

¿Precedente horizontal de facto en el Tribunal Constitucional?

Factual horizontal precedent in the Constitutional Court?

José Francisco García García

Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN El presente trabajo tiene por objeto describir la práctica del Tribunal Constitucional de invocar y/o seguir, *de facto*, sus propios precedentes. Para describir este fenómeno, se distinguen variantes simples y complejas de esta práctica. Entre las primeras, se examinan sentencias donde se invocan o enuncian *tests*, estándares, parámetros o juicios de constitucionalidad; sentencias que hacen propios conceptos o categorías doctrinarias desarrollados en sentencias anteriores de dicha Magistratura; y sentencias que dan cuenta del marco jurisprudencial existente en una determinada materia. Desde la perspectiva de las variantes complejas, el trabajo da cuenta de, al menos, cuatro modalidades: sentencias que explicitan la existencia de un precedente vinculante; las que explicitan que existe un precedente aplicable, pero que debe ser reemplazado; sentencias en que el voto de minoría cuestiona directa o indirectamente a la mayoría apartarse del precedente que se estima vinculante y en donde observamos los desarrollos y justificaciones más densos por parte del TC; y casos en que un precedente busca actualizar uno anterior, sin modificarlo sustantivamente. Finalmente, el trabajo ofrece una evaluación desde la perspectiva de las consecuencias institucionales de esta práctica y conclusiones.

PALABRAS CLAVE precedente, *precedente horizontal*, *stare decisis*.

ABSTRACT The purpose of this paper is to describe the practice of the Constitutional Court to invoke and / or follow, *de facto*, its own precedents. To describe this phenomenon, we distinguish simple and complex variants of this practice. Among the first, we examine judgments where tests, standards, parameters or judgments of constitutionality are invoked or enunciated; judgments that make own concepts or doctrinal categories developed in previous sentences of said Judiciary; and judgments that give account of the jurisprudential framework existing in a certain subject. From the perspective of complex variants, the work accounts for at least four modalities: judgments that explain the existence of a binding precedent; those that explain that there is an applicable precedent, but that it must be replaced; judgments in which the minority vote directly or indirectly questions the majority to deviate from the precedent that is considered binding and where we observe the more dense developments and justifications on the part of the TC; and cases in which a precedent seeks to update an earlier one, without substantively modifying it. Fina-

lly, the work offers an evaluation from the perspective of the institutional consequences of this practice and conclusions.

KEYWORDS precedent, horizontal precedent, *stare decisis*

Introducción

Aunque el sistema jurídico chileno —particularmente su dogmática— suele entenderse como una variante rígida de la familia legal a la que pertenecemos (derecho continental, de código o civil) desde la perspectiva de las categorías que desarrolla el Derecho Comparado, el Tribunal Constitucional (en adelante «TC»), ha comenzado, en la última década, a seguir de manera explícita sus propios «precedentes».

Siguiendo a Garay, la doctrina del precedente horizontal implica que «un caso judicial *debe ser* resuelto conforme la regla explicitable de una sentencia anterior recaída en un supuesto análogo, pronunciado por el mismo tribunal» (Garay, 2013: 16). Entre nosotros, Henríquez, haciendo suya la conceptualización de Rodríguez Santander, sostiene que por precedente (constitucional vinculante) entiende «la regla jurídica que, vía interpretación/aplicación o integración del ordenamiento jurídico, crea el juez para resolver un caso futuro sustancialmente análogo» (Henríquez, 2013: 4). Además, distingue precedente constitucional vinculante de jurisprudencia constitucional.¹

Se trata de un fenómeno que, por lo demás, puede emparentarse con la *práctica* de la Corte Suprema de Argentina en materia de revisión judicial. Porque si bien, dicho sistema jurídico-institucional ha sido fuertemente influido por la tradición jurídica norteamericana, al final del día, se encuentra inserto en la tradición del derecho civil y, sin mediar mandato constitucional o legal, ha desarrollado una práctica de precedente horizontal sofisticada desde sus orígenes en 1863 (Legarre y Rivera, 2006, 109-124) (Legarre, 2014, 237-254).

No estamos ante una discusión nueva. La doctrina constitucional ha debatido en torno al rol del precedente constitucional en el sistema de fuentes chileno (Verdugo, 2013: 18).² Debemos recordar asimismo que, a propósito del proyecto de ley que modificaba la ley orgánica constitucional del TC, se establecía de manera expresa el respeto al precedente (Gobierno de Chile, 2005).³ Esta idea, sin embargo, finalmente no prosperó;

1. Por esta última entiende «que la repetición de criterios normativos contenidos en las sentencias de los tribunales, puede (no debe) ser observado por el propio Tribunal Constitucional, por el resto de los órganos del poder público, y por los jueces y tribunales que forman parte del poder judicial».

