

Creación, derogación y aplicabilidad de precedentes: a propósito de los precedentes constitucionales chilenos sobre el *nasciturus**

Creation, abrogation and application of precedents: An analysis of Chilean constitutional precedents related to unborn

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO**

Universidad Austral de Chile, sede Valdivia (Chile)

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ***

Universidad Austral de Chile, sede Valdivia (Chile)

Resumen: El objetivo de este trabajo es analizar las condiciones de creación, derogación y aplicación de los precedentes. Para ello, tomaremos como referencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en materia de protección del *nasciturus*. Procederemos del siguiente modo: en primer lugar, se realizará una introducción al problema. En segundo lugar, se expondrán los precedentes constitucionales chilenos sobre la materia. En tercer lugar, se definirán los términos básicos para entender el problema: precedente, *stare decisis* y *ratio decidendi*. En cuarto lugar, se expondrán algunas de las normas más frecuentemente presentes en nuestros ordenamientos que regulan la existencia de precedentes. En quinto lugar, se presentan los diferentes tipos de derogación de precedentes, analizando si alguno de los precedentes de la discusión chilena ha sido eliminado. En sexto lugar, abordamos los criterios de aplicabilidad frente a la presencia de precedentes incompatibles. Se finaliza con unas breves conclusiones.

Palabras clave: Precedente, *ratio decidendi*, *stare decisis*, existencia de precedentes, derogación de precedentes, aplicabilidad

Abstract: The objective of this work is to analyze the conditions of creation, abrogation and application of the precedents. For this, we will take as a reference the jurisprudence of the Chilean Constitutional Court on the protection of unborn babies. We will proceed as follows: first, an introduction to the problem is made. Secondly, the Chilean constitutional precedents on the matter are presented. Third, the basic terms to understand the problem will be defined: precedent, *stare decisis* and *ratio decidendi*. Fourth, some of the rules most frequently present in our legal systems that regulate the

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular 1180494 («Hacia una teoría del *stare decisis*»), del cual Álvaro Núñez es investigador principal. Agradecemos a Daniel Silva Horta por su ayuda con los planes de estudio en enseñanza media y básica que mencionan los anticonceptivos de emergencia.

** Profesor de Teoría del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, y doctor en Derecho por la Universidad de Génova.
Código ORCID: 0000-0001-8665-2381. Correo electrónico: alvaro.nunez.vaquero@gmail.com / alvaro.nunez@uach.cl

*** Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, y doctor en Derecho por la Universidad Europea.
Código ORCID: 0000-0002-7035. Correo electrónico: josefernandez@uach.cl

existence of precedents are exposed. Fifth, the different types of abrogation of precedents are presented, analyzing whether any of the precedents of the Chilean discussion have been eliminated. Sixth, we will address the criteria of applicability in the face of incompatible precedents. The article ends with a few brief conclusions.

Key words: Precedent, *ratio decidendi*, *stare decisis*, existence of precedents, abrogation of precedents

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CASO DE LOS AUTOPRECEDENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO.- III. PRECEDENTES, *RATIO DECIDENDI* Y *STARE DECISIS*.- III.1. PRECEDENTES.- III.2. *RATIO DECIDENDI*.- III.3. REGLA DEL PRECEDENTE O REGLA DEL *STARE DECISIS*.- IV. EXISTENCIA DE LOS PRECEDENTES.- IV.1. INNOVACIÓN DEL ORDENAMIENTO.- IV.2. NÚMERO DE VOTOS.- V. DEROGACIÓN DE PRECEDENTES.- V.1. DEROGACIÓN EXPRESA.- V.2. DEROGACIÓN TÁCITA.- V.3. POR DESUETUDO.- V.3.1. EFICACIA.- V.3.2. GRADUALIDAD.- V.4. POR DEROGACIÓN DE LEGISLACIÓN BASE.- V.4.1. PRECEDENTES INTERPRETATIVOS EN SENTIDO ESTRICTO.- V.4.2. PRECEDENTES-CONSTRUCCIÓN.- VI. APLICABILIDAD DE PRECEDENTES.- VI.1. TEMPORALIDAD.- VI.2. ESPECIALIDAD.- VI.3. TEMPORALIDAD Y ESPECIALIDAD.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La literatura científica sobre precedentes está viviendo una nueva primavera, con multitud de volúmenes y artículos publicados en los últimos años sobre el tema. Esta literatura es, sin duda, valiosa. No obstante, resulta curioso observar cómo la teoría analítica¹ del derecho no ha prestado suficiente atención a cuestiones fundamentales de la práctica de los precedentes en los ordenamientos del *civil law*. El presente trabajo pretende venir a colmar parcialmente dicha laguna.

En particular, este artículo viene a profundizar una cuestión escasamente problematizada en el ámbito del *civil law*: la sucesión de precedentes en el tiempo. En concreto: ¿qué sucede cuando órganos jurisdiccionales de cierre dictan precedentes incompatibles sin ni siquiera mencionar sus propias decisiones previas? El objetivo de carácter general es plantear algunos de los problemas de la dinámica de precedentes y las posibles soluciones, empleando como laboratorio la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en materia de protección de la vida del *nasciturus* y usando instrumentos clásicos de la teoría analítica del derecho.

1 Definir qué es la teoría analítica del derecho es cualquier cosa menos sencillo. No obstante, lo que sí puede hacerse fácilmente es definirla de manera extensional, señalando algunos autores claramente analíticos (Bulygin, Guastini, Hart, Leiter, Moreso, Ross), otros a todas luces no analíticos (Unger, Zaccaria, Rabbi-Baldi) y un sinfín de casos intermedios o dudosos (Dworkin, Pérez-Luño, Viola).

II. EL CASO DE LOS AUTOPRECEDENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

La discusión chilena acerca de la sucesión de precedentes se ha planteado a raíz de la reciente doctrina de su Tribunal Constitucional (en adelante, TC) sobre la protección del *nasciturus*². La sentencia del TC (en lo sucesivo, STC) de 28 de agosto de 2017 (Rol 3729-17-CPT)³, relativa a la Ley N° 21.030 de 23 de septiembre de 2017, que «Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales», ha generado una discusión, tanto en el propio fallo como en la doctrina (Martínez & Covarrubias, 2018; Corral, 2017), sobre la sucesión de precedentes en el tiempo. Así, a partir de la necesidad de concretar la disposición normativa sobre el estatus constitucional del *nasciturus* contemplada en el artículo 19.2, inciso 2, de la Constitución Política de la República de Chile (en lo sucesivo, CPR), la cuestión que se plantea es si este fallo ha cambiado o, en su defecto, mantenido los precedentes del TC chileno sobre esta materia⁴.

En la actualidad, contamos con cuatro fallos del TC chileno relacionados directa o indirectamente con el estatus constitucional del *nasciturus*. El primero de ellos afirmó que «la Constitución regula la vida desde antes del nacimiento y durante la existencia de la persona, la que termina en su muerte natural» (STC Rol 220-95, 13 de agosto de 1995, considerando 6)⁵. El segundo fallo determinó que el *nasciturus* ostenta la cualidad de persona y que su protección constitucional se inicia desde el «momento mismo de la concepción» (STC Rol 740-2007, 18 de abril de 2008, considerandos 40-60)⁶. El tercer fallo consideró, conforme a la Constitución, la obligación de incluir, por parte de los establecimientos educacionales de enseñanza media reconocidos por el Estado, «un programa de ‘educación’ sexual, el cual, según sus principios y valores, contemple, entre otros contenidos, los diversos métodos anticonceptivos existentes y autorizados» (Ley N° 20.418, 2010, art. 1, inc. 4), entre los que se incluyen, paradójicamente, los anticonceptivos de emergencia, los cuales habían sido declarados inconstitucionales en *píldora* (STC Rol 1.588-10-CPR, 14 de marzo de 2010)⁷.

2 Ello resulta relevante, pese al proceso constituyente que se está inaugurando en Chile, por dos razones. En primer lugar, nada garantiza que la nueva constitución chilena regule expresamente la protección del *nasciturus*, por lo que se podría sostener que tales precedentes no son derogados. En segundo lugar, incluso aunque se positivase su regulación en la nueva constitución, es más que probable que se intente sostener que existe una relación de sinonimia sobre este punto entre la vieja y la nueva constitución.

3 En adelante, *tres causales*.

4 Sobre otras cuestiones relacionadas a la constitucionalidad de una eventual reforma legislativa que incluya un modelo de plazos, véase Fernández y Zúñiga (2020).

5 De ahora en adelante, *trasplantes*.

6 De ahora en adelante, *píldora*. A partir, entre otras razones, de esta comprensión del *nasciturus*, el TC chileno declaró inconstitucional la distribución de los denominados anticonceptivos de emergencia por parte del sistema público de salud.

7 De ahora en adelante, *educación*. El fallo, de acuerdo con el artículo 93.1 de la CPR, abordó de oficio la constitucionalidad de este precepto, ya que supone la reforma de una ley orgánica constitucional (Ley N° 18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza).

El cuarto y último fallo, la STC Rol 3729-17 (*tres causales*), si bien desestimó el requerimiento de inconstitucionalidad respecto de la vigente ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en caso de violación, malformación y riesgo para la madre, se produjo un empate sobre el alcance del artículo 19.2, inciso 2, de la CPR. Así, cinco ministros del voto de mayoría (en adelante, voto de mayoría) (STC Rol 3729-17, considerandos 20-25) entendieron que el *nasciturus* no tiene el estatus constitucional de persona, pero sí constituye un «bien jurídico de la mayor relevancia» (considerandos 40 y 54); y cuatro ministros del voto disidente, más la prevención de uno de los ministros del voto de mayoría (prevención 1-2 del ministro Hernández) —en adelante, voto concurrente—, consideraron, por el contrario, que el *nasciturus* sí tiene la cualidad de persona, manteniendo lo sostenido en *píldora* (disidencia, considerando 37)⁸.

De hecho, una de las cuestiones más debatidas en la sentencia *tres causales* se centró en la relevancia de los anteriores fallos del TC relacionados con el estatus constitucional del *nasciturus*. Así, el voto de mayoría dedica un capítulo específico a los precedentes del TC (STC Rol 3729-17, considerandos 22-25), en el que, tras analizar las discrepancias entre *trasplantes* y *píldora*, y criticar los razonamientos del último fallo, justifica la nueva interpretación del artículo 19.1, inciso 2, de la CPR. En cambio, el voto concurrente consideró que el voto de mayoría no había fundamentado de manera suficiente el cambio de precedente sobre el estatus constitucional del *nasciturus* (STC Rol 3729-17, 28 de agosto de 2017, disidencia, considerandos 19-21).

Sobre lo que no cabe duda, y no nos parece necesario insistir aquí porque requeriría de demasiada extensión para la reconstrucción del ordenamiento jurídico chileno, es que estas cuatro sentencias han sido consideradas como precedentes en la comunidad jurídica chilena. En caso contrario, si los razonamientos de estos fallos del TC no fueran de algún modo relevantes, no se entendería la razón por la cual se han discutido tan intensamente sus implicancias a la hora de determinar el estatus constitucional del *nasciturus*⁹.

