del *common law* inglés como “vinculante” en un sentido fuerte. En ello radica la idea tras la doctrina de *stare decisis*: estarse a lo decidido es “obligatorio” porque los jueces están “vinculados” al precedente; el precedente inglés está dotado de una “naturaleza particularmente coercitiva”³⁷. Pero, como destaca ALLEN, la “fuerza vinculante del precedente” constituye nada más que un lugar común y “una frase sacramental”, “acuñada a través de la repetición sostenida

³⁴ CROSS y HARRIS (1991), loc. 606.

³⁵ CROSS y HARRIS (1991), loc. 613. Traducción propia.

³⁶ Vid. MACCORMICK y SUMMERS (1997), p. 313. Como ponen de relieve los autores, la citación de precedentes a partir de estas publicaciones es una cuestión central a la operatoria del sistema. El peso de la citación dependerá en gran medida de la publicación de que se trate, de si los jueces del fallo citado han certificado la autenticidad de su sentencia o de si las publicaciones han sido preparadas por alguien con estudios de derecho o no.

³⁷ Vid. *supra* nota 27.

y acrítica, conteniendo en realidad una buena dosis de ficción”³⁸. El juez inglés es formado y entrenado en la creencia de que la sana lógica o el argumento más contundente lo proporcionan la analogía con casos anteriores, especialmente cuando esas decisiones provienen de tribunales superiores y que, por esta vía, él está vinculado a tales decisiones; pero, en realidad “sólo está vinculado intelectualmente, correspondiéndole a nadie más que a él mismo decidir si seguir el precedente o no seguirlo”³⁹.

Como explica DUXBURY, matizando a ALLEN,

“los precedentes carecen de genuina fuerza vinculante [en el sentido de que] *no son equivalentes a reglas legales que sean observadas por miedo a las consecuencias probables de su incumplimiento*. Los jueces del *common-law* no son sancionados por no seguir un precedente, por lo cual los precedentes no constriñen al juez en el sentido positivista clásico de la palabra”⁴⁰.

Este último punto, tan sencillo como fundamental, es notoriamente preterido en todas las reflexiones nacionales en torno al precedente en el *common law*⁴¹: no hay nada en el diseño institucional o esquema procedimental que realmente obligue a un juez a seguir un precedente, sea en la forma de un recurso especial para corregir la contravención, sea en la forma de consecuencias de orden disciplinario o cualquier otra. Cabe preguntarse seriamente, pues, qué se está proponiendo realmente cuando se aboga en Chile por el establecimiento de reglas de precedentes “vinculantes”, invocando un sistema jurídico donde el juez que se aparta del precedente no experimenta consecuencia jurídica adversa alguna ni se ve vinculado por diseño institucional alguno en tal sentido.

Pero la ausencia de una sanción o consecuencia jurídica para la inobservancia del precedente no quiere decir que el precedente no “vincule” en algún otro sentido; si el precedente tiene un especial poder de vinculación para los jueces, ese poder, de haberlo, debe hallarse en otra parte. Lo que debe notarse aquí es que, en ausencia de una consecuencia jurídica formal para la inobservancia del precedente, los jueces ingleses en todo caso se *sienten*

³⁸ ALLEN, citado en DUXBURY, Neil (2008): *The Nature and Authority of Precedent*, 1ª edición (Cambridge, Cambridge University Press), p. 13. Traducción propia.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ DUXBURY (2008), p. 14. Traducción propia. Énfasis agregado.

⁴¹ Vid. *supra*, I. “Precedentes en la Corte Suprema...”.

vinculados a seguir los precedentes, o al menos a tomarlos seriamente en consideración al decidir un caso, con amplio margen para el *distinguishing* cuando lo creen conveniente. Correlativamente, esos jueces esperan que los abogados que litigan ante ellos expliquen y presenten todos los precedentes relevantes al caso sometido a su conocimiento, incluso aquellos que pudieran resultar desfavorables al caso del propio litigante, so pena de incurrir en una falta profesional por ocultamiento al tribunal de los precedentes relevantes⁴². La comunidad jurídica más amplia *siente* que los jueces deben observar los precedentes. ¿Qué posiblemente puede generar tal sentimiento en los jueces y operarios de dicho sistema jurídico, en ausencia de cualquier consecuencia jurídica adversa para la inobservancia del precedente o diseño institucional que concretice alguna forma de vinculación jurídica? ¿Qué pasa, realmente, si un juez se aparta de un precedente? CROSS y HARRIS abordan el punto escuetamente:

“[...] si un juez se negara a seguir precedentes en forma *persistente y vociferante*, es posible concebir que se adopten medidas para su destitución, *pero sería un error pensar en tan drásticas sanciones* [...]. Esas reglas [acerca de seguir precedentes] son reglas de mera práctica y, si hemos de estimar que es deseable discutir posibles sanciones para su transgresión, bástenos decir que su incumplimiento *provocaría comentarios adversos por parte de otros jueces*. Huelga decir que no existen muchos ejemplos de tales comentarios en los *law reports* porque *la obligación de seguir esta regla de práctica deriva su fuerza precisamente de que es observada con un alto grado de uniformidad*”⁴³.

Da la sensación de que la pregunta es un tanto desconcertante para los autores, quienes al parecer la estiman no muy relevante, pues comoquiera que el sistema jurídico inglés no prevé consecuencias para el juez que se aparta del precedente, los jueces ingleses sencillamente no incurrir en desviaciones de su deber de seguir precedentes (el *distinguishing*, y otros varios títulos o argumentos para apartarse del precedente, desde luego, no cuentan como apartamiento censurable del precedente). La noción es sin embargo iluminadora: los jueces se ciñen al precedente porque en su grupo de referencia ello es visto como un valor central a su función y la disidencia generaría “comentarios” de sus pares. Recalco: no una consecuencia adversa prevista

⁴² MACCORMICK y SUMMERS (1997), p. 324.

⁴³ CROSS y HARRIS (1991), loc. 2003.

por el Derecho, no un problema de juridicidad, no un vicio susceptible de reclamarse por sí mismo ante un tribunal superior, sino “comentarios de sus pares”. En otros términos, el precedente vincula al juez porque los jueces estiman que los precedentes deben vincular a los jueces, estando ello incorporado en la noción misma de juez, judicatura y sistema judicial, en que son educados y entrenados. Tras este razonamiento aparentemente tautológico se devela un elemento central para comprender la naturaleza y rol de los precedentes en el *common law*: la fuerza del precedente yace más allá de cualquier sanción jurídica positiva.

BENTHAM y AUSTIN recalcaban la impropiedad de hablar de “reglas *de derecho*” a propósito de los precedentes del *common law*, precisamente por la ausencia de sanciones u otras consecuencias para el juez que se aparta del precedente en forma injustificada⁴⁴. Es cierto que a mediados del siglo XIX la doctrina del *stare decisis* estaba todavía formulándose, no existiendo claridad acerca de cuándo un precedente debía ser atendido en decisiones posteriores⁴⁵; ni siquiera había una jerarquía clara y bien establecida de tribunales que permitiera dilucidar con certeza cuándo la decisión de un tribunal debía vincular a otro tribunal⁴⁶. Más todavía, los tribunales podían dejar de seguir un precedente emanado de un tribunal superior al concluir que dicho precedente fue alcanzado *per incuriam*, literalmente por falta de cuidado, desatendiendo un precedente relevante o disposición aplicable, lo cual constituye derechamente una imputación de descuido hacia el tribunal superior⁴⁷. Pero incluso en tiempos más recientes, donde dicha doctrina se estima que ya está bien asentada, tenemos que ella se sustenta nada más que en el acuerdo de los propios jueces al respecto y su aceptabilidad en la comunidad más amplia. En términos de un operario familiarizado con un sistema de Derecho Continental, no existe un “recurso” (conceptualización típicamente continental, por lo demás) ni otro remedio correctivo o anula-

⁴⁴ BENTHAM, Jeremy y AUSTIN, John, citados en DUXBURY (2008), p. 16.

⁴⁵ La visión tradicional, heredada de Blackstone, era que un precedente no era una fuente de derecho propiamente tal, sino la evidencia del derecho, que por tanto podía ser descartado por un tribunal posterior en función del derecho del *common law*, que entonces preexiste en un plano ideal. Vid. GERHARDT, Michael J. (2008): *The power of Precedent*, 1ª edición (Oxford, Oxford University Press), p. 47.

⁴⁶ DUXBURY (2008), p. 18.

⁴⁷ CROSS y HARRIS (1991), loc. 2016.

torio específico para el evento de que un juez se aparte de un precedente, ni existe alguna particular o distintiva consecuencia disciplinaria por así hacerlo (aunque pudiera configurarse en algún caso específico). En otros términos, contradecir un precedente no está tipificado como una infracción que habilite a ejercer remedios específicos contra la transgresión *per se*. La decisión así alcanzada podrá ser revisada por un tribunal superior en las condiciones y bajo los presupuestos que toda sentencia emanada de dicho juez puede ser revisada por un tribunal superior (si es que puede serlo). Podrá argumentarse que dicha sentencia es contraria a derecho como base de dicha revisión; pero no se reconoce ningún diseño institucional o mecanismo procesal particular para tal evento, que permita concluir que el precedente es objeto de una particular “coercitividad” o fuerza que lo distinga cualitativamente, en este punto, de una sentencia de un juez continental. Tanto el juez civil como el juez continental pueden ver su sentencia revisada por un tribunal superior, en general, bajo las condiciones y presupuestos aplicables, cuando un litigante la estime contraria a derecho.