2. Esta fuente constituye un excelente recuento.

3. La propuesta señalaba: «El Tribunal quedará vinculado por sus precedentes. Sin embargo, por razones fundadas, podrá cambiar lo resuelto con anterioridad». Luego se reemplazó por un precepto que señalaba que «Toda sentencia del Tribunal que modifique o altere sustantivamente lo que hubiere resuelto con anterioridad sobre la misma materia, deberá declarar tal circunstancia y precisar las razones fundadas en que dicho cambio se sustenta». Finalmente, este precepto tampoco prosperó, y hoy tenemos uno que dispone expresamente «La sentencia que declare la inaplicabilidad sólo producirá efectos en el juicio en que se soli-

sin mayor debate, fue rechazada por «no ajustarse a la realidad jurídica chilena» (Varas, 2007: 443) (Peña, 2006: 173-184) (García y Verdugo, 2010: 419-482)⁴. Se trata de un argumento curioso si examinamos, por ejemplo, la regulación del precedente del Tribunal Constitucional peruano (Peña, 2006: 173-184).

Bajo este contexto, resulta interesante –y hasta paradójico– el que emerja ahora esta discusión –y sus tensiones– como una práctica, *de facto*.

Describiremos a continuación las formas que adquiere esta práctica en la siguiente sección (2). En la sección 3, enunciaremos algunas consecuencias de la consolidación y/o profundización de esta práctica en nuestro sistema constitucional.

Algunas tendencias en la jurisprudencia reciente del TC

Variantes simples

A nuestro juicio existen tres formas simples que dan cuenta de la práctica que describimos: sentencias donde se invocan o enuncian *tests*, estándares, parámetros o juicios de constitucionalidad (García: 2011: 101-138); sentencias que hacen propios conceptos o categorías doctrinarias desarrollados en fallos anteriores; y sentencias que dan cuenta del marco jurisprudencial existente en una determinada materia. Consideramos estas formas o variantes como simples en la medida en que se limitan a constatar, describir o contextualizar el marco jurisprudencial existente (y aplicable) en la resolución de un determinado asunto, sin que exista mayor reflexión respecto de la existencia de una regla jurídica singular directamente aplicable y que resulte, para el TC, imperativa.

Invocar tests. Proporcionalidad

Una primera variante es la existencia de *tests*, parámetros o estándares de revisión judicial (Sweet y Mathews, 2008: 73-165).⁵ Uno paradigmático es el de proporcionalidad, el que hizo su aparición entre nosotros por vez primera de manera explícita en 2007 (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 790-07, 2007) y que ha tenido una evolución irregular, de menos a más en términos de su coherencia y la profundidad de su aplicación como test copulativo (García, 2012: 65-116).⁶

cita». Sobre la tramitación de este proyecto, puede consultarse la página web www.senado.cl, ingresando el boletín núm. 4059-07. El mensaje de este proyecto sólo contenía una breve explicación general al respecto: «Esta fuerza atribuida a las sentencias del Tribunal permite, además, que el proyecto recoja una doctrina desarrollada por el propio Tribunal, en el sentido de quedar vinculado por sus precedentes, sin perjuicio de cambiar lo resuelto con anterioridad, por razones fundadas. Con ello se logra la necesaria estabilidad y certeza jurídica para las decisiones de los órganos del Estado, considerando que todos ellos quedan obligados por las sentencias del Tribunal.»

4. Varas manifestaba su oposición, mientras Peña, García y Verdugo emitieron opiniones favorables a la consagración del precedente, con o menor fuerza vinculante; la primera incluso enuncia seis precedentes que a su juicio tienen el carácter de obligatorios.

5. A nivel comparado.

6. En el texto citado se puede observar un examen de la evolución del TC en esta materia.

Así, por ejemplo, en la sentencia denominada *Ley corta de gratuidad* (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2935-15, 2015) el TC opta por el test de proporcionalidad cómo método para ponderar la racionalidad de las medidas adoptadas por el legislador, sosteniendo en el considerando 33°:

Que, en base a estos fundamentos, y recogiendo la reflexión contenida en el fallo del rol 1710 —el que a su vez hace suyos los elementos de juicio contenidos en la sentencia de la causa rol 1.273—, no puede considerarse jurídicamente reprochable una diferenciación entre los estudiantes que accedan a la educación superior, en la medida que tal distinción no responda a una fundamentación razonable. En abono a esta idea, la sentencia en comento hace referencia a lo expresado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el cual ha manifestado «que la Ley Fundamental considera arbitrario, por ende, inconstitucional, tratar desigualmente a las igualdades esenciales, entendidas estas últimas como aquellas que se verifican cuando «personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (*tertium comparationis*), son comparables. Además, se agrega /a denominada «nueva fórmula», consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquella persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto. (El destacado es nuestro). (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2935-15, 2015: Considerando 33°)

En otras palabras, para ponderar la racionalidad de una distinción, el Tribunal utilizó el examen de proporcionalidad, conforme al cual el Tribunal escoge como método de juzgamiento abocarse a identificar los fines lícitos del proyecto de ley, para posteriormente evaluar si las diferenciaciones que hace el legislador son proporcionadas o no a la finalidad lícita. Así, en *Ley Corta de Gratuidad*, se constituye en uno de los ejemplos recientes más importantes en torno a la vigencia y actualidad del examen de proporcionalidad, a la vez que invoca una sentencia en la que se plasma con sofisticación.