8 El voto disidente reproduce la postura mantenida en la STC Rol 740-2007, en la que se justifica el inicio de la condición de persona a partir de la concepción en el hecho de que en ese momento el recién nacido cuenta con toda la información genética. Incluso, llega a afirmar que, al quedar «demostrado que el momento del inicio de la vida tiene bases científico-médicas», este «no puede quedar entregado a definiciones convencionales de carácter cultural o de otro orden al margen de la ciencia» (STC Rol-3729, disidencia, considerando 37).

9 Para una reconstrucción de una parte de esta discusión, véase Nuñez Vaquero y Fernández (2021), así como Zuñiga y Fernández (2020).

III. PRECEDENTES, *RATIO DECIDENDI* Y *STARE DECISIS*

Una vez presentado cómo se ha producido la sucesión de decisiones judiciales del TC chileno relacionadas con el estatus constitucional del *nasciturus*, es necesario aclarar brevemente qué vamos a entender por «precedentes». Además de ello, será necesario definir el sentido de otros dos términos estrechamente vinculados con el anterior: *ratio decidendi* y *stare decisis*¹⁰.

III.1. Precedentes

Cabe poca duda de que los precedentes son decisiones jurisdiccionales¹¹; y, paradigmáticamente, sentencias judiciales, relevantes¹² para decidir casos posteriores similares. Ahora bien, no toda decisión jurisdiccional, ni toda sentencia judicial, se convierte necesariamente en un precedente. Para que una decisión judicial sea considerada precedente es necesario que aquella cumpla con algunos requisitos, los cuales además pueden variar —y, de hecho, varían— en cada ordenamiento jurídico.

Pese a ello, los ordenamientos jurídicos del *civil law* mantienen criterios similares acerca de cuándo una decisión cuenta como precedente, y en ellos nos concentraremos¹³. Sin embargo, es importante señalar que los criterios o normas acerca de cuándo una decisión cuenta como precedente raramente —y el ordenamiento jurídico chileno no es una excepción— son normas expresas. Antes bien, normalmente se trata de

295

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

10 Aquí nos concentraremos exclusivamente en aquellas propiedades de estos tres conceptos que nos parecen más relevantes a los fines de este trabajo. Para una reconstrucción en términos generales, véase Chiassoni (2012), Iturralde (2013) y Núñez Vaquero (2016).

11 Por «decisiones jurisdiccionales» estamos entendiendo aquellas decisiones tomadas por órganos creados por algún ordenamiento jurídico que califican jurídicamente casos genéricos o individuales, y a las que algún ordenamiento les otorga relevancia jurídica. Desde luego, se trata de una definición estipulativa, pero pensamos que es útil para identificar decisiones de órganos jurídicos, y no solo de órganos judiciales, que son consideradas relevantes para casos posteriores. Nuestra definición, en este sentido, no pretende sustituir a aquellas definiciones, propias de la dogmática procesal, que insisten en la necesidad de que sean órganos independientes e imparciales para poder ser calificados como jurisdiccionales.

12 Existe una amplia literatura sobre la relevancia y la obligatoriedad normativa. Aquí, por el momento, es suficiente con afirmar que una decisión jurisdiccional es relevante para casos posteriores cuando su presencia o ausencia modifica *prima facie* la calificación normativa de un caso genérico o individual. La noción de relevancia normativa que estamos empleando es aquella que Alchourrón y Bulygin (2012) denominan «relevancia 2» y que supone que, dado un universo de propiedades, la presencia o ausencia de una propiedad implica la modificación del estatus normativo de una conducta (p. 149). Trasladada a la noción de precedente, es posible sostener que los precedentes son normativamente relevantes en el sentido de que, frente a dos borradores de decisión jurisdiccional igualmente justificados, el hecho de que uno de estos tenga en su favor un precedente hace que se considere tal decisión como mejor justificada que la anterior. Esto, bajo determinadas circunstancias, puede suponer la invalidez de la decisión que no sigue el precedente. Véase, no obstante, Núñez Vaquero (2021).

13 Desde luego, las diferencias entre los diversos ordenamientos de *civil law*, especialmente entre el europeo y el latinoamericano —pero también al interior de cada uno de estos bloques—, son muy importantes. No obstante, pese a lo comentado, nos parece que sí es posible identificar algunas normas comunes en todos ellos. Agradecemos al autor o la autora de uno de los informes de evaluación por señalarnos este aspecto.

normas implícitas¹⁴, no producto de interpretación de ningún enunciado normativo concreto, sino construcciones de la práctica jurídica¹⁵.

«Ser precedente» es entonces una propiedad que podemos predicar de algunas decisiones jurisdiccionales que satisfacen ciertos requisitos. En particular, «ser precedente» es una característica que consiste en que tal decisión emplea alguna norma general y abstracta cuya presencia es considerada normativamente relevante para decisiones jurisdiccionales posteriores.

Es importante señalar que se suele dar por hecho que los precedentes constitucionales son relevantes en algún sentido; igualmente, nadie sostiene que los precedentes sean inmodificables o que su aplicación no esté sujeta a excepciones. De hecho, la creencia de que los precedentes son absolutamente vinculantes para el órgano posterior es errónea tanto en el *civil* como en el *common law*, pues solo se han dado algunos casos a lo largo de la historia en los que los jueces no pudiesen desvincularse de decisiones anteriores¹⁶. De este modo, nuestro concepto de precedente sirve para dar cuenta de aquellos, sean estos considerados obligatorios o persuasivos.

Definiremos, por tanto, «precedente» como aquella decisión jurisdiccional que satisface algunas condiciones, implícitas o explícitas en los ordenamientos jurídicos y que contiene una norma considerada relevante para la decisión de casos posteriores similares.

III.2. *Ratio decidendi*

Ahora bien, ¿qué es exactamente aquello que resulta normativamente relevante para casos posteriores? Evidentemente, no puede tratarse de toda la decisión jurisdiccional, que contiene todo tipo de aspectos particulares sobre el caso decidido en el pasado. Aquello que podría ser vinculante —mejor dicho, normativamente relevante— es alguna norma¹⁷ general y

14 En el tema que nos ocupa, este punto tiene especial trascendencia por diferentes motivos. El primero es que ha habido quien ha negado el estatus de precedente a la sentencia *tres causales* porque no contaría con un voto de mayoría. En segundo lugar, porque se podría sostener que *tres causales*, si fuera precedente, habría derogado *pildora*. Y, por último, porque también sería posible pensar que *pildora*, pero también *educación*, habrían caído en *desuetudo* por falta de aplicación. Ninguno de estos requisitos, del mismo modo que en otros muchos ordenamientos, están positivizados en formulaciones normativas, legislativas ni constitucionales chilenas.

15 Es importante señalar que algunos ordenamientos, como el colombiano, el ecuatoriano, el peruano o el argentino, sí contienen normas expresas sobre la creación de precedentes. No obstante, es preciso tener en cuenta que tales ordenamientos regulan un tipo de precedentes, formalmente vinculantes, empero nada dicen respecto de otras decisiones jurisdiccionales no llamadas expresamente «precedentes», pero que son relevantes para las decisiones posteriores.

16 Se trata del caso de la Cámara de los Lores, que expresamente estuvo vinculada a sus propias decisiones durante buena parte del siglo XX. Véase Cross y Harris (2012, p. 164).

17 Si bien es cierto que ciertos autores, como Chiassoni (2012), entienden que algunos sentidos de *ratio decidendi* no coinciden con esta noción de la norma (p. 215), aquí presuponemos que todos aquellos sentidos son reducibles a una noción amplia de norma, que incluye tanto las normas de carácter prescriptivo como aquellas de carácter constitutivo. Para una noción de precedente que evita la noción de norma, véase Lamond (2005).

abstracta¹⁸ aplicada en la decisión que constituye el precedente. A esta norma se le suele llamar *ratio decidendi* o *holding*.

Sin embargo, hay al menos dos formas diferentes de concebir la *ratio decidendi*, dependiendo de si nos fijamos en los criterios para su identificación (concepción estructural) o en su relevancia normativa para decisiones posteriores (concepción normativa). Desde el primer punto de vista, si bien existe una gran discusión sobre los criterios de identificación de la *ratio*, aquella será una norma aplicada en la justificación interna o externa de la decisión previa, que constituye una premisa para la conclusión normativa¹⁹. Desde el segundo punto de vista, la *ratio decidendi* del caso será aquella norma que es considerada por parte de la comunidad jurídica como normativamente relevante para la decisión de casos posteriores.

Como resulta evidente, ambas definiciones se fijan en aspectos diferentes. La concepción estructural presta atención a las condiciones que debe satisfacer una norma, empleada en una decisión, para convertirse en *ratio decidendi*. La concepción normativa se fija en la norma cuya presencia es considerada normativamente relevante para decidir casos posteriores. Pues bien, en la medida en que las condiciones para ser considerada *ratio* pueden cambiar, y de hecho cambian de ordenamiento a ordenamiento, parece más aconsejable adoptar el segundo criterio de carácter normativo para definir qué es *ratio decidendi*.

No obstante, y como es evidente, esta definición normativa nada indica acerca de qué norma ha de ser considerada como *ratio decidendi* de un precedente. Para entender las diferentes formas en las que se puede identificar la *ratio decidendi* es preciso ahondar en el concepto de *ratio* estructural. Ello se debe a que, dependiendo de la concepción estructural de *ratio decidendi* que se adopte, el objeto sobre el cual recaen algunos de los requisitos de la existencia del precedente cambia. Desde este punto de vista, es posible distinguir entre una concepción objetiva y una concepción subjetiva de la *ratio decidendi*, de acuerdo con la forma en la que se la identifique.

1. Según la primera concepción, llamada objetiva, la *ratio* vendría a coincidir con la norma que —más allá de lo declarado por los miembros del tribunal— justifica la adopción de la decisión. Según esta primera concepción, cuál sea la *ratio decidendi* sería entonces algo independiente de la voluntad de los decisores.

18 Si no es una norma general ni abstracta, entonces estaríamos hablando de la extensión de una norma particular y concreta. Nada impide que una norma de este tipo sea empleada en la justificación de decisiones posteriores, como ocurre en los casos en que las decisiones jurisdiccionales pasadas son utilizadas como medios de prueba. No obstante, esto no suele ser calificado como precedente, sino como extensión de la cosa juzgada. Véase Romero Seguel (2012) y Núñez Vaquero (2018).

