

EL PRECEDENTE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CHILENA Y COMPARADA

Patricio Zapata Larraín

Universidad Católica de Chile

El estudio de la jurisprudencia permite constatar dos períodos claramente diferenciados: 1981-1992 y 1992-1994.

Durante el transcurso de la primera época descrita, si bien abundan los fallos que se remiten o refieren a resoluciones anteriores del propio Tribunal, no se produce ninguna declaración en que expresamente se afirme o niegue, siquiera de modo indirecto, el valor vinculante de los precedentes¹.

La falta de definición del Tribunal muy probablemente responde a la influencia en los medios jurídicos nacionales de las doctrinas que niegan todo valor vinculante al precedente judicial².

¹ Como ejemplos de fallos que se remiten a sentencias anteriores para avalar una determinada decisión valga citar los siguientes:

– “Requerimiento contra el M.D.P.” (31 de enero de 1985, considerando 14).

– “Banco Central” (20 de septiembre de 1989, considerando 28).

– “Congreso Nacional” (18 de enero de 1990, considerando 20).

– “Colonia Dignidad” (18 de junio de 1991, considerando 22).

² Los detractores nacionales del *stare decisis* tienden a apoyarse en lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 3º del Código Civil según el cual: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

En relación a dicha línea de argumentación, conviene reproducir la respuesta del profesor Jorge Streeter: “Se ha querido ver en esta disposición jurídica (se refiere al artículo 3º citado) una valla, un impedimento, al respecto que los tribunales deben dar a las decisiones jurisprudenciales sobre las mismas materias. ...Creemos que esto es un error. El artículo 3º, inciso segundo, del Código Civil se refiere a la fuerza obligatoria de las sentencias judiciales y nos parece claro que esa fuerza obligatoria la tiene solamente la parte de la decisión que resuelve el asunto controvertido.

También conspiró contra el desarrollo más temprano de una teoría y práctica del *stare decisis* el hecho que ni la Constitución Política ni la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional contengan normas que aludan siquiera al valor jurídico del precedente.

Pese a lo anterior, y desde fines de 1992, el Tribunal Constitucional ha debido preocuparse de fijar explícitamente su posición frente a sus propias sentencias anteriores.

La nueva actitud tendría su primera manifestación en *Plantas de Contraloría* (30 de noviembre de 1992). Allí, el Tribunal Constitucional destina varios considerandos del fallo a explicar por qué una determinada sentencia de 1986 –que es invocada como precedente por una de las partes– no tiene tal característica en relación a la materia que se discute³.

El verdadero cambio, sin embargo, se produciría recién a mediados de 1993, con *Juzgados de Policía Local*. En dicha oportunidad el Tribunal se pronunciará derechamente a favor del *stare decisis*. En consecuencia, y dado su innegable interés, parece útil examinar con alguna detención este histórico fallo.

JUZGADOS DE POLICIA LOCAL.

22 DE JULIO DE 1993

ROL Nº 171

Ninguna materia ha demandado más atención del Tribunal Constitucional que la regulación de la Administración de Justicia. En

...Nada tiene que ver con eso el respeto al precedente judicial, que no mira sólo a la parte decisoria de la sentencia, sino que atiende fundamentalmente a los motivos por los cuales la decisión se adoptó”. STREETER, Jorge: “El Razonamiento Jurídico”, en “Interpretación, Integración y Razonamientos Jurídicos” (Conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y el 25 de mayo de 1991), Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 113-114.

³ Para un análisis detallado ver la sentencia sobre *Plantas de Contraloría*.

efecto, más de un tercio de todas las sentencias emitidas por dicho órgano corresponde a resoluciones en que éste ha debido controlar la constitucionalidad de proyectos o normas modificatorias de la ley orgánica constitucional de tribunales⁴.

Ahora bien, este conjunto vasto y heterogéneo de fallos tiene un denominador común que le ha dado coherencia a esta área de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: todas estas resoluciones, más allá de sus diferencias específicas, respetan y aplican un precedente fundante.

El caso germinal a que nos referimos se denomina *Protesto de Letras* y fue pronunciado el 26 de noviembre de 1981. En éste, el Tribunal Constitucional procedió a definir por primera vez los contornos y límites de la ley orgánica constitucional sobre tribunales^{5, 6}.

⁴ Los siguientes son los fallos, designados por el número de su Rol, en que el Tribunal Constitucional ha debido examinar preceptos que aparecen vinculados a la ley orgánica constitucional sobre tribunales a que se refiere el artículo 74º de la Carta Fundamental: 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º, 13, 14, 20, 25, 30, 36, 38, 42, 57, 58, 59, 62, 65, 76, 81, 82, 83, 85, 88, 92, 93, 107, 112, 114, 115, 118, 119, 120, 121, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 135, 136, 138, 139, 140, 143, 144, 149, 152, 154, 155, 169, 170, 171, 173, 175, 176, 178, 180, 181, 184, 185 y 187.

El cómputo anterior, que comprende los fallos pronunciados hasta marzo de 1994, arroja un total de 64 sentencias en que ha existido algún pronunciamiento sobre materias relacionadas con la organización y atribuciones de los tribunales. Dicho número, a su vez, constituye el 35,6% respecto a las 180 resoluciones pronunciadas en total por el Tribunal Constitucional hasta dicha fecha.

⁵ La solución del problema descrito exige determinar el sentido y alcance del artículo 74 inciso primero de la Constitución Política, según el cual: "Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados".

⁶ En esta parte sólo corresponde esbozar algunos de los problemas que implica la definición del ámbito de la ley orgánica.

En *Protesto de Letras* una mayoría del Tribunal (Philippi, Eyzaguirre, Valenzuela, Vergara y Ortúzar) sostuvo que la referida ley orgánica constitucional debía versar sólo sobre los aspectos centrales o básicos de la organización y atribuciones de los tribunales, quedando entregada a normas comunes la reglamentación de los demás aspectos relacionados con el Poder Judicial⁷.

El Ministro Enrique Correa Labra discrepó de la mayoría. Correa Labra extiende el ámbito de lo orgánico constitucional en materia de tribunales a todo lo relativo a su organización y atribuciones, rechazando, entonces, la distinción que hace la mayoría del Tribunal Constitucional entre normas básicas (de rango orgánico) y normas secundarias (de rango común)⁸.

⁷ En el fallo, el Ministro Philippi, redactando por la mayoría, expresa: "sin duda el concepto 'organización y atribuciones de los tribunales' empleado en el artículo 74 de la Constitución se refiere a la estructura básica del Poder Judicial en cuanto ella no está reglada por la propia Carta Fundamental, pues dice relación con lo necesario 'para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República'. El propio constituyente se ha encargado de advertir que no todo lo relacionado con esta materia queda bajo el ámbito de la ley orgánica constitucional, pues ha reservado a la competencia de la ley común, en su artículo 60, N° 3, los preceptos 'que son objeto de codificación, sea civil, procesal, penal u otra', y en el N° 17 del mismo precepto deja a la ley común señalar la ciudad en la cual deba funcionar la Corte Suprema".

⁸ En su voto disidente, Correa Labra recuerda que: "De acuerdo con el artículo 74 de la Constitución Política, la ley que determine la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para una cumplida administración de justicia, deber ser ley orgánica constitucional, y por mandato de la quinta disposición transitoria de la Constitución Política, 'se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales' ". Agrega el ministro CORREA LABRA: "Y como el Código Orgánico de Tribunales regla la organización y atribuciones de los tribunales para una cumplida administración de justicia, y se desea modificar la fe pública que dicho Codi-

Protesto de Letras sería ratificada expresamente por *Distribución de Exhortos* (22 de diciembre de 1981) y *Crea cargos judiciales* (24 de septiembre de 1982). Cabe señalar, en todo caso, que el Ministro Correa reiteraría en ambas oportunidades su opinión discrepante.

A partir de 1984 cesarán las disidencias, y el criterio jurisprudencial de *Protesto de Letras* será utilizado tácita o expresamente por todos y cada uno de los fallos que deban examinar normas vinculadas a los tribunales de justicia⁹.

En vista de lo anterior, nada hacía presagiar que a mediados de 1993 surgiría en el seno del propio Tribunal un intento por revisar y corregir drásticamente una doctrina aparentemente ya consolidada.

El intento de revertir *Protesto de Letras* y su descendencia se manifiesta en *Juzgados de Policía Local*. Esta resolución se pronuncia a propósito del control de constitucionalidad de un proyecto de ley que disponía la creación de ocho nuevos tribunales de Policía Local en el país.

El artículo 17 del proyecto de ley, la norma concreta que daría lugar al problema de interpretación, establecía que: "El ejercicio de la jurisdicción por los Juzgados de Policía Local a que se refieren los artículos 1º, 7º, 9º, 11 y 15, de la presente ley, se dividirá mediante turnos semanales. Cada juez deberá conocer de todos los asuntos que se promuevan durante su turno y seguirá conociendo de ellos hasta su conclusión".

El precepto en cuestión establece, en consecuencia, una fórmula para la distribución de las causas en aquellas comunas en que exista más de un Juzgado de Policía Local competente. La tarea del Tribunal, en este caso, consiste en decidir si reglas de esta naturaleza deben ser o no materia de la ley orgánica constitucional sobre tribunales.

Tal como se ha indicado, el problema planteado en *Juzgados de Policía Local* no

era nuevo. Más aún, del estudio de la doctrina jurisprudencial anterior del Tribunal se deduce de modo bastante claro que las normas que fijan turnos para el conocimiento de los asuntos judiciales tienen naturaleza ordinaria y no orgánica.

Pese a los precedentes, sin embargo, la dilucidación de la naturaleza del referido artículo 17 produjo una clara división de opiniones en el Tribunal. En efecto, mientras una mitad de los Ministros se apoyará expresamente en la jurisprudencia para sostener que la señalada norma tiene rango común; la otra mitad del Tribunal, en cambio, desdeñará las doctrinas previas y afirmará el carácter orgánico de dicho precepto.

Por la mantención de las doctrinas jurisprudenciales anteriores se pronuncian los Ministros Jiménez, Bulnes y Faúndez. Por el cambio de doctrina se expresan los Ministros Colombo, García y Jordán. Para efectos de la decisión del fallo, se impone la primera tesis, pues cuenta con el voto conforme del Presidente subrogante del Tribunal: Manuel Jiménez¹⁰.

El voto de mayoría, redactado por Jiménez, comienza recordando lo que, respecto de estas materias, constituiría el criterio "invariable desde el año 1981", esto es, que la ley orgánica constitucional sobre tribunales "debe comprender aquellas disposiciones que regulan la estructura básica del Poder Judicial en cuanto son necesarias 'para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República'..."

Dejando establecido lo anterior, el voto de mayoría se ocupa, a continuación, de resolver el *status* jurídico del artículo 17 del proyecto. En su opinión: "...no se está en presencia de una norma sobre la estructura esencial del Poder Judicial que se refiere a 'organización' o 'atribuciones' de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia, pues dicha disposición al igual que la preceptuada en el artículo 175 del Código Orgánico de Tribunales que trata de la misma materia son normas de orden exclusivamente económico y administrativo aplicables para lograr una distribución equitativa del trabajo en el conocimiento de asuntos entre tribunales de igual jerarquía dentro de un mismo territorio jurisdiccional;"

go confiere a los notarios, resulta evidente que se trata de una modificación a una ley orgánica constitucional, aunque la reforma no la mencione..."

⁹ Debe reconocerse, en todo caso, que la aplicación concreta del criterio establecido en *Protesto de Letras* iría experimentando con el curso de los años una tenue, casi imperceptible, evolución. Y así, mientras entre 1981 y 1989 el Tribunal Constitucional es muy exigente para evaluar si una determinada norma es "básica" o "central" para la organización y funcionamiento de los tribunales, a partir de 1990 dicha adscripción se adjudicará con bastante mayor liberalidad.

¹⁰ De acuerdo al artículo 8º letra f) de la Ley 17.997, orgánica constitucional sobre el Tribunal Constitucional, el Presidente del Tribunal Constitucional tiene la atribución de dirimir los empates, para cuyo efecto su voto será decisivo.

Más adelante, la mayoría se remite de manera expresa a los precedentes jurisprudenciales: "...no se puede considerar que el artículo 17 del proyecto de ley en examen sea una norma de competencia para el conocimiento de aquellos asuntos que la ley pone dentro de la esfera de sus atribuciones, pues tal como también ha resuelto este Tribunal en forma permanente y específicamente en el rol Nº 7, en el rol Nº 62 y en el rol Nº 131, la regla sobre el turno para la distribución de causas a que se refiere el artículo 175 del Código Orgánico de Tribunales no es una norma que regule la constitución básica del Poder Judicial sino una disposición que persigue sólo el propósito económico de efectuar una distribución equitativa del trabajo entre tribunales de igual jerarquía que ejercen jurisdicción en un mismo territorio"¹¹.

Luego de citar los precedentes, el fallo defiende el mérito intrínseco del criterio jurisprudencial contenido en ellos. En tal sentido, *Juzgados de Policía Local* afirma que: "...no aceptar o apartarse de la interpretación reiterada que este Tribunal ha dado sobre el contenido específico de la ley orgánica constitucional que establece el artículo 74 de la Constitución, implica rigidizar la legislación sobre estos aspectos, pues podría considerarse materia de ley orgánica constitucional, todo aquello que directa o indirectamente dijere relación aun remota con organización y atribuciones de los tribunales; con la aplicación consecutiva de los principales requisitos y características de este tipo de leyes, como ser, quórum especiales para su aprobación, modificación o derogación, imposibilidad de delegación de facultades al respecto y control preventivo y obligatorio de constitucionalidad antes de su promulgación".

Si la argumentación del fallo se redujera a los considerandos recién reproducidos, esto es, se limitara a citar y justificar aquellos precedentes jurisprudenciales atinentes al problema interpretativo en discusión, *Juzgados de Policía Local* no sería muy distinta de otras sentencias del Tribunal Constitucional en que se alude a decisiones anteriores para apoyar una solución presente¹². El rasgo au-

ténticamente revolucionario de *Juzgados de Policía Local*, sin embargo, radica precisamente en que éste, más allá de citar o ponderar los precedentes aplicables, se atreve a formular una declaración explícita respecto al carácter generalmente vinculante de la jurisprudencia. En palabras del fallo: "...por último, debe también tenerse en consideración para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen".

La declaración anterior, absolutamente inédita en los anales de la jurisprudencia nacional, basta por sí sola para que deba reservársele a *Juzgados de Policía Local* un sitio de privilegio en la historia del desarrollo del derecho constitucional chileno.

No obstante el valor *per se* que tiene este reconocimiento pionero al *stare decisis*, conviene advertir sobre los vacíos que presenta esta importante declaración del voto de mayoría.

En primer lugar, la fundamentación de *Juzgados de Policía Local* no se pronuncia expresamente respecto al valor que tendría el *stare decisis*, no ya para reforzar la vigencia de una doctrina que se considera correcta —como ha sido el caso aquí—, sino que en relación de precedentes jurisprudenciales anteriores que fueren considerados equivocados por la mayoría del Tribunal¹³.

— "Colonia Dignidad", pronunciada el 18 de junio de 1991, se remite expresamente a una de las conclusiones de "Subsidios de Vivienda" (27 de diciembre de 1990).

— "Publicidad Caminera (II)", de fecha 6 de abril de 1993, contiene varias referencias a la doctrina jurisprudencial de "Publicidad Caminera (I)" (21 de abril de 1992).

¹³ ¿Estaría la mayoría de "Juzgados de Letras" dispuesta a ratificar la doctrina de *Protesto de Letras* si la creyera equivocada?

Sobre el particular, me permito indicar que considero que *Protesto de Letras*, y su descendencia jurisprudencial, han incurrido en una muy discutible restricción del ámbito de la ley orgánica sobre Tribunales de Justicia. Pese a lo anterior, y precisamente en razón de valorar el *stare decisis*, pienso que tal doctrina, aun cuando fuera errada, no debiera ser

¹¹ Reforzando este último argumento, y en este mismo acápite, la mayoría agrega: "Que este mismo planteamiento cuenta con la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales superiores de justicia y con las principales opiniones doctrinarias de los estudiosos del derecho procesal".

¹² Sólo por vía ejemplar cabe citar dos casos:

También merece destacarse como omisión significativa que el voto de mayoría no explique, y ni siquiera sugiera, cuáles podrían ser los "motivos o razones fundamentales" que justificarían un cambio de doctrina jurídica.

En contra de la decisión comentada, y tal como se anticipó, la mitad de los Ministros del Tribunal se inclinó por corregir la interpretación hasta entonces imperante.

En el voto de minoría, redactado por el Ministro Colombo, se afirma decididamente el carácter orgánico de la norma sobre distribución de causas. En su parecer: "...teniendo en cuenta que las normas sobre atribuciones de tribunales deben aplicarse desde la formación del proceso y hasta la precisión total del tribunal que debe intervenir en su solución, debe concluirse que las reglas que se refieren a la distribución de causas quedan incluidas entre aquellas que se refieren a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia".

A lo anterior, el voto disidente añade una consideración literalista: "Refuerza esta conclusión el tenor literal del artículo 74 de la Carta Fundamental, que ordena al legislador la dictación de una ley que contenga las normas sobre organización y atribuciones de los tribunales".

c) *El valor del precedente en el Derecho Constitucional español y norteamericano*

Habiendo revisado la forma en que el Tribunal Constitucional chileno ha encarado el tema del *stare decisis*, puede ser útil revisar, a manera de contrapunto, la forma en que tal concepto es ponderado por otros entes contralores de la supremacía constitucional.

España

El Tribunal Constitucional español, desde sus primeras sentencias y en forma insistente, ha considerado conveniente remitirse a sus propios precedentes anteriores. Ello, pese a que ningún texto positivo del ordenamiento constitucional o legal le obliga a ello.

desechada a menos que existieran poderosas razones para ello.

La cuestión enunciada es de gran importancia en la medida en que lo propio y distintivo de la teoría del *stare decisis* es, fundamentalmente, priorizar la seguridad jurídica y la coherencia jurisprudencial a expensas de la posibilidad de enmendar los errores del pasado.

El profesor español Francisco Javier Ezquiaga ha estudiado de manera sistemática el uso del precedente por el Tribunal hispano. De acuerdo a su investigación, circunscrita a los años 1981 a 1983, "...de un total de 253 sentencias del Tribunal Constitucional analizadas para describir el uso de este argumento, 185 se refieren a la propia jurisprudencia una o más veces, de las que, a su vez, 160 citan sentencias del Tribunal y 25 se refieren genéricamente a la jurisprudencia o a la doctrina del TC, pero sin identificar a qué decisiones se refiere"¹⁴.

Profundizando su examen, y entrando en un análisis no ya simplemente cuantitativo sino cualitativo, el profesor Ezquiaga advierte que "...en estas 185 sentencias el Tribunal no ha recurrido siempre a su propia jurisprudencia con la misma finalidad. Siguiendo una tripartición de Perelman podemos distinguir tres formas de referirse a sus sentencias que ha empleado el TC: la sentencia ha tomado como ejemplo, como ilustración y como modelo"¹⁵.

Tanto o más interesante que el referido análisis estadístico, en todo caso, es la argumentación ofrecida por Ezquiaga para justificar el respeto al precedente por parte del Tribunal Constitucional. Sobre el particular expresa Ezquiaga: "...las decisiones del TC no son controladas por nadie, es realmente libre a la hora de dictar sentencia. Entonces cabe la pregunta de por qué se adecua a sus propias decisiones si no tiene por qué temer un eventual cambio de interpretación que pudiera ocasionarle la casación de su sentencia. Posiblemente por una importante razón: hemos repetido varias veces que el TC está en el punto de mira de todo el mundo político-jurídico del país y que la función que le ha sido encomendada es analizada escrupulosamente, por lo que es imprescindible para el Tribunal no sólo mantener una imagen de neutralidad y apoliticidad a través de la utilización de un lenguaje jurídico, sino transmitir asimismo una imagen de coherencia y de seguridad jurí-

¹⁴ EZQUIAGA, Francisco Javier: "La argumentación en la justicia constitucional española", Instituto Vasco de Administración Pública / Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Bilbao, 1987, p. 312.

¹⁵ A juicio de Ezquiaga, la intención del Tribunal al recurrir al precedente "...parece ser crear así un cuerpo jurisprudencial propio, para dar una imagen de coherencia y unidad acorde con las expectativas despertadas por la reinstauración de la justicia constitucional", EZQUIAGA, Francisco Javier: *op. cit.*, p. 312.

dica que se consigue fundamentalmente por medio de una adecuación a las propias soluciones¹⁶.

Sin perjuicio de opiniones favorables como las de Ezquiaga, el grueso de la doctrina española tiende a juzgar críticamente el apego al *stare decisis*, ya sea éste absoluto o relativo. Valga citar al efecto los pareceres de siete destacados profesores hispanos.

Luis Sánchez Agesta, por ejemplo, señala: "Como advierte Friedrich, el precedente puede servir lo mismo para fundar la continuidad que el cambio y la producción de una nueva decisión. Si a la aplicación del precedente se le da una interpretación estricta, tiene que atenderse a todas las circunstancias del caso, que difícilmente se repetirán, y permitirá tratar a los hechos de cada caso como hechos a los que el precedente no es de aplicación; si la interpretación es amplia, bastará que se repitan algunas de las circunstancias que la determinaron para reproducir la decisión anterior. El *stare decisis* es, pues, una regla equívoca que permite a los tribunales revisar sus propias decisiones o mantener los criterios ya establecidos ante hechos nuevos que en alguna circunstancia coinciden con los que determinaron una decisión anterior. Ese camino trillado de la jurisprudencia que se reitera no es tan simple como puede parecer a primera vista y deja abierta la puerta para la creación judicial¹⁷.

Raúl Bocanegra, por su parte, y comentando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, señala: "...una vinculación total del Tribunal Constitucional a sus propias decisiones, la necesidad de aceptar las sentencias anteriores sin poder volver sobre ellas, sería adicionalmente problemática en todos aquellos casos en que la primera decisión vinculante fuera errónea o equivocada (*Fehlerhaft*), lo que, evidentemente, y a pesar de la alta cualificación profesional de los magistrados del Tribunal, no puede de ningún modo excluirse. Abandonado el dogma de que solamente una interpretación de una determinada disposición podría ser considerada como correcta, al mismo tiempo que, por otro lado, el 'ancho de la banda' (*Bandbreite*) de las posibles interpretaciones constitucionales tiene lógicamente sus fronteras, más allá de las cuales no podría ser aceptada como 'correcta', incrementan de modo claro las posibilidades de una interpretación incorrecta o errónea. La exis-

tencia de 'sentencias inconstitucionales' (*Verfassungswidrige Entscheidungen*) no es, en efecto, en absoluto impensable¹⁸.

La posibilidad de estas "sentencias inconstitucionales" es una de las razones fundamentales por las que Bocanegra se opone al *stare decisis* constitucional. En sus palabras: "...si las fijaciones de las sentencias del Tribunal Constitucional fuera tan absoluta que no se admitiera una vía a la revisión por el mismo de sus propias decisiones, habría que aceptar entonces, inevitablemente, que una decisión equivocada del Tribunal cambiaría de hecho la Constitución, en cuanto es evidente que, en tal caso, habría que atenerse no al texto, sino necesariamente a la decisión del Tribunal¹⁹.

En un sentido similar se expresan Francisco Rubio Llorente y Manuel Aragón, quienes descartan: "que el Tribunal Constitucional quede vinculado a su propia doctrina, autolimitación que sería absurda y que no puede ser predicable de ningún órgano jurisdiccional supremo que, como tal, siempre tiene la libertad de modificar su jurisprudencia..."²⁰.

Explicando su rechazo al precedente vinculante, Rubio Llorente y Aragón agregan: "Interpretar la Constitución (función esencial del Tribunal) significa, entre otras cosas, adaptar el sentido de sus preceptos a la 'realidad social del tiempo en que han de ser aplicados' (exigencia general prevista en nuestro Código Civil, art. 3º.1), y esa adaptación, que es una verdadera 'recreación' constante de la Constitución por obra de su máximo intérprete, la realiza el Tribunal si tiene la facultad (absolutamente necesaria) de revisar su propia doctrina. Si ello se le niega, se distorsiona, evidentemente, el genuino carácter de la jurisdicción constitucional, se contradice la finalidad propia de esa institución y se elimina uno de los elementos que, con mayor fortuna, suele coadyuvar a la permanencia de las Constituciones y a la evitación de sus excesivas reformas. El ejemplo norteamericano resulta, en este punto, absolutamente esclarecedor²¹.

¹⁸ BOCANEGRA, Raúl: "Cosa Juzgada, Vinculación, Fuerza de Ley en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Volumen 1, Nº 1, Enero-Abril de 1981, p. 245.

¹⁹ BOCANEGRA, Raúl: *Op. cit.*, p. 245.

²⁰ RUBIO LLORENTE, Francisco y ARAGÓN, Manuel: "La Jurisdicción Constitucional", en "La Constitución española de 1978: Estudio sistemático", Editores Predieri y Eduardo García y Enterría, Editorial Civitas, Madrid, 1981, p. 850.

²¹ RUBIO LLORENTE, Francisco y ARAGÓN, Manuel: *Op. cit.*, p. 870.

¹⁶ EZQUIAGA, Francisco Javier: *Op. cit.*, p. 318.

¹⁷ SÁNCHEZ AGESTA, Luis: "La Justicia Constitucional", *Revista de Derecho Político*, Nº 16, Invierno 1982-1983, pp. 10-11.

Enrique Alonso García, por su parte, dedica varias páginas de su conocido libro *La Interpretación de la Constitución* a destacar los problemas y limitaciones del *stare decisis*. De esta manera, por ejemplo, Alonso afirma que: "...no está claro qué constituye un precedente..., no está tampoco claro qué sentencias del Tribunal Constitucional tienen valor de precedente". Aún más categóricamente, Alonso añade: "lo más alarmante es que la teoría general del *stare decisis* de cada autor varía descaradamente, dependiendo de la concepción general que acerca del *judicial review* se tenga"²².

En el mismo sentido, por último, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández objetan que deba reconocérsele valor de cosa juzgada a la sentencia del Tribunal Constitucional que desestime un recurso de inconstitucionalidad. Señalan García de Enterría y Fernández: "...tratándose en el recurso directo, como ha notado la doctrina alemana, de un control 'abstracto' de normas al margen de todo conflicto de hecho entre las partes (que ni siquiera son verdaderas partes, puesto que los recurrentes son simples órganos políticos sin personalidad), no puede aplicarse a la sentencia absolutoria la técnica de la cosa juzgada (que se refiere siempre a una situación concreta e individualizada), sino la de interpretación de la ley, materia en la cual nunca una sentencia cierra el paso a otra ulterior que pueda interpretar la misma ley de manera distinta"²³.

²² ALONSO, Enrique: "La interpretación de la Constitución", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 179-182.

²³ Más adelante, García de Enterría y Fernández señalan que admitir la intangibilidad de las sentencias que declaran la constitucionalidad de la ley "...equivale a consagrar de una manera rígida un riguroso *stare decisis*, que vincula al Tribunal a sus propios precedentes jurisprudenciales, fórmula totalmente extraña a nuestro sistema; ...este cierre formal de la evolución de la jurisprudencia es sumamente grave y de prevalecer implicaría una eliminación gratuita y absurda de las mejores posibilidades de un Tribunal Constitucional adaptando un texto constitucional (que es deseable por todos conceptos que permanezca en vigor el más largo período, para producir todos sus efectos de integración política y social) a circunstancias y situaciones inevitablemente variables. Ha de notarse, en fin, que ese valor absoluto (formalmente legislativo, en la fórmula que se ha notado) dado a una Sentencia absolutoria equivale a poner esa

Estados Unidos

En los Estados Unidos el debate sobre el valor del *stare decisis* tiene ya una larga historia. El paso del tiempo, sin embargo, lejos de ir acercando las distintas posiciones, ha ido generando nuevas y más intensas polémicas tanto en el terreno judicial como en el ámbito académico.

Históricamente, la postura de la Corte Suprema norteamericana frente al *stare decisis* constitucional ha sido más bien ambigua.

De esta manera, mientras en 1849 la Corte Suprema afirmaba que: "su opinión sobre la interpretación constitucional queda siempre abierta a la discusión cuando se la considera basada en un error y su autoridad judicial descansa exclusivamente en la fuerza del raciocinio que la fundamenta" ("The Passenger Cases"), en 1881 se señalaba, en cambio, que: "...las decisiones judiciales que afectan los intereses comerciales en el país no deben ser alteradas sino por las razones más poderosas; ciertamente no debido a dudas subsiguientes respecto a su mérito" ("National Bank v. Whitney").

En 1932, y redactando su muy conocida disidencia en "Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.", el Juez Brandeis le reconoce cierto valor al *stare decisis*, pero rechaza que éste tenga el carácter de "mandato universal e inextinguible". Más aún, Brandeis considera indispensable admitir la posibilidad de que las Cortes corrijan sus propios errores, en atención, entre otras cosas, a la casi imposibilidad de la enmienda a través de la acción legislativa.

En 1949 el Juez Douglas critica energicamente el apego a criterios jurisprudenciales anteriores: "podemos obtener de aquéllos que nos precedieron el sentido de la continuidad social, extraer de su saber el sentimiento de respeto por la estabilidad de sus principios y doctrinas. Pero vivimos experiencias que ellos no vivieron. Nuestro punto de vista puede ser mejor o peor, pero es nuestro, hagamos nuestra historia antes de dejarnos gobernar por los muertos"²⁴.

Mientras tanto, la Corte Suprema terminó por reconocer al precedente constitucional un valor menor que aquél debido al precedente

Sentencia por encima de la Constitución misma, al cerrar el paso a un examen directo y constante de la misma". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: "Curso de Derecho Administrativo (I)", Editorial Civitas, Quinta edición, 1989, p. 186.

²⁴ DOUGLAS, William O.: *Stare Decisis* *Columbia Law Review*, Volumen 49, 1949, p. 739.

del *Common Law*. Como manifestación concreta de esta minusvaloración del *stare decisis* constitucional, puede señalarse el hecho que, sólo en el período 1937-1979, la Corte Suprema haya desestimado no menos de 90 precedentes jurisprudenciales²⁵.

A principios de la década de los 80, y a la luz de la situación recién descrita, hubo autores norteamericanos que se anticiparon a comentar sobre la "agonía", e, incluso, la "muerte" del *stare decisis*²⁶.

Los últimos 10 años, sin embargo, han presenciado un reverdecir de la teoría del precedente y un renovado debate sobre el tema en el seno de la propia Corte Suprema²⁷.

²⁵ MALTZ, Earl: "Some thoughts on the death of *Stare Decisis* in Constitutional Law", *Wisconsin Law Review*, 1980, p. 467.

²⁶ Earl Maltz se refirió en 1980 a la "muerte" del *stare decisis*, en MALTZ, Earl: "Some thoughts on the death of *stare decisis* in Constitutional Law", *Wisconsin Law Review*, 1980, pp. 467-496.

Henry Monaghan, por su parte, escribió en 1981 sobre el estado "moribundo" del *stare decisis*, en MONAGHAN, Henry: "Our perfect Constitution", *New York University Law Review*, Volumen 56, Mayo-Junio de 1981, pp. 353-396.

²⁷ Entre otros artículos que valoran positivamente el *stare decisis* cabe destacar:

SCHAUER, Frederick: "Precedent", *Stanford Law Review*, Volume 39, N° 3, February 1987, pp. 571-605.

EASTERBROOK, Franck: "Stability and Reliability in Judicial decisions", *Cornell Law Review*, Volume 73, N° 2, January 1988, pp. 422-433.

MONAGHAN, Henry: *Stare Decisis* and Constitutional adjudication", *Columbia Law Review*, Volume 88, N° 4, May 1988, pp. 723-773.

COLLIER, Charles: "Precedent and Legal Authority: A critical history", *Wisconsin Law Review*, Volume 1988, N° 5, pp. 771-825.

ALEXANDER, Larry: "Constrained by Precedent", *Southern California Law Review*, Volume 63, N° 1, November 1989, pp. 1-64.

MARSHALL, Lawrence: " 'Let Congress do it': the case for an absolute rule of statutory *stare decisis*", *Michigan Law Review*, Volume 88, N° 2, November 1989, pp. 177-238.

"Constitutional *Stare Decisis* ", *Harvard Law Review*, Volume 103, 1990, pp. 1344-1362.

Por el contrario, críticamente sobre el *Stare Decisis*:

Las causas de esta evolución reciente son fundamentalmente políticas. En efecto, en la misma medida en que sucesivas designaciones presidenciales iban consolidando una mayoría conservadora en la Corte Suprema, con el consiguiente "peligro" para la subsistencia de la Jurisprudencia "progresista" del período 1954-1981, la vertiente liberal, en el máximo Tribunal y en el mundo académico, iba erigiendo el respeto a las doctrinas establecidas en un argumento central de su discurso constitucional²⁸.

Concluimos este breve repaso al estado de la cuestión del precedente en los Estados Unidos, con una referencia a un fallo reciente de la Corte Suprema norteamericana en que se discuten tanto el alcance como los fundamentos del *stare decisis*: "Planificación Familiar de Pennsylvania Suroriental versus Casey".

"PLANIFICACION FAMILIAR
DE PENNSYLVANIA
SURORIENTAL vs. CASEY".
CORTE SUPREMA DE LOS
ESTADOS UNIDOS, 1992

En 1973 la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió en "Roe vs. Wade" que la garantía de la libertad contenida en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución norteamericana comprende el "derecho fundamental" de toda mujer a determinar autónomamente la continuación o interrupción de su embarazo

COOPER, Charles: "*Stare Decisis*: Precedent and principle in Constitutional Adjudication", *Cornell Law Review*, Volume 73, N° 2, January 1988, pp. 401-410.

²⁸ De esta manera, por ejemplo, la consideración al precedente constituye elemento fundamental para defender la validez de los programas de discriminación positiva (Voto de Minoría de los Jueces Marshall, Brennan y Blackmun en "Richmond vs. J.A. Crosson Co.", 1989), para reafirmar el "derecho" de la mujer a la libertad reproductiva (Voto de los Jueces Marshall, Brennan, Blackmun en "Webster vs. Reproductive Services", 1989), para afirmar la necesidad de la más estricta separación entre el Estado y la Religión (Voto de Minoría de los Jueces Marshall, Brennan, Blackmun y Stevens en "Lynch vs. Donnelly", 1984) y para reconocer ampliamente la libertad para expresarse a través del discurso simbólico (Voto de Minoría de los Jueces Marshall y Brennan en "Clarck vs. Community for Creative Non-Violence", 1984).

mientras el feto no hubiere alcanzado un estado de viabilidad²⁹.

La referida decisión ha sido objeto, desde entonces, de numerosas e importantes críticas. Surgió, inevitablemente, un fuerte movimiento destinado a lograr que la propia Corte Suprema volviera sobre sus pasos y derogara "Roe vs. Wade". Sucesivos cambios en la composición del máximo Tribunal norteamericano hicieron prever hacia 1990 que tal posibilidad era inminente.

Finalmente, en 1992, la Corte Suprema tuvo la oportunidad de decidir entre la repudiación o la ratificación de la doctrina central de "Roe vs. Wade". En las líneas que siguen se extracta la discusión del Tribunal Supremo sobre el valor, sentido y alcance del principio del *stare decisis*³⁰.

La Juez O'Connor, redactando por la mayoría de la Corte, se manifestó partidaria de ratificar lo que ella llama "el contenido esencial" de "Roe vs. Wade". O'Connor dedica varias páginas de su voto a reivindicar el principio del respeto al precedente:

"La obligación de seguir los precedentes tiene su origen en la necesidad. Una necesidad contraria marca los límites de esta adhesión. Siguiendo a Cardozo, nosotros reconocemos que ningún sistema judicial podría cumplir su función si su examen de los temas jurídicos partiera de cero cada vez que se le presenta un caso concreto".

"...En efecto, el mismo concepto de Estado que subyace a nuestra Constitución requiere un grado tal de continuidad a través del tiempo, que el respeto al precedente es, por definición, indispensable... En el otro extremo, una necesidad diferente se manifestaría si una decisión judicial previa apareciera tan claramente errada que su propia aplicación estuviera condenada al fracaso".

"Cuando esta Corte reexamina un precedente, su juicio se ha guiado tradicionalmente por una serie de consideraciones

prudenciales y pragmáticas destinadas a evaluar si la repudiación de la decisión anterior se ajusta o no a los imperativos del Estado de Derecho y a comparar los respectivos costos que tendrían la ratificación y la repudiación del precedente".

"En este caso, por tanto, debemos examinar si la doctrina central de Roe ha demostrado ser impracticable; debemos evaluar, en seguida, si dicha doctrina puede ser repudiada sin que con ello se afecte injustamente a quienes han descansado en ella o se inflija un daño significativo a la estabilidad de la sociedad que se ha regido hasta ahora por la señalada doctrina; debemos analizar, en tercer lugar, si el desarrollo del derecho en los años siguientes a Roe ha significado que la doctrina central de Roe deba ser considerada un anacronismo desechado por la sociedad y, por último, debemos juzgar si los fundamentos de hecho que subyacen la doctrina de Roe han cambiado de tal manera en las últimas dos décadas como para que dicha decisión aparezca hoy irrelevante o injustificable en la solución del problema para el cual fue pensada".

"...El deber de la Corte en este caso es claro. En 1973 enfrentó el ya entonces conflictivo tema de la posibilidad de que el gobierno limite la libertad de la mujer para abortar, entregando una respuesta fundada en el debido proceso garantizado por la Decimocuarta Enmienda. Sea o no que esté emergiendo un nuevo consenso social en torno a esta materia, su carácter polémico hoy no es menor que en 1973. La presión para revocar el fallo Roe, como aquella para ratificarlo, ha ido aumentando en intensidad. En las actuales circunstancias una decisión que revocara el contenido esencial de Roe, aun cuando corrigiera un error anterior —si es que aceptáramos que hubo tal error—, provocaría un daño profundo e innecesario a la legitimidad de la Corte y al compromiso de la Nación con el Estado de Derecho. Es, por tanto, imperativo adherir a la esencia de la decisión de Roe. Eso es lo que hacemos hoy".

El Juez Rehnquist discrepa del voto de mayoría. En su voto disidente cuestiona la forma en que la Juez O'Connor aplica la teoría del precedente:

"Los auténticos principios del *stare decisis* no exigen que parte alguna de 'Roe vs. Wade' permanezca intacta. Las malas decisiones en materias constitucionales tienen una duración especialísima, puesto que, a menos que se enmiende la Constitu-

²⁹ El texto completo de Roe vs. Wade puede consultarse en la Recopilación de fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos (U.S. collection), volumen 410, pp. 113 y siguientes.

³⁰ El texto completo de la sentencia "Planificación Familiar de Pennsylvania Suroriental vs. Casey" puede consultarse en GUNTHER, Gerald: "Constitutional Law", 12th Edition, 1992 Supplement by Frederick Schauer, The Foundation Press, 1992, pp. 69 al 112.

El autor asume la responsabilidad por la traducción de las partes seleccionadas desde el original en inglés.

ción, la corrección por la vía legislativa es imposible".

"Nuestra vigilancia constitucional no cesa por el hecho de haber pronunciado sentencia sobre una determinada materia: cuando aparece claro que una interpretación anterior fue defectuosa, estamos obligados a reexaminar el problema".

El Juez Scalia, por su parte, suscribe otro voto disidente en que también critica la manera en que la mayoría entiende el *stare decisis*:

"Los autores del voto de mayoría no afirman derechamente que 'Roe vs. Wade' haya sido una aplicación correcta del juicio razonado; simplemente sostienen que dicho fallo debe ser ratificado debido al

principio de *stare decisis*. Sin embargo, en su exhaustiva discusión de todos aquellos factores que deben ser considerados para determinar cuándo debe aplicarse el *stare decisis* y cuándo debe desecharse, no se preguntan nunca ¿Cuán equivocado es el fallo 'Roe vs. Wade'?"

"Resulta claro que, si como dice la mayoría: 'el poder de la Corte reside... en su legitimidad, un producto de sustancia y percepción': la referencia a la 'sustancia' exige que el error evidente sea reconocido como tal e invalidado".

"'Roe vs. Wade' fue claramente un error, aun si se aplican los criterios de la mayoría sobre juicio razonado, y con mayor razón, por supuesto, si se aplican los criterios apropiados de texto y tradición".