Hacer propios conceptos o categorías doctrinarias desarrollados en fallos anteriores.

Un segundo ejemplo lo encontramos en el uso de conceptos o categorías doctrinarias que han sido utilizadas con anterioridad, y que se transforman en definiciones o conceptos que van adquiriendo una fuerza interpretativa más intensa.

Ejemplo canónico en esta materia lo encontramos en el uso del concepto de Orden Público Económico del profesor José Luis Cea. Así, por ejemplo, el TC sostuvo:

65°. Que los preceptos constitucionales de los numerales 21° y 22° del artículo 19, que se alegan infringidos, forman parte del denominado «orden público económico», que,

si bien no ha sido definido en la Constitución, fluye de numerosas disposiciones de la Carta Fundamental y de su contexto dogmático y normativo. *Sobre él este Tribunal se ha pronunciado en ocasiones anteriores;*

66°. Que, en efecto, en sentencia de 17 de noviembre de 2006, recaída en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, este Tribunal se refirió al orden público económico, señalando que estimaba pertinente al respecto «invocar nuevamente la definición de orden público de don Luis Claro Solar, cuando lo considera como ‘el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como a las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas’ y agrega que ‘en este sentido orden público es sinónimo de orden social’, y el concepto que el Profesor José Luis Cea Egaña, actual Presidente de este Tribunal, tiene del orden público económico, en cuanto lo define como el ‘conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución.’ *Consiguientemente, como se señalara en el rol 207,* el orden público y el orden público económico en especial, estará orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas...» (*Rol 546, Capítulo I, considerando 8*). (Los destacados son nuestros). (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 1144-08, 2008: Considerandos 64° y 65°)

Así, a juicio del TC, el concepto de Orden Público Económico del profesor Cea ha servido para iluminar y dar coherencia a las garantías que conforman esta categoría, dando un marco conceptual para su aplicación sistemática y finalista, como un todo coherente.

Idéntico rol juega la sentencia denominada doctrinariamente *Ley de Prensa* (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 226-95, 1995), en cuyos considerandos 28° y 29° se plasmaron los que serían los elementos centrales de la definición del concepto de autonomía de los cuerpos intermedios (Constitución Política de la República: Art. 1°, inciso tercero). Por ejemplo, sería utilizado en el denominado caso *People Meter on line I* (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2358-12, 2012):

DECIMONOVENO: Que, en efecto, *en el ya citado rol 226 (considerando 28°, párrafo segundo)*, a propósito de los aludidos medios, se resolvió que «...no es ocioso recordar que el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios o entes asociativos, es uno de los pilares básicos en la organización de la sociedad civil, y así lo establece, ya en su artículo 1°, la Carta Fundamental, garantizando al mismo tiempo su adecuada autonomía, a fin de permitirles – como células vivas de la sociedad – la obtención de sus fines propios, contribuyendo de este modo a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la sociedad. Reconocimiento, amparo y garantía de su autonomía son los términos en que la Constitución se expresa a su respecto.» *Para añadir en el con-*

siderando 29° que:»...Dicha autonomía para cumplir con sus propios fines específicos implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar los objetivos que se desean alcanzar, para organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo, y sin más limitaciones que las que impongan la Constitución. (Los destacados son nuestros). (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2358-12, 2012: Considerando 19°)

En otras palabras, en *Ley de Prensa* se desarrollaron los elementos constitutivos del principio de autonomías sociales y el marco de acción y protección que la norma constitucional referida otorga a las sociedades intermedias, sirviendo como precedente cuando vuelva a discutirse esta cuestión, como de hecho a sucedido.

Reconocer la existencia de jurisprudencia anterior que enmarca el debate.

Finalmente, encontramos todavía, sentencias que establecen el marco jurisprudencial aplicable a la resolución de un determinado asunto. Ejemplo de ello lo encontramos en un fallo (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2529-13, 2013) en el que el TC acoge un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil —procedencia de recurso de casación en la forma respecto de sentencias que se dicten en juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales; en la especie, una sentencia de reclamación tributaria—. STC rol 2529-13, de 2 de enero de 2015. En el voto disidente se sostuvo:

3°. Que esta Magistratura ha tenido la oportunidad de pronunciarse en la materia en cuatro sentencias. En dos (STC 1373/2010 y 1873/2011), esta Magistratura acogió, por mayoría de votos, un requerimiento contra el precepto reprochado en estos autos. Sin embargo, con posterioridad rechazó un requerimiento en tal sentido: en la STC 2034/2012, por empate, y en la STC 2137/2013, por mayoría de votos; (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2529-13, 2013: Considerando 3°)

En este caso la disidencia se limita a describir el marco general de jurisprudencia aplicable, sosteniendo que, respecto del resultado, ello ha ido en diversas direcciones.

Así, tanto en este último ejemplo como en las otras variantes antes descritas, que hemos denominado como «simples», el TC está utilizando sus potestades en materia de revisión judicial constatando la existencia de parámetros, conceptos o categorías anteriores, que enmarcan y delimitación su decisión presente, pero sin la fuerza obligatoria de una regla jurídica singular que, por haber sido decisiva en la resolución de una controversia en el pasado (o del juicio de constitucionalidad de una ley), se estima debe ser utilizada en el presente.

Variantes complejas

Distinto es el caso de sentencias en que el TC –sea la mayoría que ha dado vida a la sentencia o bien la disidencia–, ha sostenido que existe una regla jurídica singular que

ha sido utilizada anteriormente y que es vinculante para la controversia constitucional respecto de la cual se debe pronunciar (en el presente).

En este sentido, encontramos, al menos, cuatro formas o modalidades de esta variante: sentencias que explicitan la existencia de un precedente vinculante; las que explicitan que existe un precedente aplicable, pero que debe ser reemplazado; sentencias en que el voto de minoría cuestiona directa o indirectamente a la mayoría apartarse del precedente que se estima vinculante; y casos en que un precedente busca actualizar uno anterior, sin modificarlo sustantivamente.

Explicitar la existencia de un precedente vinculante

En el fallo *People Meter on line II* (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2509-13, 2013) advierten los Diputados requirentes que la norma cuestionada, a pesar de tener una redacción distinta, es idéntica en cuanto a sus efectos a la norma declarada inconstitucional por el TC en *People meter on line I* (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2358-12, 2012).

El TC resuelve acoger el requerimiento de inconstitucionalidad deducido sosteniendo que:

QUINTO: Que, con todo, en esta oportunidad no se admitirá el alegato de que, al incorporar la norma cuestionada en el Senado, se haya querido obviar el precedente contenido en la sentencia rol 2.358, sobre la base de una interpretación evasiva de la misma. Si una deferente consideración entre los Poderes constituidos contribuye a afianzar el orden constitucional vigente, entonces habrá que estarse a la motivación allí dada, en cuanto a que la doctrina constitucional sentada en tal fallo no habría sido lo suficientemente amplia como para cerrar otras opciones legales, tendientes a intervenir en la materia.

Por lo mismo, se entenderá que este Tribunal Constitucional no puede sino considerar vinculante, para sí, su propia sentencia. De modo que, habiéndose pronunciado por la inconstitucionalidad de un proyecto en la etapa de control preventivo, no le es dable variar frente a una reiteración legislativa, a menos que se presente otra versión premunida de nuevos antecedentes, o la repetición se justifique por un cambio normativo o fáctico acaecido en el intertanto, cuyo no es el caso. (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2509-13, 2013: Considerando 5°)

Explicitar la necesidad de cambiar el precedente.

Un ejemplo de esta variante la encontramos en la sentencia *Administrador Provisional de Educación* (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2731-14, 2014), rechazando un requerimiento presentado por un grupo de parlamentarios respecto de una serie de normas del proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales (hoy Ley 20.800).

Antes de pronunciarse respecto de cada una de las once infracciones alegadas, sostuvo, explícitamente, que, a la luz de los principios interpretativos enunciados para resolver el fondo, se estimaba necesario cambiar el precedente anterior (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 184-94, 1994). En dicha sentencia, el TC había objetado la posibilidad de que la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, previo acuerdo del Banco Central, nombrara, por tres meses prorrogables, un delegado en una AFP, si ésta hubiere incurrido en infracción grave de ley que cause perjuicio al fondo que administra o redujere de hecho su patrimonio, al mínimo que exige la ley, dado que afectaba una serie de garantías constitucionales: los derechos de propiedad, de asociación, la autonomía de los grupos intermedios y la facultad exclusiva de los tribunales de resolver los conflictos —el nombramiento de interventor es una medida precautoria inherente a los tribunales, no a órganos de la Administración. Así, sostuvo:

TRIGESIMOSEXTO: Que, a la luz de estos principios interpretativos, es necesario cambiar el precedente de la sentencia rol 184/1994...