19 Para una revisión de la discusión, véase Marinoni (2013, pp. 257 y ss.), y Cross y Harris (2012, cap. II).

A su vez, es necesario introducir una ulterior distinción en relación con la identificación de la *ratio decidendi* objetiva. En primer lugar, a) como *ratio* objetivo-empírica, la *ratio decidendi* coincide con aquella premisa común que justifica la decisión: una suerte de mínimo común denominador de todos los argumentos; es decir, una norma de hecho empleada en la justificación de la decisión. En segundo lugar, b) como *ratio* objetivo-normativa, se identifica aquella con la norma que *deberían* haber empleado los jueces para lograr la mejor justificación de la decisión²⁰.

No obstante, es preciso señalar que esta forma de entender la *ratio* presupone que habría una, y solo una norma, que puede ser considerada como *ratio decidendi*. Sin embargo, hay dos buenas razones para descartar esta idea. La primera es que frecuentemente, tanto en la práctica jurídica chilena como en la comparada, se considera que hay más de una norma considerada como relevante dentro de una misma decisión —por ejemplo, una norma respecto de cuestiones procesales y otra respecto del fondo de la cuestión— para la decisión de casos posteriores. La segunda es que, debido al clásico problema de la inducción, no es una única norma la que justifica la misma decisión a la luz de los mismos hechos, sino infinitas las normas que la justifican²¹.

2. Según la segunda concepción, llamada subjetiva, la *ratio decidendi* coincide con y ha de ser identificada haciendo referencia a la voluntad de los titulares del órgano jurisdiccional. Es decir, la *ratio* sería aquella norma que los jueces deseaban que funcionase como tal.

Sin embargo, aquí es de nuevo necesario introducir una distinción ulterior, dependiendo del valor atribuido a la voluntad expresada por los titulares del órgano constitucional. De este modo, en primer lugar, tendremos una *ratio* subjetiva expresa toda vez que aquella coincida con lo expresamente mencionado por los jueces. En segundo lugar, tendremos una *ratio* subjetiva implícita toda vez que la *ratio* venga identificada con alguna premisa normativa que los jueces pensaban que justificaba su decisión, más allá de que hayan declarado a aquella como tal²².

20 Es perfectamente posible que, empleando los dos criterios, se identifiquen como *rationes decidendi* de un mismo caso dos normas diferentes. Es posible, en tal sentido, que la norma que efectivamente justifica la decisión no sea la misma que aquella que desde algún punto de vista normativo de la teoría de la argumentación constituya la mejor justificación para el mismo caso.

21 Esto se entiende fácilmente empleando un ejemplo. Imaginemos que el señor López es condenado a pagar una indemnización por atropellar, en estado de ebriedad, al señor Martínez, mientras este último circulaba alegremente por un parque. A la luz de los hechos probados, la misma decisión queda justificada por infinitas normas: N_1 : obligatorio indemnizar si se producen daños en un vehículo de motor; N_2 : obligatorio indemnizar si se producen daños en estado de ebriedad; N_3 : obligatorio indemnizar si se atropella en un parque público; N_4 : obligatorio indemnizar cualquier daño, etc. Véase, en cualquier caso, Núñez Vaquero (2021).

22 Evidentemente, también puede haber discordancias entre estas cuando, por ejemplo, el tribunal quiere que otra norma diferente a la aplicada cuente como *ratio decidendi* para el futuro. Este,

III.3. Regla del precedente o regla del *stare decisis*

Ahora bien, ¿cómo sabemos que una decisión previa (por ejemplo, su *ratio decidendi*) es relevante para la decisión de casos posteriores? ¿Cómo sabemos qué decisiones cuentan efectivamente como precedentes para la decisión de casos posteriores? Pues bien, no hay nada, ni en las decisiones ni en sus *rationes decidendi*, que las haga intrínsecamente relevantes para la decisión de casos posteriores. Por el contrario, es la presencia de otra norma (la regla del precedente o regla del *stare decisis*) la que convierte en relevantes a dichas decisiones. De este modo, por «regla del precedente» o «regla *stare decisis*» entenderemos aquella norma que convierte en relevantes las *rationes decidendi* de decisiones jurisdiccionales previas para la decisión de casos posteriores.

Cabe precisar, en sentido estricto, que antes que dos expresiones sinónimas, «regla del precedente» y «regla del *stare decisis*» designan respectivamente una clase de normas y un ejemplo concreto de tal clase. En particular, la regla del *stare decisis* es solo una de las posibles reglas del precedente propia de los ordenamientos del *common law* (especialmente el inglés y el estadounidense) y fija un altísimo grado de obligatoriedad de seguir los precedentes por parte de los tribunales.

Sin embargo, no es del todo claro que la regla del precedente como clase, ni la regla del *stare decisis* como ejemplo, puedan ser plausiblemente reconstruidas como unas normas prescriptivas; es decir, como una norma de obligación. Por el contrario, si se tratase de una norma prescriptiva, el no seguimiento de los precedentes tendría como consecuencia una sanción para los titulares del órgano²³. No obstante, es extremadamente raro que se sancione a los jueces por no seguir precedentes. Antes bien, cuando el no seguimiento de precedentes tiene asociada alguna consecuencia normativa, aquella es la nulidad de las decisiones posteriores, condicionando de este modo la validez de la decisión posterior al seguimiento de la *ratio decidendi* del caso previo.

Qué tipo de condición (necesaria, suficiente, contribuyente) imponga la regla del precedente sobre la validez de las decisiones posteriores de casos similares es algo que depende de cada ordenamiento; o, mejor dicho, de cada parte del ordenamiento, ya que pueden convivir diferentes reglas del precedente en un mismo ordenamiento. Por ejemplo, existe una diferencia entre el tipo de condición que la regla del precedente impone para los autoprecedentes (especialmente de los órganos de cierre) y los

además, es precisamente el caso del *prospective overruling*; es decir, el caso en el que se emana un precedente que no es, sin embargo, aplicable para el caso sometido al conocimiento del tribunal. Sobre el *prospective overruling*, véase Bustamante (2016, pp. 423 y ss.), Garay (2013, pp. 254 y ss.), Marinoni (2013, pp. 481 y ss.), Orozco Muñoz (2011, pp. 248 y ss.) y Passanante (2018, pp. 289 y ss.).
23 Aquí no nos estamos comprometiendo con la idea de que no existan prescripciones sin sanciones, ni tampoco con la tesis opuesta. Únicamente estamos sosteniendo que las normas prescriptivas, cuando tienen asociada alguna consecuencia jurídica, aquella es la invalidez, no una sanción (Núñez Vaquero, 2021).

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

precedentes entre órganos diferentes que mantienen, en algún sentido, una relación jerárquica²⁴.

No obstante, en sentido estricto, la regla del precedente no es una sola norma, sino más bien un conjunto de normas acerca de la competencia de los órganos jurisdiccionales, por un lado, que condiciona el contenido de las decisiones posteriores; pero también, por el otro, que establece las condiciones para la creación y derogación de precedentes. En efecto, la regla del precedente establece las condiciones (requisitos para el ejercicio de la competencia)²⁵ para que una decisión sea considerada como precedente (existencia), para que deje de ser considerada tal (derogación) y, al menos, acerca de su aplicabilidad en caso de que haya más de un precedente aplicable. No obstante, nada impide que haya indeterminación sobre las normas que regulan alguno de estos aspectos, o que el ordenamiento sea lagunoso al respecto. Dedicaremos el resto de este trabajo precisamente a establecer, a partir del ejemplo chileno, algunas de las condiciones comunes a varios de nuestros ordenamientos para crear, eliminar y sobre la aplicabilidad de los precedentes.

Antes de analizar algunas de las condiciones necesarias para que una decisión sea considerada como precedente (o deje de serlo) es preciso señalar que las competencias para crear precedentes, para no aplicar un precedente y para derogarlos son competencias diferentes no implicadas lógicamente. Aunque es posible que dichas competencias recaigan en un mismo órgano (como en el caso del TC chileno), ello es completamente contingente. Es más, es perfectamente posible que un órgano tenga la capacidad de crear precedentes, pero no para derogarlos ni dejar de aplicarlos²⁶.

IV. EXISTENCIA DE LOS PRECEDENTES

Uno de los temas centrales en la discusión chilena ha sido aquel sobre si *tres causales* modificaría o no el estatus constitucional del *nasciturus* establecido en *píldora y trasplantes*; y, por tanto, en aquel concentraremos nuestra atención. La razón esgrimida para que aquellos sigan siendo válidos es que la decisión de *tres causales* no constituiría un precedente debido a que no se alcanzó una mayoría suficiente en el voto de mayoría y, por esta razón, no se podría considerar dicha decisión como tal (Martínez &

24 Por supuesto, entre los tribunales no existen relaciones de jerarquía, al menos en el ámbito del *civil law*, dado el principio de independencia interna de los jueces. Donde, no obstante, sí habría relaciones de jerarquía en sentido material es entre las normas individuales que constituyen el *decisum* de las sentencias. Véase Núñez Vaquero (2020a).

25 Para una reconstrucción de la regla del precedente como una norma de competencia en términos de posiciones hofheldianas, véase Arriagada (2021), y Núñez Vaquero y Arriagada Cáceres (2021).

26 Este fue precisamente el caso de los precedentes ingleses entre la dictación de la sentencia *Beamish vs. Beamish* en 1861 y el *Practice Statement* de 1966, en donde la Cámara de los Loes tenía la capacidad de dictar precedentes, pero no para derogarlos ni dejarlos de aplicar. Véase Cross y Harris (2012, p. 25).

Covarrubias, 2018; Corral, 2017). Resulta entonces necesario establecer bajo qué condiciones podemos sostener que existe un precedente.

Procederemos del siguiente modo: en primer lugar, analizaremos algunos de los criterios relevantes para establecer la existencia de precedentes. En el siguiente apartado, haremos referencia a las formas en las que es posible derogar un precedente en cuanto a su condición negativa de existencia, intentando determinar si los precedentes constitucionales chilenos han sido derogados. Finalmente, analizaremos cómo determinar qué precedente resulta aplicable cuando tenemos diferentes precedentes no derogados, pero incompatibles, como pareciera ser el caso chileno.

Lo primero que resulta entonces necesario hacer es tratar de desentrañar algunos de los criterios de hecho empleados en nuestras comunidades jurídicas acerca de cuándo una decisión jurisdiccional cuenta como precedente²⁷. Aunque no son las únicas (pero sí las más relevantes en nuestro caso)²⁸, presentaremos dos condiciones frecuentemente mencionadas en la literatura acerca de cuándo una decisión cuenta como precedente: la creación de una norma nueva y el número de votos necesarios (Cross & Harris, 2012, p. 110; Legarre, 2016, pp. 48 y ss.).

IV.1. Innovación del ordenamiento

El primer criterio para que una decisión cuente como precedente es que su *ratio decidendi* debe innovar el ordenamiento, y no meramente constituir una aplicación del derecho previo. Por supuesto, este requisito no se refiere a la norma individual o conclusión del caso que, en toda resolución jurisdiccional, es por definición una norma nueva. Por el contrario, se refiere a la existencia de una norma general nueva que funcione como premisa de la justificación (interna o externa) de la decisión jurisdiccional (Moral Soriano, 2002, p. 152; Pulido Ortiz, 2019, p. 47). En palabras de Kelsen (2017): «La primera condición [para que cuente como precedente] es que la sentencia judicial debe establecer una nueva regla de derecho» (p. 5).