De este modo, la fuerza que la comunidad jurídica inglesa reconoce a los precedentes judiciales no radica en ningún reconocimiento o mecanismo positivo que así lo disponga, ni en la existencia de consecuencias particulares que censuren o repriman la transgresión por sí misma, sino que tiene que ver con costumbre y tradición, lisa y llanamente. Como esa misma costumbre y tradición permiten entrever al ser explicadas por CROSS y HARRIS en los párrafos que anteceden, el precedente judicial es generalmente observado *porque así se “ha hecho por siglos”*⁴⁸. Lo interesante aquí es que cuando el juez inglés se aparta del precedente, lo que no tiene nada de extraordinario realmente, dicho disenso no es mirado por la comunidad jurídica inglesa como una discriminación, una arbitrariedad o alguna forma de lesión al principio de igualdad o trato igualitario. Dicho disenso judicial es mirado más bien como la consecuencia razonable de una distinción necesaria con los casos previos, que justifica, según el propio juez del caso actual, la introducción de un tratamiento diferenciado para el mismo, en todo o parte. Dicha práctica, conocida como *distinguishing* (literal y simplemente: distinguir) está bien establecida y reconocida por la judicatura y la literatura académica, la cual, lejos de cualquier intento de conceptualización, simplemente se describe así:

⁴⁸ KEENAN, Denis (1989), *English Law*, 9ª edición (Londres, Pitman,), pp. 2 y ss. Ingman, *The English Legal Process*, 221.

“el *distinguishing* en los hechos o en un aspecto de derecho involucrado en un caso, es un mecanismo empleado por los jueces usualmente para evadir las consecuencias de una decisión inconveniente que, en estricto rigor, les resultaba vinculante”⁴⁹.

¿Cómo entender, entonces, esta aparente disonancia entre lo que los juristas ingleses describen como un sistema donde el precedente es fuertemente vinculante y coercitivo para los jueces, y la circunstancia de que no exista consecuencia jurídica alguna para el juez que se aparta del precedente sin buenas razones para ello (porque si hay buenas razones, es *distinguishing* aceptable)? ¿Está realmente “vinculado” al precedente, en algún sentido jurídicamente relevante, el juez que no está atado a precedente alguno más que por su propio criterio y conciencia en torno a la necesidad de seguir el precedente?

La clave quizá la proporciona un autor que todos probablemente leímos en alguna clase de introducción al Derecho o Filosofía del Derecho, pero al que tal vez no le prestamos toda la atención que convenía (yo, ciertamente, no lo hice). HART publicó su clásico *The Concept of Law* en 1961, mismo año de publicación del libro de CROSS al que venimos aludiendo reiteradamente en este trabajo. No es necesario presentar aquí los aspectos centrales de su tesis, los que procedo entonces convenientemente a eludir, bastándome referir una idea acerca de las “normas sociales”, las que identificamos porque podemos razonablemente anticipar que la desviación del modelo de conducta generará crítica y presión hacia la conformidad por parte del grupo de referencia, cuestión distinta a una sanción estatalmente respaldada o amenaza de coacción estatal. El punto es que HART explicaba que esta última distinción entre norma social y norma jurídica, basada en la idea de coacción, puede inducir a confusión, toda vez que la regla funciona como guía de conducta y su infracción como la justificación para castigar al infractor⁵⁰: la sanción no caracteriza a la regla, sino que es su resultado (eventual). Lo relevante para HART es que, con o sin aplicación efectiva de una sanción, la regla satisfaga ciertos *tests* para determinar qué debe ser considerado como derecho en un tribunal y qué no: su validez como regla,

⁴⁹ INGMAN (2008), p. 226. Traducción propia.

⁵⁰ HART, H.L.A. (1994): *The concept of law*, 2ª edición (Oxford, Clarendon Press), p. 11: “For the judge, in punishing, takes the rule as his guide and the breach of the rule as his reason and justification”.

que la identifiquemos como *derecho*, se corrobora desde un punto de vista interno a la norma y no por recurso a las sanciones que pueda o no tener aparejadas.

HART, cuya perspectiva ha dominado el pensamiento inglés en la materia⁵¹, explica la adopción de un punto de vista interno como una actitud crítica hacia los patrones de conducta desplegados por personas involucradas en una actividad común, sea ella un juego o la actividad de adjudicar disputas; de modo tal que, cuando los jueces siguen precedentes, lo hacen no por temor a la imposición de una sanción ante el incumplimiento (que no la hay, según pudimos ver), sino porque la comunidad de jueces lo estiman como la norma de comportamiento correcta, definitiva de lo que constituye ser y actuar como un juez, así como la comunidad jurídica más amplia y la sociedad en que ella se inserta lo estiman el comportamiento correcto y *esperan* que así se comporte⁵². Ello constituiría una norma de derecho, en formas en que la tradición continental, marcadamente positivista, normalmente no reconocería tal estatus, toda vez que en este otro ámbito, lo que constituye derecho lo identificamos por recurso a aspectos formales, vale decir, relativos a la *forma* en que la regla ha sido enunciada: si es enunciada por un órgano autorizado para hacerlo y en la forma prescrita para hacerlo, es una norma válidamente dictada.

Resumiendo, no hay una consecuencia jurídica específica o una respuesta distintiva del ordenamiento jurídico inglés de *common law* para el evento de que un juez se aparte de un precedente que, *prima facie*, serviría para encuadrar y resolver el caso sometido a su conocimiento. De hecho, la doctrina del *stare decisis*, tal como la conocemos hoy, es de relativamente reciente formulación, consolidándose en la segunda mitad del siglo XX con una versión “rígida” de la misma. Por otra parte, los jueces se ciñen al precedente porque el grupo de referencia de cada juez –los demás jueces– son formados en la convicción de que ese es el comportamiento exigible a un juez y, más todavía, son formados en la idea de que ceñirse a precedentes y razonar en torno a ellos es el rol institucional que define al juez, en lo relativo al derecho de *common law*. La comunidad jurídica y

⁵¹ DUXBURY (2008), p. 19.

⁵² “[...] the internal point of view is manifested in its simplest form, in the use of those rules as *the basis for criticism*, and as *the justification of demands for conformity, social pressure, and punishment*”. HART (1994), p. 98. Cursivas agregadas.

la sociedad más ampliamente considerada comparten también esta forma de pensar el rol del juez en lo que al derecho de *common law* atañe. Cabe notar, también, que los jueces del *common law* habitualmente se apartan del precedente bajo la justificación de efectuar una distinción necesaria en el caso o *distinguishing*, entre varios otros títulos o argumentos para no seguir un precedente, cuestión que es mirada como una respuesta razonable por parte de la judicatura para hacerse cargo de las particularidades que pueda presentar el caso concreto y no como una diferencia arbitraria, un atentado contra la igualdad ante la ley o una mala comprensión de sus propios principios de independencia judicial.

Si algo quisiera destacar a los efectos del presente trabajo, sería precisamente ese último punto: no es la diferencia de criterios para resolver casos similares lo que genera rechazo, sino la diferencia *arbitraria*, que no encuentra una justificación razonable. Variedad y divergencia conviven al interior del *common law* y han permitido que este vaya actualizándose a los nuevos desafíos que la sociedad le ha ido presentando, comoquiera que, cada día con más fuerza, sea el derecho legislado, emanado del Parlamento, el que cobra mayor protagonismo. Escasamente se encuentran voces académicas o de la sociedad más ampliamente considerada que estimen que el apartamiento del precedente, de normal ocurrencia, sea un evento de discriminación, de incertidumbre jurídica o de lesión al principio de igualdad, como tan enérgicamente lo sostiene cierta doctrina chilena en nuestro ámbito para cuando existe divergencia jurisprudencial. Lo que resulta necesario entender, por ahora, es por qué aquello que no genera mayor problema en el ámbito del *common law* —una jurisprudencia divergente— es objeto de resistencia, crítica e, incluso, propuestas de reforma legislativa en el ámbito chileno, donde estas últimas, buscando regularidad, certidumbre y estabilidad de las sentencias judiciales, miran a un sistema jurídico que, en realidad, no proporciona ninguna de ellas, no a lo menos en la forma en que dicha doctrina nacional las piensa.

2. El precedente en acción: cerveza de raíz, caracoles y el moderno Derecho del Consumidor inglés

Para la nada despreciable cantidad de tinta que se ha empleado en la discusión de la idea de precedentes vinculantes como horizonte de reforma para la realidad chilena, resulta llamativa la ausencia de un examen concreto

sobre la operatoria del sistema de precedentes vinculantes del *common law*, vale decir, un examen a sus sentencias, modo de razonar, operatoria de sus tribunales y la forma en que dichos precedentes establecerían el derecho aplicable al caso *sub lite* y a todos los demás casos análogos que se presenten en lo sucesivo, para diversas materias de interés también para el ámbito chileno. Me parece que tal examen podría arrojar perspectivas útiles para entender de mejor modo la operatoria del sistema inglés de precedentes de *common law*, sus tribunales y las interacciones institucionales que el proceso de creación de precedentes echa a andar. Es cierto que el estudio de casos provenientes de sistemas de *common law* no es del todo ajeno a nuestro ámbito, pero tengo la impresión de que dichos esfuerzos se han enfocado más bien en el razonamiento desplegado en casos paradigmáticos de derecho público y derechos fundamentales abordados por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América⁵³, antes que en los aspectos institucionales involucrados en una Corte Suprema que dicta precedentes vinculantes.

La indagatoria propuesta, me parece, generaría valiosos insumos para una mejor comprensión del sistema jurídico del Reino Unido y su sistema judicial de *common law* en particular, el cual, como base u ordenamiento “madre” de todos los sistemas de *common law* hoy vigentes en el mundo, además ayudaría a entender mejor qué es lo que los tribunales de *common law* hacen cuando dictan “precedentes”. Asimismo, la indagatoria ayudaría a poner las propuestas de reforma aquí discutidas en su necesario contexto. Pero, no siendo posible emprender dicha labor con ocasión del desarrollo de este mucho más acotado trabajo, bástenos, por ahora, la mirada a una sola sentencia, a un solo precedente judicial que, espero, complementará el proceso de comprensión de los precedentes que se avanzó en el apartado anterior, desde una perspectiva práctica. Demos un vistazo, entonces, a *Donoghue v. Stevenson*⁵⁴.

⁵³ E.g. *Marbury v. Madison*, *Roe v. Wade*, y otros.

⁵⁴ Tuve una primera aproximación a este caso al traducir al castellano el libro de Peter CANE, *The Anatomy of Tort Law (Anatomía del Derecho de Daños)*, Santiago, Flandes Indiano, 2011). En lo sucesivo me referiré a la traducción al castellano. En dicho libro se aborda cómo el proceso judicial del *common law* va moldeando el derecho aplicable y, como ocurre con el caso *Donoghue v. Stevenson*, creando nuevas reglas de responsabilidad civil. Su análisis resulta útil porque dicho caso es un ejemplo de precedente en una materia bastante familiar para nosotros, como lo es la responsabilidad civil por productos defectuosos, de modo tal que sus tópicos fundamentales en general no resultarán ajenos al lector proveniente del *civil law*, y sus hechos

Donoghue v. Stevenson es un caso originado en Escocia, sobre responsabilidad civil en el *common law* del Reino Unido. La cuestión fáctica involucrada en el caso es bastante sencilla en cierto sentido⁵⁵. La señora Donoghue asistió a un café con una amiga, donde dicha amiga la invitó a un helado acompañado de una cerveza de jengibre. Lo relevante es que el bebestible no fue comprado o pagado por la señora Donoghue, sino por su amiga. Luego de consumir el producto, se supo que la botella contenía los restos de un caracol en estado de descomposición, lo que la señora Donoghue no pudo pesquisar al momento de recibir la botella, por estar dicha botella elaborada con vidrio opaco. La señora Donoghue cayó enferma y su médico le diagnosticó una gastroenteritis, lo que habría sido atribuible a la cerveza de jengibre en cuestión. Por suerte para la señora Donoghue, la gastroenteritis no significó un peligro vital, aunque sí un *shock* y una molestia mayor, de modo tal que decidió demandar al señor Stevenson, fabricante de la cerveza de jengibre por su responsabilidad en la elaboración de dicho producto en condiciones tales que permitieron el ingreso de un caracol al interior de la botella.

El caso así planteado quizá no tiene ninguna peculiaridad para un abogado proveniente del *civil law*. Los Códigos Civiles suelen contemplar reglas bastante amplias de responsabilidad extracontractual bajo las cuales sería posible encuadrar un caso como este, si es que el caso no cayera derechamente dentro del ámbito de leyes especiales de protección al consumidor en vigor en el país de *civil law* de que se trate. La cuestión realmente problemática sería más bien de orden fáctico y de imputabilidad; *e.g.* ¿está acreditado que había un caracol al interior de la botella y que ello es causalmente

son simples, lo que permite despejar con facilidad las cuestiones fácticas para centrarnos en el problema propiamente procesal que aquí nos convoca.

⁵⁵ Consigno aquí que el *Scottish Council of Law Reporting*, una organización sin fines de lucro establecida por la abogacía escocesa, se encarga de publicar reportes periódicos sobre los casos de la *Court of Sessions* escocesa y una serie de materiales informativos y didácticos, para promover el acceso y educación en el Derecho escocés. Cabe notar que los precedentes —de donde emana el derecho de *common law* vigente— son publicados y conocidos en buena medida gracias a iniciativas editoriales privadas, lo que contrasta con el énfasis del *civil law* en la publicación (y publicidad) de la ley. El *Scottish Council of Law Reporting* preparó un mini sitio web dedicado al caso de *Donoghue v. Stevenson*, recopilando las principales piezas del expediente, notas biográficas de interés y materiales didácticos para su enseñanza. Resumo los hechos del caso conforme a su reporte oficial, reproducido en <<http://www.scottishlawreports.org.uk/resources/dvs/donoghue-v-stevenson-report.html>>.

imputable a una acción u omisión negligente del demandado? O bien, ¿existe causalidad directa entre la gastroenteritis experimentada y el hecho de que la botella consumida contuviera los restos de un caracol? Ese tipo de preguntas u otras similares son las que el abogado continental intentaría responder, partiendo siempre de la base que existe una regla de derecho que, cualquiera sea su redacción concreta, y sin perjuicio de regímenes especiales de responsabilidad, establece el deber general de indemnizar a otro por los daños negligentemente causados.

Pero la situación era diametralmente opuesta en Escocia al momento de ocurrir los hechos. Donoghue no podía demandar a Stevenson bajo las reglas del Derecho escocés sobre responsabilidad contractual, ya que ella no había comprado la botella de cerveza, sino que la había recibido como parte de la invitación de su amiga. Y en materia de responsabilidad extracontractual, no había una norma positiva general de responsabilidad por daños, ni el *common law* tenía claridad acerca de la posible responsabilidad que pudiera asistir a Stevenson en un supuesto como este: el *common law* de daños, altamente “formularista”⁵⁶, no reconocía un ilícito específico de responsabilidad extracontractual por productos defectuosos y, de hecho, la defensa de Stevenson se basó principalmente en que no existían precedentes que avalaran la existencia de un deber de indemnizar en tal situación. Es más, la defensa de Stevenson presentó un caso previo muy similar, asumido por el mismo abogado de Donoghue, donde se trató de un ratón muerto dentro de una botella de bebida en lugar de un caracol, caso que fue desestimado precisamente por falta de precedentes en abono de la pretensión indemnizatoria esgrimida.

Tenemos, así, que en un asunto de cotidiana ocurrencia como la responsabilidad extracontractual por daños causados a otros mediante productos defectuosos, el *common law* del Reino Unido no ofrecía respuesta alguna hasta tan tarde como la década de 1930. Y con consciencia de que el derecho aplicable —el *common law* vigente— no avalaba la pre-

⁵⁶ Ocupo el término en el sentido que lo empleaba CANE, explicando que el *common law* pensaba la responsabilidad por daños como un conjunto de “ilícitos típicos” (aquí la “tipicidad” se refiere solo a que la jurisprudencia tenía bien delineados cada uno de los ilícitos y sus elementos configurativos), de modo tal que si el demandante no lograba encuadrar su caso dentro de alguno de los varios ilícitos delineados por la jurisprudencia del *common law*, su pretensión no era objeto de tutela. CANE (2011), pp. 21-32.

tensión que formulaba ante tribunales, la señora Donoghue (en rigor, su abogado) inició y siguió adelante con su demanda por responsabilidad extracontractual derivada de productos defectuosos, presentándola como una infracción a un deber de cuidado general hacia los consumidores por daños causados con negligencia, cuestión que, a lo menos, resultaba poco claro que el derecho aplicable amparara. El caso fue rechazado por la *Court of Sessions*, entonces la más alta autoridad judicial escocesa, pero ella concedió el *leave to appeal*⁵⁷ ante la *House of Lords*, órgano que, en ese entonces, ejercía la más alta autoridad en materia judicial en el Reino Unido, y esta admitió a tramitación la solicitud. Conociendo del caso, la *House of Lords* emitió una decisión que cambiaría el *common law* sobre la materia, reconociendo un deber general de responsabilidad por daños hacia los consumidores por parte de los fabricantes, inaugurando así el nuevo Derecho del Consumo inglés. En dicha sentencia, cada juez de la *House of Lords* deja sentada su opinión individual, de las cuales solamente rescataremos dos: la opinión de *Lord Atkin*, que convocó al voto de mayoría en favor de la señora Donoghue, y la opinión de *Lord Buckmaster*, que expresa una visión disidente, contraria a la pretensión de la señora Donoghue. Comencemos por este último.

Así, comienza su análisis *Lord Buckmaster*: primero deja establecido que no resulta controvertido que el Derecho escocés y el Derecho inglés en materia de daños es idéntico, por lo cual procederá a extender sus consideraciones sobre la base del Derecho inglés aplicable. El *common law* inglés aplicable, explica, debe ser discernido en base a los libros de derecho escritos por juristas autoritativos y las decisiones previas de los jueces a quienes se ha encomendado la “administración” de ese *common law*⁵⁸.

Luego, procede a analizar los criterios decisorios empleados en una serie de casos previos que presentan analogías con el planteamiento de la señora

⁵⁷ Una solicitud formal para que, al alcanzar una sentencia de término, esta pudiera ser sometida al conocimiento de la sala judicial de la *House of Lords*, la que se reservaba el derecho para determinar privativamente de qué casos conocería, admitiéndolos a tramitación o no.

⁵⁸ “Now the common law must be sought in law books by writers of authority and in the judgments of the Judges entrusted with its administration. The law books give no assistance because the work of living authors (however deservedly eminent cannot be used as authorities though the opinions they express may demand attention, and the ancient books do not assist. I turn therefore to the decided cases to see if they can be construed so as to support the Appellant’s case”.

Donoghue⁵⁹. Y tras un exhaustivo análisis, *Lord* Buckmaster concluye que, en realidad, ninguno de ellos es aplicable al caso de la señora Donoghue. Interesantemente, en este punto, tras constatar que no existen precedentes aplicables, él enuncia el principio que *debiera* regir la situación, para el caso de estimar atendible la pretensión de la señora Donoghue: que el fabricante de un producto, en ausencia de un contrato, es no obstante responsable ante cualquier legítimo usuario de dicho producto por su correcta fabricación⁶⁰.

Finalmente, concluye que si un principio como el enunciado existiera realmente en el *common law* inglés, resultaría increíble que nunca hubiese sido aplicado en el pasado. Concuera con la opinión ofrecida por un juez inferior en un caso muy similar, pero con un ratón en lugar de un caracol⁶¹, en cuanto a que, si el fabricante debiera responder por cada botella que elabora, se le estaría imponiendo un deber de responder por algo que no podría razonablemente investigar, controlar y asegurar en cada caso. Por ello, solicita a los demás *Lords* desestimar el caso:

“In *Mullin v. Barr*, 1929 S.C. p. 461, a case indistinguishable from the present, excepting upon the ground that a mouse is not a snail, and necessarily adopted by the Second Division in their judgment, Lord Anderson says this: ‘In a case like the present where the goods of the defenders are widely distributed throughout Scotland, it would seem little short of outrageous to make them responsible to members of the public for the condition of the contents of every bottle which issues from their works. It is obvious that if such responsibility

⁵⁹ Las analogías trazadas entre el presente caso y los previos son muy interesantes, pero su sola reproducción, que no decir su análisis, demandaría todo otro estudio aparte.

⁶⁰ “In my view, therefore, the authorities are against the Appellant’s contention, and apart from authority it is difficult to see how any common law proposition can be formulated to support her claim. *The principle contended for must be this: that the manufacturer or indeed the repairer of any article, apart entirely from contract, owes a duty to any person by whom the article is lawfully used to see that it has been carefully constructed.* All rights in contract must be excluded from consideration of this principle, for such rights undoubtedly exist in successive steps from the original manufacturer down to the ultimate purchaser, embraced in the general rule that an article is warranted as reasonably fit for the purpose for which it is sold. Nor can the doctrine be confined to cases where inspection is difficult or impossible to introduce. This conception is simply to misapply to tort doctrines applicable to sale and purchase”. Las cursivas son nuestras.

⁶¹ Como se dijo antes, se espera de los abogados que aporten al tribunal que conocerá de su caso todos los precedentes potencialmente aplicables, sean estos favorables o desfavorables al propio caso, so pena de sanción disciplinaria. MACCORMICK y SUMMERS (1997), p. 324.

attached to the Defenders, they might be called on to meet claims of damages which they could not possibly investigate or insure.’

In agreeing, as I do, with the judgment of Lord Anderson, I desire to add that I find it hard to dissent from the emphatic nature of the language with which his judgment is clothed. I am of opinion that this Appeal should be dismissed, and I beg to move your Lordships accordingly”.

En suma, *Lord Buckmaster* concluye que el *common law* inglés no ofrece un remedio para los daños experimentados por la señora Donoghue. La pregunta que uno debiera hacerse es ¿quién decidió esto y cómo se decidió? O dicho de otro modo, ¿la voluntad general de *quién* es representada por intermedio de ese derecho de *common law* que es invocado para justificar la decisión particular? Lo cierto es que *Lord Buckmaster* procede intentando establecer analogías lo suficientemente cercanas entre el caso presente y otros casos previos de daños que presentan semejanzas, sin que ninguno de ellos, en su concepto, resulte realmente comparable al caso de la señora Donoghue. Además, y esto debe enfatizarse también, su decisión en definitiva se sustenta sobre consideraciones ajenas al caso concreto: el argumento central consiste en afirmar que la imposición de una responsabilidad como la pretendida por Donoghue entrañaría para los fabricantes de productos un riesgo y un costo que no estarían en condiciones de manejar adecuadamente. Al decidir de este modo, el juez está pensando no solo en consideraciones retrospectivas sobre el caso concreto sometido a su conocimiento, sino, principalmente, en consideraciones *prospectivas* y generales sobre el posible impacto futuro de su decisión sobre el mercado relevante, o sobre los fabricantes de productos en general. En este estilo decisorio prospectivo, los litigantes son en cierto sentido tratados como “representantes” de la sociedad, que con su caso llaman la atención de la *House of Lords* sobre la necesidad de regular una materia que está resultando conflictiva o poco clara. En esta perspectiva, Donoghue llama la atención de la *House of Lords* acerca de la conveniencia o necesidad de establecer o reconocer una regla de derecho ahí donde actualmente no hay ninguna o la regla aplicable es poco clara, y *Lord Buckmaster* declina innovar en este sentido, por estimar que tal regla sería indeseable desde una perspectiva de política pública.

Enseguida, consigna su opinión *Lord Atkin*. Él comienza su intervención señalando que la pregunta que se somete a la consideración de los jueces por parte de Donoghue es de la mayor importancia por su impacto sobre la salud pública y por poner a prueba el sistema de derecho bajo el cual surge

el caso: nuevamente, consideraciones generales de política pública están al centro del proceso decisorio⁶².

Lord Atkin hace notar que los precedentes existentes dan cuenta de un importante esfuerzo taxonómico por parte de los jueces en la distinción y clasificación de diversos tipos de relaciones jurídicamente relevantes que dan lugar a obligaciones entre partes, pero que se echa en falta la identificación de un común denominador a todos aquellos casos en que se reconoce un deber de reparación⁶³. Y, reconociendo —en verdad proponiendo— la existencia de tal denominador común, ofrece su célebre consideración sobre el deber de amar al prójimo, reformulado como “no dañarás a tu prójimo”; base marcadamente bíblica sobre la cual enuncia un principio de responsabilidad general hacia terceros —prójimos— por los daños causados, terceros que, por su proximidad o vinculación con la conducta o producto en cuestión, debieron ser tomados en consideración por el agente del daño antes de desplegar su conducta dañosa o incurrir en su omisión:

“The liability for negligence whether you style it such or treat it as in other systems as a species of ‘culpa,’ is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay. But acts or omissions which any moral code would censure cannot in a practical world be treated so as to give a right to every person injured by them to demand relief. In this way rules of law arise which limit the range of complainants and the extent of their remedy. The rule that you are to love your neighbour becomes in law you must not injure your neighbour; and the lawyer’s question ‘Who

⁶² “The question is whether the manufacturer of an article of drink sold by him to a distributor in circumstances which prevent the distributor or the ultimate purchaser or consumer from discovering by inspection any defect is under any legal duty to the ultimate purchaser or consumer to take reasonable care that the article is free from defect likely to cause injury to health. I do not think a more important problem has occupied your Lordships in your judicial capacity: important both because of its bearing on public health and because of the practical test which it applies to the system of law under which it arises”.

⁶³ “[...] the courts have been engaged upon an elaborate classification of duties as they exist in respect of property whether real or personal with further divisions as to ownership, occupation or control, and distinctions based on the particular relations of the one side or the other whether manufacturer salesman or landlord, customer, tenant, stranger and so on. In this way it can be ascertained at any time whether the law recognises a duty, but only where the case can be referred to some particular species which has been examined and classified. And yet the duty which is common to all the cases where liability is established must logically be based upon some element common to the cases where it is found to exist”.

is my neighbour?’ receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who then in law is my neighbour? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question”.

En suma, contra la opinión de *Lord* Buckmaster, *Lord* Atkin opinó que sí existían suficientes precedentes en apoyo de la idea de un deber general de cuidado de los fabricantes por los defectos de sus productos, realizando un detallado análisis de varios casos de responsabilidad, a partir de los cuales entiende que el *common law* reconoce protección a todos aquellos que, en conexión o proximidad con el fabricante, resultan dañados por su acción u omisión negligente. Ahí tendríamos la *ratio decidendi* del caso, entendida ella, siguiendo a WHITAKER, como “la proposición o proposiciones de Derecho necesarias para disponer del caso conforme a los hechos”⁶⁴; vale decir, esta *ratio* enunciada en la sentencia permite resolver retrospectivamente el caso individual, al mismo tiempo que se afirma prospectivamente como criterio decisorio para este tipo de casos en el futuro.

Que *Lord* Atkin haya encontrado suficientes precedentes ahí donde *Lord* Buckmaster no encontró ninguno, pone en evidencia algo más o menos obvio, pero que resulta útil explicitar aquí: que haya precedentes aplicables a un caso dependerá en buena medida de cómo se miren los casos previos. Las analogías con casos previos pueden construirse con resultados disímiles, puramente funcionales a la posición previa que se ha decidido adoptar y variados sesgos de selección de casos pueden entrar en juego aquí. En otros términos, si *Lord* Atkin era partidario de un sistema más protector de los consumidores, existían suficientes precedentes para fundar su decisión, tal como lo hizo. Por otra parte, la mayoría de las veces no existe tal cosa como “dos casos iguales” —idea sobre la cual discurre nuestra doctrina favorable a una reforma de precedentes—, sino solamente casos *parecidos* en algunos aspectos relevantes, y en otros no, que pueden ser usados tanto para distinguir como para asimilarse al caso actual. Adicionalmente, cabe notar que las consideraciones consecuencialistas o de política pública de *Lord* Buckmaster (los costos sociales de una regla de responsabilidad como la que pretende

⁶⁴ Citado en ROMERO SEGUEL (2013), pp. 143-44.

Donoghue) fueron enfrentadas con otras consideraciones de política pública vertidas por Lord Atkin (la protección de la salud pública como una cuestión que debe ser asumida en el proceso productivo y en las reglas de responsabilidad aplicables). Esto viene a poner de relieve una segunda cuestión que debiera resultar más o menos obvia: existen aquí a lo menos dos criterios decisorios plausibles y razonablemente fundados (Buckmaster y Atkin) que, poniendo en el centro de su preocupación el bien común, arriban a resultados perfectamente opuestos bajo un mismo catálogo de precedentes. No había un grupo de precedentes “correctos” y otro de precedentes “equivocados” –idea sobre la cual discurren los diseños de recursos para uniformar jurisprudencia–, sino dos criterios decisorios que bien pueden responder a valoraciones y a épocas diversas, o a lecturas políticas disímiles acerca de qué es lo que exigen los arreglos constitucionales vigentes o cómo deben ponderarse y resolverse a su alero las contradicciones entre intereses públicos divergentes. Lo que nos lleva a un tercer aspecto que conviene explicitar pese a su obviedad: ¿cómo se resuelve aquí la contradicción entre intereses públicos divergentes, para definir qué es lo que será “derecho” (o, en este caso, la política pública a seguirse hacia el futuro)? Pues no al interior de un congreso o parlamento representativo mediante debate y votación, sino al interior de una cúpula no representativa de *Lords* jueces y por recurso a las decisiones previas adoptadas por otros jueces en el pasado. Vale decir, no es la voluntad soberana expresada en su forma paradigmática la que impone la solución, sino unos miembros de la *House of Lords* mediante una sentencia.

Antes de 1932, a la pregunta de si los fabricantes estaban obligados frente a los consumidores finales a virtud de algún deber de cuidado, la mayoría de los juristas ingleses o escoceses habría contestado negativamente. Sobre la base de invocar un cúmulo de precedentes en tal sentido, habrían explicado que podría configurarse un incumplimiento contractual para con su comprador directo o distribuidor, pero no ante un consumidor final con el cual no contrató. A partir de *Donoghue v. Stevenson*, ahora existía tal deber. De hecho, ocurre que el mismo abogado de este caso, previamente representó otro caso prácticamente idéntico, que fue desestimado justamente sobre la base de que el *common law* no reconocía tal deber que ahora se reconocía. Vale decir, dos sentencias perfectamente contradictorias sobre la misma materia, donde además la nueva sentencia contraviene el consenso jurídico compartido (aunque con buenas razones). Repárese en lo que ello significa, para quienes ven en el sistema de precedentes del *common law* un remedio

a la existencia de sentencias contradictorias. El *common law* es fecundo en decisiones divergentes y, fuera de la escasa posibilidad de ser uno de los 60 a 90 casos anuales que se admiten a tramitación ante la *House of Lords*, no existen remedios represivos contra el juez que se aparta del precedente ni remedios correctivos específicos para controlar la divergencia jurisprudencial; el sistema convive con ella. La operatoria del *common law* supone distinción, desarrollo y contradicción para evitar su estancamiento. Y como vimos, los jueces no están realmente constreñidos a seguir los precedentes más que por el reproche social que no hacerlo acarrea, reproche que es bajo a inexistente cuando dicho proceder es razonablemente justificado por el juez como una distinción necesaria en función de alguna característica del caso particular, por ejemplo.

La decisión en *Donoghue v. Stevenson* marcó el inicio del nuevo Derecho de Daños por productos defectuosos, innovando en varios sentidos hacia el futuro, y creando una regla —un criterio decisorio— retrospectiva para resolver el caso individual sometido a su conocimiento. Primero, la *House of Lords* estableció que la “negligencia” con resultado dañoso constituye, en sí misma, un ilícito accionable bajo el *common law*. Con anterioridad a esta decisión, el demandante debía demostrar la existencia de algún vínculo contractual, el cual, como Donoghue no había comprado la botella, era inexistente aquí. Segundo, la *House of Lords* estableció que los fabricantes están sujetos a un deber de cuidado hacia los consumidores finales o usuarios de sus productos. Las modernas reglas legisladas y codificadas de Derecho del Consumo en el Reino Unido tienen su base en este precedente y sus principios generales existieron primeramente como derecho de *common law* cristalizado en este precedente, antes de regularse por el Parlamento. Y tercero, la *House of Lords* extendió el ámbito de la responsabilidad más allá del fabricante y su consumidor directo (quien adquirió el producto), en base a lo que denominó el “principio del vecino”. En términos de Lord Atkin, “se debe tener un cuidado razonable para evitar actos u omisiones que uno razonablemente pueda prever que pudieran dañar a mi vecino. Pero, ¿quién es, en derecho, mi vecino? La respuesta parece ser: todas aquellas personas que resultan tan cercanas y directamente afectadas por mi acción, que debí tenerlas en consideración al momento de evaluar mis actos u omisiones”⁶⁵. Lo que no debe perderse de vista por nosotros es que este es un acto explí-

⁶⁵ Lord Atkin en *Donoghue v. Stevenson*. Traducción libre.

cito de innovación en el derecho aplicable, y el derecho aplicable que no estaba contenido en ninguna declaración formal de la voluntad soberana representada por un parlamento, sino que se extrapolaba a partir de la solución entregada en diversos casos individuales en el pasado, que presentaban analogías relevantes con el caso actual.

3. La huida del precedente

Hoy en día, la *Supreme Court* del Reino Unido, sucesora de la rama judicial de la *House of Lords*, sigue conociendo de un número similar de casos cada año (aproximadamente 80-90 casos con sentencia de fondo)⁶⁶, ejerciendo la misma competencia de su predecesora y decidiendo por sí misma de qué casos conocerá. La *Supreme Court* ha promulgado algunas directrices generales, que recogen los criterios jurisprudenciales en su momento asentados por la *House of Lords* para explicar cuándo y cómo acogería a tramitación un caso, otorgando el *leave to appeal*⁶⁷. Algunos de estos criterios son: i) que el solicitante pide a la Corte que se aparte de sus propios precedentes o de aquellos dictados en su momento por la *House of Lords*; ii) que se pretenda una declaración de incompatibilidad con la *Human Rights Act 1998*, o iii) que se plantee una cuestión prejudicial a resolverse por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otros⁶⁸. Pero, como explica NIEVA comentado estos mismos criterios, “nada de ello es más que una directriz, y ni siquiera es la única que cabe encontrar entre la documentación admonitiva hecha pública por el propio tribunal”⁶⁹. Y es que, la verdad sea dicha, esos criterios generales no solo no son taxativos ni mínimamente precisos, sino que consagran la discrecionalidad de la *Supreme Court* para entrar a conocer de un caso, cuestión que probablemente no puede sino ser así tratándose de evaluar la oportunidad política de un pronunciamiento que tendrá efectos

⁶⁶ Entre enero y el 7 de noviembre de este año 2018, la *Supreme Court* había dictado sentencia de fondo en 61 casos. Disponible en <<https://www.supremecourt.uk/decided-cases/index.html>>.

⁶⁷ Disponibles en <<https://www.supremecourt.uk>>.

⁶⁸ Véanse las *Practice Directions* respecto al *leave to appeal*, regla 3.1.3., disponible en <<https://www.supremecourt.uk/procedures/practice-direction-03.html>>.

⁶⁹ NIEVA FENOLL, Jordi (2016): “El modelo anglosajón en las cortes supremas: ¿solución o elusión del problema de la casación?”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons), p. 419.

normativos generales. Aunque, en rigor, no tiene un deber de hacerlo, la *Supreme Court* publica un listado de las solicitudes de *leave to appeal* rechazadas, explicando brevemente el motivo de su inadmisión⁷⁰. Cuestiones que involucran un interés público preponderante, que son capaces de afectar a un gran número de ciudadanos o que tienen una fuerte carga política, como el caso del “Brexit”⁷¹, son también susceptibles de provocar la actividad de la *Supreme Court*. Las decisiones de fondo son publicadas en el sitio web de la *Supreme Court* en su texto íntegro, junto con un resumen ejecutivo para la prensa y la opinión pública general⁷², y su publicación viene precedida de avisos del día y hora en que se dará a conocer cada fallo.

La *House of Lords* entonces, y su sucesora, la hoy *Supreme Court* del Reino Unido⁷³, son, en lo que al derecho de *common law* respecta, entidades híbridas con una función normativa preponderante en materia de *common law*, que se valen de la denuncia efectuada por los particulares para analizar si resulta conveniente innovar –regular– en una materia que está resultando conflictiva, según indican los litigantes. Como acto regulatorio que es, la conveniencia u oportunidad de dictar nuevas normas queda librada al propio órgano, lo que permite entender la existencia de un mal llamado “filtro de acceso” mediante el cual hoy la *Supreme Court* decide qué casos conocerá. No se trata, pues, de un filtro de admisibilidad de un recurso, sino de la determinación discrecional de la necesidad de modificar el derecho aplicable, aclararlo o dictar nuevas normas al respecto, en una parcela del

⁷⁰ Disponible en <<https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal.html>>.

⁷¹ El caso es “*R (on the application of Miller and another) (Respondents) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*” y se encuentra disponible en <<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2016-0196.html>>.

⁷² Disponible en <<https://www.supremecourt.uk/decided-cases/index.html>>.

⁷³ Para una visión general de la reforma que introdujo la nueva *Supreme Court* y las principales características de esta, véase: ANDREWS, Neil (2016): “El Tribunal Supremo del Reino Unido y las sentencias de los tribunales ingleses”, en *La misión de los tribunales supremos*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons), pp. 253-66; ARNOLD, William (2010): “The Supreme Court of the United Kingdom: ‘something old’ and ‘something new’”, en *Commonwealth Law Bulletin* 36:3, pp. 443-51; Di Mambro, Louise (2010): “The Supreme Court of the United Kingdom: jurisdiction and procedure”, en *Commonwealth Law Bulletin* 36:3, pp. 453-60; IP, Eric C. (2013): “The institutional foundations of Supreme Court power in Britain’s representative democracy”, en *Representation* 49:3, pp. 281-93; LE SUEUR, Andrew (ed.), (2004): *Building the UK’s New Supreme Court. National and Comparative Perspectives* (Oxford University Press).

ordenamiento jurídico que, como decía *Lord Buckmaster*, es “administrada” por los jueces. La circunstancia de tratarse de un proceso de generación y modificación de derecho explica que, conforme a las reglas procesales de la propia *Supreme Court*, cualquier entidad o autoridad gubernamental puede realizar presentaciones en el interés público, así como pueden intervenir en el proceso entidades no gubernamentales con el mismo propósito y, en general, cualquier persona que tenga un interés en la solución del caso⁷⁴.

Con todo, los casos de que conoce la *Supreme Court* se refieren, cada vez con mayor frecuencia, a la interpretación y aplicación de leyes dictadas por el Parlamento, que la *Supreme Court* no puede derogar pero sí controlar en su aplicación, y no a materias reguladas en el derecho de *common law*, cada vez más reducidas frente al avance decidido de la legislación codificada y sistematizada inglesa. El Reino Unido, de un tiempo a esta parte, viene desplegando importantes esfuerzos para reformar, armonizar, sistematizar y codificar su Derecho Civil, Penal y diversas regulaciones especiales⁷⁵, principalmente por intermedio de la *Law Commission*, que viene trabajando desde 1965 para tal efecto⁷⁶, de modo tal que el derecho legislado y codificado cada día cobra mayor importancia frente al derecho de origen judicial, tal como lo evidencia el propio Derecho del Consumidor, del cual *Donoghue v. Stevenson*, analizado aquí, fue precursor y ejemplo. Esto constituye un verdadero proceso de huida del precedente, aunque pocos juristas ingleses vayan a denominarlo de ese modo, para poner en el centro del diseño institucional el producto paradigmático del debate democrático representativo: la legislación.

Como precursor remoto de este proceso, quizá, conviene recordar nuevamente a BENTHAM, quien esgrimió una fuerte crítica al modelo inglés de creación de derecho de *common law* por jueces –sistema y cultura judicial a la cual perteneció y conoció en profundidad– y elaboró numerosos proyectos de códigos que ofreció a diversos Estados, redactando a lo menos tres obras precisando su concepto y argumentos en favor de la codificación y legislación por sobre el derecho de *common law*, al que juzgaba un sistema de derecho premoderno; tanto así, que “convencido de la superioridad de

⁷⁴ Regla 26, disponible en <https://www.supremecourt.uk/docs/uksc_rules_2009.pdf>.

⁷⁵ CROSS y HARRIS (1991), p. 230.

⁷⁶ Disponible en <<https://www.lawcom.gov.uk/>>.

la ley, Bentham [militó] por la adopción de un código universal e integral, el Pannomion, redactado en un lenguaje accesible para todos, de una completitud tan absoluta que no [diera] espacio alguno a la interpretación”⁷⁷.

La crítica de BENTHAM ha sido rescatada más recientemente, y entre nosotros, por ATRIA⁷⁸. En su cuenta, el positivismo jurídico del cual BENTHAM fue un notorio exponente era, en su momento, esencialmente una respuesta a un sistema jurídico premoderno como el derecho de *common law*, cuya mistificación del derecho —que existía en un plano ideal, era dado por alguna razón abstracta y debía ser “extraído” por los jueces— lo blindaba a la crítica. Con el reconocimiento de que el derecho de *common law* no era más que el producto de la voluntad de algunos jueces, venía la consciencia de que los males y abusos del derecho de *common law* podían ser rectificadas mediante una voluntad política en tal sentido: “[...] sólo si el derecho era entendido como una declaración de voluntad sería posible discutir racionalmente sobre su reforma”⁷⁹, por intermedio de una legislación que, a diferencia de ese derecho de creación judicial, estuviera sujeto a una deliberación previa y se estructurara en forma sistemática⁸⁰. Por sobre todo, destaca ATRIA, en el centro de ese positivismo jurídico se encontraba la preocupación por promover un *ethos* que tuviera en su base el respeto por la autoridad de la legislación *en tanto derecho legislado* y, por ende, a la posición institucional del legislador⁸¹. De ese modo, las ideas de BENTHAM y el positivismo jurídico rectamente entendido, constituyeron un intento por articular una concepción moderna del derecho, que superara el sistema premoderno del *common law*, y esa concepción moderna del derecho tenía en su centro a la ley como producto de órganos legislativos deliberativos y cuya máxima expresión era el derecho codificado, lo cual, a su turno, traía aparejada una concepción igualmente moderna de la función judicial, una que se construye en torno a la función de aplicación del derecho *reforzando* la autoridad de la ley —de la voluntad soberana— y la posición institucional del legislador. Por ello, ATRIA nos invita a rescatar esa tradición del positi-

⁷⁷ CABRILLAC, Rémy (2009): *Las codificaciones*, 1ª edición (Santiago, Flandes Indiano), p. 41.

⁷⁸ ATRIA LEMAITRE, Fernando (2016): *La forma del derecho*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons), 500 p.

⁷⁹ ATRIA LEMAITRE (2016), p. 65.

⁸⁰ ATRIA LEMAITRE (2016), pp. 104-11.

⁸¹ ATRIA LEMAITRE (2016), p. 66.

vismo jurídico rectamente entendido, en una forma que comprenda que la legislación constituye la expresión más consumada del Derecho moderno⁸².

Incluso por la sola consideración de que la posición del legislador y la ley es central a cualquier noción moderna de democracia representativa, y que con el declive de la centralidad del legislador en nuestras formas de organizar nuestra convivencia asistimos, quizá, a los últimos días de la democracia, convendría considerar seriamente dicha invitación.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN, NUEVAS PREGUNTAS

En Chile se ha reabierto un debate en torno a la idea de precedentes vinculantes como posible horizonte de reforma para nuestro sistema judicial, con un modesto pero creciente cuerpo de literatura local que defiende las ventajas de incorporar alguna modalidad de precedentes vinculantes en nuestros tribunales superiores de justicia. Las razones que motivan estas propuestas son más que atendibles: el sistema judicial chileno se encuentra en crisis, goza de escasa confianza y estima por parte de la ciudadanía⁸³ y, con frecuencia, no es capaz de arrojar directrices estables y consistentes acerca de tópicos fundamentales del Derecho chileno, con la incertidumbre y costos de diversa naturaleza que ello acarrea para la sociedad. Frente a un vértice judicial recargado de asuntos y que exhibe importantes grados de divergencia tanto entre sus propias sentencias como entre las propias y las de tribunales inferiores, todo lo cual genera condiciones reales o sentidas de incertidumbre, algunos autores nacionales han visto en un sistema de precedentes vinculantes, inspirado por el *common law*, la solución para estos males que aquejan a nuestra judicatura. Con alguna modalidad de precedentes vinculantes, dice el argumento, ganaríamos en una igualitaria aplicación de la ley, en certeza jurídica y, por ende, en legitimidad de las decisiones jurisdiccionales. Algunos agregan que reservar tal rol para la Corte Suprema le permitiría centrarse en los casos importantes, los grandes temas, el *ius constitutionis* o como quiera llamársele, relevando la importancia de dicho tribunal en nuestro sistema, con el beneficio agregado de que dedicarse a

⁸² ATRIA LEMAITRE (2016), pp. 220-40.

⁸³ Según la OCDE (2017), el sistema judicial chileno goza de la peor evaluación de todos los servicios públicos chilenos. OECD, *Government at a Glance 2017*, disponible en <https://www.oecd-ilibrary.org/content/publication/gov_glance-2017-en>.

menos casos –algunos sugieren algún tipo de filtro discrecional de acceso, a la *certiorari* o *leave to appeal*– traería aparejado mejores sentencias y una mejor protección de ese *ius constitutionis*, único al que la Corte debiera brindar atención. Y todavía otros –pocos– afirman que con una reforma de este estilo corregiríamos un error histórico, porque la libertad de interpretación que por tanto tiempo hemos reconocido a nuestros jueces como parte de nuestra noción de independencia judicial, y que permite esa divergencia jurisprudencial tan deplorada, es en realidad contradictoria con la garantía fundamental de igualdad ante la ley, pues dos casos iguales deben fallarse en forma igual.

En este ensayo, que sin duda deja muchas preguntas sin responder, he intentado mostrar que la literatura nacional revisada apunta correctamente al problema, pero da un paso en falso cuando, enseguida, asume que los precedentes puedan ser el remedio para esta situación. Este ensayo sugiere que un sistema de precedentes vinculantes de inspiración de *common law* no es capaz de ofrecer aquello que los autores revisados y muchos otros buscan en él y esto se debe, en parte, a una comprensión distorsionada de la función y operatoria del sistema de precedentes del *common law*. En dicho sistema, los precedentes “vinculantes” no son realmente vinculantes en ningún sentido funcional o útil a nuestra tradición jurídica: el juez puede apartarse en cualquier momento y bajo cualquier argumento relativamente razonable de los precedentes, y no existe ni una consecuencia disciplinaria para el juez, ni un recurso para atacar la sentencia, cuando se ha verificado un apartamiento del precedente. El sistema de *common law* precisamente convive con la divergencia jurisprudencial constante, solo que ella se mira como el producto natural y sano del diálogo entre jueces por intermedio de sus sentencias⁸⁴, así como una característica del sistema que ha permitido que el *common law* haya podido ir ajustándose, en la medida que la propia naturaleza del sistema lo permite, tanto a las infinitas particularidades que pueden presentar los casos individuales como a los avances de la modernidad. Lejos de lo que se piensa, el derecho de *common law* es tremendamente sensible a las particularidades del caso individual y estas cobran capital importancia al definir si tal o cual precedente es relevante al caso actual, tal como lo mostró el debate con resultados opuestos entre *Lord Buckmaster* y *Lord*

⁸⁴ La función de posibilitar el diálogo judicial es rescatada por PÉREZ RAGONE y PESSOA PEREIRA (2015), *supra* nota 13.

Atkin, sobre la base de un mismo conjunto de precedentes potencialmente aplicables al caso en *Donoghue v. Stevenson*. No es la diferencia en los criterios judiciales para resolver un caso o la distinta decisión de los mismos lo que repele a la cultura del *common law*, sino la diferencia *arbitraria* y/o que no logra justificarse y por ende legitimarse suficientemente ante la comunidad. Notablemente, preguntados los jueces chilenos al respecto, precisamente apuntan a que las sentencias emanadas del vértice judicial *no convencen*⁸⁵, como una de las razones explicativas de la divergencia jurisprudencial que exhiben nuestros tribunales. Y, notable y paradójicamente también, mientras nosotros miramos al sistema de precedentes del *common law* para buscar soluciones a nuestros males, el Reino Unido se encuentra precisamente en un proceso de huida del sistema de precedentes de *common law*, en pos de la legislación, deliberativa, sistemática y codificada, como técnica para reglar la convivencia en común y expresión más consumada del derecho moderno, desplazando poco a poco al derecho de *common law*⁸⁶.

Antes he dicho que la literatura nacional revisada apunta correctamente al problema, pero da un paso en falso cuando, enseguida, asume que un sistema de precedentes vinculantes pueda ser el remedio para dicho problema. Pero, ¿cuál era ese problema? Pues, en palabras de NIEVA, lisa y llanamente “el problema central de la casación de todas las épocas: la sobrecarga de asuntos”⁸⁷. En todos aquellos lugares en que existe un órgano jurisdiccional a nivel supremo, con funciones de tipo casacional y al cual, correlativamente, se accede bajo condiciones generales que, aunque estrictas, están en principio disponibles para todo litigante, dicho tribunal invariablemente se hace cargo de miles de casos cada año y padece de algún grado de sobrecarga de trabajo⁸⁸. Un tribunal que, con 21 ministros divididos en 4 salas, debe dictar miles de sentencias al año en las más diversas materias, es un tribunal que necesariamente presentará algún grado de sobrecarga de trabajo, que será incapaz de seguir constantemente su propia jurisprudencia en el tiempo sencillamente porque no tiene el tiempo o la capacidad humana para hacerlo en forma efectiva, que dictará sentencias con criterios contradictorios entre

⁸⁵ COUSO y MERA (2011), p. 204.

⁸⁶ Vid. *supra*, 3.

⁸⁷ NIEVA FENOLL (2016), p. 415.

⁸⁸ Ídem.

sí y que, en general, adolecerá de déficits argumentativos y de motivación en esas miles y miles de sentencias dictadas cada año. Y ahí, el problema entonces no es ni de la casación propiamente tal ni de su procedimiento de tramitación o que haya problemas de “vinculación” a las sentencias previas, por lo que cualquier reforma que apunte en esas específicas direcciones esperablemente estará destinada a fracasar en su cometido de uniformidad jurisprudencial y mejores sentencias; el problema es del diseño institucional mismo de la Corte Suprema como tal, y del sistema judicial en general, que siguiendo en el siglo XXI con un modelo del siglo XIX de unos pocos ministros en unas pocas salas a cargo de una pluralidad de materias, no puede sino generar sobrecarga, divergencia jurisprudencial, déficits de motivación y, correlativamente, pérdida de legitimidad de cara a la comunidad (y de cara a los propios jueces del sistema, como –reitero– mostraba un estudio⁸⁹). Agregar a este diseño alguna modalidad de *certiorari* o *leave to appeal* sería apagar el fuego con bencina: a todos los problemas anteriores, agregaríamos una denegación al derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁰, en una forma tal que no sirve a la ciudadanía, sino únicamente al control del volumen de asuntos que ingresan a la Corte, agravando así la pérdida de legitimidad ante una ciudadanía que vería su acceso a la Corte vedado por decisiones puramente discrecionales y ajenas a la tutela de sus derechos y a la protección de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

El problema es estructural, es complejo y atañe al núcleo del diseño institucional de la Corte, pero no por ello es un problema insuperable. De hecho, es posible pergeñar un número de soluciones relativamente simples a un costo razonable que, aunque quizá conflictivas con la cultura judicial imperante, a la larga pueden significar tanto una mejor justicia para la ciudadanía, como una mejor experiencia profesional para jueces y la comunidad jurídica. Enuncio brevemente algunas a continuación, para interrogación, escrutinio, mejora o refutación.

1. Primero, no tiene mucho sentido que si optamos por contar con salas especializadas, los integrantes de esas salas se estén rotando cada pocos años o, peor aún, se estén formando salas con integración *ad hoc* para tener los votos suficientes para resolver determinados casos en una forma funcional a la posición de la Corte o de uno de sus ministros sobre una determinada

⁸⁹ *Supra* nota 85.

⁹⁰ NIEVA FENOLL (2016), p. 416.

materia. Los ministros debieran gozar de una adscripción permanente en una sala especialista, en función de criterios objetivos y en función de aspectos formativos y profesionales acordes a dicha especialización.

2. Segundo, las salas debieran contar con personal de apoyo investigativo/documental suficiente que, para cada caso, pueda anticipadamente investigar las sentencias previas relevantes al caso, trazar los criterios previamente sustentados sobre un determinado asunto y recopilar la bibliografía pertinente para la sala, todo lo cual debe ser público para los litigantes (y la comunidad).

3. Tercero, si el punto anterior ha de servir de algo, cada sala debe necesariamente darse –y contar con– el tiempo suficiente para analizar estos antecedentes. Ninguna causa debiera fallarse “sobre tabla”, salvo hipótesis especiales o de casos repetitivos, descritos previamente en la regulación.

4. Cuarto, dos o más salas debieran poder sesionar en forma conjunta con todos sus ministros cuando el caso involucre asuntos transversales a dos o más de dichas salas o cuando el asunto pueda recibir o haya recibido en el pasado soluciones diversas dependiendo de la sala en la cual se conozca, y la Corte debiera sesionar efectivamente en pleno cuando se trate de asuntos “multimateria”, que resultan especialmente conflictivos en la jurisprudencia o que involucren una cuestión fundamental del ordenamiento jurídico chileno. Esta organización en salas ordinarias, mixtas y plenaria es, por lo demás, la solución empleada en la *Cour de Cassation* francesa⁹¹.

5. Quinto, como los mecanismos para sesionar en pleno hoy existen pero la Corte sencillamente se ha negado a usarlos en forma efectiva por la vía de introducir los más variados límites interpretativos a su procedencia⁹², y, además, considerando la conveniencia de racionalizar la operatoria de la Corte y maximizar la hora/juez, ni ella, ni sus salas, ni ningún tribunal

⁹¹ Véase un detalle de esta organización en, de mi autoría (2017): *El rol de la Corte Suprema*, 1ª edición (Santiago, DER Ediciones), pp. 114-15.

⁹² De hecho, recién en 2013 conoció de un recurso de casación en pleno a petición de parte (Rol N° 10665-2011). Y tan solo meses después, una sala de la misma Corte Suprema sostuvo el criterio exactamente opuesto, integrada por ministros disidentes de la decisión en pleno (Rol N° 3841-2012), probablemente con mejores razones –en mi opinión– que la postura que logró mayoría en el pleno. Como sea, estas escasas y aisladas instancias de utilización de esta potestad parecen no tener un efecto sustantivo sobre la operatoria de la Corte, ni la sentencia del pleno parece estar dotada de una mayor autoridad o mejor fundamentación que la sentencia de una de sus salas.

colegiado debiera poder determinar por sí, discrecionalmente, cuántos casos conocerá en un día dado o cuál será su propia carga de trabajo diario: debe abolirse el sistema de tablas de vista de causas, para establecerse una agenda de vista de causas con apoyo de administradores profesionales, que velen por cargas de trabajo razonables y que consideren todas estas necesidades de vistas en salas ordinarias, mixtas o en pleno.

Las cinco medidas enunciadas operan dentro del mismo diseño básico actual de la Corte Suprema, simplemente modificando levemente la operatoria de algunos de sus procesos internos. Pero probablemente ninguna de estas medidas por sí sola, o siquiera todas juntas, serán suficientes ante un volumen de casos de cinco cifras, si no se abordan los problemas estructurales que atañen al diseño institucional mismo. Como se dijo antes, estamos en el Chile del siglo XXI, operando con un modelo de Corte Suprema del siglo XIX cuyo antecedente, de cuño monárquico, puede trazarse directamente a tiempos pre-republicanos. Por una parte, dicho modelo de Corte sigue haciéndose cargo de una serie de asuntos no jurisdiccionales que inciden ya no solo en su carga de trabajo, sino en la misma forma de ser de la judicatura chilena, su *ethos* corporativo y su cultura judicial. Me refiero a las funciones de gobierno judicial, que por las razones que expuse en otra parte⁹³, debieran abolirse para rediseñarse profundamente y localizarse en un órgano diferenciado de gobierno judicial.

Por otro lado, la organización jerárquica-burocrática que culmina en 21 cargos judiciales cúspides de la carrera judicial no parece funcional a una operatoria que pueda procesar las demandas que se tienen respecto de la Corte. En este sentido, convendría explorar el aumento del número de jueces al interior de la Corte Suprema, de la mano con su posición profesional al interior de dicho órgano: podríamos contar con un número de salas especializadas en la forma descrita precedentemente, probablemente aumentando en una o dos salas adicionales, para lidiar con los casos complejos, y además contar con una sala de apoyo, integrada por varios jueces (10, 20, 30 jueces de apoyo), que se encargaría de todos los asuntos de resolución sencilla, casos repetitivos o masivos, que probablemente son la gran mayoría de los casos⁹⁴. Esta última sala podría estar vinculada a

⁹³ *El rol de la Corte Suprema*, *supra* nota 91.

⁹⁴ Una solución análoga plantea Nieva Fenoll, de quien tomo la idea. NIEVA FENOL (2016), pp. 420-22.

seguir los criterios decisorios enunciados por las salas especializadas en lo que sea pertinente, y las salas especializadas a su turno dedicarse a los casos complejos, con más horas y más estudio por caso. ¿Qué consideración o rango deben tener los magistrados de la sala de apoyo con respecto a los de las salas especializadas? Esto es un problema puramente político, pero no cuesta imaginar que la sala de apoyo sea un lugar formativo para luego pasar a salas especializadas si así se desea. Por otra parte, el problema –que en todo caso es puramente político– desaparecería del todo si el rango, grado o consideración profesional dejara de estar correlacionado con la posición al interior de un específico tribunal⁹⁵, lo que implica repensar la carrera judicial chilena.

Finalmente, la operatoria de la Corte Suprema no puede abordarse escindida de su relación con los demás poderes. Hoy en día, por ejemplo, su función de informar acerca de los problemas que se pesquisen en relación con la interpretación y aplicación de la ley probablemente no está cumpliendo ningún rol relevante. Si los criterios generales y estables son poco claros, no hace falta que la Corte Suprema uniforme a los tribunales en torno a una interpretación que a ella le parezca correcta; hace falta aclarar y complementar el criterio, esto es, mejorar la legislación. Difícil, qué duda cabe, incluso por la sola consideración de la dinámica propia de nuestro proceso legislativo, pero probablemente no hay soluciones fáciles a ninguno de estos problemas, y una reformulación de esta función podría colaborar en el proceso.

Medidas como las escuetamente enunciadas en este apartado final además preservan la centralidad de la legislación y el rol del legislador en una república democrática. El establecimiento de normas generales y criterios estables es el rol preponderante del legislador democráticamente electo. La regla de efecto relativo de la sentencia judicial, que en su origen fue una respuesta revolucionaria a la experiencia francesa del desborde de sus potestades por los *parlements*, es el necesario complemento de un régimen que tiene en su centro a la voluntad soberana, manifestada en la ley: solo el legislador dicta normas generales, y solo al legislador están vinculados los jueces. El juez debe dispensar tutela de derechos a las personas en función

⁹⁵ Algo adelanté sobre este punto en (2018): “Reforma al gobierno judicial: elementos de análisis”, en *Reformas necesarias a la justicia chilena*, 1ª edición, tomo II (Santiago, Librotecnia), pp. 953-54.

de ese derecho legislado, codificado y sistematizado que, como recordara ATRIA trazando el legado intelectual de BENTHAM, constituye la expresión más consumada del Derecho moderno⁹⁶. Tanto la atomización de ese rol normativo para dispersarlo en diversas entidades híbridas como su decaimiento en pos de normas originadas en órganos no representativos –como puede serlo un precedente vinculante en el *common law*– entrañan una erosión del principio democrático y un riesgo real para nuestra democracia en tiempos complejos de retorno del fascismo y otros peligros para la democracia. Las medidas enunciadas colaboran a una mejor aplicación de la ley y en una forma que responde a las críticas más comunes, como la lentitud del sistema, el escaso poder de convicción de varias sentencias de los tribunales superiores y su desconexión con el medio en que se insertan. En cualquier caso, que sustituyamos las miles de sentencias anuales de la Corte Suprema por unas pocas sentencias vinculantes en nada hará mejorar la crisis en que está sumida dicha Corte y el Poder Judicial; si algo, más probablemente agravará la crisis de legitimidad, ahora cerrándosele la puerta a los litigantes que, antes, accedían a la Corte Suprema bajo condiciones generales conocidas, quedando además de lado vastos ámbitos del Derecho nacional y miles de casos por la circunstancia de no superar el hipotético *certiorari* a la chilena, y erosionará más todavía el rol del legislador. En suma, una reforma de precedentes como la propuesta por varios autores chilenos falla en hacerse cargo del rol institucional que cabe a la Corte Suprema en su contexto político y cómo el establecimiento de precedentes vinculantes como nuevo rol de la Corte impactaría adversamente en la capacidad de la dicha Corte y del sistema judicial todo de erguirse en un contrapeso institucional efectivo contra el poder bruto y la arbitrariedad, y cómo impactaría adversamente en el rol preponderante que debe tener el legislador en una república democrática de derecho, socavando el principio democrático. El norte debe estar en cómo promover diseños institucionales capaces de ayudar a precaver nuevas crisis institucionales en Chile, cómo establecer frenos institucionales efectivos contra el poder arbitrario, cómo fortalecer nuestra democracia y cómo mejorar los estándares de protección de derechos para la ciudadanía.

⁹⁶ ATRIA LEMAITRE (2016), pp. 220-40.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2002): “El precedente judicial en la cultura jurídica chilena”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sobre la cultura jurídica chilena.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2017): “La creación del derecho, el rol del juez y el diálogo entre jueces”, en *Poder Judicial. Reforma constitucional y derechos fundamentales*, 1ª edición (Santiago, Librotecnia).
- ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (2016): “¿Deben los jueces crear derecho?”, en *La misión de los tribunales supremos*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- ANDREWS, Neil (2016): “El Tribunal Supremo del Reino Unido y las sentencias de los tribunales ingleses”, en *La misión de los tribunales supremos*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons). ARNOLD, William (2010): “The Supreme Court of the United Kingdom: ‘something old’ and ‘something new’”, en *Commonwealth Law Bulletin* 36:3.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2016): *La forma del derecho*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- BARAHONA GALLARDO, Claudio (2017): “Para una historia del precedente judicial en Chile: la recepción del artículo 3º del Código Civil en la doctrina del siglo XIX”, en *Revista Jurídica Digital Uandes* (Santiago), 1, N° 2.
- BARAK, Aharon (ed.) (2006): “The Development of the Common Law”, en *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press. Disponible en <<http://www.jstor.org/stable/j.ctt7szb4.9>>.
- BECERRA POBLETE, Pablo Andrés (2017). *El Rol de la Corte Suprema*, 1ª edición (Santiago, DER Ediciones).
- (2018): “Reforma al gobierno judicial: elementos de análisis”, en *Reformas necesarias a la justicia chilena*, 1ª edición, tomo II (Santiago, Librotecnia).
- BRAVO HURTADO, Pablo (2013): “Hacia los precedentes en Chile: reforma procesal civil y fuentes del derecho”, en *Revista Chilena de Derecho* 40, N° 2.
- (2014): “Precedente vinculante versus independencia judicial en Chile”, en *El Mercurio Legal (online)*, 24 de julio de 2014, sec. Opinión. Disponible en <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903183&Path=/0D/C8/>>.

- (2011): “Unificación de jurisprudencia y recurso extraordinario en el proyecto de ley que establece un nuevo Código Procesal Civil”. Tesis, Universidad de Chile. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111853/de-Bravo_pablo.pdf?sequence=1>.
- BRENNER, Saul, y SPAETH, Harold J. (1995): *Stare Indecis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, 1ª (reimp.) (Cambridge, Cambridge University Press).
- BUCKLAND, W. W., y MCNAIR, Arnold D. (2008): *Roman law and Common law*, 2ª (reimp) (Cambridge, Cambridge University Press).
- CANE, Peter (2011): *Anatomía del Derecho de Daños*. Traducido por Pablo Becerra Poblete y Daniel Carvallo Montes. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Colección “Derecho Anglosajón Contemporáneo” (Santiago, Flandes Indiano).
- COUSO, Jaime, y MERA, Jorge (2011): *Precedentes y justicia penal*, 1ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- CROSS, Frank B. (2007): “Identifying the Virtues of the Common Law”, en *Supreme Court Economic Review* 15, N° 1. Disponible en <<https://doi.org/10.1086/656027>>.
- CROSS, Rupert, y HARRIS, J. W. (1991): *Precedent in English Law*, 4ª edición, Clarendon Law Series (Reino Unido, Clarendon Press).
- DELGADO CASTRO, Jordi (2010): “El Certiorari: Un agente extraño en Manos de nuestra Corte Suprema”, en *Actualidad Jurídica* 22 (julio de 2010).
- DELGADO CASTRO, Jordi, e Iván DÍAZ GARCÍA (2011): “La Unificación de Jurisprudencia Pretendida por el Recurso Extraordinario: ventajas y problemas”, en *Revista de Derecho* 2 (Universidad Católica del Norte).
- DÍAZ GARCÍA, Luis Iván (2015): “Diez razones para incorporar el seguimiento del precedente en Chile”. *Revista de Derecho* 22, N° 2 (Universidad Católica del Norte).
- DICKSON, Brice (2013): *Human rights and the United Kingdom Supreme Court*, 1ª edición (Oxford, Oxford University Press).
- DI MAMBRO, Louise (2010): “The Supreme Court of the United Kingdom: jurisdiction and procedure”, en *Commonwealth Law Bulletin* 36:3.
- DUXBURY, Neil (2008): *The Nature and Authority of Precedent*, 1ª edición (Cambridge, Cambridge University Press).

- EDLIN, Douglas E. (ed.) (2007): *Common law theory*, 1ª edición (Cambridge, Cambridge University Press).
- FARIAS SOTO, Javiera (2016): “La fuerza obligatoria de las sentencias judiciales para el Código Civil chileno”, en *Revista de Derecho, Universidad de Aconcagua* 2.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Vicente (2016): “La justicia de los precedentes. ¿Invasión a la independencia y autonomía del juzgador?”, en *Revista de Derecho* XXIX, N° 2.
- GARVEY ALGERO, Mary (s.f.): “The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation”. *Louisiana Law Review* 65, N° 2.
- GENNAIOLI, Nicola, y SHLEIFER, Andrei (2007): “The Evolution of Common Law”, en *Journal of Political Economy* 115, N° 1. Disponible en <<https://doi.org/10.1086/511996>>.
- GERHARDT, Michael J. (2008): *The power of Precedent*, 1ª edición (Oxford, Oxford University Press). HART, H.L.A. (1994): *The concept of law*, 2ª edición (Oxford, Clarendon Press).
- INGMAN, Terence (2008): *The English Legal Process*, 12ª edición (Oxford, Oxford University Press).
- IP, Eric C. (2013): “The institutional foundations of Supreme Court power in Britain’s representative democracy”, en *Representation* 49:3.
- KEENAN, Denis (1989): *English Law*, 9ª edición (Londres, Pitman).
- LEGARRE, Santiago, y RIVERA, Julio César (2006): “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”, en *Revista Chilena de Derecho* 33.
- LE SUEUR, Andrew (2008): “A Report on Six Seminars About the UK Supreme Court”. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper. Disponible en <<https://ssrn.com/abstract=1324749>>.
- LUNDMARK, Thomas (2012): *Charting the divide between common and civil law*, 1ª edición (New York, Oxford University Press).
- MALLESON, Kate (2011): “The Evolving Role of the UK Supreme Court”, en *Public Law* 4.
- MASTERMAN, Roger (2011): *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution. Judicial competence and Independence in the United Kingdom*, 1ª edición (Cambridge, Cambridge University Press).

- MATURANA MIQUEL, Cristián (2016): “El rol de una Corte Suprema”, en *Revista de Estudios Judiciales* N° 2-3 (Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda). Thomson Reuters-La Ley.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2016): “El modelo anglosajón en las cortes supremas: ¿solución o elusión del problema de la casación?”, en *La Ciencia Jurisdiccional: novedad y tradición*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- 2016: “¿Un juez supremo o un legislador ‘supremo?’”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2016): “Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 39.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (2016): “El complejo de Sísifo y la Corte Suprema chilena”, en *La misión de los tribunales supremos*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- PÉREZ RAGONE, Álvaro, y PESSOA PEREIRA, Paula (2015): “Función de las cortes supremas de Brasil y Chile en la generación y gestión del precedente judicial entre lo público y lo privado”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso), N° 44.
- PERRY, Stephen R. (1987): “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, N° 2. Disponible en <<https://jstor.org/stable/764304>>.
- READY, A. Raghunadha (2005): “Legal reforms through judicial law-making: a critical appraisal from roman law to common law”, en *Journal of the Indian Law Institute* 47, N° 4.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2013): *El recurso de casación en el fondo civil. Propuestas para la generación de precedentes judiciales*, 1ª edición (Santiago, LegalPublishing).
- SHAHABUDDEEN, Mohamed (2007): *Precedent in the World Court*, 1ª (reimp.) (Cambridge, Cambridge University Press).
- SIERRA SOROCKINAS, David (2016): “El precedente: un concepto”, en *Revista Derecho del Estado*.
- TARUFFO, Michele, MARINONI, Luiz Guilherme, y MITIDIERO, Daniel (eds.) (2016): *La misión de los tribunales supremos. Proceso y derecho* (Madrid, Marcial Pons).

UZELAC, Alan (ed.) (2014): “Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems”, en *Ius Gentium: comparative perspectives on Law and Justice* N° 34 (Suiza: Springer).

WENDELL HOLMES Jr., Oliver (2009): *The Common Law*, 1ª edición (U.S.A., Harvard University Press).