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, en el presente fallo, este Tribunal considera que es necesario revisar dicho precedente y sus fundamentos, por las razones que se expresan a continuación.... (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2731-14, 2014: Considerandos 36° y 37°)

El TC fundamentó la necesidad del cambio de criterio, dado que el primer precedente se encontraría «aislado en el tiempo», examinando la evolución de la jurisprudencia del TC respecto de cuestiones conexas (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2731-14, 2014: Considerandos 37° a 41°); «aislado también por el legislador» (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2731-14, 2014: Considerandos 42°); y superado por la dictación de la Ley 19.880/2003 (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2731-14, 2014: Considerandos 43°).

Voto de minoría que cuestiona directa o indirectamente a la mayoría apartarse del precedente.

En *Reforma Educacional* (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2787-15, 2015), de 1 de abril de 2015, el voto de minoría que está por acoger (parcial o totalmente) el requerimiento parlamentario contra el proyecto de ley de reforma educacional básica y media señala que existe un pronunciamiento anterior de este Tribunal en virtud del cual se descarta la posibilidad de prohibir el lucro. En efecto:

42. Que, por último, cabe recordar lo afirmado en la sentencia rol 1363, la cual se pronunció sobre la disposición de un Proyecto de Ley que exigía que el sostenedor estuviera organizado como persona jurídica con objeto de giro único. *Dicha sentencia (no voto disidente) constituye un precedente jurisprudencial claro, específico y pertinente.* En efecto, el considerando 22° de la misma señala que «la norma no exige ninguna personalidad jurídica concreta. Establece sólo que se trate de ‘personas jurídicas de derecho privado.’ Por tanto, el establecimiento puede adoptar la forma de persona jurí-

dica con fines de lucro, incluyendo todas las formas reguladas de sociedades, o sin fines de lucro, o sea, Corporaciones y Fundaciones. Las formas específicas de organización, serán definidas por el que quiera tener un establecimiento con reconocimiento oficial dentro de esta amplia gama. La única limitación, es que dicha persona jurídica tenga 'objeto social único', es decir, exclusivo. Ese objeto debe ser 'la educación'. Con ello se excluyen, agrupaciones multipropósitos;. (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2787-15, 2015: Considerando 42°)

Se trata de un ejemplo relevante dado que no sólo se invoca como precedente directamente vinculante, sino que además se incorpora un estándar; es claro, específico y pertinente.

Otro ejemplo lo encontramos en la sentencia denominada *Curtidos Bas* (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2684-14, 2014). En el voto disidente se sostuvo que «*el examen de la presente cuestión no puede prescindir de estos precedentes, construidos paciente y laboriosamente a lo largo del tiempo*». (El destacado es nuestro). (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2684-14, 2014: Considerando 16°)

Todavía encontramos un tercer ejemplo. En la disidencia del ya referido *People Meter II*, la discusión respecto del precedente aplicable es complejizada y, por primera vez, examinados los complejos derroteros. Así, se sostuvo:

14. *Que, por otra parte, el argumento de la identidad de efecto entre los preceptos tiene dos dificultades.* Por una parte, el Tribunal tiene que asumir, como hipótesis, que la Comisión Mixta repondrá, en sus mismos términos, el texto despachado por el Senado. Mientras el informe no sea despachado a la Sala de la Cámara, no hay certeza sobre ello. No nos parece razonable, entonces, asumir que el texto reprochado en la STC 2358/2013 tiene esta identidad con el ahora objetado. Por la otra, esta identidad tiene que ser evaluada por el Tribunal. El requerimiento asume que los textos no son iguales. Argumenta que producen el mismo efecto. Esto último debe ser objeto de calificación por esta Magistratura. *De ahí que no sea automática la aplicación de la STC 2358. Por lo demás, así se ha procedido en el pasado...*

15. *Que, asimismo, este Tribunal tiene una doctrina asentada sobre sus precedentes. El Tribunal debe mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores por una razón de certeza y seguridad. Sin embargo, puede cambiar dicha doctrina si existen motivos o razones suficientes que lo justifiquen (por ejemplo, STC 171/93 y 1572/2010). Ello obliga a esta Magistratura a examinar si existen o no esas razones, lo que impide una aplicación automática de sus fallos anteriores;*

16. *Que, además, esta Magistratura, en materia de la eventual vulneración de la autonomía de los grupos intermedios, avanzó en la doctrina que había anunciado en la STC 2358/2013, en la STC 2487/2013. Por lo mismo, hay dos precedentes que enfocan el punto de manera diferente. De ahí que sea necesario establecer cuál es la doctrina que prevalecerá;*

17. *Del mismo modo, determinar si los argumentos hechos valer por esta Magistratura en la sentencia recién citada, son homologables al precepto impugnado en este requerimiento, es un asunto discutible. Lo demuestra el hecho de que exista esta disidencia....*

(Los destacados son nuestros). (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2509-13, 2013: Considerandos 14° a 17°)

En los tres ejemplos señalados, el voto disidente «denuncia» a la mayoría el desatender el precedente vinculante. Es interesante destacar que, de todas las variantes examinadas en este trabajo, también entre las complejas, en estos casos es donde encontramos el mayor desarrollo y justificación del precedente quebrantado o desatendido. En efecto, las disidencias buscan generar estándares (e.g. precedente claro específico y pertinente; o el peso de la tradición o longevidad) o examinar la institución del precedente del TC en sus diversas dimensiones (para ser aplicado o desatenderlo). En otras palabras, en estas disidencias encontramos elementos valiosos para un desarrollo en profundidad, desde la dogmática, en esta materia.

Actualizar un precedente

Finalmente, podemos destacar una última modalidad entre las variantes que hemos denominado «complejas». Se trata del caso en que un precedente busca ser actualizado. Ello ocurrió en los casos de las *inaplicabilidades eléctricas* (Tribunal Constitucional, rol 480-06 y 479-06),⁷ respecto de la sentencia *Ley de Caza*, (Tribunal Constitucional, rol 244-96).⁸ En dichos fallos, el TC estableció sus estándares en materia de derecho administrativo sancionador. En este sentido, sostuvo:

Quinto: Que el principio de legalidad es igualmente aplicable a la actividad sancionadora de la administración en virtud de lo prescrito en los dos últimos incisos del numeral 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental. *Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado -el llamado ius puniendi- y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3° del artículo 19.* Como ha establecido este Tribunal, a propósito de la aplicación a Clodomiro Almeyda de las sanciones contempladas en el artículo octavo entonces vigente, «...se hace necesario, también, traer a colación el principio de «*nulla poena sine lege*» que expresa el artículo 19 núm. 3 inciso séptimo de la Carta Fundamental, ya que si bien es cierto que dicho precepto sólo se refiere a los delitos penales, no lo es menos que él debe estar presente para determinar el alcance del artículo 8°, ya que difícilmente, en una interpretación razonable, pueden sustraerse al concepto de pena las graves sanciones que el precepto impone a quien incurre en el ilícito constitucional que contempla.» (sentencia de 21 de diciembre de 1987, rol 46, considerando 18°). *De igual modo, el Tribunal reiteró esa doctrina en el fallo*

7. Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Iberoamericana de Energía Ibener S. A., respecto de diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y del artículo 81 núm. 1 del DFL núm. 1 de 1982 del Ministerio de Minería, en la causa caratulada «Iberoamericana de Energía Ibener S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles», seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

8. Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, enviado por la Cámara de Diputados y que modifica la Ley 4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna.

rol 244 cuyos considerandos 9° y 10° que se reproducen establecieron... (El destacado es nuestro). (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 480-06, 2006: Considerando 5°)

Resulta interesante, asimismo, la prevención de los ministros Colombo y Correa Sutil, quienes no comparten lo razonado por el Tribunal en los considerandos 5° a 7°, agregando este último que «se hace un deber expresar que, si bien concuerda, por lo dicho en los restantes considerandos, que el principio de legalidad es aplicable a la actividad sancionadora de la Administración, no resulta, a su juicio, ni pertinente ni necesario fundarlo en el artículo 19 núm. 3 de la Constitución. Al efecto, tiene presente lo siguiente:

Décimo Segundo: Que, en consecuencia, ni en el lenguaje, ni en el espíritu del inciso final del artículo 19 núm. 3 de la Carta Fundamental, interpretado a la luz de los elementos gramatical, lógico, sistemático e histórico es posible encontrar base de sustentación a la tesis de que las garantías del derecho penal deben aplicarse al derecho administrativo sancionador. El debate doctrinario acerca de la conveniencia de hacerlo es uno de mérito y que no resulta concluyente. La aplicación tampoco resulta necesaria para la defensa de los derechos fundamentales, máxime si el principio de legalidad, a nuestro juicio con contornos más adecuados, resulta aplicable, como en la especie, en razón de los derechos que afecta la actividad sancionadora del Estado.

Décimo Tercero: *Que esta prevención se aparta de un precedente del Tribunal, particularmente de la sentencia rol 244 de 26 de agosto de 1996 relativo a la Ley de Caza*, pero las razones antes expuestas me obligan a hacerlo. A juicio de este Ministro, esta tesis no se aparta de la sentencia rol 46 de 21 de diciembre de 1987, pues las sanciones que se le pretendía aplicar en ese caso a Clodomiro Almeyda, contenidas en el entonces vigente artículo 8° de la Constitución, si eran, por su naturaleza, sanciones de carácter penal, aunque estuvieran contenidas en el texto constitucional. (El destacado es nuestro). (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 480-06, 2006: Considerandos 12° y 13°)

Bajo este contexto, las cuatro modalidades examinadas, las que, por cierto, requieren de un análisis mucho más detallado y sofisticado, nos entregan un punto de partida importante como base para pensar esta práctica de cara al futuro.

Evaluación

Sin querer pormenorizar ni entrar en detalles respecto de las consecuencias institucionales que se derivan de la práctica antes descrita, parece necesario enunciar algunas de ellas.

En primer lugar, una práctica como la descrita contribuye a aumentar la certeza jurídica en nuestro ordenamiento constitucional, a la vez que contribuye a que las sentencias del TC ganen en objetividad y legitimidad, con lo que protege al TC de presiones externas, aumentando entonces su autonomía. Como consecuencia de lo anterior surgen categorías más sofisticadas de fundamentación de las sentencias. Así, distinguir entre aquellas consideraciones que son *obiter dicta* o *ratio decidendi* se vuelven esenciales para efectos del precedente aplicable al futuro.

En segundo lugar, tendría una evidente consecuencia sistémica respecto de las fuentes del derecho constitucional, pasando la jurisprudencia constitucional –o al menos un uso más intensivo de precedentes– a ocupar un nuevo sitio.

En tercer lugar, de madurar y asentarse una práctica como la descrita, ello, sin lugar a dudas, impactaría la enseñanza del Derecho Constitucional en nuestro país. Es un hecho que de forma creciente la enseñanza del Derecho Constitucional es una de naturaleza eminentemente jurisprudencial. Incluso es posible sostener que un curso de Derecho Constitucional pueda ser impartido sobre la base exclusiva de casos. Lo anterior, a su vez, implicaría repensar las metodologías de enseñanza de la cátedra, pasando desde la lección a fórmulas más o menos intensas del método socrático.

Finalmente, en el Derecho Comparado, especialmente anglosajón, se han examinado las dimensiones de política pública de esta institución:

- Los incentivos de los jueces para seguir los precedentes (Posner, 2010 y 2013);
- La economía del precedente, esto es, su naturaleza de bien público (Shavell, 2004);
- Su impacto en la formación de un Estado de Derecho robusto y mayor seguridad jurídica (North, 1990), al igual que en términos de transparencia y accountability (Farber, 2005: 1173);
- Su impacto en la disminución de la litigación frívola y los costos de litigación (Cooter, Kornhauser y Lane, 1979: 366 y ss.); entre otros.

Conclusión

Si bien esta práctica del TC ha comenzado a profundizarse recién en el último par de años, y debe caracterizarse como emergente, estamos ante una cuestión de insospechadas y transformativas consecuencias para nuestro sistema jurídico. En efecto, este trabajo ha buscado describir la misma en la última década, identificando aquellos casos que le dan vida.

Como hemos visto, es una práctica que adopta formas simples o complejas. Entre las primeras, encontramos sentencias donde se invocan o enuncian *tests*, estándares, parámetros o juicios de constitucionalidad; sentencias que hacen propios conceptos o categorías doctrinarios desarrollados en fallos anteriores; y sentencias que dan cuenta del marco jurisprudencial existente en una determinada materia. Consideramos estas formas o variantes como simples en la medida en que se limitan a constatar, describir o contextualizar el marco jurisprudencial existente (y aplicable) en la resolución de un determinado asunto, sin que exista mayor reflexión respecto de la existencia de una regla jurídica singular directamente aplicable y que resulte, para el TC, imperativa. Desde la perspectiva de las variantes complejas, encontramos, al menos, cuatro formas o modalidades: sentencias que explicitan la existencia de un precedente vinculante; las que explicitan que existe un precedente aplicable, pero que debe ser reemplazado; sentencias en que el voto de minoría cuestiona directa o indirectamente a la mayoría apar-

tarse del precedente que se estima vinculante, y en donde observamos los desarrollos y justificaciones más densos por parte del TC; y casos en que un precedente busca actualizar uno anterior, sin modificarlo sustantivamente. En estos casos, la mayoría que ha dado vida a la sentencia o bien la disidencia, han sostenido que existe una regla jurídica singular que ha sido utilizada anteriormente y que es vinculante para la controversia constitucional respecto de la cual se debe pronunciar.

Referencias

- ARNOLD, Rainier, José Ignacio Martínez y Francisco Zúñiga (2012). «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Estudios Constitucionales*, 10 (1), 65-116.
- COOTER, Robert D., Lewis Kornhauser y David Lane (1979). «Liability Rules, Limited Information, and the Role of Precedent», *The Bell Journal of Economics*, 10, 366-373.
- FARBER, Daniel A. (2005). «The Rule of Law and the Law of Precedents». *Minnesota Law Review*, 90, 1173-1203.
- GARAY, Alberto F. (2013). *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- GARCÍA, José Francisco (2011). «El Tribunal Constitucional y el uso de «tests»: Una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica». *Revista Chilena de Derecho*, 38 (1), 101-138.
- GARCÍA, José Francisco y Sergio Verdugo (2010) «Tribunal Constitucional, certiorari y precedente». En Cazor, Kamel. y Carolina Salas (coordinadores), *Estudios Constitucionales*, Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Santiago de Chile: Libro-tecnia, 419-482.
- GOBIERNO DE CHILE (2005). Mensaje del Presidente de la República que modifica la Ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, de 7 de diciembre.
- HENRÍQUEZ, Miriam (2013). «¿Precedente constitucional en el sistema de fuentes del Derecho chileno?». En Arancibia, Jaime, José Ignacio Martínez y Alejandro Romero (coordinadores), *Precedente, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública*. Santiago de Chile: LegalPublishing, 3-16.
- LEGARRE, Santiago y Julio César Rivera (2006). «Naturaleza y dimensiones del Decisis», *Revista Chilena de Derecho*, 33 (1), 109-124.
- LEGARRE, Santiago (2014). «La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema Argentina y el Stare Decisis». *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, 4, 237-254.
- NORTH, Douglas (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PEÑA, Marisol (2006). «El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa». *Estudios Constitucionales*, 4 (1), 173-184.

- POSNER, Richard (2010). *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press.
- POSNER, Richard (2013). *Reflections on Judging*. Cambridge: Harvard University Press.
- SHAVELL, Steven (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- SWEET, Alec. y Jud Mathews (2008) «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism». *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 73-165.
- VARAS, Paulino (2007). «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». *Revista de Derecho Público*, I, 431-444.
- VERDUGO, Sergio (2013). «Precedente y teorías de interpretación en la justicia constitucional». En Arancibia, Jaime, José Ignacio Martínez y Alejandro Romero (coordinadores), *Precedente, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública*. Santiago de Chile: LegalPublishing, 17-44.

Jurisprudencia citada

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 184-94, «Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que Modifica las Leyes de Mercado de Valores, Administración de Fondos Mutuos, de Fondos de Inversión, de Fondos de Pensiones, de Compañías de Seguros, y otras Materias que Indica», de 07 de marzo de 1994.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 226-95, «Requerimiento de Diputados respecto del artículo 1º, inciso tercero; artículo 9º, inciso primero; artículo 20, inciso segundo, y artículo 43, inciso segundo, del proyecto de ley sobre «Libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo», de 30 de octubre de 1995.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 244-96, «Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley 4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna», de 26 de agosto de 1996.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 479-06, «Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Compañía Eléctrica San Isidro S.A. y otras, respecto del artículo 15 de la ley 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en autos sobre recursos de reclamación de ilegalidad que indica, de los que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago», de 10 de agosto de 2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 480-06 «Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Iberoamericana de Energía IBENER S.A., respecto del artículo 3º núm. 17, inciso 4º y núm. 23, inciso 1º, 15, 16 núm. 2 y 16 A de la Ley 18.410, en la causa rol 5.816-2004 de la Corte de Apelaciones de Santiago», de 31 de julio de 2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 790-07, «Requerimiento de inapli-

cabilidad presentado por Fernando Coloma Reyes y otros respecto del artículo 4° de la Ley 18.549 y del artículo 29 de la Ley 18.669 en la causa caratulada «Lagos, Hipólito y otros con INP», rol 18.828-06, seguida ante el 7° Juzgado Civil de Santiago», de 11 de diciembre de 2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 1144-08, «requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Alejandro Vergara Blanco respecto del artículo 2° de la Ley 8.828, en el juicio sumario rol 3.266-2008, caratulado «Rojas, Patricio, con Editorial LexisNexis Chile Limitada», del Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Santiago», de 23 de diciembre de 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2358-12, «requerimiento presentado por un grupo de diputados, que representan la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, respecto de la inconstitucionalidad del núm. 9 del artículo único del proyecto de ley que «permite la introducción de la televisión digital terrestre», contenido en el Boletín 6190-19», de 09 de enero de 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2509-13, «requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados respecto de núm. 9 del artículo primero del proyecto de ley que «permite la introducción de la televisión digital terrestre», contenido en el Boletín 6190-19», de 24 de septiembre de 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2529-13, «requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Hoteles de Chile S.A. respecto del inciso segundo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en los autos caratulados «Hoteles de Chile S.A. con Servicio de Impuestos Internos», de que conoce la Corte Suprema por recursos de casación en la forma y en el fondo, bajo el rol 7109-2013», de 01 de febrero de 2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2731-14, 2014, «Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales, contenido en el Boletín 9333-04», de 26 de noviembre de 2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2787-15, «Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores en relación al proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, correspondiente al boletín 9366-04», de 1 de abril de 2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2935-15, «requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de parte de las glosas que indican correspondientes al proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público, para el año 2016, correspondiente al Boletín 10.300-2015», de 21 de diciembre de 2015.

Sobre el autor

José Francisco García es Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Doctor en Derecho de la Universidad de Chicago. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección: Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago.