

PRECEDENTE Y TEORÍAS DE  
INTERPRETACIÓN EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

*Sergio Verdugo Ramírez\**

*“The whole function of the doctrine [of stare decisis] is to make us say that what is false under proper analysis must nonetheless be held true, all in the interest of stability. It is a compromise of all philosophies of interpretation [...]”.*

*“La función de la doctrina [del stare decisis] consiste en hacernos decir que lo que es falso bajo un análisis apropiado, sin embargo debe ser sostenido verdadero, en interés de la estabilidad. Es un compromiso de todas las filosofías de la interpretación [...]”.*

ANTONIN SCALIA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. El debate sobre el precedente y las teorías de interpretación constitucional. II. El impacto de la interpretación constitucional en el desarrollo del precedente en EE.UU. A. 1. Originalismo y precedente. 2. Originalismo dogmático. a) El argumento del originalismo dogmático. b) Críticas al argumento originalista dogmático. 3. Originalismo pragmático. A. La Constitución viva y el precedente. III. ¿Hacia un sistema chileno de precedentes? IV. Conclusiones.

I. EL DEBATE SOBRE EL PRECEDENTE Y  
LAS TEORÍAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En Chile se ha discutido si la implementación de un sistema de precedente judicial podría fortalecer nuestro Estado de Derecho. Por una parte, se ha argumentado que dicho sistema podría mejorar los estándares de protección

---

\* Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica de Chile. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo (UDD). Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

Agradezco a Ignacio Covarrubias, director del Centro de Justicia Constitucional de la UDD, y a Nicolás Enteiche, profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la UDD, por sus valiosos comentarios.

Todas las traducciones de los textos originales en inglés fueron desarrolladas por el propio autor.

<sup>1</sup> SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1997, p. 139.

de la igualdad ante la ley y de la seguridad jurídica, además de prevenir que muchos eventuales conflictos se judicialicen<sup>2</sup>. Por otro lado, se ha dicho que nuestra tradición jurídica local es ajena al precedente, que le quitaría flexibilidad a la interpretación jurídica, y que el trasplante de esta foránea institución podría alterar y desnaturalizar nuestro régimen de fuentes, que aspira a generar seguridad jurídica mediante la existencia de normas jurídicas codificadas y de un sistema de interpretación judicial que persigue la lealtad de los jueces con los textos legales<sup>3</sup>. La existencia de una carrera judicial profesional, las técnicas de interpretación tradicionales y el sistema de casación serían suficientes para que nuestro sistema armonice el interés por preservar su tradición y, al mismo tiempo, entregue garantías de seguridad jurídica<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Entre otros autores nacionales que han valorado (total o parcialmente) el precedente con este tipo de razones, ver BORDALI, Andrés, “El Modelo Chileno de Jurisdicción Constitucional de las Libertades: Análisis en el Marco de los Valores de Seguridad Jurídica e Igualdad Constitucional”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 18, N° 1, 2005, pp. 89-117; NOGUEIRA, Humberto, “La Sentencia Constitucional en Chile: Aspectos Fundamentales sobre su Fuerza Vinculante”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, 2006, pp. 97-124, pp. 109-110 y pp. 115-119; ZAPATA, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, 623 pp., pp. 367-373; GARCÍA, J. y VERDUGO S., “Tribunal Constitucional, Certiorari y Precedente”, en CAZOR, K. y SALAS, C. (coord.), *Estudios Constitucionales*, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 419-482; VERDUGO, S. y GALLI, N., “El Precedente en el Tribunal Constitucional: ¿Doctrina Judicial o Compromiso con Votos Particulares?”, en TÓRTORA, Hugo (coord.), *Las Fuentes Formales del Derecho Público*, Editorial Metropolitana, en prensa.

<sup>3</sup> Ver un desarrollo de algunos de estos argumentos en PFEFFER, Emilio, “La Introducción del ‘Precedente’: un Cambio Revolucionario en Nuestra Cultura Jurídica”, *Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 1, 2006, pp. 185-194; VARAS, Paulino, “La institución del precedente anglosajón en el proyecto de ley adecuatoria de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional a la reforma de la Carta Fundamental de 26 de agosto de 2005”, en *Revista de Derecho Público*, Santiago, 2007, tomo I, pp. 431-444; VERDUGO, Mario, “Efectos Vinculantes de los Precedentes del Tribunal Constitucional en la Actividad de la Contraloría General de la República”, en *Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 1, 2006, pp. 223-231, pp. 229-231. ZÚNIGA, Francisco, “Sentencias del Tribunal Constitucional y el poder judicial. El valor del precedente”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 4 N° 1, 2006, pp. 151-172, p. 166.

<sup>4</sup> Sobre el precedente en la tradición chilena, ver el trabajo de ACCATINO, D., “El precedente judicial en la cultura jurídica chilena”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, N° 20, 2002. También se han hecho algunos estudios empíricos que evalúan la capacidad del sistema chileno para uniformar la jurisprudencia, como en COUSO, J. y MERA, J., “El Rol Uniformador de la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema. Estudio empírico”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 13, N° 1, 2007, pp. 315-392. Otro trabajo que ha sido influyente entre nosotros es el de LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César, “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 1, 2006, pp. 109-124.

Como puede observarse, los académicos se encuentran divididos y las propuestas de políticas públicas en materia judicial comienzan a tomar nota<sup>5</sup>. En el contexto de esta discusión, en otros trabajos ya me he referido a las ventajas de contar con un sistema de precedentes<sup>6</sup>, y he demostrado parcialmente que en el Tribunal Constitucional chileno (el “TC”) no existe un compromiso fuerte con la doctrina de *stare decisis*<sup>7</sup>. En esos artículos he sido partidario de la idea de que el sistema jurídico chileno se beneficiaría significativamente con el desarrollo de alguna forma de precedente judicial que promueva la uniformidad jurisprudencial, fortalezca la autoridad de la Corte Suprema, contribuya a hacer más predecibles las sentencias judiciales, y reduzca los excesivos niveles de judicialización que pueden observarse en ciertas áreas de nuestro ordenamiento jurídico. Después de todo, en las palabras de Robert H. Bork, en el “Derecho Constitucional [...] la estabilidad es una gran virtud. Los Gobiernos necesitan conocer sus poderes, y los ciudadanos necesitan conocer sus derechos; [y] las expectativas respecto de ambos no debieran ser alteradas con ligereza”<sup>8</sup>.

Existen, sin embargo, numerosos problemas asociados al precedente que no han sido suficientemente tratados por nuestra doctrina local, especialmente tratándose de las consecuencias que un sistema de *stare decisis* puede producir en el ámbito de la jurisprudencia constitucional. En este trabajo examinaré uno de estos problemas, el que se relaciona con la operatividad del control constitucional de las leyes (*judicial review*), la interpretación y

---

<sup>5</sup> Interesante resulta la discusión sobre el actual proyecto de Código Procesal Civil, que introduce una suerte de *certiorari* mediante el recurso extraordinario. El *certiorari* es una institución que ha funcionado bajo la lógica de una Corte Suprema que resuelve pocos pero importantes casos, con el objeto de consolidar ciertas doctrinas jurisprudenciales que todo el Poder Judicial debiera respetar. Ella se asocia con la existencia del precedente o, en el caso chileno, con la autoridad persuasiva que la Corte Suprema debiera tener. Otro debate interesante a propósito del *stare decisis*, se originó con ocasión de la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya que una norma contenida en el proyecto, que finalmente no prosperó, contenía la obligación para el Tribunal de explicar la razón de sus cambios jurisprudenciales. Ver una crítica a este aspecto del proyecto de ley en VARAS, P., ob. cit., pp. 431-444 y VERDUGO, M., ob. cit., pp. 230-231. Ver una respuesta en VERDUGO, S. y GALLI, N., ob. cit.

<sup>6</sup> GARCÍA, J. y VERDUGO S., ob. cit.

<sup>7</sup> VERDUGO, S. y GALLI, N., ob. cit.

<sup>8</sup> BORK, ROBERT H., *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Touchstone, New York, United States of America, 1991, 440 pp., p. 157.

aplicación de la Constitución y la manera en que nuestros actores observan y utilizan la Carta Fundamental.

A modo de hipótesis, argumentaré que una posible implementación de un sistema de precedentes podría producir un fuerte impacto en la manera en que interpretamos la Constitución, y alterar la forma en que entendemos su naturaleza. Asimismo, la manera en que interpretamos la Constitución debiera influir en la forma en que implementemos y entendamos dicho sistema de precedentes. No es lo mismo tener un acercamiento textualista u originalista que uno sistemático y finalista, ya que la selección de una técnica de interpretación por sobre otra alteraría el debate sobre una eventual aplicación *chilena* del *stare decisis*, modificando el marco teórico en el que dicha discusión debe situarse. En palabras de Gary Lawson, “[...] en el mundo constitucional, el precedente no puede ser tratado aparte de una teoría más general de interpretación. Uno no puede adoptar una teoría de la interpretación y luego simplemente agregar una teoría del precedente como guinda [*as icing*]”<sup>9</sup>.

Por lo anterior, y sin perjuicio de que mantengo mi posición favorable al *stare decisis*, sostendré que no es aconsejable introducir un sistema de precedente sin antes promover la existencia de una jurisprudencia constitucional madura y ampliamente aceptada en torno a la manera de interpretar la Constitución. De lo contrario, no sólo estaríamos importando una interesante institución foránea, sino que también estaríamos trasplantando problemas que ni siquiera el debate extranjero (especialmente el norteamericano) ha sido capaz de superar.

Es importante considerar que la aplicación de un *stare decisis*, con posibilidades de *distinguishing* y *overruling*<sup>10</sup>, tiende a quitar validez al argumento por el cual los jueces sólo aplican de manera neutral lo que otros (en especial

---

<sup>9</sup> LAWSON, Gary, “The Constitutional Case Against Precedent”, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 17, 1994, pp. 23-33, pp. 32-33.

<sup>10</sup> He decidido utilizar los anglicismos por no existir sinónimos muy precisos en español. *Distinguish* es “notar un significado factual, procedimental, o diferencia legal en un caso anterior, para minimizar el efecto del precedente o para mostrar que éste no puede aplicarse”. GARNER, BRYAN A. (editor in chief), *Black’s Law Dictionary*, Thomson West, 3ª edición, United States of America, 2006, p. 217. Por su parte, *overrule* es “2. Rechazar un precedente decidiendo expresamente que no debería continuar controlar el Derecho”. GARNER, B., *Black’s Law Dictionary*, ob. cit., p. 517.

el legislador) sostienen. Así, los jueces no podrán defenderse de las críticas frente a sus malas decisiones señalando que ellos se limitan a ejecutar lo dispuesto en una sentencia pasada, o en la letra de la Constitución, o en el sentido preferido por el origen de la disposición constitucional respectiva, sea del texto original o de una disposición introducida por una reforma constitucional. El precedente los obligará a ponderar si las razones entregadas en sentencias pasadas son aplicables o no al caso concreto, y a explicar si la regla jurisprudencial anterior es la mejor o, en su defecto, a construir y justificar la creación de una regla nueva. Con ello, la concepción que observa a los jueces como creadores parciales del Derecho tiene más sentido<sup>11</sup>, y la que reduce a los jueces a meros aplicadores profesionales de la ley pierde fuerza.

Además, debe hacerse presente que si se acepta el supuesto de que la utilización del precedente es un fenómeno creciente e inevitable en los países que siguen la tradición del derecho continental europeo, entonces el problema que trataré en este trabajo sería ineludible para los operadores del Derecho en general y del Derecho Constitucional en particular. Para quienes sostienen esta idea, no existiría una diferencia muy sustantiva entre los diversos sistemas legales, produciéndose una suerte de identificación parcial entre ellos<sup>12</sup>.

Sin embargo, lo anterior es más complejo. Aun si se aceptara que puede existir precedente judicial en algún sistema jurídico de tradición europea-

---

<sup>11</sup> Sin el precedente, “las cortes no estarían creando ninguna ‘ley’; ellas sólo estarían resolviendo la disputa particular que se les presenta. Es el requerimiento de que las cortes futuras adhieran al principio subyacente en una decisión judicial lo que causa que esa decisión sea una regla legal”. SCALIA, A., *A Matter of Interpretation*, ob. cit., p. 7.

<sup>12</sup> Por ejemplo, los famosos comparativistas Merryman y Pérez-Perdomo, han dicho que “No obstante que no existe una regla formal de *stare decisis* la práctica demuestra la influencia de los jueces, en virtud de sus decisiones pasadas”. “La verdad es que las cortes en los sistemas de tradición civil, no actúan de manera tan distinta respecto de las decisiones que han suscrito en comparación como lo hacen las Cortes de EE.UU. (...) la ausencia de una regla formal de *stare decisis* es relativamente intrascendente (...) todos saben que las cortes usan el precedente”. MERRYMAN, John Henry y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, 3ª edición, Stanford, California, 2007, p. 47. Ver también una interesante opinión sobre la penetración del *caselaw* en los países de tradición continental europea en SCHOENBERGER, Allen, “Change in the European Civil Law Systems: infiltration of the Anglo-American Case Law system of Precedent into the Civil Law System”, en *Loyola Law Review*, vol. 55, 2009, pp. 5-21; GARRO, Alejandro M., “Eficacia y Autoridad del Precedente Constitucional en América Latina: las Lecciones del Derecho Comparado”, en *Inter-American Law Review*, vol. 20:2, 1989, pp. 473-512.

continental<sup>13</sup>, no debería desconocerse que las familias legales tienen diferencias importantes en sus sistemas de fuentes, en su educación legal y en sus culturas judiciales, las que hacen que el *stare decisis* opere de manera diversa y que, de existir algún tipo de identificación entre los diversos ordenamientos jurídicos, este sería un proceso gradual<sup>14</sup>. Por lo anterior, si bien puede acogerse parcialmente la idea de que existe un intento sostenido por parte de los jueces de citar su propia jurisprudencia<sup>15</sup> y por parte del legislador al establecer mecanismos que fortalezcan el valor persuasivo de las sentencias de los tribunales superiores<sup>16</sup>, no podría afirmarse que la existencia de un supuesto precedente opere de la misma forma en las diversas tradiciones jurídicas.

Sin perjuicio de lo anterior, no se debe desconocer que en el Derecho Constitucional chileno existe un lenguaje del precedente que a estas alturas constituye un lugar común. En efecto, esta expresión ha sido comúnmente utilizada para explicar el valor vinculante de las sentencias interpretativas<sup>17</sup>, la obligación de otros órganos estatales de seguir las interpretaciones del TC y de este mismo tribunal por guardar la debida coherencia con sus sentencias pasadas<sup>18</sup>. También ha sido utilizada para caracterizar los efectos

<sup>13</sup> Existen casos de especies de precedentes en países que tienen una tradición no anglosajona. Ver, por ejemplo, el caso de China en ZHANG, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 3, 2009, pp. 467-503, p. 474; y el de Colombia en OLANO, Hernán, “Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011, pp. 395-428.

<sup>14</sup> Así lo han afirmado, por ejemplo, GLENDON, Mary Anne, CAROZZA, Paolo G. y PICKER, Colin B., *Comparative Legal Traditions*, Thomson West, 3ª edición, Estados Unidos, 2007, pp. 245-247.

<sup>15</sup> Esto parece muy frecuente en las sentencias del TC, aunque no con tanta consistencia. También ocurre en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, donde parece existir un desarrollo más maduro en el tratamiento del precedente administrativo.

<sup>16</sup> Ello ha ocurrido, por ejemplo, en el caso del recurso de unificación de jurisprudencia en materia laboral. Entre otros, ver ROMERO, Alejandro, “La Discriminación Judicial como Nuevo Error Decisorio Litis en el Proceso Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 2, 2011, pp. 339-348.

<sup>17</sup> NOGUEIRA, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2006, 413 pp., pp. 172-173.

<sup>18</sup> PEÑA, Marisol, “El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa”, en *Revista Estudios Constitucionales*. Año 4 N° 1, 2006, pp. 173-184; FERMANDOIS, Arturo, “Efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional: ¿mito o realidad?”, en ZÚÑIGA, Francisco (coord.) *Reforma Constitucional*, LexisNexis,

expansivos de ciertas sentencias de inconstitucionalidad del TC<sup>19</sup> e incluso ha sido identificado en la propia jurisprudencia del TC<sup>20</sup>.

Volviendo a la hipótesis de este trabajo, para demostrar que la existencia del precedente altera la manera en que visualizamos la Constitución (lo que influye en las teorías de interpretación constitucional respectivas), es apropiado desarrollar un doble ejercicio. En primer lugar, analizar la discusión de algún sistema legal foráneo donde exista precedente y, al mismo tiempo, una Carta Fundamental justiciable que sirva de parámetro para evaluar la legitimidad del resto del Derecho positivo. Este punto serviría de partida para extraer lecciones que permitan predecir parcialmente los problemas futuros que se desarrollarían si es que en Chile se aprobara un sistema formal de *stare decisis*, para lo que es necesario tomar en cuenta las diferencias elementales entre una tradición jurídica y otra. En segundo lugar, sería útil examinar si el supuesto fenómeno del desarrollo espontáneo del precedente en nuestro sistema (al que ya aludí brevemente), independiente de su reconocimiento formal, podría tener algún nivel de impacto por sí solo en la manera de ver nuestra Constitución.

En ambos casos, se trata de cuestiones complejas que, por sí solas, ameritan una revisión profunda. En este trabajo sólo abordaré el primero de los ejercicios propuestos, para lo que revisaré una discusión existente en EE.UU. Se trata de un sistema legal que cuenta con un régimen de precedentes y con una Constitución breve y justiciable. Su sistema jurídico es muy diferente al nuestro, razón por la cual un debate como el que se experimenta en el mismo no podría ser completamente equivalente al que se desarrollaría en nuestro país de establecerse el *stare decisis*. Sin embargo, hay ciertas cuestiones que pueden ser de utilidad si se consideran las diferencias del caso, como se verá.

A continuación (II), describiré la discusión norteamericana en relación con el vínculo existente entre la obligación de respetar el precedente y la manera

---

**Continuación nota <sup>18</sup>**

Santiago, 2005, pp. 685-696; ZÚÑIGA, FRANCISCO, ob. cit.; NOGUEIRA, Humberto, "La Sentencia Constitucional en Chile: Aspectos Fundamentales sobre su Fuerza Vinculante", ob. cit.

<sup>19</sup> VERDUGO, M., ob. cit., p. 229.

<sup>20</sup> Ver un buen ejemplo de lo anterior en ZAPATA, P., *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, ob. cit., pp. 373-380.

de observar la Constitución. En seguida (III), examinaré la manera en que este debate podría tener algún asidero en el Derecho Constitucional chileno. Finalmente (IV), concluiré constatando la veracidad de la hipótesis.

## II. EL IMPACTO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL DESARROLLO DEL PRECEDENTE-EN EE.UU.

El debate sobre el correcto entendimiento de la Constitución norteamericana tiene diversos ángulos de aproximación. En lo que se refiere a las teorías de la interpretación constitucional (y sin perjuicio de sus innumerables variaciones), es posible distinguir dos grandes grupos de autores: en primer lugar, aquellos que defienden el originalismo como modo de aproximación constitucional, para quienes el texto del documento constitucional y el sentido original del mismo son los elementos hermenéuticos más relevantes<sup>21</sup>; y, en segundo lugar, aquellos que creen que la Constitución es un documento “vivo” que puede actualizarse judicialmente de acuerdo a la evolución social (la actualmente denominada *living constitution*)<sup>22</sup>.

Si bien el originalismo suele asociarse con tendencias más conservadoras<sup>23</sup>, existen excepciones donde liberales se han declarado originalistas,

<sup>21</sup> Entre otros importantes autores, ver SCALIA, Antonin, “Originalism: The Lesser Evil”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57, 1989, pp. 849-866; SCALIA, A., *A Matter of Interpretation*, ob. cit.; BORK, R., ob. cit.; CALABRESSI, Steven G., *Originalism. A Quarter-Century of Debate*, The Federalist Society, Washington DC, United States of America, 2007, 360 pp.; WHITTINGTON, Keith E., *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, University Press of Kansas, 2009, 299 pp.; BALKIN, Jack M., *Living Originalism*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2011, 474 pp.

<sup>22</sup> Sobre estas teorías, ver un par de ejemplos influyentes en la doctrina constitucional actual: ACKERMAN, Bruce, “The Living Constitution”, en *Harvard Law Review*, 2007, vol. 120, pp. 1737-1812; STRAUSS, David A. *The Living Constitution*, Oxford University Press, New York, United States of America, 2010, 150 pp.

<sup>23</sup> No hay que olvidar que la generación de los “gigantes del conservadurismo legal –incluyendo nombres como Berger, Bickel y Bork– nacieron bajo la sombra de la Corte Warren” LAWSON, Gary, “Conservative or Constitutionalist?”, en *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 1, 2002-2003, pp. 81-84, p. 82. Esta generación de originalistas conservadores fue, de alguna manera, producto de una reacción al activismo judicial de la izquierda jurídica norteamericana. El originalismo era una demanda para intentar disciplinar a los jueces con posiciones conservadoras y para quitar legitimidad jurídica y constitucional a los precedentes liberales de dicha Corte Warren.

al menos en alguna variante de esta doctrina<sup>24</sup>. Por otro lado, si bien la *living constitution* se relaciona con posiciones más progresistas, liberales o revisionistas, nada obsta a que ellas puedan eventualmente ser utilizadas por conservadores. Por lo anterior, Gary Lawson distingue entre “conservadores culturales y políticos”, y “conservadores legales”<sup>25</sup>. Sin perjuicio de que estas teorías anotan la existencia de matices y tendencias diversas, parece existir consenso en que ellas pueden clasificarse en estos dos grandes grupos.

Cualquiera sea la teoría que se adopte, ellas tienen un impacto en la manera en que los jueces tratan el precedente. Por un lado, podría decirse que el originalismo es contrario a éste si la sentencia en la cual se basa contradice el sentido original de la Constitución, por lo que jueces originalistas no se debieran sentir vinculados por el *stare decisis* en materia de Derecho Constitucional. Por otro lado, podría argumentarse que las teorías que le asignan algún grado de obligatoriedad jurídica a los valores que la sociedad va aceptando paulatinamente, preferirían utilizar elementos de interpretación más asociados con la estructura actual del sistema constitucional, que con el viejo documento de la Constitución. En ambos casos, la consecuencia sería la falta de una completa y ciega disciplina al precedente. Por ello, y como veremos, casi nadie está de acuerdo en la construcción de un precedente horizontal demasiado rígido, que no entregue posibilidades de revisión por la vía del *distinguishing* o del *overruling*.

En esta sección profundizaré estas ideas revisando lo que han dicho algunos de los principales intelectuales norteamericanos. Como podrá advertirse, cualquiera sea la escuela a la que uno pertenezca, y asumiendo la premisa de que sea necesario mantener la coherencia respecto de alguna de ellas, las teorías sobre *stare decisis* se verán enfrentadas a algunos problemas judicialmente ineludibles.

De acuerdo a lo indicado, entonces, existen dos discusiones que debemos distinguir: (A) la relativa a la compatibilidad entre originalismo y preceden-

---

<sup>24</sup> Un ejemplo de un liberal originalista es Jack Balkin. Ver BALKIN, J., *Living Originalism*, ob. cit.

<sup>25</sup> Gary Lawson ejemplifica con el juez y académico Richard Posner, quien sería un conservador cultural o político, pero no un conservador en términos legales. LAWSON, G., “Conservative or Constitutionalist?”, ob. cit., p. 81.

te, y (B), aquella que cuestiona la capacidad de las teorías de la evolución constitucional para respetar el *stare decisis*.

### A. Originalismo y precedente

Existen dos grupos de autores que han intentado demostrar que el precedente es incompatible con el sentido original de la Constitución. Por un lado, encontramos a originalistas<sup>26</sup> y, por otro, encontramos a autores contrarios (o al menos escépticos) del originalismo<sup>27</sup>. Por ello, la crítica puede ser interna o externa. Sin embargo, quienes han defendido la compatibilidad entre el originalismo y el precedente son, en general, originalistas<sup>28</sup>. Estos últimos, como se verá, pertenecen a una posición pragmática del originalismo (2), mientras los primeros (especialmente Gary Lawson) forman parte de una tendencia más dogmática (1), donde hay menos espacio para la discusión. Comencemos con el análisis de esta última.

#### 1. Originalismo dogmático

Entenderé por originalista dogmático aquel que pretende interpretar la Constitución utilizando el sentido original sin dar espacio alguno al precedente. Para el originalista dogmático, la exigencia de respetar el precedente es, derechamente, inconstitucional. Por eso, este tipo de autores sólo aceptarán su existencia en casos donde no sea necesario interpretar la Constitución.

---

<sup>26</sup> LAWSON, Gary, "The Constitutional Case Against Precedent", ob. cit.; LAWSON, Gary, "Mostly Unconstitutional: The Case Against Precedent Revisited", en *Ave Maria Law Review*, vol. 5, 2007, pp. 1-22.

<sup>27</sup> STRAUSS, David A., "Originalism, Precedent, and Candor", en *Constitutional Commentary*, vol. 22, 2005, pp. 299-309; FRIED, Charles, "Reply to Lawson", en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 17, 1994, pp. 35-38; SCHAUER, Frederick, "Precedent and the Necessary Externality of Constitutional Norms", en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 17, 1994, pp. 45-55.

<sup>28</sup> SCALIA, A., *A Matter of Interpretation*, ob. cit.; BORK, R. ob. cit.; MCGINNIS, John O. y RAPPAPORT, Michael B., "Reconciling Originalism and Precedent", en *Northwestern University Law Review*, vol. 103, 2009, pp. 803-855; MCGINNIS, John O. y RAPPAPORT, Michael B., "Originalism and Precedent", en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 34, 2011, pp. 121-127; BARNETT, Randy E., "Trumping Precedent with Original Meaning: Not as Radical as it Sounds", en *Constitutional Commentary*, vol. 22, 2005, pp. 257-270.

En este apartado, profundizaré el argumento del originalismo dogmático (a) y luego me referiré a sus principales críticas (b).

*a. El argumento del originalismo dogmático*

Probablemente, el originalista dogmático más importante es Gary Lawson<sup>29</sup>, quien comienza con una idea provocadora: “La autoridad del precedente es un postulado de nuestro sistema legal. Es incontrovertido. Es cálido y borroso [*warm and fuzzy*]. Y, en alguna de su más familiar aplicación, es *inconstitucional*”<sup>30</sup>. Para Lawson, la inconstitucionalidad se produce cuando las cortes federales utilizan el *stare decisis* horizontal en casos donde exista la necesidad jurídica de interpretar la Constitución<sup>31</sup>. En estos casos, las doctrinas contenidas en sentencias anteriores sólo pueden gozar de autoridad persuasiva, pero no vinculante<sup>32</sup>.

El argumento de Lawson parece contundente: “Si la Constitución dice *X* y una decisión judicial precedente dice *Y*, la corte no sólo tiene el mero poder, sino la obligación, de preferir la Constitución”<sup>33</sup>. Por esta misma razón, agrega, las cortes deben preferir el sentido real de la Carta Fundamental y no el que el legislador o el Presidente le asignen. Si las cortes tienen el poder de preferir el sentido de la Constitución por sobre estos otros, entonces nada la limita a estar obligada a aceptar la interpretación dada en una sentencia anterior.

Así, para el originalismo dogmático no existe la obligación constitucional de seguir un precedente, ni en el texto constitucional ni en su sentido original<sup>34</sup>. Para ello, Lawson parte (y debe partir) del supuesto de que la Constitución tiene, al menos en principio, un sentido objetivo y compro-

---

<sup>29</sup> LAWSON, Gary, “The Constitutional Case Against Precedent”, ob. cit.; LAWSON, G., “Mostly Unconstitutional: The Case Against Precedent Revisited”, ob. cit.

<sup>30</sup> LAWSON, G., “The Constitutional Case Against Precedent”, ob. cit., p. 24.

<sup>31</sup> Entonces, su argumento no resulta aplicable a la obligación de las cortes inferiores de seguir las doctrinas de las cortes superiores.

<sup>32</sup> LAWSON, G., “The Constitutional Case Against Precedent”, ob. cit., pp. 24-25.

<sup>33</sup> LAWSON, G., “The Constitutional Case Against Precedent”, ob. cit., pp. 27-28.

<sup>34</sup> LAWSON, G., “The Constitutional Case Against Precedent”, ob. cit., pp. 29-30.

bable, cuestión ciertamente difícil de lograr en todas las materias donde la Carta Fundamental tiene algo que decir. Sin embargo, la existencia de casos donde resulte difícil determinar el correcto sentido de la Constitución no elimina el razonamiento contra el precedente, sino que solamente altera su extensión, ya que el *stare decisis* seguirá siendo inconstitucional en aquellas materias donde el verdadero sentido real de la Carta Fundamental entregue una respuesta comprobable<sup>35</sup>.

Es importante hacer ver que el argumento de Lawson contra el precedente en materias constitucionales podría ser defendido no sólo por originalistas (aunque en los hechos así lo sea), sino que por cualquier persona que crea que la Constitución tiene un sentido objetivo<sup>36</sup>.

Años después del artículo de Lawson, y frente a las numerosas críticas que recibió<sup>37</sup>, este autor moderaría ligeramente su posición, haciéndola algo menos dogmática. Para su primer trabajo, la corte “nunca” (*never*) debía elegir la utilización del precedente por sobre la examinación directa del verdadero significado constitucional. Para su más reciente artículo, sin embargo, la corte debería seguir el *stare decisis* “casi nunca” (*mostly never*)<sup>38</sup>. La Constitución permite, para Lawson, el uso del precedente en casos constitucionales sólo si éste (el precedente) es la mejor evidencia disponible de la respuesta constitucional correcta<sup>39</sup>, con lo que se le asigna algún valor al *stare decisis*. Sin embargo, el núcleo esencial del argumento no fue modificado, por lo que la mayoría de las críticas al mismo siguen siendo aplicables. Examinemos estas críticas.

---

<sup>35</sup> LAWSON, G., “The Constitutional Case Against Precedent”, ob. cit., p. 31.

<sup>36</sup> LAWSON, G., “The Constitutional Case Against Precedent”, ob. cit., p. 32.

<sup>37</sup> A modo de ejemplo, ver las críticas más tempranas: FRIED, Charles, “Reply to Lawson”, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 17, 1994, pp. 35-38; AMAR, Akhil Reed, “On Lawson on Precedent”, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 17, 1994, pp. 39-44; SCHAUER, F., “Precedent and the Necessary Externality of Constitutional Norms”, ob. cit.

<sup>38</sup> LAWSON, G., “Mostly Unconstitutional: The Case Against Precedent Revisited”, ob. cit., pp. 3-4.

<sup>39</sup> Frente a ello, Lawson propone un sistema para determinar si la decisión judicial que contiene el precedente específico es o no una buena evidencia de la mejor respuesta constitucional. LAWSON, G., “Mostly Unconstitutional: The Case Against Precedent Revisited”, ob. cit., pp. 13-22.

*b. Críticas al argumento originalista dogmático*

La primera gran crítica es más bien una crítica al modo de interpretar la Constitución. De esta manera, por ejemplo, Frederick Schauer sostiene que la validez del raciocinio de los originalistas depende de si la Constitución entrega o no sus propias reglas de interpretación, lo que considera imposible<sup>40</sup>. El texto constitucional, al no proporcionar los recursos necesarios para interpretarla<sup>41</sup>, es insuficiente para entregar las respuestas que los jueces deben asumir, frente a lo cual se deberán buscar estos recursos en otras fuentes.

Por su parte, Charles Fried indica que para atacar el *stare decisis* desde la perspectiva de la teoría de la interpretación (como lo hace Lawson), hay que distinguir previamente qué tipo de precedente se quiere abordar<sup>42</sup>. La Corte Suprema norteamericana nunca ha abordado el precedente de la manera en que Lawson presenta su crítica, ya que ella siempre ha aceptado que tiene poder para revisar, alterar o abandonar decisiones pasadas. En este sentido, el argumento de Lawson tendría más asidero respecto del antiguo *stare decisis* británico, pero no respecto de la Corte Suprema norteamericana<sup>43</sup>. También, Fried señala que es necesario que las cortes construyan doctrinas para enfrentar las distintas materias que les corresponde resolver. No es posible, afirma, resolver estos casos sin la elaboración de dicha doctrina<sup>44</sup>. En “derecho constitucional, la doctrina y el precedente son sólo diferentes nombres para la misma cuestión”<sup>45</sup>, con lo que se implica que este último juega un rol necesario en materias constitucionales.

Otro autor importante que ha escrito contra el originalismo es Strauss, quien hace una suerte de caricatura. Para él, los originalistas dicen implementar las decisiones que otros hicieron (el constituyente original, los *framers*) y, con ello, pretenden defender la idea de que el intérprete no debería realizar

---

<sup>40</sup> SCHAUER, F., ob. cit., pp. 54-55.

<sup>41</sup> SCHAUER, F., ob. cit., pp. 45-46.

<sup>42</sup> FRIED, C., ob. cit., p. 36.

<sup>43</sup> FRIED, C., ob. cit., p. 37.

<sup>44</sup> FRIED, C., ob. cit., p. 38.

<sup>45</sup> FRIED, C., ob. cit., p. 38.

juicios morales o políticos<sup>46</sup>, lo que sería falso<sup>47</sup>. Strauss desafía la noción de que sea posible que las influencias externas al Derecho sean anuladas, por lo que ataca al originalismo oponiéndolo a algunas de las virtudes que un sistema de precedentes judiciales puede entregar. En ambos casos habrá influencias externas, pero al menos en el *stare decisis* es posible confesar que ellas existen de un modo que el originalismo no podría aceptar<sup>48</sup>. De allí que el uso del precedente sea más honesto.

La crítica de Strauss, al igual que Schauer y Fried, en realidad son críticas contra el originalismo en sí. En general, ellos acusan que éste tiene problemas prácticos insalvables, ya que los materiales que permiten investigar el sentido original de la Constitución son “dispersos, vagos, contradictorios”, poco claros; y aunque estos problemas se puedan superar, el originalismo seguiría respondiendo a una cultura obsoleta y muy diferente de la actual. Todos estos problemas hacen inevitable que los juicios personales influyan incluso al intérprete de buena fe, esto es, a aquel que busca imparcialmente el verdadero significado de una disposición constitucional<sup>49</sup>. Cuando se estudia historia, existe la innegable tendencia a concluir aquello que uno quiere ver<sup>50</sup>. Por el contrario, el sistema de precedentes permite la posibilidad de elegir la mejor respuesta moral o política sólo en aquellos casos en que sea posible apartarse o reinterpretar las reglas jurisprudenciales disponibles<sup>51</sup>.

En suma, cuando los originalistas insisten en que ellos no utilizan sus visiones propias, sino las de otros, se enfrentan al menos a dos problemas: ello probablemente no es cierto, y teóricamente impide construir un debate con las ideas precisas de moral y política que están en juego en el conflicto jurisdiccional.

---

<sup>46</sup> Por el contrario, una aproximación basada en el precedente supone que el intérprete esté influenciado por juicios sobre moral, política y justicia. STRAUSS, D., “Originalism, Precedent, and Candor”, ob. cit., p. 300.

<sup>47</sup> STRAUSS, D., “Originalism, Precedent, and Candor”, ob. cit., pp. 299-309.

<sup>48</sup> STRAUSS, D., “Originalism, Precedent, and Candor”, ob. cit., p. 301.

<sup>49</sup> STRAUSS, D., “Originalism, Precedent, and Candor”, ob. cit., p. 302.

<sup>50</sup> STRAUSS, D., “Originalism, Precedent, and Candor”, ob. cit., p. 303.

<sup>51</sup> STRAUSS, D., “Originalism, Precedent, and Candor”, ob. cit., p. 306.

Sin embargo, la crítica de Strauss y de otros suponen una versión limitada del originalismo, razón por la cual autores como Randy Barnett han hecho notar que el originalismo ha evolucionado, con lo que los críticos debieran tomar nota y hacerse cargo de la *mejor* versión del mismo. Así, Barnett señala que el originalismo se ha transformado, pasando de la “preocupación por las intenciones originales de los *framers* a poner un énfasis en el sentido público original del texto al momento de su promulgación”<sup>52</sup>. De acuerdo a esta evolución, ya no sería necesario investigar la supuesta única intención original dentro de las controvertidas opiniones subjetivas de los *framers*. La posición correcta trataría de buscar el sentido único *público* de ese momento<sup>53</sup>. Con ello, los problemas de falta de precisión descritos más arriba serían superados a lo menos parcialmente.

Lo anterior permite a Barnett reconstruir la tesis originalista: “Aceptar que el precedente judicial puede triunfar sobre el sentido original pone a los jueces sobre la Constitución que ellos deberían seguir, y no crear”<sup>54</sup>. En los casos en que haya oposición entre precedente y sentido original, debiera preferirse este último. Sin embargo, esto trae problemas, ya que (i) se podría sacrificar la garantía de tratar los casos similares de manera igual, (ii) se vulneraría el valor de la estabilidad del Estado de Derecho, y (iii) se podría producir el rechazo de importantes precedentes que ya forman parte de la tradición constitucional norteamericana<sup>55</sup>. Con todo, esto último puede ser contestado por los originalistas argumentando que casos importantes que aparentemente modificaron aberrantes doctrinas antiguas<sup>56</sup>, en realidad, siempre fueron compatibles con el sentido original de la Constitución.

En síntesis, Barnett cree que el originalismo deja mucho espacio para la aplicación el precedente, ya que no es incompatible con el sentido público

---

<sup>52</sup> BARNETT, R., ob. cit., pp. 257-270.

<sup>53</sup> BARNETT, R., ob. cit., p. 258.

<sup>54</sup> BARNETT, R., ob. cit., p. 259.

<sup>55</sup> BARNETT, R., ob. cit., pp. 259-260.

<sup>56</sup> Barnett pone como ejemplo a *Brown v. Board of Education*, que fue determinante para terminar con la segregación racial, sentar las bases del principio moderno de igualdad y derrotar la doctrina de “separados pero iguales” (*separate but equal*). *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

original en aquellos casos que no sean constitucionales; en materias donde no haya interpretación, sino construcción de reglas sobre la base de cláusulas amplias y abstractas; la existencia de una presunción de que la sentencia que sirve de antecedente interpretó de manera adecuada el sentido original; y, tal vez, el precedente también podría jugar un rol importante en casos donde el sentido original es ambiguo<sup>57</sup>. Estas ideas, como podrá apreciarse, convierten a Barnett en un originalista pragmático, con lo que, en definitiva, debiera terminar separándose de Lawson.

Por otra parte, Akhil R. Amar dice que el argumento de Lawson es “perverso”<sup>58</sup> y, aunque no comparte su tesis, encuentra una debilidad en las eventuales respuestas a ella (con lo que, en definitiva, la opinión de Amar favorece parcialmente la posición de Lawson): esas respuestas podrían llevar a pensar que el precedente deba ser siempre (*always*) seguido. Sin embargo, una respuesta equilibrada debiera posicionarse en un punto medio, donde se le entregue al *stare decisis* algún valor jurídico que no sea absoluto. Lo importante, entonces, es evitar el extremo de decir que el precedente carezca completamente de valor (*zero weight*) y, por otro, de sostener que el mismo debe seguirse siempre<sup>59</sup>.

Esta posición parece razonable y, en todo caso (como se verá), ella no es muy lejana a las teorías que los originalistas pragmáticos han elaborado para reconstruir esta doctrina frente a la idea de que ésta es contraria a un sistema de precedente. Sin embargo, la posición de Amar trae problemas difíciles de superar, como la imprecisión de criterios para seleccionar el tipo de conflictos jurídico-constitucionales que admiten la relativización del *stare decisis*.

Por otra parte, y como puede advertirse, es fácil encontrar debilidades en el argumento del originalismo dogmático, razón por la cual la mayoría de los originalistas (como se verá en el apartado siguiente) parecen suscribir una tesis pragmática.

---

<sup>57</sup> BARNETT, R., ob. cit., p. 269.

<sup>58</sup> AMAR, A., ob. cit., p. 40.

<sup>59</sup> AMAR, A., ob. cit., p. 43.

### 1. Originalismo pragmático

El originalismo pragmático intenta conciliar la idea del *stare decisis* con la utilización judicial del sentido original de la Constitución. De esta manera, se realiza un intento por mantener los valores de ambas cuestiones en armonía y responder a algunas de las críticas desarrolladas en el apartado anterior. Aunque entre los originalistas pragmáticos hay bastantes diferencias, todos ellos coinciden con una idea central: el precedente tiene algún valor en el sistema jurídico, aunque no se trata de un valor absoluto (no podría serlo) ni de una definición que pueda aclarar los alcances del uso del precedente en el universo completo de materias constitucionales.

Antonin Scalia, por ejemplo, cree que la confrontación entre el originalismo y el *stare decisis* es común en todas las teorías de interpretación, y no sería un problema exclusivo de una manera particular de interpretarla. El desafío, entonces, no es desechar las teorías específicas, sino que acomodarlas con la doctrina del precedente<sup>60</sup>. Por ello, en definitiva, Scalia reconoce que el *stare decisis* no es parte de su filosofía originalista, sino que es una pragmática excepción a ella, donde puede decidir que lo falso puede ser sostenido como verdadero<sup>61</sup> y, de esta manera, superar los problemas prácticos que traería desconocer el precedente. Lo anterior ha sido criticado por Laurence Tribe, ya que el resultado práctico de las palabras de Scalia conducirían a aceptar alguna versión reducida y relativista del *stare decisis*, que implicaría un uso selectivo de las fuentes jurisprudenciales, donde sólo tendrían autoridad algunas sentencias y otras no<sup>62</sup>, cuestión que no parece coherente con una jurisprudencia consistente. Volveré sobre este punto más adelante.

Por otra parte, existen originalistas pragmáticos más sofisticados y moderados. Uno de ellos es Robert Bork, quien señala que “[s]ostener que las cortes pasadas han permitido o iniciado deformaciones de la Constitución no es suficiente para constituir el mandato de que las cortes presentes y futuras

---

<sup>60</sup> SCALIA, A., *A Matter of Interpretation*, ob. cit., pp. 138-139.

<sup>61</sup> SCALIA, A., *A Matter of Interpretation*, ob. cit., pp. 139-140.

<sup>62</sup> TRIBE, Laurence H., “Comment”, en SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1997, pp. 65-94.

deban hacer lo mismo”<sup>63</sup>. Frente a la pregunta relativa a qué deben hacer los jueces, Bork responde que deberían abstenerse de seguir deformando la Constitución y que, al mismo tiempo, tampoco deberían intentar deshacer los errores del pasado<sup>64</sup>. Por lo anterior, el originalismo debe tener alguna idea que permita precisar los casos en que el juez deba estar vinculado por decisiones judiciales anteriores<sup>65</sup>. Luego, Bork reconoce que no existe una teoría muy consistente que explique cuándo los precedentes deben seguirse y cuándo no<sup>66</sup>.

Hay casos (y en esto Scalia opina parecido) en que el juez debe seguir un precedente erróneo, porque existen fuertes razones para que lo haga. En otras palabras, aunque se sepa que el sentido original es contrario a la regla jurisprudencial que debería aplicarse, debiera prevalecer esta última por haber sido incluida en la “vida de la nación, aceptada en la sociedad, fundamental para las expectativas públicas y privadas de individuos e instituciones, que ese resultado no debería ser modificado ahora”<sup>67</sup>. De esta manera, si el papel moneda no fue considerado en la estructura original del sistema constitucional norteamericano, eso no es razón suficiente para declararlo inconstitucional hoy día. Es demasiado tarde para ello. Lo anterior no sucedería, por ejemplo, respecto de precedentes que han sido ampliamente rechazados, como ocurre con la regla jurisprudencial que reconoce el derecho de la mujer a abortar su embarazo<sup>68</sup>.

Así, para Bork el precedente tiene un valor relevante, aunque no absoluto. En efecto, este autor también opina que a veces no es aconsejable seguir el principio jurídico de una mala sentencia, aun cuando dicho principio esté aceptado ampliamente en la sociedad. Por ejemplo, si la jurisprudencia de la Corte ha expandido las atribuciones del Congreso Federal (lo que ha sucedido con el *commerce clause*, el *taxing* y el *spending powers*), ello

---

<sup>63</sup> BORK, R., ob. cit., p. 155.

<sup>64</sup> Para el autor, la Constitución no dice nada sobre el precedente, aunque se ha entendido que el art. III, al referirse al poder jurisdiccional, implícitamente habría aceptado en algún nivel el carácter vinculante de decisiones pasadas. BORK, R., ob. cit., p. 157.

<sup>65</sup> BORK, R., ob. cit., p. 155.

<sup>66</sup> BORK, R., ob. cit., p. 157.

<sup>67</sup> BORK, R., ob. cit., p. 158.

<sup>68</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

no significa que necesariamente debería repetir sus errores si el Congreso utiliza estos poderes ampliados para regular áreas nuevas<sup>69</sup>. Respecto de estas áreas nuevas, la Corte debería considerar el principio original de la Constitución, y no las deformaciones posteriores.

No podría desconocerse que el precedente, cualquiera sea el valor que se le atribuya, es una institución vulnerable, cuestión que la práctica judicial demuestra día a día, donde la Corte Suprema cambia de posición, con frecuencia, mediante fallos muy divididos (5 a 4). Esto es particularmente común en Derecho Constitucional, ya que existe una presión por modificar las reglas constitucionales de manera más expedita y flexible que a través del rígido proceso de reforma constitucional<sup>70</sup>.

Existen otros autores originalistas que se han sumado al debate con más profundidad. Entre éstos, encontramos a John McGinnis y a Michael Rappaport, quienes dicen que no existe una contradicción fundamental entre originalismo y precedente, debido a que el sentido original de la Constitución permite el precedente<sup>71</sup>. Se trata de un razonamiento sorprendente, que aspira a derribar uno de los supuestos esenciales de la discusión: que la Constitución, originalmente entendida, no consideraba que el *stare decisis* fuera capaz de interpretarla e, incluso, de modificarla.

Por el contrario, estos autores sostienen que la Constitución incorpora un grado de precedente vinculante en la cláusula sobre el poder jurisdiccional (recuérdese que Bork opinaba lo opuesto)<sup>72</sup> y que su sentido original lo visualizaba como parte del common law federal<sup>73</sup>, el que es revisable mediante la dictación de leyes (*statutes*), con lo que el precedente se hace todavía menos absoluto. Para ellos, los valores del *stare decisis* (como la estabilidad y el trato igualitario) deben ser ponderados con los valores del

---

<sup>69</sup> BORK, R., ob. cit., p. 158.

<sup>70</sup> BORK, R., ob. cit., p. 156.

<sup>71</sup> MCGINNIS, J. y RAPPAPORT, M., "Reconciling Originalism and Precedent", ob. cit.; MCGINNIS, J. y RAPPAPORT, M., "Originalism and Precedent", ob. cit.

<sup>72</sup> MCGINNIS, J. y RAPPAPORT, M., "Reconciling Originalism and Precedent", ob. cit., pp. 823-825.

<sup>73</sup> MCGINNIS, J. y RAPPAPORT, M., "Reconciling Originalism and Precedent", ob. cit., pp. 826-829.

originalismo (como las ventajas de la regla de supermayoría en la elaboración de la Constitución) para producir doctrinas atractivas y manejables<sup>74</sup>. En caso que la Corte Suprema modifique el sentido de la Constitución, estaría alterando el proceso de reforma constitucional, por lo que una posición originalista protegería dicho proceso<sup>75</sup>.

En definitiva, estos autores son tal vez los más pragmáticos de todos, ya que reconocen que el precedente debiera ser seguido incluso en contra del sentido original cuando su alteración pudiera significar enormes costos<sup>76</sup> y cuando éstos estén protegidos por un amplio consenso súper-mayoritario que sea equivalente al que se requiere para modificar la Constitución<sup>77</sup>. Con ello, de alguna manera se consigue lograr aquello en lo que otros originalistas habían fracasado: definir líneas de aplicación más precisas para el precedente, y construir estándares que permitan superar críticas como la del profesor Tribe, para quien la aplicación práctica del originalismo terminaría siendo arbitraria debido al uso selectivo de casos. Sin embargo, si los casos no son elegidos de esta manera, y existen motivos suficientes para seleccionarlos (como en *Brown* –ya citado–), entonces el originalismo puede respirar.

Las críticas, entonces, deberán dirigirse a su carácter de pragmático, y no a sus consecuencias.

#### *A. La Constitución viva y el precedente*

No sólo el originalismo tiene fuertes cuestionamientos en cuanto al uso del precedente (ya sea porque no lo utilice, o porque lo utilice muy poco o de manera inconsistente o arbitraria). Las otras teorías también han sido objeto de crítica. En efecto, interpretar la Constitución de una manera flexible, para adaptar sus contenidos a ciertos valores que se estiman como importantes, necesariamente conduce la interpretación a rechazar precedentes primitivos.

---

<sup>74</sup> MCGINNIS, J. y RAPPAPORT, M., "Reconciling Originalism and Precedent", ob. cit., p. 854; MCGINNIS, J. y RAPPAPORT, M., "Originalism and Precedent", ob. cit., pp. 124-127.

<sup>75</sup> MCGINNIS, J. y RAPPAPORT, M., "Originalism and Precedent", ob. cit., p. 125.

<sup>76</sup> MCGINNIS, J. y RAPPAPORT, M., "Originalism and Precedent", ob. cit., pp. 125-126.

<sup>77</sup> MCGINNIS, J. y RAPPAPORT, M., "Originalism and Precedent", ob. cit., p. 126.

Antes de profundizar la crítica, veamos algún argumento favorable a estas teorías no originalistas de interpretación. Además de los autores citados, uno de los referentes norteamericanos del progresismo jurídico favorable a la utilización del precedente y contrario al originalismo, es Ronald Dworkin. Este autor rechaza la idea de que los jueces tengan una excesiva discrecionalidad, debido a que ellos deben fundamentar sus decisiones sobre la base de principios. Muchas veces los principios pueden conducir a varias soluciones contradictorias, razón por la cual los jueces deben elegir una alternativa donde efectivamente existirán grados importantes de libertad. En estos casos, dicha discrecionalidad se restringe por dos cuestiones: el texto normativo y el precedente judicial<sup>78</sup>.

De esta manera, el precedente es parte de la exigencia de lo que Dworkin llama “integridad constitucional”<sup>79</sup>. No olvidemos que Dworkin cree que todos los problemas jurídicos tienen una única (mejor) respuesta. Estas restricciones, sin embargo, no son absolutas y dejan un espacio importante a la libertad del juez. Por ello, el propio Dworkin entrega los argumentos de la crítica al reconocer que la moralidad política es incierta<sup>80</sup>, y que “las convicciones políticas y morales [de la persona del juez] afectan inevitablemente las sentencias judiciales”<sup>81</sup>. Lo anterior es (repito, para el propio Dworkin) una realidad empírica del sistema jurídico<sup>82</sup>. Así, el Derecho no es sólo aplicar reglas escritas, sino que aplicarlas ideológicamente, de acuerdo a un ejercicio moral y racional de interpretación.

Por razones como las anteriores, es que tanto Bork como Scalia llegan al extremo de decir que es más probable que los originalistas sigan el preceden-

---

<sup>78</sup> DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law*, Harvard University Press, New York, 1996, 427 pp., p. 10.

<sup>79</sup> Esto se complementa con otra teoría del mismo autor: la teoría de la “novela en cadena” (*chain novel theory*), la que explica con la siguiente metáfora: estudiar el precedente es similar a leer una novela escrita por un grupo de autores en serie. La acumulación de los diversos capítulos servirá para entregar certeza y disciplina al Derecho, restringiendo la discreción de los jueces-novelistas y obligándoles a revisar toda la historia para arribar a una decisión correcta en el caso concreto. DWORKIN, RONALD, *Law's Empire*, Belknap Press, New York, 1986, 470 pp., pp. 228-244.

<sup>80</sup> DWORKIN, R., *Freedom's Law*, ob. cit., p. 2.

<sup>81</sup> DWORKIN, R., *Freedom's Law*, ob. cit., p. 284.

<sup>82</sup> En efecto, los jueces “no tienen una opción real más que hacerlo”. DWORKIN, R., *Freedom's Law*, ob. cit., p. 3.

te antes que los revisionistas, ya que estos últimos pueden ignorar el texto constitucional utilizando valores “actuales”<sup>83</sup>. Los jueces más dispuestos a reescribir la Constitución, en general, no valoran la estabilidad como valor jurídico, por lo que son los que debieran tener la mayor tendencia a apartarse de los precedentes que obstaculizan sus doctrinas.

Barnett también se ha sumado a esta crítica, indicando que el problema de los no originalistas es que siempre encontrarán un argumento moral antes que uno jurídico, por lo que, en realidad, el *stare decisis* les importará mucho menos. Si hay un caso aberrante moralmente al que no queremos seguir adhiriendo, los no-originalistas destruirán con el precedente anterior eligiendo una regla moral por sobre la jurídica<sup>84</sup>. La ventaja del originalismo es que permite volver a revisar cuál era el sentido original para poder apartarse de la jurisprudencia anterior, encontrando una razón jurídico-legal para ello.

Por lo anterior, es muy probable que quienes creen en una *living constitution* tengan, a su vez, un concepto muy débil del precedente. Al final, terminarían prefiriendo utilizar aquellas reglas jurisprudenciales anteriores que sean de su conveniencia, por lo que la crítica por el uso selectivo de los mismos también tiene asidero. Debe recordarse que, en definitiva, este tipo de teorías descansan en la inexistencia de un elemento de interpretación específico. Ellas son, más bien, teorías acerca de los resultados a los que la interpretación debe llegar y no métodos uniformes y preestablecidos. Así, estas teorías pueden llegar a ser compatibles con un uso caótico de fuentes jurídicas mientras los resultados que se estiman convenientes sean conseguidos. Esto hace que, al final del día, las tesis sobre la interpretación flexible sean más pragmáticas que el originalismo pragmático.

Sin embargo, ambos tipos de críticas (las contrarias a la interpretación viva y las contrarias al originalismo) adolecen de un problema que nuestro conocido Gary Lawson elabora en otro de sus ensayos. Para este autor, la filosofía legal conservadora tiene más que ver con una teoría de juzgar (*theory of judging*) que con una teoría de la interpretación, cuestión que

---

<sup>83</sup> BORK, R., ob. cit., p. 159; SCALIA, A., *Originalism: The Lesser Evil*, ob. cit., p. 861.

<sup>84</sup> BARNETT, R., ob. cit., p. 261.

no debería, en su opinión, ser aceptada. El constitucionalismo necesita de una teoría de interpretación separada de las preguntas relativas al rol de los jueces<sup>85</sup>. Este autor rechaza las teorías sobre la deferencia o auto-restricción judicial que algunos han promovido<sup>86</sup>, por lo que prefiere reprochar que los jueces liberales se “equivocan” (*mistaken*) en interpretar la Constitución y no que sean activistas que desnaturalizan la función judicial. No hay que confundir los debates: uno señala lo que la Carta Fundamental requiere y el otro intenta descubrir cuál es el verdadero rol de los jueces. Frente al primero, la manera de entender las cláusulas constitucionales es aplicable a cualquier órgano o autoridad que aplique la Constitución (sea el Presidente, el Congreso, una agencia independiente, etc.), y es ahí, cree Lawson, donde los conservadores debieran enfocar sus esfuerzos<sup>87</sup>. Por eso, deberían rechazarse los intentos de jueces constitucionales que confunden el problema democrático del rol judicial con la correcta teoría para interpretar la Constitución<sup>88</sup>.

Si bien el raciocinio de Lawson parece ordenar el debate, éste sólo persigue eliminar un aspecto elemental del Derecho Constitucional: el rol del juez. Tanto la interpretación como la función judicial son aspectos que, en los hechos, se consideran (y es inevitable hacerlo) al momento de resolver un caso concreto. Por eso, Lawson acierta cuando observa que ambas cuestiones no se han separado, y es ingenuo cuando sostiene que dicha división es posible y necesaria. Las preguntas sobre la función judicial en materia constitucional (asociada al precedente) y la manera correcta para interpretar la Constitución son dependientes la una de la otra, razón por la cual sostengo que la ausencia (en Chile) de una jurisprudencia madura en cuanto a doctrina interpretativa hace que cualquier precedente que elijamos implementar (formalmente o de manera espontánea, como lo ha hecho el TC) tenga una debilidad intrínseca.

---

<sup>85</sup> LAWSON, G., “Conservative or Constitutionalist?”, ob. cit., p. 82.

<sup>86</sup> LAWSON, Gary, “Thayer Versus Marshall”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 88, 1993, pp. 221-225. Ver también el agudo argumento de POSNER, Richard, “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint”, en *California Law Review*, vol. 100, 2012, pp. 519-556.

<sup>87</sup> LAWSON, G., “Conservative or Constitutionalist?”, ob. cit., p. 84.

<sup>88</sup> Tal podría ser el caso, por ejemplo, de SCALIA, A., *A Matter of Interpretation*, ob. cit., quien se refiere a la relación entre los jueces y la democracia para explicar una teoría sobre el precedente, en un libro acerca de la interpretación constitucional.

### III. ¿HACIA UN SISTEMA CHILENO DE PRECEDENTES?

En la sección anterior constaté que el debate norteamericano vincula inevitablemente las teorías sobre la interpretación judicial con la manera en que la jurisprudencia debiera tratar el precedente. De esta forma, la existencia de una discusión en torno al modo correcto de interpretar la Constitución, ha ocasionado un debate acerca del correcto uso del *stare decisis*.

En esta sección evaluaré brevemente si lo anterior es aplicable entre nosotros. Para ello, deberé constatar si en Chile existe precedente o no (y cuál es su profundización), si existe una discusión en torno a la correcta utilización de teorías de interpretación, y si las diferencias en nuestra tradición legal llevarían a un resultado diferente del norteamericano. No pretendo entregar respuestas cabales a estas preguntas, sino, más bien, entregar una aproximación a ellas con el tipo de información que debería considerarse.

En la primera sección de este trabajo, di cuenta de, al menos, cuatro cuestiones relevantes: (1) la doctrina (especialmente la constitucional) discute si la implementación de un sistema de precedentes sería beneficiosa para Chile, respecto de lo que no hay acuerdo; (2) el lenguaje del precedente parece ser un lugar común en el análisis de la jurisprudencia constitucional, probablemente debido a la exigencia de coherencia por parte de las sentencias, especialmente del TC; (3) ya existen intentos (algunos exitosos) por introducir algún tipo de precedente formal, y (4) parece ser que algunas instituciones relevantes han adoptado la práctica habitual de citar sus propias decisiones anteriores de manera espontánea.

En suma, si bien no tenemos una tradición de *common law*, nuestra cultura jurídica parece vivir una transformación gradual (al igual que en muchos países de tradición europea-continental) que valora la utilización de una especie no muy definida de precedente, en especial en materia constitucional y en el creciente uso de fuentes internacionales. Esta situación contrasta con la situación de la educación legal chilena, que aún persiste mayoritariamente en que la fuente práctica más importante son los códigos, y con algunos tribunales que todavía argumentan sobre la base exclusiva de dichos códigos.

Como puede observarse, si bien no sabemos muy bien en qué dirección vamos (y a qué velocidad), puede afirmarse con propiedad que estamos viviendo una transformación.

Y en esta transformación parte importante de nuestra doctrina y jurisprudencia no ha tomado una completa conciencia de la importancia de tener consistentes teorías de interpretación. En materia constitucional, el TC suele utilizar una variedad importante de fuentes, y pocos autores han dedicado grandes esfuerzos a su estudio. Hay, no obstante, algunas excepciones. Por ejemplo, Patricio Zapata, indica que entre 1981 y 1985 y entre 1989 y 1991, el TC pareció estar dominado por argumentos de tipo literal y originalistas, mientras que entre los años 1985 y 1989 pareció estar bajo la influencia de una orientación sistemática y finalista<sup>89</sup>. Por su parte, Paulina Ramos ha hecho un estudio acucioso de la manera en que el TC argumenta entre los años 1981 y 2006. En su tesis, demuestra que la técnica de la interpretación genética (referida a la cita de las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución) de la Constitución ocupa un “lugar importante en su jurisprudencia, alcanzando su mayor intensidad entre los años 2003 y 2006”<sup>90</sup>. Sin embargo, la interpretación armónica y finalista tiende, según esta autora, a prevalecer sobre aquellas basadas en el tenor literal<sup>91</sup>. Otro autor que se ha referido a este problema, y tal vez el mayor crítico de la manera en que el TC construye sus argumentos (anotando diferencias entre lo que dice que hace y lo que efectivamente hace, además de la detección de infracciones a algunos principios lógicos), es Eduardo Aldunate<sup>92</sup>.

En materia constitucional, estos estudios son excepcionales y no se encuentran actualizados<sup>93</sup>. Con todo, nuestra doctrina ha prestado algo más de atención normativa a la manera correcta en que debe ser interpretada la Constitución de 1980, donde pueden anotarse varias diferencias. Mientras muchos autores influyentes utilizan frecuentemente la denominada historia

---

<sup>89</sup> ZAPATA, Patricio, “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-1991)”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, 1991, pp. 261-330; y ZAPATA, Patricio, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Corporación Tiempo 2000, Santiago, 1994.

<sup>90</sup> RAMOS, Paulina, *Argumentación Interpretativa del Tribunal Constitucional Chileno 1981-2006*, tesis para optar al grado de doctor en Derecho, P. Universidad Católica, 2010, 289 pp., p. 248.

<sup>91</sup> RAMOS, P., ob. cit., 260.

<sup>92</sup> ALDUNATE, Eduardo, “Categorías para el Análisis de la Argumentación Jurídica del Tribunal Constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998, pp. 115-120.

<sup>93</sup> Nótese que en la primera sección de este trabajo cité algunos artículos que se refieren a otras materias, no directamente constitucionales.

fidedigna de nuestra Constitución (interpretación genética)<sup>94</sup>, otros critican fuertemente su uso<sup>95</sup>, debido parcialmente a la acusación relativa a la ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980. Normalmente, este tipo de doctrina prefiere la utilización de técnicas de interpretación más flexibles, que incorporen el análisis de ciertos principios evolutivos iluminadores del texto constitucional (como la igualdad). Este tipo de teorías que se proponen suelen denominarse entre nosotros como interpretación teleológica, objetiva, axiológica o sistemática y finalista<sup>96</sup>. Si bien todas estas denominaciones anotan importantes diferencias, todas ellas forman parte de un grupo común que quiere apartarse del texto y de su historia, junto con entregarle mayores grados de flexibilidad al intérprete.

No obstante, ninguno de los autores citados ha vinculado una investigación sobre el precedente con alguna teoría concreta sobre la interpretación judicial, lo que anota un vacío que recuerda la crítica que realicé a Gary Lawson, en torno a que es prácticamente imposible separar la función judicial con las teorías sobre la interpretación jurídica. Hoy tenemos un escenario donde algunas instituciones citan sus propias decisiones pasadas sin tener una noción muy madura acerca de la mejor manera de interpretar la Constitución. Esta situación parece no ser tan conflictiva como ocurre en EE.UU., donde la tradición jurídica ordena la utilización del precedente y su Constitución tiene más de dos siglos de vigencia efectiva y prácticamente

---

<sup>94</sup> Ver, por ejemplo (y entre muchos otros), los conocidos libros de CEA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno, tomo II*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, 733 pp.; FERMANDOIS, Arturo, *Derecho Constitucional Económico, tomo I*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, Santiago, 2006, 333 pp.; EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales* (tomos I, II y III), Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 1999. Todos ellos recurren frecuentemente a la interpretación genética para explicar el sentido de la Constitución.

<sup>95</sup> NOGUEIRA, Humberto, *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos*, ob. cit., p. 40; FIGUEROA, Rodolfo, "De por qué no debemos prestar tanta atención al argumento genético en la interpretación constitucional", en SQUELLA, Agustín (edit.), *Sobre el Razonamiento Jurídico, Revista de Ciencias Sociales*, Edeval, U. de Valparaíso, 2000, pp. 587-602; VIAL, TOMÁS, "La Ilegitimidad de la Historia Fidedigna de la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, vol. 212, pp. 317-328; ZAPATA, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, ob. cit., pp. 190-194.

<sup>96</sup> Ver, por ejemplo, a ZAPATA, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, ob. cit., pp. 190-194.

nadie cuestiona su legitimidad democrática super-mayoritaria, asociada a las ideas de los padres fundadores.

En Chile, en cambio, tenemos una Constitución cuestionada en su origen, con pocos años de duración efectiva y sin una tradición jurídica que establezca la implementación general del *stare decisis*. Existe, sin embargo, una demanda por coherencia jurisprudencial y un creciente Derecho Constitucional cada día más influido por los derechos fundamentales, lo que presiona por la implementación cada vez más fuerte (aunque no necesariamente formal) de un precedente judicial.

Sin perjuicio de que este precedente (parcial) parece ser una realidad empírica más que una discusión normativa, es importante hacer ver nuestras debilidades dogmáticas en la construcción de teorías sobre la interpretación judicial de la Constitución. Existen pocos trabajos y escasas sentencias que explican de manera consistente la manera en que el tribunal se acerca a entender la Constitución; y parece ser que las técnicas de interpretación son más utilizadas como argumentos que fundamentan una posición, que como marcos de aplicación preestablecidos y pertenecientes a alguna teoría que se aplique de manera coherente en el tiempo. Si lo anterior es cierto, entonces nuestro ordenamiento judicial es muy pragmático, y tal vez incluso más que los autores norteamericanos que citamos en la sección anterior.

En este escenario, un excesivo pragmatismo hermenéutico podría alterar la adhesión fuerte a los precedentes que, según afirmé, parece que estamos construyendo de manera informal.

#### IV. CONCLUSIONES

La doctrina nacional debe realizar un esfuerzo por vincular el debate sobre la interpretación de la Constitución con la discusión sobre el precedente judicial. Mientras ello no se haga, probablemente no seremos capaces de generar una jurisprudencia madura que esté preparada para construir, implementar o aplicar una teoría consistente sobre el *stare decisis*.

La experiencia comparada que revisé en este ensayo demuestra la necesidad de no separar la manera en que observamos la función del juez (lo que incluye el estudio de una tesis sobre el *stare decisis*) con el tipo de

hermenéutica que se le pide. Cuando existen divisiones muy profundas en cuanto a este último punto, es probable que también exista poca claridad en torno a los alcances reales del precedente judicial y del rol de los jueces frente a ellos. Por lo anterior, la doctrina y jurisprudencia norteamericanas están lejos de llegar a algún tipo de consenso.

En Chile, nuestra Constitución es más joven y, según algunos, adolece de un pecado de origen<sup>97</sup> que ha servido para que un sector de la literatura haya avanzado en la defensa de teorías más flexibles para interpretar la Carta Fundamental, lo que contrasta con la habitual práctica de recurrir al texto del documento constitucional y a su historia como elemento auxiliar de interpretación. Si bien tenemos la oportunidad (atendido lo joven de nuestra Constitución) de generar algún tipo de acuerdo en torno a las ideas en conflicto (¿cómo interpretar la Carta? ¿Qué tipo de precedente utilizar?), aún debemos ser pesimistas en el resultado debido a la precariedad con que hemos enfrentado estas materias. Parece ser que la solución no vendrá pronto, ya que ella probablemente será producto de la transformación gradual de nuestra cultura jurídica, antes que de un reconocimiento formal y ampliamente aceptado sobre estos debates.

Con todo, si las demandas por la creación de una nueva Constitución prosperan, ellas deberían hacerse cargo de discutir y generar acuerdos respecto de los problemas mencionados, cosa siempre difícil de lograr atendida la manera en que esta nueva Constitución se generaría.

---

<sup>97</sup> Para algunos, este pecado de origen existe debido al carácter autoritario del régimen militar que imperaba en Chile en esa época, y a las deficiencias democráticas que, según se ha afirmado, existieron en el proceso de creación de la Constitución. Para otros, la Constitución está dotada de una amplia legitimidad popular, al haber sido aprobada por un plebiscito y modificada democráticamente en sucesivas ocasiones. Cualquiera sea la posición que se tenga en este debate, es interesante notar que el tipo de legitimidad de que se habla es muy distinto al que rodeó el proceso constituyente norteamericano, donde la Constitución fue una consecuencia del federalismo que los padres fundadores idearon en la organización de los nacientes Estados recientemente emancipados de la monarquía inglesa. Así, la Constitución de los EE.UU. se asocia al nacimiento del Estado federal, a la independencia y al pensamiento de grandes intelectuales y políticos de la época. De allí que su legitimidad sea casi indiscutida.