Cuándo las decisiones jurisdiccionales crean derecho nuevo es una cuestión demasiado compleja de la que aquí no podemos ocuparnos. En este sentido, resulta conveniente mantener una aproximación amplia del concepto de norma que permita dar cuenta de las ordenaciones de normas, los resultados de la ponderación, la elección

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

27 Desde luego, pueden existir —y de hecho existen— importantes diferencias en lo que a las condiciones de existencia de los precedentes se refiere en los diferentes ordenamientos, incluso dentro del *civil law* y del *common law* (Garay, 2021; Gonçalves, 2020; Pulido Ortiz, 2019; Sarraibayrouse, 2021; Summers & MacCormick, 2017).

28 En la discusión constitucional chilena, han sido varios los autores que han sostenido que el estatus constitucional del *nasciturus* —fijado en *pildora*— no se ha visto modificado por la sentencia *tres causales* debido a que en esta última no se habría alcanzado una mayoría de los miembros del tribunal (Martínez & Covarrubias, 2018; Corral, 2017). Para una reconstrucción general de las condiciones de existencia de los precedentes, véase Núñez Vaquero & Arriagada Cáceres (2021).

de una interpretación válida o inválida²⁹, etc. De hecho, los cuatro casos objeto de análisis parecen ser precisamente casos de precedentes interpretativos; es decir, precedentes que vienen a fijar la interpretación de un texto normativo (Guastini, 2018, p. 321; Marinoni, 2016), puesto que parece que se trata de (meta)normas acerca del alcance del artículo 19.1, inciso 2, de la CPR.

Es importante señalar este aspecto porque, si se acepta que los precedentes instituyen normas nuevas y, al mismo tiempo, que *trasplantes*, *píldora*, *educación* y *tres causales* son precedentes, entonces tácitamente se estaría admitiendo que la cuestión no es resuelta por la CPR; en otras palabras, que no hay una solución preestablecida en la CPR³⁰. Estaríamos, entonces, frente a un caso lagunoso: no se sabe —no hay norma jurídica al respecto— cómo ha de interpretarse tal enunciado normativo. Esto resulta especialmente relevante para el caso chileno, puesto que las cuatro decisiones, al ofrecer interpretaciones diferentes, satisfacerían esta primera condición de existencia de precedentes.

IV.2. Número de votos

El segundo criterio sobre la existencia de precedentes consiste en que el voto de mayoría de la decisión cuente con la mitad más uno de los votos de los miembros del tribunal. Este criterio ha sido clave a la hora de determinar como precedentes determinadas sentencias en la discusión chilena. En efecto, se ha sostenido que el estatus constitucional del *nasciturus*, fijado en *píldora*, no se habría visto modificado por *tres causales* debido a que en esta última no se alcanzó una mayoría entre los miembros del tribunal acerca de la *ratio decidendi*.

Dado que lo que nos interesa es saber en qué condiciones se puede afirmar que hay un precedente y se sostiene que, para que haya precedente, debe haber mayoría sobre la decisión, es necesario volver sobre las diferentes concepciones de *ratio decidendi* estructural. Ello se debe a que la mayoría ha de versar sobre alguna específica *ratio* —evidentemente, sobre el *decisum* hay mayoría—; es decir, sobre (alg)una norma general. De este modo, podría haber mayoría sobre el *decisum*, pero no sobre la justificación de la decisión.

Analicemos ahora, bajo esta luz, si *tres causales* tiene una *ratio decidendi* sobre la que coincida la mayoría del tribunal. En la sentencia *tres causales* se encuentra el voto concurrente del ministro Hernández, según el cual no es concebible el *aborto libre* como un derecho subjetivo de la gestante derivado de la autonomía sobre el propio cuerpo. Ahora bien, el voto

29 Sobre construcción jurídica, véase Guastini (2014, pp. 165-172). Sobre fenomenología de las sentencias interpretativas, véase Guastini (2016, 566 y ss.).

30 Sobre el punto en particular, véase Zúñiga y Fernández (2020); y, con carácter general, Gascón (1996, p. 95).

concurrente también sostiene que, si bien el aborto está penado, existen limitaciones a la protección constitucional del *nasciturus* de carácter excepcional. Más allá de lo que se entienda por «excepciones»³¹, el voto de mayoría y el concurrente coinciden en que el estatus constitucional del *nasciturus* no tiene una protección ilimitable frente a cualquier eventualidad.

Pues bien, según la concepción objetiva en sus dos versiones, no parece que haya duda de que, efectivamente, tanto el voto de mayoría como el voto concurrente comparten al menos una premisa (metanorma sobre la interpretación de la CPR): la protección del *nasciturus* puede ser legítimamente limitada en algún caso. Bajo estas dos formas de entender la *ratio decidendi*, parece que sí existe alguna premisa común que convertiría a *tres causales* en un precedente. Si bien es cierto que no existe acuerdo acerca de cuándo o bajo qué circunstancias se puede limitar dicho derecho, no cabe duda de que el voto de la mayoría y el voto concurrente están de acuerdo en que la protección constitucional del *nasciturus* no es frente a todo evento, pues tiene limitaciones.

Lo mismo sucede en relación con la concepción subjetiva implícita, dado que tanto el voto de mayoría como el voto concurrente coinciden en que la protección constitucional al *nasciturus* no es frente a cualquier evento. Solo en este caso es posible que hayan llegado a la misma conclusión normativa. Es decir, si asumimos esta concepción, pareciera haber la mayoría de votos necesaria para considerar la sentencia como precedente, puesto que tanto el voto de mayoría como el concurrente hacen referencia expresa a la protección condicionada de la vida del *nasciturus*³².

No sucede lo mismo, sin embargo, desde el punto de vista de la *ratio decidendi* subjetiva expresa. En efecto, para esta concepción de la *ratio decidendi*, aquella coincide con lo expresamente declarado por los miembros del órgano que ha dictado la decisión. Desde este punto de vista —pero solo desde este punto de vista—, por tanto, no habría voto de mayoría suficiente sobre la *ratio decidendi* de *tres causales* dado que no se habría declarado expresamente una premisa sobre la que coincidiera tanto el voto de mayoría como el concurrente. De este modo, *tres causales* no sería un precedente.

31 Desde luego, en el voto concurrente el derecho a la vida del *nasciturus* sería limitable solo bajo condiciones excepcionales. No obstante, cuándo una condición es excepcional es cuestión discutible —como si hubiese mujeres que abortasen caprichosamente—; pero, además, aquello sobre lo que sí habría *ratio* es la posibilidad de que la integridad del *nasciturus* puede ceder bajo determinadas circunstancias, aunque no esté claro cuáles. Sobre los posibles sentidos que adquiere la expresión «excepción» en la teoría del derecho, véase García Yzaguirre (2020).

32 Podría pensarse que, mediante esta multiplicidad de criterios para identificar la *ratio* estructural de un precedente, el requisito de que haya voto de mayoría sobre aquella se vuelve irrelevante; no obstante, esta sería una conclusión demasiado apresurada. La razón es que dependiendo de la concepción de la *ratio* que se adopte, sería una u otra la norma considerada como *ratio*, de lo que dependería que la decisión contase como precedente. Dicho de otro modo: no es irrelevante en la medida en que se considere que el precedente existirá solo si se selecciona una determinada norma como *ratio*.

Dado que no encontramos razón alguna para afirmar que en el ordenamiento jurídico chileno se tenga que adoptar la concepción subjetiva expresa, es menester preguntarse si una tal elección estaría justificada. Pues bien, la concepción subjetiva del precedente es, en este sentido, susceptible de dos críticas.

La primera de ellas es que no resulta en absoluto claro cómo podemos determinar cuál ha sido la norma que han querido aplicar los jueces, ya que no tenemos acceso a sus estados mentales. Ciertamente, los titulares de los órganos jurisdiccionales se expresan a través de los textos. Ahora bien, no podemos presuponer que sus razonamientos están cristalinamente plasmados en tales textos, siendo problemática la interpretación de las sentencias (Núñez Vaquero, 2016). Desde este punto de vista, no parece que haya buenas razones para preferir esta concepción de la *ratio decidendi* frente a otras.

La segunda dificultad es que, si se acepta una concepción subjetiva expresa del precedente, entonces se corre el peligro de que cualquier norma —aunque no sea parte necesaria del razonamiento o, incluso, no haya formado parte mínimamente del razonamiento— pueda ser considerada *ratio decidendi* y, por tanto, relevante para casos posteriores similares³³. Dicho de otro modo: bajo esta concepción, los jueces podrían decir que la *ratio decidendi* es cualquier norma, aunque no tenga nada que ver con el caso decidido.

Volvamos al caso chileno. A la luz de lo dicho anteriormente, parece posible afirmar entonces que *tres causales* sí constituye un precedente, siempre que no mantengamos una concepción subjetiva expresa de la *ratio decidendi*, cosa que no es exigida por el ordenamiento jurídico chileno, ni tampoco parece muy buena idea. Una cuestión distinta es si *tres causales* ha modificado *píldora y trasplantes*.

V. DEROGACIÓN DE PRECEDENTES

Además de las condiciones positivas que ha de satisfacer una decisión para ser considerada como precedente, debe también cumplir una condición negativa: no haber sido derogado en cuanto precedente. Del mismo modo que una norma de origen no ha de estar derogada para que sea considerada válida, para que un precedente siga siendo tal también es preciso que no haya sido derogado.

Aunque la derogación de precedentes mantiene algunas singularidades respecto de la derogación de normas de origen legislativo, aquí no es

³³ Es necesario tener en cuenta que es perfectamente posible que se dé una discordancia entre la norma considerada *ratio*, la decisión y los fundamentos de la misma. Véase Garay (2013, cap. VI).

posible ocuparse de todas ellas³⁴. Por ello, partiendo de la teoría de la derogación de normas (Aguiló, 1995; Sauca Cano, 2001; Guastini, 2016, cap. XXVII), únicamente nos centraremos en los aspectos relevantes para determinar cuáles son los precedentes constitucionales chilenos válidos en materia de protección del *nasciturus*.

Antes de analizar las diferentes formas en las que se puede derogar un precedente, es menester recordar la distinción entre las competencias para crear precedentes, para no aplicar un precedente y para derogarlos. Como ya se ha dicho, si bien algún órgano puede tener las tres competencias (como sería el caso del TC chileno), ello no es necesario ni se produce en todos los casos. Esto es especialmente relevante porque podría pensarse que el hecho de ser competente para no aplicarlo implica que se es competente para derogarlo —*overruling*— o crear un nuevo precedente, cuando en realidad se trata de tres competencias diferentes entre las que no existen relaciones de implicación³⁵. No solo eso, sino que incluso si las tres competencias recayesen sobre el mismo órgano, ello no implica que su ejercicio no esté sometido a condiciones o requisitos diferentes. De hecho, este es precisamente el caso cuando hablamos de creación, derogación y aplicabilidad de los autoprecedentes del TC chileno.

De este modo, no todo acto de no aplicación presupone, ni tampoco implica, la derogación del precedente. Por el contrario, la no aplicación de un precedente *prima facie* aplicable puede darse de muy diferentes formas y razones, entre las que se encuentra, claro está, la previa derogación del precedente, aunque no es desde luego la única. La más conocida de ellas es la distinción o especificación de precedentes, que —partiendo de la constatación de la existencia de un precedente aplicable³⁶— consiste en afirmar que el caso posterior tiene alguna característica adicional que lo hace merecedor de un tratamiento diferente (Guastini, 2014, p. 277; García Yzaguirre, 2020).

La especificación no es la única forma de no-aplicación de precedentes. También es perfectamente posible que un precedente no sea aplicado sencillamente porque no regula el caso o porque se considera que hay otras razones que pesan más que el propio precedente.

34 Por ejemplo, no solo se trata de que las condiciones cambian dependiendo de si estamos frente a una derogación retroactiva o no (Marinoni, 2013, pp. 445 y ss.; Garay, 2013, pp. 56-76), sino que también es posible preguntarse sobre otras condiciones como la publicación (Núñez Vaquero, 2020b).

35 En algunos de los esquemas que presentan los diferentes grados de «obligatoriedad» de los precedentes se encuentran las anteriores competencias como elementos que modulan aquella; sin embargo, una vez aclarado que son competencias independientes, es fácil rechazar tal hipótesis. La obligatoriedad es algo que no parece que pueda ser modulado, al menos si entendemos que el comportamiento obligatorio es aquel calificado como tal por una norma prescriptiva imperativa. Tal sería, por ejemplo, el caso de Chiassoni (2012, p. 235) y del *Legal Research Group Bielefelder Kreis* (Summers & MacCormick, 2017, p. 555).

36 Siguiendo a Moreso y Navarro (1996, p. 121), por aplicabilidad estamos entendiendo la «obligación» y/o «permisión» que tienen los jueces para aplicar una norma.

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

Los precedentes, al igual que las normas de origen legislativo, también pueden ser derogados de diferentes maneras. La primera forma es mediante la derogación formal o, como se la conoce en el ámbito angloamericano en relación a los precedentes, el *overruling*. La segunda forma de derogar precedentes es mediante la promulgación de un precedente posterior incompatible. La tercera de ellas se refiere a una discutida forma de derogación por falta de aplicación: la *desuetudo*. La cuarta es una forma de derogación exclusiva de los precedentes que se produce cuando se da una derogación del texto normativo que servía de base textual para el mismo.

V.1. Derogación expresa

Estamos frente a una derogación expresa de un precedente toda vez que un órgano jurisdiccional no se limita a rechazar la aplicación de un precedente en un determinado caso, sino que lo expulsa del conjunto de los precedentes válidos. Todo acto de derogación expresa (Guastini, 2017, p. 57), también para la derogación de precedentes, implica la emanación de una norma derogatoria y la consiguiente eliminación de otra(s) norma(s).

Sin embargo, la derogación expresa de precedentes mantiene una importante peculiaridad respecto a la derogación de normas legislativas, relevante para determinar el conjunto de precedentes constitucionales chilenos válidos; a saber: la necesidad de una «especial» justificación para derogar precedente.

En efecto, mientras que un órgano legislativo puede derogar expresamente una norma sin mayor necesidad de justificación, suele considerarse que son solo dos las razones que pueden llevar a la derogación expresa de un precedente (Bustamante, 2016, pp. 408 y ss.; Gascón, 2016, p. 246; Marinoni, 2013, pp. 247 y ss.; Moral Soriano, 2002, p. 148; Pin, 2017, p. 63). En primer lugar, que el precedente sea considerado desactualizado; es decir, que se determine que han cambiado bien las circunstancias fácticas, bien las valoraciones sociales, bien las condiciones institucionales³⁷. En segundo lugar, es posible que se considere que el precedente es antijurídico (Duxbury, 2008, p. 118; Pulido Ortiz, 2019,

37 La modificación, derogación o no aplicación de precedentes constitucionales por razones de corrección institucional no resultan extrañas en el derecho comparado. Este es el caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (BVerfGe 39). Así, ante la necesidad de llevar a buen puerto el acuerdo de reunificación alemana y resolver la contradicción existente entre las regulaciones sobre el aborto —un modelo de indicaciones en la República Federal Alemana y un modelo de plazos en la República Democrática Alemana—, afrontar un problema que dividía a la sociedad alemana y hacerse cargo de la inacción deliberada de los operadores jurídicos en la antigua República Federal Alemana de perseguir este tipo de conductas, el Tribunal Constitucional alemán tuvo que tomar en consideración de manera latente cuestiones institucionales como el aseguramiento de un proceso de reunificación lo menos conflictivo posible o el cambio de las percepciones y actitudes sociojurídicas respecto al aborto. Véase en extenso Domingo (1993, pp. 274-281).

p. 76). No obstante, en cualquiera de los dos casos, es necesario que se lleve a cabo un especial esfuerzo justificativo o argumentativo³⁸.

Volvamos al caso chileno. Limitándonos a *tres causales*, el único precedente que se supone que podría haber sido derogado por alguno de los anteriores, no parece que se satisfaga ninguna de las condiciones mencionadas. En primer lugar, si la *ratio* sobre la que debería haber mayoría es una norma derogatoria, sobre aquella —debido al voto concurrente del ministro Hernández— no hay evidentemente mayoría de la mitad más uno de los votos. En segundo lugar, como bien muestra el voto concurrente del propio Hernández, la justificación no parece suficiente al no mencionar siquiera uno de los precedentes relevantes, *educación* (SCT Rol 3729-17, 28 de agosto de 2017, prevención 1-2)³⁹.

V.2. Derogación tácita

Una de las formas más frecuentes para derogar normas es, como se acaba de ver, la emanación de normas posteriores incompatibles. No obstante, como ya se ha anunciado, es necesario no confundir la competencia para establecer nuevos precedentes, eventualmente incompatibles, con la competencia para derogar precedentes anteriores.

Tal distinción es fundamental en este contexto porque si la emanación de un precedente posterior incompatible implicase la derogación del precedente posterior, entonces la norma que exige una especial justificación para la derogación de precedentes carecería de sentido. Si así estuvieran las cosas, bastaría con emanar posteriormente un precedente incompatible para derogar el previo.

En efecto, mientras que se considera que el legislador no tiene obligación de justificar la emanación de normas, se presupone lo contrario en el caso de los órganos jurisdiccionales. De este modo, no es únicamente necesario justificar la emanación de precedentes, sino también —y de manera independiente— argumentar la razón por la cual un precedente debe ser eliminado. Además de una determinada forma de entender la separación de poderes como equilibrio de poderes⁴⁰, lo que está en juego es la seguridad jurídica. Solo si los órganos jurisdiccionales han de justificar expresamente el cambio de doctrina, y no pueden ir

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

38 Cuando se ha realizado tal esfuerzo argumentativo es algo difícil de determinar por la vaguedad de la noción. No obstante, lo que parece es que hay casos claros tanto de suficiente argumentación como de insuficiente argumentación (Duxbury, 2008, p. 117; Pulido Ortiz, 2019, p. 76).

39 No obstante, como ya sabemos, ello no implica que *tres causales* no tenga una *ratio* sobre la que sí exista mayoría.

40 La posibilidad misma de que existan precedentes jurisdiccionales parece presuponer que no haya una separación estricta de competencias, sino más bien poderes con competencias en algunos puntos similares. Ahora bien, para conservar de algún modo la separación de funciones, desde este punto de vista se impide que los tribunales puedan emanar normas libremente y sin justificación alguna (Guastini, 2016, pp. 297 y ss.).

zigzagueando de caso en caso⁴¹ sin más necesidad que la de justificar la solución del caso actual, se puede mantener algún grado razonable de previsibilidad.

Nótese que si efectivamente así están las cosas, entonces la emanación de precedentes incompatibles no implica la derogación de precedentes, salvo en el caso de los precedentes verticales. En efecto, podría darse el caso de que un órgano inferior vea derogado un precedente por otro precedente posterior de un órgano superior. Ahora bien, en este caso, la derogación no se produciría por el hecho de tratarse de un precedente posterior, sino, además, por ser este también superior⁴². Es decir que ambas propiedades —posterioridad y jerarquía— resultan necesarias para que se produzca el efecto derogatorio.

De vuelta al contexto chileno, no parece plausible afirmar que *tres causales* derogue a *pildora*. Ello se debe a que se considera que la derogación de precedentes por norma posterior debe verse acompañada siempre de una derogación expresa, cosa que no se produce en este caso por ausencia de mayoría sobre una norma derogatoria.

V.3. Por *desuetudo*

Como es bien sabido, la *desuetudo* es aquella forma en la que Kelsen (2005) consideraba que podían perder validez las normas jurídicas por falta de eficacia; es decir, que la «norma [no] sea aplicada por órganos jurídicos y, en especial, por los tribunales [...] sino también el hecho de que esa norma sea acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico» (pp. 25 y 224). Se trata de una norma negativa de origen consuetudinario que viene a derogar o eliminar la norma que ha perdido su eficacia.

Aquí no es posible entrar en todos los pormenores de la *desuetudo* como pérdida de validez de la norma, y es suficiente con mencionar que la *ratio decidendi*⁴³ de un precedente puede dejar de ser tal si no es considerada como una razón relevante pese a ser aplicable. Parece, en este sentido, poco plausible afirmar que un precedente —pongamos un ejemplo extremo— ignorado por más de cien años sea aún válido.

Son dos los problemas relevantes que afronta la derogación por *desuetudo* con relación a los precedentes.

41 Por ejemplo, el comportamiento de la Corte Suprema de Chile en materia administrativa ha sido cualquier cosa menos constante (Vergara Blanco, 2021).

42 Es preciso señalar que no existen relaciones de jerarquía entre órganos jurisdiccionales, sino únicamente entre las normas que emanan (Guastini, 2014, p. 175; Núñez Vaquero, 2020a).

43 Es preciso tener en cuenta que, si se admite que un precedente puede tener varias *rationes* expresadas en diferentes partes de la decisión, sería necesario preguntarse bajo qué condiciones lo que se deroga es solo una de las *rationes* y cuándo el precedente completo.

V.3.1. Eficacia

El primero de ellos es que «eficacia» es un término ambiguo que puede denotar tres cosas diferentes: en primer lugar, «eficacia» puede significar aplicación judicial o de otros órganos jurisdiccionales; en segundo lugar, puede querer decir seguimiento por parte de los ciudadanos; y, en tercer lugar, «eficacia» puede significar que mediante la norma se consigue alcanzar los propósitos que se perseguían con su emanación⁴⁴. Aquí son relevantes únicamente los dos primeros sentidos.

Ahora bien, el término «aplicación», con relación al primero de los sentidos, también resulta ambiguo, pudiendo querer decir dos cosas diferentes. Piénsese, por ejemplo, en una norma que fuera empleada como premisa mayor de un razonamiento deductivo (en la justificación interna o en la externa) de una decisión jurisdiccional, pero que la conclusión de dicho razonamiento fuese rechazada. Tal podría ser el caso, por ejemplo, si se produjese una antinomia o porque se considerase que hay razones concurrentes para rechazar la conclusión⁴⁵.

Expresado en términos de razones para la acción, se podría decir que la *ratio* de un precedente puede contar como razón, pero no ser una razón definitiva, y ser derrotada por otras consideraciones. Ahora bien, el problema es si es suficiente que un precedente cuente como una razón para la acción para ser eficaz, o si es necesario aceptar las consecuencias que se siguen de usarlo como premisa mayor de un razonamiento deductivo. La cuestión no es baladí porque es posible que una *ratio decidendi* regule el caso y sea empleada en la justificación de la decisión, pero siempre sea rechazada la conclusión que se seguiría de su aplicación.

V.3.2. Gradualidad

El segundo problema respecto a la *desuetudo* es que se trata de un juicio gradual en dos sentidos diferentes. El primero de ellos es que no se sabe cuántos jueces, órganos del Estado y/o ciudadanos deben no emplear la norma para concluir que aquella ha perdido eficacia. El segundo es que no se sabe durante cuánto tiempo una norma ha de dejar de ser aplicada —siempre, claro está, que sea aplicable— para que se pueda afirmar que la norma ha caído en *desuetudo*.

Volvamos al caso chileno. De los cuatro precedentes que hemos tomado en consideración en este trabajo, solo dos parecen haber caído en *desuetudo*. El primero de ellos es *educación* y el segundo, contra lo que pudiera parecer, es *píldora*. Analicemos cada uno por separado.

44 Con carácter general, véase Hierro (2003) y Navarro (1990).

45 Esto es sumamente frecuente: se emplea un precedente para realizar un razonamiento, pero se rechazan, expresa o implícitamente, las consecuencias que se seguirían de su aplicación. Se dan también casos, por supuesto, en que el precedente es nombrado, pero no es empleado para llevar a cabo ningún razonamiento. No obstante, en este último caso no tendría mucho sentido hablar de aplicación. Para una taxonomía de los usos de sentencias pasadas, véase Vío Vargas (2021).

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

- *Educación*. En primer lugar, el voto concurrente del ministro Hernández en *tres causales* señala expresamente que el voto de mayoría de tal precedente no se hace cargo, precisamente, del precedente *educación*. Desde luego, la total ausencia de referencia es ya un síntoma de que este precedente ha caído en *desuetudo*, aunque todavía no puede ser considerado como un dato definitivo.

Sin embargo, esta forma de mirar a la eficacia relevante para determinar la *desuetudo* sería reductiva en la medida en que estaría mirando solo a las decisiones del TC. Bien visto, *educación* tiene un alto grado de eficacia, aunque no entendida como aplicación efectiva de los tribunales, sino como seguimiento por parte de los ciudadanos y, sobre todo, de la Administración. En efecto, incluso los programas de Ciencias Naturales de séptimo básico y de segundo medio del Ministerio de Educación de Chile (2016a, p. 272; 2016b, p. 131) prevén expresamente la explicación a las y los estudiantes del levonorgestrel micronizado —el principio activo de la píldora del día después— como método anticonceptivo de emergencia. Si se acepta la idea kelseniana de que los actos de creación normativa implican —salvo aquellos aplicables por los órganos encargados de la aplicación coactiva— la aplicación de normas previas, incluidas las normas de competencia que limitan materialmente los actos que pueden ser llevados a cabo, entonces parece claro que el Ministerio de Educación chileno aplicó el precedente *educación*.

- *Píldora*. Pero, si así están las cosas, en segundo lugar, entonces, podría ser *píldora* el precedente que ha caído en desuso. Desde luego, el hecho de que el TC haya aplicado *píldora* en *tres causales* constituye un buen indicio para pensar que aquel no ha caído en *desuetudo*. No obstante, es preciso subrayar que aquel, aunque aplicado en un sentido amplio, no está siendo empleado como premisa necesaria de la conclusión ni del voto de mayoría, ni tampoco del voto concurrente del ministro Hernández. Es decir, no ha tenido aplicación judicial en el sentido de que se hayan aceptado las conclusiones que se seguirían de su aplicación en un razonamiento deductivo.

Pero la ineficacia de *píldora* es mucho más acusada si miramos más allá de *tres causales* y más allá del TC chileno. De hecho, *píldora* parece haber sido sistemáticamente ignorada por todo el mundo, incluido, paradójicamente, el propio TC chileno.

En primer lugar, tras *píldora* se aprobó la Ley N° 20.418, que «Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad», la cual no solo contempla la

distribución de anticonceptivos de emergencia, sino que, incluso, permite que su uso forme parte de los programas de educación sexual en las instituciones educacionales de enseñanza media. Es decir, el Parlamento ignoró por completo *píldora*.

En segundo lugar, también resulta significativo que ningún grupo de diputados o senadores plantease un requerimiento de inconstitucionalidad sobre este punto como, por el contrario, sí hicieron en el caso del Decreto Supremo sobre regulación de la fertilidad que conoció *píldora*. En tal caso, el TC tendría que haberse planteado mantener o anular sus precedentes sobre el estatus constitucional del *nasciturus*⁴⁶.

Pero, en tercer lugar, tampoco el TC anuló, precisó o mantuvo los precedentes establecidos en *píldora* cuando tuvo la oportunidad en la sentencia que creó el precedente *educación*. En efecto, en tal ocasión se planteó la (in)constitucionalidad del artículo 1, inciso 4, de la Ley N° 20.418, que dispone el deber de incluir dentro del ciclo de enseñanza media un programa de educación sexual que establezca que, según los principios y valores del centro de educación, se «informe de manera completa sobre los diversos medios anticonceptivos existentes y autorizados». El TC, teniendo la competencia para pronunciarse, hizo «mutis por el foro», sin mencionar el tema ni tomar en consideración su propio precedente sobre la interpretación del artículo 19.2, inciso 2, de la CPR, desarrollada en *píldora*⁴⁷.

Esta omisión resulta más significativa, si cabe, si se tiene en cuenta que el voto contrario del ministro Fernández señala expresamente esta ausencia de coherencia por parte del voto de mayoría (STC Rol-1.588-CPR, considerando 6). Esto es, todos los ministros del Tribunal tuvieron previamente conocimiento de esta situación a la hora de redactar el fallo de mayoría⁴⁸.

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

46 Sobre las consideraciones de orden político-partidista que llevaron, por una parte, a que varios diputados y senadores de los partidos de derecha votaran a favor de la citada ley y, por otra, a que tampoco presentaran un requerimiento de inconstitucionalidad de la ley por parte de estos, véase en extenso Muñoz (2014, pp. 157-172). Para una explicación de los motivos que pueden provocar un *overruling*, véase Sprigs y Hansford (2001).

47 Recordemos: en la sentencia *píldora*, el Tribunal Constitucional había declarado inconstitucional la regulación y distribución de anticonceptivos de emergencia; es decir, uno de los métodos anticonceptivos expresamente autorizados por la citada ley. En la sentencia *educación*, sencillamente guarda silencio.

48 La única explicación posible de lo que podríamos calificar como omisión dolosa a la hora de fundamentar la anulación o la modificación de un precedente solo puede ser de corte político institucional. En el mismo sentido, véase Muñoz (2014, pp. 257-172). Así, la promulgación de la Ley N° 20.418, junto a la ausencia de un requerimiento de inconstitucionalidad planteado por parte de los diputados y senadores de la República, y de la aceptación por parte de la mayoría de la ciudadanía chilena de la distribución de anticonceptivos de emergencia, pueden explicar por qué el Tribunal Constitucional no mencionó la sentencia *píldora* a la hora de realizar el control previo y obligatorio de constitucionalidad de la ley citada.

Por tanto, si bien ninguno de estos precedentes ha caído de manera definitiva en desuso, es *píldora* y no *educación* el precedente que parece encaminarse hacia el cementerio de los precedentes. En efecto, basta una sencilla prueba para darse cuenta de que *píldora* es un precedente que, si aún no ha caído completamente en *desuetudo*, es —del universo de sentencias analizado— el candidato idóneo a hacerlo: resulta posible adquirir levonorgestrel micronizado en cualquier farmacia chilena, no siendo necesario presentar una receta médica.

V.4. Por derogación de legislación base

Esta última forma de derogación consiste en eliminar el texto normativo que servía de fundamento textual al precedente. Hay dos formas posibles de derogación de precedentes de este tipo.

V.4.1. Precedentes interpretativos en sentido estricto

La primera de ellas se refiere exclusivamente a los precedentes interpretativos; es decir, aquellos que vienen a fijar la interpretación válida de un determinado texto normativo. En este caso, la norma —la *ratio decidendi* del precedente— que establece la interpretación de un texto normativo derogado también parece derogada, debido a que el único contenido de tal norma es fijar la interpretación de un texto normativo ya derogado.

Es preciso señalar que esta forma de derogación produce indeterminación. En efecto, es posible que, frente a la sustitución de un texto por otro, el intérprete considere que se trata de textos sinónimos y, por tanto, su precedente siga siendo válido. Así, el hecho de que se haya producido o no una derogación se vuelve objeto de controversia interpretativa en sentido estricto. De hecho, los tribunales chilenos ya han operado en más de una ocasión de esta forma⁴⁹.

V.4.2. Precedentes-construcción

La segunda de ellas, si bien también se debe a la eliminación de un texto normativo que servía de base para el precedente, no es en estricto rigor derogación de precedente interpretativo. Estos casos se producen cuando el precedente venía a colmar algún tipo de laguna producto de una determinada interpretación de un texto de origen legislativo; es decir, mediante construcción jurídica. Eliminado el texto cuya interpretación generaba una laguna, podría argumentarse que el precedente —la *ratio decidendi*— quedaría derogado con la eliminación del texto que le sirve de base.

⁴⁹ En Chile se ha producido un debate acerca de si el artículo 449 bis del CP había o no derogado artículo 456 bis N° 3 del mismo Código, relativo al agravante de actuación por una multiplicidad de malhechores. Lo que consideraron varios tribunales es que ambas disposiciones resultaban, al menos parcialmente, sinónimas. Véase un estudio jurisprudencial en Bascuñán (2019, pp. 198-199).

Pero también esta segunda forma de derogar precedentes interpretativos por derogación de la legislación base produce indeterminación. Ello se debe a que si, en efecto, la *ratio* del precedente ha sido producto de la construcción jurídica⁵⁰, entonces en realidad no se ve cómo le afectaría la derogación del texto normativo. Si las *rationes* de los precedentes (o cualquier otra norma) son producto de la construcción jurídica, ello quiere decir que no dependen de ningún texto normativo. Ahora bien, el problema es que en muchas ocasiones los precedentes constructivos se fundamentan precisamente en normas que sí son producto de la interpretación de algún texto normativo. De esta manera, habrá que determinar si en la justificación de la norma producto de la construcción hay alguna norma explícita que efectivamente haya sido derogada. Pero esto es cualquier cosa menos sencillo de establecer.

Regresemos al caso chileno. No parece ser esto lo que sucede con los precedentes *píldora* y *educación* debido a que en ambos casos se trata, por un lado, de textos jurídicos diferentes y, por el otro, no se ha producido cambio normativo alguno en relación con sus respectivos textos normativos. Tampoco *tres causales* presupone una derogación de texto normativo alguno, ni parece verse afectada por ninguna derogación legislativa.

VI. APLICABILIDAD DE PRECEDENTES

Una de las posibles conclusiones en relación a la situación chilena es que las cuatro decisiones objeto de análisis son precedentes, no habiendo sido derogado ninguno de ellos. La situación chilena, debido a la indeterminación acerca de las normas sobre la dinámica de precedentes en nuestros ordenamientos, está lejos de constituir una excepción, sino que parece más bien la regla: es sumamente frecuente encontrar en nuestros ordenamientos precedentes incompatibles válidos.

¿En qué situación, por tanto, nos encontramos cuando tenemos varios precedentes aplicables válidos, pero incompatibles? Frente a la presencia de precedentes incompatibles es necesario preguntarse cuál de ellos ha de prevalecer. Aquí son posibles dos respuestas.

La primera consiste en afirmar que los precedentes incompatibles se anulan entre sí, resultando todos ellos irrelevantes (Cross & Harris, 2012, p. 173; Orozco Muñoz, 2011, p. 211). En este sentido, en el caso chileno, el TC tendría discrecionalidad para decidir cuál de los precedentes seguir o, directamente, no seguir ninguno. Ahora bien, esta

50 No resulta en absoluto sencillo distinguir entre normas producto de la interpretación jurídica en sentido estricto y normas producto de la construcción jurídica. No obstante, en la medida en que existen casos tanto de unas como de otras (una interpretación literal y una jerarquía axiológica, por poner un ejemplo de cada uno), me parece conveniente conservar la distinción, aunque extensionalmente sea complicado calificar algunos casos. Véase Guastini (2015).

opción, aunque no del todo injustificada⁵¹, pareciera arrojar al niño con el agua sucia, descartando indistintamente todas las decisiones previas incompatibles. En efecto, no parece ser muy razonable afirmar que del hecho de que dos precedentes mantengan una relación de especialidad entre sí, o que sean precedentes sucesivos, se siga inmediatamente la irrelevancia de aquellos.

La segunda de ellas es considerar que para resolver las antinomias entre precedentes podemos o debemos recurrir a las normas sobre antinomias en general (Summers & McCormick, 2017, pp. 59, 98, 287, 311, 345, 400 y apéndice); es decir, a los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad⁵². Ahora bien, es preciso volver a subrayar que la aplicación de dichos criterios de ningún modo implica la derogación de ninguno de los precedentes.

VI.1. Temporalidad

Lo primero que resulta necesario subrayar es que resulta discutible que el principio de temporalidad rija para establecer qué precedente es aplicable cuando aquellos chocan, al menos por dos razones. La primera razón es que si efectivamente rigiese el principio de «precedente posterior» entonces, de nuevo, las normas que exigen un especial esfuerzo argumentativo para la derogación de precedentes no tendrían mucho sentido. En efecto, para deshacerse de un precedente, convirtiéndolo en no aplicable, pero con un efecto similar a la derogación, bastaría con que un tribunal simplemente decidiese emanar otro precedente de manera posterior, evitando así la carga argumentativa necesaria para la derogación del anterior precedente.

La segunda razón es que la regla del *stare decisis* (el caso paradigmático o central de regla del precedente) vendría a dar preferencia a las decisiones pasadas. En efecto, si el objetivo más inmediato de los sistemas de precedentes consiste en que los casos más recientes se resuelvan del mismo modo que los anteriores, emplear el principio de temporalidad para la resolución de antinomias entre precedentes no derogados parece frustrar al menos este objetivo inmediato.

51 No se trata de una decisión injustificada en la medida en que de una contradicción entre normas se sigue cualquier consecuencia. No obstante, como ha mostrado Rodríguez (2020, p. 370), es dudoso que en los ordenamientos jurídicos los efectos de una contradicción se expandan a todo el ordenamiento, limitándose solo horizontalmente. Véase también Orozco Muñoz (2011, p. 201).

52 Debido a que aquí hemos limitado el análisis a los precedentes del TC chileno, omitiremos el estudio del criterio de jerarquía que, no obstante, mantiene algunas especialidades cuando es aplicado al contexto de los precedentes. En efecto, en muchas ocasiones la aplicabilidad de este criterio puede resultar dudosa debido a que no existen, en rigor, relaciones jerárquicas entre los tribunales porque se aplica a órganos que no mantienen relaciones orgánicas. Además, puede darse el caso de que este criterio resulte aplicable, como cuando nos referimos a las relaciones que mantienen las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con los tribunales nacionales de cada Estado.

Sin embargo, y pese a que se declare con cierta frecuencia que este es el objetivo de los sistemas de precedentes, aquello que sucede en la práctica jurisdiccional del *civil law* (Moral Soriano, 2002, p. 145; Orozco Muñoz, 2011, p. 211) es precisamente que se atribuye prevalencia en la aplicación de los precedentes más recientes. Si esto constituye una violación de las normas que rigen la aplicabilidad de los precedentes, o la auténtica norma que gobierna aquellos, es algo que no es fácil de determinar y que no podemos hacer en este trabajo. Lo que, no obstante, si sería claro es que, en tal caso, sería *tres causales* el precedente aplicable⁵³.

VI.2. Especialidad

Tampoco el principio de especialidad resulta fácilmente aplicable en el ámbito de los precedentes, aunque en esta ocasión por razones de carácter general. Ello se debe a que, bajo el paraguas del principio de especialidad, se establece una importante heterogeneidad de tipos de relaciones entre normas, ya que la relación de especialidad puede darse tanto entre los supuestos de hecho de las normas, sus destinatarios y sus consecuencias jurídicas, como entre los operadores deónticos⁵⁴. Ello puede determinar precisamente que una norma N_1 sea especial respecto de otra norma N_2 con relación a sus antecedentes, pero que N_2 sea especial respecto a N_1 en consideración a su consecuencia jurídica.

En nuestro caso, no obstante, pareciera que la relación de especialidad se produce al menos en lo relativo a *píldora* con *tres causales*. En efecto, al tratarse de un único método para la interrupción voluntaria del embarazo, *píldora* parecería especial respecto a *tres causales*, que no prevé ningún método específico. En este sentido, tendría prevalencia en la aplicación *píldora*, pero solo para los casos en los que se tratase del uso de levonorgestrel micronizado, siendo prevalentemente aplicable *tres causales* para el resto de los casos.

VI.3. Temporalidad y especialidad

Ahora bien, el problema principal es que entre estos dos mismos precedentes, *píldora* y *tres causales*, subsiste también una relación de temporalidad que complica un poco todavía más las cosas. Surgen, en este sentido, dos problemas.

El primer problema consiste en que, como ya hemos visto, es discutible si el principio de temporalidad da prevalencia, en el ámbito de los precedentes, a aquellos más antiguos o a los más nuevos: si es el primer caso, precedente posterior, entonces el precedente aplicable será *píldora*;

53 No obstante, la aplicación del criterio de temporalidad abre una serie de problemas acerca de cuándo se considera que un precedente forma parte del ordenamiento. Sobre el problema de la publicación de precedentes, véase Núñez Vaquero (2020b).

54 Sobre las relaciones de especialidad entre normas, véase Zorzetto (2011, 2013).

si es el segundo caso, precedente anterior, entonces será aplicable *tres causales*. Nuevamente, el problema es que no está claro si rige *lex praevia* o *lex posterior*.

El segundo problema consiste en que, si lo que rige las antinomias entre precedente es el principio de precedente posterior, entonces la aplicación de los principios de temporalidad y especialidad conducen a resultados diferentes en este caso: según especialidad sería aplicable *pildora*; mientras que, si prevalece temporalidad, el precedente aplicable sería *tres causales*. El problema, no limitado al caso de los precedentes constitucionales chilenos, es que no existe una solución general acerca de cuál de estos dos criterios debe ser aplicado preferentemente.

VII. CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos analizado la jurisprudencia del TC chileno sobre el *nasciturus* con el objetivo de comprender mejor el fenómeno de la sucesión de precedentes en el tiempo. Para ello, hemos comenzado presentando las diferentes decisiones que ha ido adoptando el TC sobre la materia, así como la forma en la que íbamos a entender los términos clave de la discusión: precedente, *ratio decidendi* y regla del precedente.

Antes de analizar las condiciones para la creación y eliminación de precedentes, hemos visto que estas, junto a la de no aplicar un precedente, son competencias que no están conectadas lógicamente. De esta manera, aunque es posible que las tres sean atribuidas a un mismo órgano, se trata de algo completamente contingente.

En relación a la noción *ratio decidendi*, hemos reconstruido dos conceptos de *ratio decidendi* dependiendo de si nos fijamos en las condiciones para que una norma sea *ratio decidendi* (concepto normativo) o en la consecuencia que se sigue de ello (concepto estructural); esto es, que sea relevante para la decisión del caso posterior. No obstante, a su vez, hay varias concepciones de la *ratio* estructural, lo que afecta a cómo han de ser entendidos los requisitos que ha de cumplir una decisión jurisdiccional para ser considerada como precedente. En efecto, hemos visto dos condiciones de existencia de precedentes —necesidad de que la *ratio* del caso innove el ordenamiento y que exista una mayoría de los miembros del tribunal sobre aquella— para las que resulta determinante qué concepción de la *ratio* se escoja. Ello resulta decisivo en el caso de la doctrina del TC chileno porque, dependiendo de tal elección, algunas sentencias serán o no consideradas como precedentes.

A continuación, hemos visto cuatro formas en las que se pueden derogar los precedentes. En este contexto, hemos concluido que, si realmente existe en nuestros ordenamientos la norma según la cual es necesario realizar un especial esfuerzo argumentativo para eliminar un precedente

del ordenamiento, entonces no podemos considerar que la emanación de precedentes posteriores incompatibles implique o presuponga la derogación de ningún precedente. Además, hemos visto los problemas que aborda la derogación de precedentes por *desuetudo* y por derogación del texto base para los precedentes interpretativos.

Como resultado de lo anterior, se ha concluido que en nuestros ordenamientos —y el caso del TC chileno constituiría un ejemplo magnífico— es muy frecuente que existan varios precedentes válidos, en principio aplicables, pero incompatibles. Ante la necesidad de saber cuál de ellos resulta aplicable, hemos analizado la aplicabilidad de los criterios de resolución de antinomias, mostrando cómo aquellos —y de nuevo el caso chileno constituye un buen ejemplo— pueden resultar problemáticos por ser más de uno aplicable y por la falta de claridad de su contenido. En tal sentido, resulta problemático incluso que el principio de temporalidad sea aplicable porque puede constituir una forma de vaciar de contenido la norma que exige una especial justificación para eliminar precedentes y, además, puede frustrar el objetivo más evidente e inmediato, aunque no el único (Marinoni, 2013, cap. II), de los sistemas de precedentes: aumentar la seguridad jurídica.

REFERENCIAS

- Aguiló, J. (1995). *Sobre la derogación*. México: Fontamara.
- Aguiló, J., (2015). Fuentes del derecho. En J. Fabra y A. Núñez Vaquero (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (vol. I, pp. 1019-1066). México: UNAM.
- Arriagada Cáceres, M. B. (2021). Las dos caras del precedente vinculante. En A. Núñez Vaquero, M. B. Arriagada Cáceres e I. Hunter Ampuero (eds.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica* [en prensa]. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bascuñán, A. (2019). La formación de *lex tertia*: una defensa diferenciada. *Polít. Crim.*, 14(27), 173-201. <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A6.pdf>
- Bustamante, T. (2020). *Teoría del precedente judicial*. Lima: Ediciones Legales.
- Chiassoni, P. (2012). ¿Los precedentes civiles son vinculantes? Consideraciones sobre el artículo 360-bis c.p.c. En *Desencantos para abogados realistas* (pp. 211-266). Bogotá: Universidad del Externado.
- Corral, H. (2017). El estatus del embrión humano en la sentencia sobre aborto del Tribunal Constitucional. *Diario Constitucional*. <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-estatus-del-embrión-humano-en-la-sentencia-sobre-aborto-del-tribunal-constitucional/>
- Cross, R., & Harris, J. W. (2012). *El precedente en el derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons.

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

Domingo, R. (1994). El aborto y el Tribunal Constitucional Alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993. *Revista Chilena de Derecho*, 21(2).

Duxbury, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511818684>

Fernández, J. A., & Zúñiga, Y. (2020). ¿Resulta inconstitucional un sistema de plazos sin expresión de causa en el ordenamiento jurídico chileno? *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(1), 177-206. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.06>

Garay, A. (2013). *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Garay, A. (2021). La Corte Suprema argentina y el uso de sus precedentes. En A. Núñez Vaquero, M. B. Arriagada Cáceres e I. Hunter Ampuero (eds.), *Teoría y práctica del precedente* (pp. 111-152). Valencia: Tirant lo Blanch.

García Yzaguirre, V. (2020). Exceptuando normas: apuntes para un análisis conceptual. *Doxa*, (43), 427-456. <https://doi.org/10.14198/doxa2020.43.16>

Gascón, M. (1996). *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos.

Gonçalves, R. (2020) La regla del precedente en el sistema de justicia civil brasileño. Un modelo *sui generis*. En M. Gascón y A. Núñez Vaquero (coords.), *La construcción del precedente en el civil law* (pp. 137-162). Barcelona: Atelier.

Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: CEPC.

Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, (43), 11-48. <https://doi.org/10.5347/43.2015.71>

Guastini, R. (2016). *Fuentes del derecho*. Lima: Raguel.

Guastini, R. (2017). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Guastini, R. (2018). *Filosofía del derecho positivo*. Lima: Palestra.

Hierro, L. (2003). *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel.

Iturralde, V. (2013). Precedente judicial. *Eunomía*, (4), 194-201.

Iturralde, V. (2015). El precedente como fuente de interpretación. En C. Bernal Pulido y T. Bustamante (eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (pp. 231-261). Bogotá: Universidad del Externado. <https://doi.org/10.2307/j.ctv13qfwm3.10>

Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho*. México D. F.: Porrúa.

Kelsen, H. (2017) *¿Se convertirá la sentencia del Juicio de Núeremberg en un precedente para el derecho internacional?* Bogotá: Universidad del Externado.

Lamond, G. (2005). Do precedents create rules? *Legal Theory*, 11(1), 1-26. <https://doi.org/10.1017/s1352325205050019>

Legarre, S. (2016). *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*. Buenos Aires: Rodolfo Depalma.

Marinoni, L. G. (2013). *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra.

Marinoni, L. G. (2016). El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del civil law. En J. Ferrer y C. Vázquez (eds.), *Debatiendo con Taruffo* (pp. 133-155). Madrid: Marcial Pons.

Martínez, J., & Covarrubias, I. (2018). La ley 'protege' la vida del que está por nacer. ¿En qué situación ha quedado el concebido, pero no nacido a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional? En L. Casas y G. M. Vargas (eds.), *Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 N°1 de la Constitución Política* (pp. 105-116). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

Ministerio de Educación de Chile. (2016a). *Ciencias Naturales, Programa de estudio, Séptimo Básico*. Santiago de Chile: Unidad de Currículum y Evaluación del Ministerio de Educación de Chile. https://curriculumnacional.mineduc.cl/614/articles-20720_programa.pdf

Ministerio de Educación de Chile. (2016b). *Ciencias Naturales, Programa de Estudio, Segundo Medio*, Santiago de Chile: Unidad de Currículum y Evaluación del Ministerio de Educación de Chile. https://curriculumnacional.mineduc.cl/614/articles-20720_programa.pdf

Moral, L. (2002). *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons.

Moreso, J.J. (2010). Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos. *Arbor*, CLXXXVI(745), 821-832. <https://doi.org/10.3989/arbor.2010.745n1233>

Moreso, J. J., & Navarro, P. (1996). Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomía*, (5), 119-139.

Muñoz, F. (2014). Morning after Decisions: Legal Mobilization against Emergency Contraception in Chile. *Michigan Journal of Gender and Law*, 21, 123-175.

Navarro, P. (1990). *La eficacia del derecho*. Madrid: CEPC.

Núñez Vaquero, A. (2016). Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis. *Doxa*, (39), 127-156. <https://doi.org/10.14198/doxa2016.39.08>

Núñez Vaquero, A. (2018). Precedente en materia de hechos. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 31(1), 51-78. <https://doi.org/10.4067/s0718-09502018000100051>

Núñez Vaquero, A. (2020a). ¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incompreensión. *Derecho PUCP*, (84), 303-336. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.010>

Núñez Vaquero, A. (2020b). Algunos problemas abiertos sobre la publicación de precedente. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (43), 104-129. <https://doi.org/10.7203/CEFD.43.17793>

Núñez Vaquero, A. (2021). ¿Son obligatorios los precedentes? En A. Núñez Vaquero, M. B. Arriagada Cáceres e I. Hunter Ampuero (eds.), *Teoría y práctica del precedente* (pp. 329-360). Valencia: Tirant lo Blanch.

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

Núñez Vaquero, A., & Arriagada Cáceres, M. B. (2021). ¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia? Un examen desde la teoría analítica del derecho. *Ius et Praxis*, 1(43).

Núñez Vaquero, A., & Fernández Cruz, J. A. (2021). Precedentes, interpretación constitucional, derechos subjetivos y aborto. Algunos comentarios a partir de un texto de Martínez y Covarrubias. En A. Núñez Vaquero, M. B. Arriagada Cáceres, e I. Hunter Ampuero (eds.), *Teoría y práctica del precedente* (pp. 81-110). Valencia: Tirant lo Blanch.

Orozco Muñoz, M. (2011). *La creación judicial del derecho y el precedente judicial*. Madrid: Aranzadi.

Passanante, L. (2018). *Il precedente impossibile*. Torino: Giappichelli.

Pin, A. (2017). *Precedente y mutamento giurisprudenziale*. Pavia: Cedam.

Pulido Ortiz, F. (2019). *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*. Bogotá: Universidad de la Sabana. <https://doi.org/10.5294/978-958-12-0453-3>

Rodríguez, J. L. (2020) *Teoría analítica del Derecho*. Madrid: Marcial Pons [manuscrito inédito].

Romero Seguel, A. (2012). La sentencia como medio de prueba. *Revista Chilena de Derecho*, 39(2), 251-276. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372012000200002>

Sauca Cano, J. M. (2001). *Cuestiones lógicas en la derogación de las normas*. México: Fontamara.

Sarrabayrouse, E., Gorsd, P., & López, S. (2021). Auge y ocaso de los fallos plenarios en materia penal. Un trabajo sobre la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. En A. Núñez Vaquero, M. B. Arriagada Cáceres e I. Hunter Ampuero (eds.), *Teoría y práctica del precedente* (pp. 153-182). Valencia: Tirant lo Blanch.

Sprigs, O. F., & Hansford, T. G. (2001). Explaining the Overruling of U.S. Supreme Court Precedent. *The Journal of Politics*, 63(4), 1091-1111. <https://doi.org/10.1111/0022-3816.00102>

Summers, R., & MacCormick, N. (2017). *Interpreting Precedents*. Nueva York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315251905>

Vío Vargas, J. (2020). La práctica de citar sentencias pasadas como modelo de precedentes en Chile. En A. Núñez Vaquero, M. B. Arriagada Cáceres e I. Hunter Ampuero (eds.), *Teoría y práctica del precedente* (pp. 275-298). Valencia, Tirant lo Blanch.

Zorzetto, S. (2011). *La norma speciale*. Pisa: ETS.

Zorzetto, S. (2013). La redundancia lingüística y las normas especiales. Algunos usos del principio *lex specialis*. *Doxa*, (36), 387-415. <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.16>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales Constitución Política de la República de Chile.

Control preventivo de constitucionalidad, Proyecto de ley «sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad» (Rol 1.588-10-CPR) (Tribunal Constitucional [Chile], 14 de enero de 2010).

Decreto Supremo N° 1.150, *Diario Oficial*, 24 de octubre de 1980.

Ley N° 18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza, *Diario Oficial* (10 de marzo de 1990).

Ley N° 20.418 que «Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad», *Diario Oficial* (28 de enero de 2010).

Requerimiento de inconstitucionalidad, Proyecto de ley «sobre trasplantes de órganos» (Rol 220-95) (Tribunal Constitucional [Chile], 13 de agosto de 1995).

Requerimiento de inconstitucionalidad, Ley N° 21.030 de 23 de septiembre de 2017 que «Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales» (Rol 3729-17-CPT) (Tribunal Constitucional [Chile], 28 de agosto de 2017).

Requerimiento de inconstitucionalidad, Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, que aprueba las «Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad» (Rol 740-2007-CDS) (Tribunal Constitucional [Chile], 18 de abril de 2008).

Recibido: 14/06/2020
Aprobado: 19/01/2021

321

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN