

DIVERGENCIAS ENTRE EL SISTEMA ANGLOSAJÓN, LOS SISTEMAS MIXTOS Y EL DERECHO CHILENO

*Mariela Rubano Lapasta**

*Vivian España España***

*Escrito con la colaboración de
Verónica Riquelme Palma y Florencia Vera Salazar****

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar las divergencias entre el *Common Law* y otros sistemas jurídicos; identificando los aspectos más relevantes, se abordan algunos ejemplos del derecho comparado y se enfatiza la importancia de la seguridad jurídica del precedente, evaluando la incorporación de este en el derecho nacional.

Palabras clave: *Common law*, precedente, *stare decisis*, equidad, principios.

ABSTRACT

This paper is to analyze the divergences between Common Law and other systems, identifying the most relevant aspects, analyzing cases and emphasizing the importance of the legal certainty of precedent, evaluating its incorporation into national law.

Keyword: Common Law, precedente, *stare decisis*, equity, principles.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. U. de la República de Uruguay. Magíster en Derecho Público, PUC de Chile. Correo electrónico: mariela.rubano@uss.cl

** Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, UDLA/Universidad Católica de la Santísima Concepción. Correo electrónico: vespana@ucsc.cl

*** Estudiantes Facultad de Derecho USS, Sede Concepción.

1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como objetivo analizar las divergencias entre el *Common Law* y otros sistemas jurídicos, identificando los aspectos más relevantes. Para alcanzar este objetivo se abordan, entre otros, los casos de Estados Unidos, Reino Unido, Perú, México, una breve referencia al brasileño, y la incorporación de este al derecho nacional, destacando la importancia de la seguridad jurídica y el precedente vinculante.

Partimos de la noción del concepto de fuentes, propio del Derecho Civil, que Von Savigny manifiesta: *La causa de nacimiento del derecho general, o sea, tanto de las instituciones jurídicas como las de las reglas jurídicas formadas por abstracciones de aquellas*¹, o la que expresa Hart identificando las fuentes del derecho, quien señala: *como ocurre en los sistemas jurídicos desarrollados, tenemos un sistema que incluye una regla de reconocimiento, de modo que el estatus de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios establecidos en la regla de reconocimiento*².

Santiago Nino apunta: *La distinción entre los sistemas del Common Law y los de tipo continental se limita a una cuestión de grado respecto de la extensión de las áreas cubiertas por la legislación o por las normas jurisprudenciales y a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a cada una de esas especies de normas, que en el caso de los precedentes se denomina stare decisis*. En efecto, se trata de respetar lo decidido y no cuestionar los puntos ya resueltos.

En ocasión de ello es que decidimos explorar cómo el *Common Law* fue adoptado por otros países. De acuerdo con Manuel González³, *la idea de los sistemas legales mixtos puede encontrarse hacia principios del siglo XX, es en años recientes cuando este concepto ha adquirido mayor importancia e interés*. En su texto cita que, *la historia nos ha enseñado que las jurisdicciones mixtas son creadas cuando una cultura, con su sistema jurídico, idioma y organización de sus cortes, son impuestos, generalmente por la fuerza, a una cultura distinta*, ejemplificando este aspecto con casos de jurisdicciones mixtas como el sistema jurídico de Israel y el sistema jurídico de Japón.

En el caso de Israel, el autor cita las raíces del derecho judío o mosaico y el derecho anglosajón, señalando que es directa consecuencia del imperio británico, a mayor abundamiento, expresa que además incide en el derecho otomano y como consecuencia en el derecho islámico, siendo importantes fuentes del derecho.

¹ Von Savigny, Frederich (1879). *Sistema de derecho privado romano II*. Madrid, p. 63.

² Hart, H.L.A. (1980). *El concepto de derecho*. Editora Nacional. México, p. 136.

³ González, Manuel (2005). Perspectiva de las jurisdicciones mixtas dentro del marco de los sistemas contemporáneos, *Quid Iuris*, ISSN-e 1870-5707. pp. 120-123.

Para el caso japonés agrega que, *aunque pertenece al mundo cultural chino, en realidad el derecho japonés muestra un desarrollo distinto por su espíritu agresivo y su sentido de homogeneidad nacional y su gran sentido de la comunidad en comparación con el ideal chino de armonía universal, complementado con su carácter naturalista y humanista.*

Sin embargo, no debemos olvidar que, tal como lo señala el comentario del texto de Consuelo Sirvent, por las luchas entre los pueblos, el mercado y conservar los privilegios, los sistemas jurídicos no siempre son puros, sino que resultan híbridos debido a la ideología habitualmente impuesta por los conquistadores, colonizadores o detentadores de la economía de otros pueblos.

Para el profesor Díaz Colchado⁴, *los ordenamientos adscritos a la familia del Common Law, tenían como principal fuente de Derecho las costumbres de la tierra o del reino (law of the land) que eran identificadas por los jueces y luego sus decisiones, reiteradas a lo largo del tiempo, constituían un cuerpo de normas vinculantes para la referida comunidad, dando origen al precedente vinculante, basado en el principio stare decisis et quia non movere, que en traducción laxa significa “estarse a lo decidido y no perturbar lo ya establecido o quieto”.*

Por consiguiente, resulta interesante el ordenamiento jurídico de Perú, el que se encuentra adscrito al derecho civil tradicional que se vio trastocado por el sistema de fuentes con la incorporación del precedente. En consecuencia, se complementan dos sistemas distintos: el *Civil Law* y el acercamiento al *Common Law*, planteando tensiones entre el precedente constitucional, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, en el proceso de adaptar el derecho constitucional nacional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. ¿QUÉ SIGNIFICA EL *COMMON LAW*?

Para la académica Marta Morineau⁵, el *Common Law* tiene tres acepciones diferentes: La primera se utiliza como una acepción restringida y designa la rama más antigua del derecho inglés. La segunda es la rama de la *Equity*, concepto más amplio que se refiere al orden jurídico de Inglaterra en su conjunto; y la tercera sería la que se refiere a la familia jurídica del *Common Law*, abarcando tanto el dominio político como el derecho inglés y el de otros lugares, como explicamos a continuación.

Al contrario de lo que pasó en Alemania, Italia y la mayoría de los países de Europa continental, basados en la dominación romana, estos siguieron el denominado

⁴ Díaz Colchado, Juan (2022). Fuentes del Derecho y Precedentes Constitucionales: Encuentros y desencuentros en el sistema de justicia de Perú, *Revista Derecho & Sociedad*, Nº 58, pp. 1-20.

⁵ Morineau, Marta (2003). *Introducción al Sistema del Common Law*, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> <http://goo.gl/LcHQw2>

Civil Law o derecho civil; no obstante, la misma dominación romana iniciada por Claudio el año 43 y hasta el 407 de nuestra era, no logró arraigar el derecho romano sobre la Bretaña, lo que se comprende, pues la colonización romana no tuvo el impacto que sí tuvo en el continente, por lo que una vez que los romanos abandonan el territorio, las tribus imperantes continuaron con su propio desarrollo jurídico y el derecho romano cayó casi en el olvido.

Si bien en sus orígenes la historia del *Common Law* refleja exclusivamente el Derecho inglés (hasta el siglo XVIII), los países que han adoptado el modelo inglés, a saber, el caso de Estados Unidos de América, lo hicieron mezclando las tradiciones históricas, sociales, culturales, dando nacimiento a un derecho diferente⁶.

A su vez, la *Equity*, en el siglo XIV empieza a apreciar cómo las personas, en la imposibilidad de obtener justicia de los tribunales de Westminster, se dirigen otra vez al rey, por intermedio esta vez del canciller, para pedirle que intervenga; de esta manera se hace frecuente el recurso a la jurisdicción del canciller. Las decisiones adoptadas primero en consideración a la Equidad del caso particular, dando origen a las doctrinas que complementan el derecho aplicado por los tribunales reales, que derivan en parte del derecho romano y en parte del derecho canónico.

En consecuencia, ambos sistemas, el *Common Law* y la *Equity*, se complementan mutuamente. En efecto, la *Equity* se extendió a situaciones no reguladas por el *Common Law*, esto determinó la existencia de nuevas instituciones que permitieron extender el ámbito del derecho sustantivo. Los Tribunales adoptaron la regla del precedente judicial, la regla conocida como *stare decisis*. Ello significa que antes de llegar a la sentencia, se examinan las decisiones anteriores emitidas por otros jueces en casos similares, de esta manera asistimos a un proceso de actividad de los tribunales, dando origen a la jurisprudencia *Equity*⁷.

Por lo expuesto, podemos afirmar que el derecho inglés es un derecho jurisprudencial, sus normas son el resultado de la *ratio decidendi* de las decisiones de los tribunales superiores de Inglaterra, a diferencia de la *legal rule*, tiene efecto en el caso concreto a diferencia de la norma jurídica continental, que emana del legislador o de la doctrina.

3. EL COMMON LAW DE ESTADOS UNIDOS

La doctrina del precedente consiste en que las sentencias de las cortes de mayor jerarquía establecen pautas que se deben seguir en la solución de los casos tramitados

⁶ Rubano Lapasta, Mariela (2000). Sistema del *Common Law* en el derecho inglés y el derecho de los Estados Unidos de América. *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 18, Universidad de la República Oriental del Uruguay, pp. 69 a 77.

⁷ Morineau, Marta, ídem, p. 13.

ante los tribunales de inferior jerarquía. En consecuencia, estamos hablando del precedente vinculante.

La obligatoriedad del *stare decisis* se basa en ser un principio del derecho que tiene un reconocimiento de norma jurídica, por tanto, es obligatorio para todos. El autor⁸ señala que es un claro mandato emanado del legislador al juez, en consecuencia, se reconoce la fuerza obligatoria de los principios. La doctrina del precedente se presenta como una herramienta de control para evitar el cambio jurisprudencial arbitrario, sin embargo, no opera de manera fatal, es un principio procesal.

Al respecto, se cita la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Helvering vs. Hallock*, 309 US 106 de 1940:

Reconocemos que la doctrina del stare decisis encarna un importante principio social, que representa un elemento de continuidad en el derecho y está arraigada en la necesidad psicológica de satisfacer expectativas razonables. Pero el stare decisis es un principio anterior, sin importar cuán reciente o cuestionable, cuando dicha adherencia envuelve una colisión con una doctrina más apropiada en su alcance, intrínsecamente más acertada y verificada por la experiencia.

A nuestro juicio, concluye que la aplicación del *stare decisis* no implica la imposibilidad de cambiar el criterio de interpretación en caso de conflictos de derechos, debido a que es posible aplicar otra solución y recurrir a los principios generales.

Cooper⁹ señala que *las decisiones anteriores de los jueces del Common Law no son simplemente actos administrativos para resolver una controversia entre dos partes, sino que se aplican principios de derecho*. Es decir, estos son relevantes para resolver futuras controversias y así enriquecer la jurisprudencia.

4. EL COMMON LAW INGLÉS

Significa el derecho común de todo el Reino Unido, es la síntesis o la selección de distintos elementos como son las costumbres locales, estas se complementan con la labor activa de los tribunales.

La norma jurídica del derecho inglés es un derecho jurisprudencial; no obstante, se aplica la ley escrita que se sitúa a nivel del caso concreto, a diferencia de la norma jurídica continental que es formulada por el legislador o la doctrina para dirigir la conducta del ciudadano en la generalidad de los casos, uno de ellos sería el *Trust*¹⁰.

⁸ Londoño, Néstor Raúl, La obligatoriedad de los principios del derecho en el *Common Law* de los Estados Unidos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 36, pp. 55-68.

⁹ Cooper, H.H. *La relación contemporánea del Common Law con las convenciones, costumbres y constitución británica*. *De Derecho Público*, pp. 9-97. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i9.31874>

¹⁰ Rubano Lapasta, Mariela, ídem, pp. 74.

Trust es un concepto fundamental del derecho inglés y es la creación más importante de la *Equity*. Es un medio de protección de incapaces y la mujer casada en la liquidación de sucesiones, en las fundaciones y entidades de utilidad pública. En la actualidad está destinada a salvaguardar el patrimonio familiar; los bienes transferidos a *trustees* no están gravados, el requisito es que dicha transferencia se debe realizar tres años antes de acaecido el fallecimiento.

5. SISTEMA MIXTO DE PERÚ

La destacada jurista Marisol Peña¹¹ refiere que el Tribunal Constitucional de Perú, en sentencia de 10 de octubre de 2005, señaló que: *El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga*. En efecto, el precedente constitucional vincula al propio Tribunal Constitucional en el sentido de que, en sus decisiones futuras, se mantienen iguales o similares criterios de interpretación constitucional, otorgándole fuerza obligatoria.

El profesor Juan Carlos Díaz Colchado¹² en su texto nos señala que el Estado peruano tiene un ordenamiento jurídico reflejo de la familia del Derecho Civil, que se caracteriza por un acentuado formalismo legal, en el contexto de un Estado Constitucional resultado del llamado Constitucionalismo Democrático Contemporáneo.

Como consecuencia de la labor realizada por el Tribunal Constitucional se ha presentado un cierto malestar entre la ley¹³ y el precedente. En la práctica, en Perú hay un Tribunal o Corte Constitucional que tiene como fin defender la supremacía de la Constitución, y también un Tribunal Supremo que tiene por cometido interpretar la ley como última instancia de la jurisdicción ordinaria.

Asimismo, se han planteado conflictos de interpretación en la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del carácter vinculante de las sentencias de dicho Tribunal. Ello ha provocado una situación de malestar en materia de interpretación entre dicha Corte y lo resuelto por los tribunales nacionales peruanos.

Por lo expuesto, la vigencia de los tratados internacionales referentes a Derechos Humanos, ratificados y vigentes, ha dado nacimiento a una nueva rama del derecho,

¹¹ Peña Torres, Marisol (2006). El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa. *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 1, pp. 173-184.

¹² Díaz Colchado, Juan, *idem*, pp. 3-4.

¹³ El Código Procesal Constitucional, que fue aprobado en Perú con la Ley Nº 28.237, publicado el 31 de mayo de 2004; en este cuerpo normativo se incorpora el Artículo VII de su título preliminar. Luego la ley citada fue derogada por la Ley Nº 31.307, que aprueba el nuevo Código Procesal Constitucional, publicado el 23 de julio de 2021.

que es el llamado Derecho Internacional Humanitario. Ello implica la incorporación del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con efecto obligatorio en la jurisdicción nacional. En este sentido, es importante relevar el control de convencionalidad. Esta especie de control es realizada por el juez nacional, respecto de la conformidad de la norma interna a la norma internacional.

Un ejemplo práctico fue la tensión que se provocó entre la ley y el precedente constitucional, cuando la ley desconoce los criterios de interpretación esgrimidos por el Tribunal Constitucional.

En relación con este tema se cita la sentencia de libre desafiliación N° 1776-2004-PA/TC, Perú. En ella se esgrimían tres causales, siendo la debatida la causal c).

Se indicaba que, al momento de afiliarse, este (el afiliado) no hubiese contado con información suficiente; estableciendo de esta forma que los afiliados pudieran iniciar libremente un procedimiento de carácter administrativo ante la propia AFP con impugnación ante la Superintendencia de Banca y Seguro. Ello, porque se trataba de un derecho garantizado por la propia Constitución (Artículo 65), esto es, en la Carta Fundamental peruana.

Ante las expectativas de la ciudadanía, el Congreso aprobó la ley de Libre Desafiliación Informada (Ley N° 28.991), que reconoce la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional con la excepción de la situación de desafiliación de falta de información, lo que nos deja ante un nuevo caso en que aplica el precedente.

Es oportuno señalar que esta especie de control convencional puede tener su fuente en el Derecho Constitucional nacional solo en los casos en que la Constitución del Estado reconozca la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a la jurisdicción nacional, tal como lo establece el académico Gonzalo Aguilar Cavallo¹⁴.

En resumen, la obligación del control de convencionalidad tiene su fuente en el Derecho Internacional.

En este sentido, se destaca, en primer lugar, la imposibilidad de poder esgrimir impedimentos internos para no cumplir con las obligaciones derivadas del Derecho Internacional; y en segundo lugar, la labor de ajustar su ordenamiento jurídico interno al Derecho Internacional.

Finalmente, la clave de este proceso es garantizar por parte del Estado la plena vigencia de los Derechos Humanos consagrados en los tratados internacionales¹⁵,

¹⁴ Aguilar Cavallo, Gonzalo (2013). El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado, *Revista DIREITOGV18*, São Paulo, pp. 721 y 722.

¹⁵ En el caso de América Latina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la obligación de los Estados parte en la Convención Americana de Derechos Humanos de realizar un control de convencionalidad. En efecto, el control de convencionalidad sería el control que realiza el juez nacional en cuanto a la adaptación de la norma interna a la internacional. Criterio de interpretación reiterado en distintas sentencias. Ej. Caso Almonacid *vs.* Chile, año 2006. Caso Fontevecchi y D'Amico *vs.* Argentina, de 2011.

realizando el proceso de adaptar ambos ordenamientos jurídicos con el efecto vinculante de las sentencias.

6. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN MÉXICO

El autor¹⁶ señala que la primera objeción que surge en países romanistas, como México, contra el precedente judicial sería que corresponde al *Common Law*, cuyos jueces han tenido un papel creativo, a diferencia de las limitaciones que se han atribuido a los jueces mexicanos.

Considerando que el precedente es una parte significativa en la toma de decisiones legales y en el desarrollo en muchos países y tradiciones, la decisión en los casos particulares sigue siendo la regla de *stare decisis* y aunque haya diferencias entre los diversos ordenamientos y la vinculación a los precedentes. La aplicación del *Common Law* no ha sido uniforme en los países que siguen el precedente judicial vinculante. En efecto, en Estados Unidos, la aplicación del efecto vinculante horizontal significa que el tribunal emplea su propio precedente, no siendo principio rígido, a diferencia del caso de Inglaterra. En la actualidad mexicana, quizás se esté en presencia de los primeros pasos de una especie de “teoría general del precedente” que trascienda culturas jurídicas, separándose de la tradición neorromanista y aproximándose al *Common Law* en lo que el autor denomina “derecho intercultural”. Sin embargo, durante décadas ha variado la concepción mexicana de jurisprudencia, la que se entiende como un conjunto de precedentes judiciales, siendo tres las concepciones: la primera exegética, la segunda integradora y la tercera creativa.

Por ello abordaremos un problema en la sentencia ejecutoria, el precedente y tesis de la *ratio decidendi*, el *holding* y el *obiter dictum*.

En la mayoría de las sentencias se refleja un precedente con el concepto *ratio decidendi* y *obiter dictum*. Distinción que ha sido elaborada en el ámbito anglosajón y que tiene un papel destacado, sobre todo la *ratio decidendi* o razón de la decisión, que sirvió de base a los tribunales mexicanos de modo determinante. Se trata de la norma jurídica resultante de la interpretación judicial que reformula el texto legislativo para establecer, de manera abstracta, las consecuencias de los hechos particulares del caso. A su vez, a la *ratio*, que corresponde a la resolución judicial, se le atribuye un efecto vinculante que controlará la decisión interpretativa que se aplique en el futuro.

El autor señala que en Estados Unidos se prefiere utilizar el término *holding* para aludir a lo establecido o sostenido por el tribunal; y para Inglaterra, la locución *ratio decidendi*. A su juicio, sería tan solo una diferencia sutil para conocer de mejor forma

¹⁶ Sánchez Gil, Rubén, *Cuestiones Constitucionales*, N° 43, Ciudad de México, año 2020. pp. 377 a 417, DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2020.43.15189>.

la naturaleza del precedente. Interesante resulta que la determinación que realiza el tribunal para concretar su resolución se base en el *holding* y la *ratio decidendi* mediante la formulación abstracta y general, superponiendo ambos conceptos e incluso confundiéndonos, no considerando implícitamente que ambos se requieren mutuamente. Distinto es el caso del *obiter dictum*, que se trata de cualquier consideración en que no se haya determinado su resultado y, por tanto, no es vinculante.

En el caso mexicano, se puede concluir la utilización de ambos, principalmente lo que se explica en lo reportado en las *Tesis del Semanario*, cuyas decisiones se empleen en la práctica jurídica imperante, pues no tienen otra forma de conocer las decisiones de los jueces y referirlas. Acerca de esto último, el Pleno de la Corte Suprema señaló que las tesis que semanalmente publica el Semanario solo tendrían efectos publicitarios y que su redacción no constituye por sí misma un precedente judicial ni son necesarias para su existencia. La norma vigente destaca, también, el carácter divulgativo de las tesis y el papel constitutivo del precedente.

Por lo expuesto y como fundamento se cita el Artículo 221 de la Ley de Amparo, que señala que, de no haberse publicado tesis sistematizada, a efectos de poner en evidencia un precedente o un criterio vinculante jurisprudencial: *bastará que se acompañen copias certificadas de las Resoluciones correspondientes*. En la actualidad, es evidente que la jurisprudencia o el precedente no están subordinados a un acto formal de elaboración de la respectiva tesis, tampoco de su difusión oficial, debido a que son actos con un carácter meramente declarativos y sin ningún efecto constitutivo.

A saber, el 11 de marzo de 2021¹⁷ se publicó la última gran reforma constitucional al Poder Judicial de la Federación, que tuvo por finalidad efectuar cambios importantes a la estructura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal.

Se informó un aspecto relevante de la reforma, siendo esta la transición en la resolución de los asuntos para pasar del tradicional sistema de tesis a uno apoyado por el sistema de precedentes en el juicio de amparo. Esta doctrina constitucional permitirá que toda la estructura del Poder Judicial se vea compelida a llevar un seguimiento pulcro de los criterios adoptados tanto por las Salas como por el Pleno del Tribunal Constitucional, con independencia de la previsión contenida en el numeral 217 de la Ley de Amparo, aunando que el sistema de reiteración no desaparece. En efecto, los tribunales colegiados continuarán, es decir, concurren el sistema de tesis y el sistema de precedentes para el Tribunal Constitucional.

¹⁷ <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/el-precedente-y-el-futuro-desarrollo-de-la-doctrina-constitucional-de-la-suprema-corte-de>

7. OTROS PRECEDENTES, A MANERA DE REFERENCIA, BRASIL

Su sistema jurídico influido por el *Common Law*, es decir, por la práctica de seguir las decisiones judiciales anteriores, lleva a un proceso de adaptación al Derecho Civil.

A este respecto se destaca la *súmula vinculante*, que es una creación típicamente brasileña y muy distinta al *stare decisis*. Las *súmulas* no pueden ser confundidas con el precedente, pues su naturaleza jurídica, los métodos y los fundamentos son distintos.

Se trata de un derecho creado por medio de argumentos jurídicos surgidos en procesos judiciales, como resultado de la interpretación del derecho positivo.

Los enunciados de las *súmulas* son aplicados por el Supremo Tribunal Federal en materia constitucional y del superior tribunal de justicia en materia infraconstitucional. En la hipótesis de modificar la jurisprudencia emanada del Supremo Tribunal Federal y de los Tribunales Superiores o de la que emana del juicio de casos repetitivos, puede haber modificaciones a efectos de proteger el interés social, común y la seguridad jurídica.

En consecuencia, es oportuno destacar que las *súmulas* son reconocidas como orientación para la interpretación del derecho y de la sociedad en general; es necesario precisar que los precedentes no son equivalentes a las resoluciones judiciales para Brasil.

8. EL PRECEDENTE VINCULANTE Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

En esta instancia consideramos oportuno formular la siguiente interrogante: ¿Cuál sería la aplicación práctica del precedente vinculante en el derecho chileno?

Cuando el Tribunal Constitucional en su labor de control mantiene iguales o similares criterios de interpretación, está permitiendo la uniformidad de la jurisprudencia y, por esta razón, la certeza jurídica. El efecto vinculante se irradia a todos los órganos del Estado reforzando el principio de supremacía constitucional, el principio de clausura del derecho público y el de seguridad jurídica.

En ese sentido, resulta interesante citar la sentencia del 22 de julio de 1993, Rol N° 171, *sobre el proyecto de ley que creaba nuevos Juzgados de Policía Local*, en este caso el Tribunal Constitucional chileno resolvió mantener el mismo criterio de interpretación sostenido en fallos anteriores, esgrimiendo la razón de que: *ello crea certeza y seguridad jurídica, necesarias para todos aquellos a los que pueda interesar y/o afectar lo que este resuelva sobre el punto*¹⁸.

¹⁸ Peña Torres, Marisol (2006). El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa. *Estudios Constitucionales*, vol. 4, número 1, pp. 173-184.

En relación con el efecto vinculante de la sentencia, la académica Marisol Peña refiere para la legislación chilena: que el efecto vinculante de la declaración de inconstitucionalidad de la ley por parte del Tribunal Constitucional significa que los criterios de interpretación esgrimidos en las sentencias del citado tribunal se irradian a todos los órganos del Estado, incluyendo el órgano legislativo, ello expresa el efecto de cosa juzgada de lo resuelto por el Tribunal Constitucional¹⁹.

Si bien el Tribunal Constitucional no aplica expresamente el precedente vinculante, en reiteradas oportunidades cita iguales criterios de interpretación acaecidos en el pasado, en la sentencia Rol 11.230-2021, considerando 14º, acerca del *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del Artículo único, incisos decimosegundo, decimotercero y decimocuarto de la ley N° 21.330*, conocido como caso del Retiro 2, propuesta de un grupo de integrantes del Congreso Nacional, quienes formularon la petición de permitir a personas el retiro de sus fondos de la cuenta 2. Se materializó en la incorporación de disposiciones transitorias del texto constitucional. Para ello, *la presidencia del país sostuvo que el camino escogido por el Congreso infringía la Constitución, en sus Artículos 127, Artículo 19 N° 18 y el Artículo 65. En virtud de ello, afirma que tal exención o inmunidad jurisdiccional, no reconoce precedentes en el derecho público chileno*. Sin embargo, esto no pasa a ser más que una mera declaración, porque como ya se indicó anteriormente, el Tribunal Constitucional no aplica el precedente obligatorio, no obstante, en la práctica mantiene iguales o similares criterios de interpretación a nuevos casos.

La situación descrita refleja el principio de vinculación directa de los preceptos constitucionales de todos los órganos del Estado, conforme con el Artículo 6, inciso segundo, de la Constitución²⁰.

Siguiendo con los criterios de interpretación emanados de la jurisprudencia, se analizará parcialmente el Rol 13.035-2022, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional respecto de los Artículos 5º, inciso segundo; 10, inciso segundo, y 11, letras a) y c), de la Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública*.

¹⁹ Artículo 94 de la Constitución Política de la República.

²⁰ En el proceso de formación de la Ley Orgánica Constitucional del TC, en el ámbito de la Cámara de Diputados, se resolvió eliminar la norma que establecía la vinculación directa de los órganos del Estado con lo resuelto por el Tribunal, esgrimiendo la razón de que resultaba redundante con los Principios Generales de Derecho Público.

Como consecuencia de esta omisión se estaría afectando el Principio de Clausura del Derecho Público, reconocido en el Artículo 7, inciso 2º, de la Constitución. En el sentido de que esta norma no refleja la idea de las potestades implícitas a diferencia de otros casos del derecho comparado, en ese sentido se cita la Ley Orgánica del TC español, que expresa: “las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el efecto de cosa juzgada vinculante a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

En síntesis, afirma la parte requirente que la gestión pendiente que invoca se origina en la solicitud de información efectuada el 30 de mayo de 2021, por CentroVet, quienes solicitaban al Servicio Agrícola y Ganadero la información de productos veterinarios biológicos y antimicrobianos que se encontraban registrados para el uso de peces, salmónidos y otras especies, nombre del producto, compuestos, etc.

Resulta relevante para el caso concreto, el *II: Consideraciones previas en relación con el precedente* de ese tribunal, pues señala varios roles respecto del requerimiento en que solo se ha impugnado dicho precepto o bien, otra serie de roles en que declararon inaplicable lo solicitado. En especial lo estipulado en el 12°: *En relación con la jurisprudencia de este Tribunal sobre sus precedentes, algunas sentencias han explicitado que existe precedente vinculante; otras mencionan que existe un precedente aplicable pero que debe ser reemplazado; hay sentencias en que el voto de minoría cuestiona directa o indirectamente a la mayoría apartarse del precedente que se estima vinculante; existen casos en que busca actualizar uno anterior sin modificarlo...*²¹.

En vista de ello, el Tribunal sostuvo como criterio general que: *para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación con una materia determinada, ello crea la certeza y seguridad jurídica necesaria para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que este resuelva sobre el punto.*

En este mismo sentido, en materia internacional se obliga al Estado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

Los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades²².

²¹ García García, José Francisco (2018). Precedente horizontal *de facto* en el Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho Público*, número especial, pp. 247-262.

²² "PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA", publicada mediante Decreto N° 873, de 5 de enero de 1991. A saber:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En consecuencia, resulta relevante destacar la incorporación del llamado control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con efecto obligatorio en la jurisdicción nacional. En la práctica se han planteado conflictos de interpretación en la labor de la Corte Interamericana y los jueces nacionales.

En resumen, la obligación del control de convencionalidad tiene su fuente en el Derecho Internacional. En este sentido, se destaca: en primer lugar, la imposibilidad de poder esgrimir impedimentos internos para no cumplir con las obligaciones derivadas del Derecho Internacional; y, en segundo lugar, la labor de ajustar su ordenamiento jurídico interno al Derecho Internacional.

En síntesis, la clave de este proceso es garantizar por parte del Estado la plena vigencia de los Derechos Humanos consagrados en los tratados internacionales²³, realizando la integración entre ambos ordenamientos jurídicos con el efecto vinculante de las sentencias.

Asimismo, es oportuno citar el requerimiento de inconstitucional ante el Decreto Supremo número 3.214, del 2022, dictado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos por el que se otorgó el indulto presidencial.

Este requerimiento se interpuso junto con otros seis, ellos son roles número 13.964, 13.965, 13.968, 13.969, 13.970 y 13.971.

El órgano de control se pronunció por el rechazo de los seis requerimientos contra los respectivos decretos de indulto, por los aspectos políticos del acto y por ser una atribución exclusiva del Presidente de la República, y por esta razón, estar exentos de control judicial.

Efectivamente, es posible que puedan ser objeto de una fiscalización política o constitucional, debido al principio de separación de funciones jurídicas y del equilibrio y control recíproco que debe existir entre los órganos constitucionales.

El Tribunal esgrimió que no hay ausencia de fundamentación, los argumentos son suficientes. Asimismo, no hay desviación del fin del acto, el acto administrativo fue dictado en el marco de las atribuciones asignadas en la norma de manera exclusiva al Presidente de la República.

El Tribunal rechaza el requerimiento no porque el acto no carezca de falta de motivación, sino más bien porque el fin del indulto es una atribución exclusiva del jefe de Estado, que busca la paz social y la cohesión nacional y no hay arbitrariedad, los fundamentos son suficientes, es decir, no hay exceso o desviación de poder, fue

²³ En el caso de América Latina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la obligación de los Estados parte en la Convención Americana de Derechos Humanos de realizar un control de convencionalidad. En efecto, el control de convencionalidad sería el control que realiza el juez nacional en cuanto a la adaptación de la norma interna a la internacional. Criterio de interpretación reiterado en distintas sentencias. Ej. Caso Almonacid *vs.* Chile, año 2006. Caso Fontevecchi y D'Amico *vs.* Argentina, de 2011.

dictado con sujeción al principio de supremacía de la Constitución y de la separación de funciones jurídicas.

No obstante lo señalado, los argumentos en que se funda el voto disidente se basan en que el control de constitucionalidad no implica un examen político de los decretos impugnados, sino que se fundamenta en los vicios de constitucionalidad de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 93, inciso primero, número 16, de la Carta Fundamental, a saber, la falta de fundamentación y la desviación del fin debido a que invade atribuciones judiciales y la vulneración de la igualdad ante la ley, que prohíbe actos discriminatorios carentes de razonabilidad.

9. CONCLUSIONES

En esta instancia podemos subrayar las siguientes ideas centrales: el *Common Law* es el producto de la elaboración de los tribunales, consistente en dirimir litigios entre los particulares, como se señaló anteriormente.

A diferencia del Derecho Romano germánico, la norma jurídica tiene la característica de ser menos abstracta, es la norma que soluciona un proceso y no es una norma de conducta de carácter general destinada a producir efectos hacia el futuro.

El *Common Law* es una especie de Derecho Público (a diferencia del Derecho Romano, fundado en el Derecho Civil), en su origen relacionado con la jurisdicción real, esta se ejercía cuando estaban en juego los intereses del reino.

En el caso del *Common Law*, no es necesario consagrar expresamente la figura del precedente vinculante, a diferencia del derecho continental romanista que debe estar regulado expresamente en la norma constitucional o en las disposiciones legislativas. Hoy, la aplicación del precedente vinculante permite la plena vigencia de los principios constitucionales que iluminan todo el texto normativo, en especial el principio de supremacía constitucional, el de igualdad y el principio de separación de funciones jurídicas; ello representa un límite a las atribuciones de los Tribunales de Justicia y de todos los órganos del Estado.

El Derecho inglés es un Derecho Jurisprudencial, tanto el elaborado por los Tribunales de Westminster, como la *Equity* desarrollada por el Tribunal de la Cancillería. Como consecuencia, existe una Administración de Justicia centralizada y concentrada. Asimismo, el Derecho de Estados Unidos de Norteamérica es un Derecho Jurisprudencial, pero enriquecido por la Legislación.

Por estas circunstancias, el método jurídico está centrado en la figura del juez, a diferencia de lo que sucede en Europa continental, que se funda en la labor del teórico y del legislador.

Se argumenta en contra de la vigencia del precedente la regla establecida en el inciso segundo del artículo tercero del Código Civil chileno, referido al efecto

relativo de las sentencias, y se ha entendido este efecto relativo como un límite que el legislador impone a la fuerza normativa de las decisiones judiciales.

La vigencia del precedente no afecta el sistema de fuentes del Derecho Civil ni la independencia judicial. El seguimiento del precedente en el ámbito procesal civil y, en general, en todos los ámbitos procesales, incrementa la seguridad jurídica, aporta a la racionalidad de la interpretación y genera economía procesal.

Concluimos con la importancia del precedente vinculante como forma de tutela del valor constitucional de seguridad jurídica. La seguridad jurídica es una garantía general que obliga a todos y un medio de interpretación constitucional. Asimismo, se relaciona con la certeza jurídica, la estabilidad en las sentencias judiciales, respetando principios constitucionales fundamentales.

En consecuencia, resulta necesario vigorizar el rol cumplido por los jueces y atribuir a la jurisprudencia un valor obligatorio, con el fin de convertirse en un instrumento útil para los intérpretes del derecho. En efecto, se evitaría la dualidad de criterios respecto de una misma materia logrando coherencia, armonía en las decisiones judiciales, tutelando la plena vigencia de los derechos constitucionales. Cualquiera sea el sistema de fuentes del derecho, debemos tener presente que el núcleo esencial está representado por el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en el contexto de un Estado democrático y social de derecho. Ello refleja la protección de la dignidad humana, que es la base de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de Chile, siendo un límite en el ejercicio del poder político soberano del Estado, establecido en el Artículo 5° de la Constitución Política de la República.

REFERENCIAS

- AGUILAR CAVALLO, GONZALO (2013). El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado, *Revista DIREITOGV18*, São Paulo.
- COOPER, H.H. La relación contemporánea del *Common Law* con las convenciones, costumbres y Constitución británica. *Revista de Derecho Público*.
- DÍAZ COLCHADO, JUAN (2022). Fuentes del Derecho y Precedentes Constitucionales: Encuentros y desencuentros en el Sistema de justicia de Perú, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 58.
- GARCÍA GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO (2018). Precedente horizontal *de facto* en el Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho Público*, número especial.
- GONZÁLEZ, MANUEL (2005). Perspectiva de las jurisdicciones mixtas dentro del marco de los sistemas contemporáneos. *Quid Iuris*, ISSN-e 1870-5707.
- HART, H.L.A. (1980). *El concepto de Derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Editora Nacional. México.

LONDOÑO, NÉSTOR RAÚL. La obligatoriedad de los principios del derecho en el *Common Law* de Estados Unidos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 36.

MORINEAU, MARTA (2003). *Introducción al Sistema del Common Law*.

PEÑA TORRES, MARISOL (2006). El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa. *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 1.

RAMÍREZ FIGUEROA, JIM (2018). *Legal culture and legal transplants*. A propósito de la recepción del precedente vinculante y el sistema jurídico peruano.

RUBANO LAPASTA, MARIELA (2000). Sistema del *Common Law* en el Derecho inglés y el Derecho de Estados Unidos de América. *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 18, Universidad de la República Oriental del Uruguay.

SÁNCHEZ GIL, RUBÉN (2020). *Cuestiones Constitucionales*, Nº 43, Ciudad de México.

VON SAVIGNY, FRIEDRICH C. (1879). *Sistema de Derecho privado Romano II*. (Traducción de J. Mesía y Manuel Poley) Madrid, España.