

Los precedentes como batería de argumentos jurídicos. Un ejercicio de desencanto más allá de la analogía y la autoridad¹

Precedents as a set of legal arguments. An exercise of disenchantment beyond analogy and authority

Silvia Zorzetto

 <https://orcid.org/0000-0001-9767-3700>

Universidad de Milán. Italia

Correo electrónico: silvia.zorzetto@unimi.it

RECEPCIÓN: 19 de enero de 2024

ACEPTACIÓN: 5 de mayo de 2024

PUBLICACIÓN: 18 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18867>

RESUMEN: El artículo se propone examinar, en el marco de un análisis metajurisprudencial, los usos de los precedentes que van más allá de la mera concepción más estrecha y clásica, es decir, en la que un precedente como *ratio decidendi* se aplica como base normativa de un caso posterior. El estudio analiza una pluralidad de otros usos jurisprudenciales que están difundidos en muchos ordenamientos jurídicos tanto en el *common law* como en el *civil law*. Cada uno de ellos se hace notar en cuanto tiene valor general y muestra algunos aspectos filosóficamente destacados de los derechos vigentes. El estudio muestra, por tanto, que los usos de los precedentes vinculados a la analogía *a pari/simili* y *a fortiori* así como al principio de autoridad no son los únicos, y que el vínculo analogía/autoridad y las razones por las que se utilizan los precedentes son contingentes.

Palabras clave: precedentes judiciales, argumentos jurídicos, analogía, autoridad.

¹ Investigación realizada gracias al Programa UNAM PAPIIT IN302422.

El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación 2204/PI/22 Proyecto financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Plan de Actuación 2022) de la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

ABSTRACT: The article aims to analyse the uses of judicial precedents that go beyond the narrower and classical view, i.e. where a precedent such as the *ratio decidendi* is used as a narrower basis for a later case. The study analyses a variety of other jurisprudential usages that are widespread in many legal systems, both common law and civil law. Each of them proves to be of general value and highlights some philosophically significant aspects of existing legal systems. The study thus shows that the uses of precedent associated with the analogy *a pari/simili* and *a fortiori* and with the principle of authority are not the only ones and that the link between analogy and authority and the reasons for using precedent are contingent.

Keywords: case law precedent, legal arguments, analogy, authority.

SUMARIO: I. *Prólogo*. II. *Un enfoque metodológico caritativo y de minimalismo definitorio*. III. *Mirando en la caja de herramientas del juez*. IV. *Usos de los precedentes a simili y a fortiori (a maiore ad minus - a minore ad maius)*. V. *Precedentes y argumentum ex auctoritate*. VI. *Vademécum realista entre ideologías y praxis*. VII. *Bibliografía*.

I. PRÓLOGO

Este escrito constituye un desarrollo de un primer trabajo surgido de la discusión del volumen *La construcción del precedente en el Civil Law: debates, conceptos y desafíos* (Zorzetto, 2022).² Como el primero escrito esta investigación también se enfrenta a problemas no resueltos de la teoría del derecho tanto en la tradición jurídica de *civil law* como en la de *common law*: ¿son los precedentes jurisprudenciales legítimos o no? ¿En qué sentido son normas jurídicas y qué alcance tienen? ¿Qué relevancia tienen los precedentes judiciales en los sistemas jurídicos? ¿En qué sentido son relevantes?

La literatura sobre los precedentes judiciales (precedentes) es compleja y extensísima, aunque sólo una parte minoritaria se ha centrado en sus usos judiciales reales y concretos, es decir, sobre el funcionamiento práctico de los precedentes como argumentos jurídicos y técnicas de justificación.

² Por razones de brevedad, no se citan en este escrito todas las referencias jurisprudenciales citadas en el artículo publicado que, sin embargo, siguen siendo referencias útiles y válidas. La casuística jurisprudencial en Italia como en cualquier sistema jurídico es tan amplia que se trata de meros ejemplos entre miles y miles. Muchas otras referencias deben considerarse pertinentes para la investigación empezando por la anglosajona o latinoamericana mencionada en los estudios en las notas siguientes. A efectos de la investigación se han utilizado como claves las relativas a la intención/voluntad del legislador. Esto confirma que esto no es discriminatorio con respecto a los usos anteriores.

Larga parte de la literatura que se ha ocupado de los precedentes desde este punto de vista procede de la cultura jurídica anglosajona y del *common law*. Y según la mentalidad jurídica de *common law*, los precedentes están íntimamente ligados, por un lado, a la analogía y al modo de proceder por analogía de caso en caso y, por otro lado, al principio de autoridad en la forma de la doctrina de *stare decisis*. La *common law* históricamente está representada y concebida así al menos a nivel de ideología manifiesta (Goldstein, 1987; MacCormick y Summers, 1997; Tuzet, 2022; Núñez Vaquero, 2022).

La controvertida relación entre precedente y analogía depende, entre otras cosas, de una serie de supuestos filosóficos de fondo sobre el razonamiento jurídico en general. A modo de ejemplo, recuerdo la tesis de Schauer (1987), que es muy clara al distinguir los precedentes de las demás técnicas de razonamiento, incluida la analogía, y lo hace sobre la base de la doctrina del *common law stare decisis*, es decir, de la obligación de aplicar el precedente (si existe, y salvo *distinguishing*). Es evidente que aunque es una teoría que describe una realidad jurídica, no es general. Es una reconstrucción teórica de una praxis institucional. Por otra parte, muchos protagonistas de esa misma práctica no están de acuerdo con Schauer, por lo que resulta controvertido hasta qué punto la teoría del precedente de Schauer explica la realidad jurídica objeto de análisis. Preciso que esta observación no es una crítica a Schauer que creo que es iluminante para comprender el *common law* estadounidense, sino una fotografía de la literatura en ese contexto. Dirimente es la cuestión de si todo el razonamiento jurídico tiene en el fondo naturaleza analógica. Sobre este núcleo del pensamiento iusfilosófico como es sabido han florecido amplios debates a lo largo de los siglos desde la antigüedad y hasta hoy. Entre los autores y estudios que han influido en el pensamiento jurídico de manera fundamental se recuerdan G. Kalinowski (1966) y A. Kaufmann (1966), *La pluralité ontique en philosophie du droit: L'application de la théorie de l'analogie à l'ontologie juridique*, *Revue philosophique de Louvain* 64, 1966, 263-280 y A. Kaufmann, *Analogy and "the nature of things": a contribution to the theory of types*, *Journal of the Indian Law Institute*, 8(3), 1966, 358-401.

Por otra parte, la eterna diatriba sobre si los precedentes son o no vinculantes refleja un problema más fundamental filosófico-jurídico. En efecto, la controvertida relación entre los precedentes y el principio de autoridad, con todas las repercusiones sobre las razones que fundamentan el uso de los precedentes, sobre la *stare decisis doctrine* y sobre el *argumento ex auctorita-*

te, son también hijas del problema de los problemas: el papel de la autoridad en el concepto de derecho.

Y queriendo dar un paso más allá, tanto la analogía como la autoridad —en su discutida relación con los precedentes— revelan la tercera cara divinas y diabólicas: la justicia.³

En el siguiente párrafo, presentaré algunas aclaraciones preliminares sobre el método y la terminología del análisis y el concepto mínimo de precedente que propongo como base de partida para iluminar sus usos, el cual será una herramienta explicativa útil para navegar por la “selva” de problemas que rodean el tema y destacar sus usos reales, tal y como se encuentra en la práctica de la argumentación jurídica por parte de los jueces.⁴ El tercer párrafo contiene un mapa de la mencionada “selva” de argumentos jurídicos basados en precedentes. A continuación, voy a centrar la atención en la relación entre el precedente y la analogía y, por último, en la relación entre el precedente y el principio de autoridad en el derecho.

II. UN ENFOQUE METODOLÓGICO CARITATIVO Y DE MINIMALISMO DEFINITORIO

Las siguientes aclaraciones terminológicas no pretenden ofrecer definiciones generales de los conceptos tratados. Más bien, deben considerarse funcionales al análisis y, por tanto, herramientas operativas para llevar a cabo la investigación.⁵

³ Dante describe a Lucifer en el Canto XXXIV del Infierno como una criatura con una cabeza que tiene tres caras que representan una inversión de la Trinidad. El juez de la Corte Suprema Antonio Scalia, el portador de la bandera judicial estadounidense para el originalismo, se describe a sí mismo como un “originalista pusilánime” debido a su creencia de que, por ejemplo, precedentes arraigados a veces pueden superar el significado original cuando se trata de hacer justicia (Scalia, 1989).

⁴ Por argumentación jurídica entiendo, en un sentido mínimo, aquel proceso justificativo que es explícito, general-abstracto y que subyace a una determinada conclusión jurídica. En este contexto, los argumentos jurídicos son las razones que se dan en una argumentación para apoyar una conclusión práctica. En particular, los argumentos jurídicos se discutirán en lo que respecta a las razones dadas para justificar una determinada solución interpretativa “en abstracto” y/o la aplicación de una o varias normas jurídicas a un determinado caso concreto.

⁵ Hablando de interpretación de caridad me refiero a reclamar la virtud de la honestidad intelectual. Con demasiada frecuencia distorsionamos las opiniones ajenas para llegar a las

En el análisis, el término “precedente judicial”, “precedente de la jurisprudencia” o simplemente “precedente” se refiere a cualquier decisión judicial en el sentido estricto de la palabra, que se dictó en un momento anterior y cuyo texto es accesible (por ejemplo, en bases de datos o colecciones de jurisprudencia) y al que se hace referencia en una decisión.

Quisiera señalar que se trata de una definición estipulativa y funcional para el análisis metajurídico que se realiza mediante una búsqueda predominantemente sintáctico-semántica, es decir, mediante una búsqueda realizada a través de bases de datos de los textos de las medidas normativas dictadas por los tribunales.

Desde un punto de vista conceptual, es muy posible que existan precedentes que no sean públicos o publicados, aunque un precedente debe ser, al menos, conocido por alguien que no sea su emisor. Todo ello con la única excepción del autoprecedente en sentido estricto, es decir, relativo a una misma autoridad reguladora que decide en el tiempo sobre la base de lo decidido por la misma en el pasado. Debe especificarse que, en los sistemas jurídicos vigentes, existe el problema adicional de que la autoridad normativa no coincide con una determinada persona física (ni en la hipótesis de los órganos colegiados ni en la de los órganos monocráticos donde lo relevante es el órgano como institución, no la persona física que de vez en cuando lo ostenta). Esto implica que incluso el autoprecedente no podría existir sin el conocimiento público de las decisiones, aparte de su autor. Esto es así salvo en el caso residual del autoprecedente referido no al órgano o autoridad reguladora, sino al individuo que es su autor y que, al guardar memoria “individual” del mismo, podría aplicar posteriormente lo que ha ya decidido. Según Guastini (2017, p. 372), cuando los jueces invocan su jurisprudencia, el razonamiento es falaz. A menudo se lee en las resoluciones jurisprudenciales: “Este Tribunal ya ha declarado x o y ...”, tales llamadas son *non sequitur* a nivel lógico. El hecho de que un tribunal ya haya decidido en el pasado no es en sí mismo un argumento lógico estricto, a menos que se presuma que el tribunal siempre está vinculado indisolublemente al principio *stare decisis*; pero no es así en la realidad de la jurisprudencia, siendo difusos *distinguishing* y *overruling* no siempre bien argumentados. Para Guastini, la referencia al autoprecedente ni siquiera es un argumento *ex auctoritate*, ya que el tribunal no se refiere

conclusiones que preferimos. Un enfoque de caridad tiene como objetivo entender de forma transparente y razonable todas las ideas secondo su mejor luz.

a una autoridad “tercera”, sino sólo a sí mismo. En resumen: me concentro en los precedentes “públicos” porque son los relevantes en la práctica jurisprudencial de los derechos existentes (Núñez Vaquero, 2020).

Este, por supuesto, no es el único enfoque posible para el estudio de los precedentes. Como es sabido, es posible realizar análisis conceptuales sin partir de datos textuales. En un tema tan complejo y controvertido como el que nos ocupa, en el que se ha dicho y se dice de todo y su contrario, creo que es más útil —para iniciar una comparación que tenga un mínimo de puntos de apoyo intersubjetivos (cuando no objetivos)— tener en cuenta lo que se expresa explícitamente en los textos de las medidas normativas dictadas por los tribunales.

Obviamente, todo lo anterior, y en particular la decisión de realizar una investigación basada en textos, no significa que los precedentes de la jurisprudencia no puedan utilizarse de forma tácita. De hecho, es lo contrario si se parte de la premisa de que los precedentes son también normas (jurídicas). Son normas cuyo ámbito de aplicabilidad se discute: si puede considerarse abstracto y general o generalizable más allá del caso en el que se dicta la decisión individual y en qué medida. Entonces con respecto a los precedentes vuelven a surgir todas las cuestiones de la teoría general de las normas jurídicas relativas a la naturaleza de las normas y sus enunciados normativos. En este análisis no entraré en el fondo de estas cuestiones, sino que sólo observe que es conceptualmente posible (y de hecho ocurre) que los precedentes también se utilicen de forma no expresada.

En otras palabras, —y esto quedará claro en el análisis— es posible que se haga referencia a un precedente o que se utilice para algún fin en una decisión sin mencionarlo (Muffato, 2009), aunque sea en el caso de compartirlo o aceptarlo, es decir, hacerlo propio como guía de conducta decisoria o rechazarlo.

Por otra parte, los usos que examinaré de los precedentes no se limitan a la situación en la que la *ratio decidendi* de un determinado caso se considera vinculante para la decisión de un caso posterior. Así, el precedente que voy a comentar no se refiere necesariamente a un caso concreto muy similar a otro caso concreto, sino que es sólo la decisión dictada en t0, cuya *ratio decidendi se recoge* en una decisión en t1. Esta estrecha noción de precedente es la adoptada por Taruffo, quien observa con acierto que la jurisprudencia está

constituida por un conjunto de decisiones, que además pueden ser numerosas —como en el caso de nuestro Tribunal de Casación— y pueden incluir cientos o miles de decisiones sobre las mismas cuestiones de derecho. Nada hay que encontrar de extraño, pues, si la jurisprudencia puede ser —y a menudo lo es— redundante, variable, ambigua y contradictoria, porque sobre una misma cuestión de derecho puede haber orientaciones interpretativas diferentes y variables. Extremando el discurso (pero no demasiado), se puede decir que una jurisprudencia como la que produce el Tribunal Supremo italiano es comparable a una especie de inmenso supermercado donde, con la debida paciencia, cada uno puede encontrar lo que quiere (y también su contrario). (traducción propia) (2014, p. 39)

Siguiendo con la metáfora, el presente análisis es una investigación sobre lo que ofrece este “supermercado”.

De hecho, como se verá, los precedentes también se utilizan cuando la similitud entre los casos es dudosa o incluso no existe o independientemente de cualquier similitud pertinente. También ocurre que la similitud de los casos concretos no es relevante o no puede justificarse, porque se utiliza un principio general-abstracto contenido en el precedente, que es independiente de las circunstancias del caso y/o que no es la *ratio decidendi* de ese caso.

De forma un tanto provocativa, se podría decir que el presente análisis pretende sacar a la luz el amplio espectro de usos que van más allá del caso “puro”, según el pensamiento tradicional, de precedente vinculante en el que la decisión en t1 se justifica sobre la base de una decisión t0 porque esta última se erige en norma vinculante para el caso posterior en t1 (véase como introducción preliminar: Goodhart, 1959; Montrose, 1957).

Basándome en una sugerencia de Manuel Atienza,⁶ se puede decir que los jueces miran el conjunto de los precedentes como una caja de herramientas en la que se puede encontrar cualquier herramienta para cualquier propósito. Como veremos, la actividad del juez consiste precisamente en buscar y encontrar, caso por caso, dentro de una inmensa caja de herramientas esa que mejor responde a los objetivos justificativos del juez.

Lo anterior, y todo lo que vendrá a continuación, ya está influido por supuestos fundamentales sobre lo que se entiende por “derecho (existente)”.

⁶ Expreso mi agradecimiento a Manuel Atienza por esta sugerencia y por el debate general que ha tenido lugar en la presentación de una versión anterior de este trabajo al Máster en Argumentación Jurídica 2022-2023 (13a. edición) de la Universidad de Alicante.

“juez”, “motivación” (es decir, justificación de un caso práctico), etcétera. Confío, sin embargo, en que el intento descriptivo y clarificador que persigo saque a la luz las premisas más controvertidas o discutibles, y sea así fructífero para el diálogo, incluso con quienes no comparten las mismas premisas.

Finalmente quiero precisar que mi investigación no pierde relevancia incluso para aquellos que no aceptan extender la noción de precedente más allá del caso “puro”. En efecto, si se quiere conservar la noción de precedente más estrecho aplicándola solo al caso del precedente como *ratio decidendi* según la doctrina ortodoxa, todos los demás argumentos no se borran del mundo jurídico. Siguen existiendo y siendo una parte preponderante de la práctica jurídica. Se podrán llamar por nombres diferentes. Por ejemplo, hay quienes prefieren referirse a esta constelación infinita de usos como “jurisprudencia”. Se trata de precedentes en sentido amplio o de jurisprudencia, pero la práctica no cambia. Lo importante es examinarla, distinguiendo los diferentes usos que cada juez hace de las decisiones anteriores.

III. MIRANDO EN LA CAJA DE HERRAMIENTAS DEL JUEZ

En el marco de una concepción e ideología como la expuesta, en la práctica, los jueces hacen un uso constante y masivo de los precedentes. Lo que sigue es una revisión meramente ilustrativa de los argumentos usados por ellos. Por primero, señalo que al repasar los argumentos no pretendo en modo alguno legitimar su uso: mi análisis no prejuzga en absoluto la cuestión de la legitimidad de estos argumentos (para cada derecho en vigor) y en qué condiciones, en su caso. Sin embargo, a cada uno de estos argumentos se aplica una máxima general que es aplicable a cualquier otro argumento jurídico: es decir, cada argumento jurídico puede utilizarse bien o mal (usarlo de manera abusiva) y esto depende de quienes los utilicen.

El análisis se realiza sobre los textos de las decisiones en su totalidad, sin referirse a ninguna “*massima*” debido a los conocidos problemas que aquejan a la “*massimazione*”. La revisión no es exhaustiva, a modo de comparación, es interesante la variedad de técnicas practicadas por los jueces, como ilustra J. Marshall (1996), y el orden de presentación no sigue ningún orden de importancia o frecuencia de aparición de los usos. La denominación de cada argumento también es inventada, y sólo es conveniente para la exposición. De hecho, los jueces utilizan y/o mencionan los precedentes de diver-

sas maneras en sus razonamientos, sin explicitar ni nombrar sus argumentos jurídicos.

1. Delimitación de la investigación: exclusión de los dos casos particulares de la “interpretación conforme a la Constitución” y de la doctrina del “derecho viviente”

Hay dos excepciones principales a este respecto que no se analizarán a continuación porque constituyen técnicas argumentativas por sí mismas.

Sin embargo, las menciono porque también están profundamente relacionadas con el uso de precedentes.

El primer caso es el muy conocido y difundido de la llamada interpretación adaptativa, también denominada interpretación conforme a la Constitución, *secundum Constitutionem* o constitucionalmente orientada y similares (la terminología es muy variada). Se trata de un fenómeno que comparten muchos ordenamientos: sus premisas son el Estado constitucional con una Constitución rígida (no importa si está escrita o no) y un sistema de control de constitucionalidad (no importa si se transfiere de forma centralizada a un tribunal constitucional u otra solución institucional). En general, es una técnica argumentativa aplicable a cualquier norma jurídica en el marco del constitucionalismo rígido. Conviene aclarar que la interpretación orientada a la Constitución no es necesariamente una interpretación realizada por los jueces del Tribunal Constitucional o que se apoye en los precedentes del Tribunal Constitucional; aunque de hecho ese es un caso común. También los jueces que pertenezcan a otros tribunales distintos del Tribunal Constitucional adoptan la forma de directrices interpretativas y argumentativas sobre el cumplimiento de la Constitución haciendo referencia a los precedentes del Tribunal Constitucional, pero no sólo. Así, la interpretación orientada a la Constitución es una interpretación orientada constitucionalmente considerando la Constitución como texto normativo o como conjunto de discursos que incluyen también los meta-discursos sobre ese texto: metadiscursos de la jurisprudencia constitucional o de otros jueces y eventualmente de la doctrina que interpreta la Constitución. Sobre la interpretación véase Jiménez, “máxima hermenéutica según la cual, de entre los varios entendimientos posibles de una regla de derecho el intérprete ha de optar por aquél que mejor se acomode a los dictados constitucionales” (1995, p. 3681); por otro lado, Balaguer Callejón “La interpretación «conforme» es un principio que deriva directa-

mente de la naturaleza de la Constitución como norma que confiere unidad al ordenamiento” (2022, p. 179); para el sistema mexicano se recuerda el estudio de F. Serrano, *La interpretación conforme a la Constitución* (2008).⁷

El segundo caso es el denominado “derecho viviente”. Para destacar esta doctrina de los usos de precedentes se usa a veces otra terminología que evoca la concepción del derecho “dúctil”, ya que la idea del derecho viviente está conectada a la doctrina del derecho “dúctil”, precisamente de elaboración de jueces constitucionales; por supuesto, el derecho “dúctil” es una versión del derecho viviente promovido por cierto juez constitucional (Zagrebelsky, 2003). El caso del derecho viviente/”dúctil” por la forma en que se aplica en los sistemas latinos es una demostración de cómo la circulación de las posi-

⁷ Con respecto al sistema jurídico italiano, a modo de ejemplo, se pueden mencionar las siguientes directrices interpretativas y argumentativas sobre el cumplimiento de la Constitución:

(i) Entre varios significados posibles, debe preferirse el que sea conforme a la Constitución (Tribunal de Casación Sección Unidas, 16-12-2013, n° 27986);

(ii) De varios significados posibles, se debe dar preferencia a la interpretación más conforme con la Constitución o más orientada a ella (Tribunal de Casación, Sección V, 07/07/2021, n° 19368);

(i) Si no es posible interpretarla de manera constitucionalmente conforme, la norma/disposición debe presumirse constitucionalmente ilegítima y, por tanto, no debe aplicarse (y debe plantearse la cuestión de constitucionalidad; Tribunal Constitucional n° 356/1996 y Tribunal Constitucional n° 49/2011);

(ii) Un juicio interpretativo de rechazo por parte del Tribunal Constitucional exige la no aplicación de la “norma”, considerada no conforme con el parámetro constitucional evocado y escrutado por el Tribunal Constitucional, pero no excluye la posibilidad de seguir “terceras interpretaciones”, consideradas compatibles con la Constitución, o de plantear una nueva cuestión de legitimidad constitucional respecto a un diferente parámetro constitucional (Tribunal de Casación, Sección trabajo, n° 1581 de 2010; n° 166 de 2004; Tribunal de Casación, Sección II, 21-03-1990, n° 2326; Tribunal de Casación, Sección trabajo, 30-07-2001 n° 10379). Un juicio interpretativo de rechazo por parte del Tribunal Constitucional es una decisión en la que son determinantes tanto la interpretación del precepto de la ley ordinaria a la luz de los principios constitucionales como la parte dispositiva adoptada, que normalmente se subraya indicando en el P.Q.M. “de acuerdo con los fundamentos”.

De la práctica se desprende también la variante siguiente: “[...] de entre las posibles interpretaciones de un texto legal impugnado, el Tribunal declara conforme con la Constitución una de ellas, precisamente en defensa de la presunción de constitucionalidad de las normas emanadas del legislador democrático”, (Villaverde Menéndez, 2014). También en este caso estamos ante una técnica argumentativa general utilizada en varios países, véase para México G.A. Figueroa Mejía (2016); hay que destacar que no solo afecta al ámbito civil, sino también al penal. Véase, por ejemplo, Fernández (2017). Un punto de referencia clásico de la literatura es Kuhlen (2012).

ciones también doctrinales de los jueces tiene un impacto determinante en la praxis jurídica. Cabe destacar que esta doctrina se refiere normalmente al uso masivo y generalizado de los precedentes por parte de los tribunales superiores, por ejemplo, tribunales constitucionales o supranacionales o tribunales de última instancia de cada sistema jurídico. Pero si el derecho “viviente” es el que resulta de la interpretación de los jueces, el derecho viviente —a ser rigurosos y coherentes— no se circunscribiría sólo a los tribunales superiores. En la práctica, sin embargo, la noción se limita a la ley que proviene de la cúpula del sistema judicial. Normalmente no está claro cuál es el fundamento normativo —si lo hay— que hace que sólo los jueces de última instancia produzcan derecho viviente. Obviamente esta fórmula es una gran metáfora. Tanto es así que no tiene sentido decir que los otros jueces producen derecho muriente o inerte y no es verdad que también ellos no producen derecho (igualmente viviente). El hecho de que en la cúpula de los ordenamientos jurídicos modernos haya normalmente más autoridad genera una consecuencia ulterior: los derechos vivos no son uno solo, sino más según los tribunales superiores. De ahí los posibles conflictos entre derechos vivientes. Sin embargo, cada uno de estos cánones interpretativos-argumentativos presenta, a su vez, numerosas variantes en las que no es posible entrar aquí (Cruz, 2019).⁸

2. Una familia numerosa y heterogénea de argumentos poco explorados

Argumento del precedente como ratio decidendi: se hace referencia expresa a una determinada *ratio decidendi* para aplicarla como argumento vinculante decisivo en la decisión de un caso posterior.

⁸ De la práctica se derivan algunas pautas interpretativas particulares:

(i) La aplicación retroactiva de las normas puede estar justificada en la medida de que se trata de normas que reconocen principios que constituyen un derecho viviente (véase Tribunal de Casación, Sección II, 12/03/2021, n° 7051);

(ii) El derecho viviente no se ajusta necesariamente a la Constitución, por lo que el juez puede apartarse de ello solicitando una revisión de su compatibilidad con los parámetros constitucionales (véase Tribunal Constitucional, n° 180/2021; Tribunal Constitucional, 09/03/2021, n° 33);

(iii) Si la acción es pretextual porque es contraria al derecho viviente y/o a la jurisprudencia establecida, puede constituir un abuso del instrumento procesal (Tribunal Roma Sez. IV Sent., 04/01/2021).

Este sería el precedente verdadero o puro, en el que se aplica la misma *ratio decidendi* aplicada en un caso posterior, que se supone idéntico o, mejor dicho, similar en lo relevante (y disímil en lo irrelevante) al ya resuelto. En este caso es propiamente la *ratio decidendi* el objeto de aplicación. O mejor dicho, es la *ratio decidendi* que se considera el puente por la argumentar del particular al particular: es decir, la aplicación al caso *Target* (pendiente de decisión) de las mismas consecuencias jurídicas aplicadas al caso *Source* (ya decidido) sobre la base de la *ratio decidendi*. La *ratio decidendi* es la norma general y abstracta dictada en el caso *Source* cuyas consecuencias se replican en el caso *Target* a decidir. Tanto la existencia de una similitud relevante como la irrelevancia de las diferencias entre los casos *Source* y *Target* no siempre se argumentan explícitamente. Si bien son esenciales para justificar el hecho de considerar relevante el caso *Source* entre infinitos otros para el caso *Target* (como referencia véase Lamond, 2014; Postema, 2007).

Una variante débil de este argumento es aquella según la cual la referencia a la *ratio decidendi* precedente no es decisiva, sino sólo un argumento de apoyo o concurrente que refuerza la decisión conforme a dicha *ratio decidendi*, decisión que, sin embargo, se basa también en otros argumentos. Cabe señalar que esta variante débil del argumento tiene una función completamente diferente a nivel de justificación jurídica. Porque no se aplica en absoluto la *ratio decidendi* del caso *Source* en el caso *Target*. Se usa solo como refuerzo argumentativo en la justificación externa (Wróblewski, 1971). Por lo tanto, la decisión del caso *Target* posterior tiene una base reguladora (premisa mayor en el nivel de la justificación interna) que difiere de la *ratio decidendi* del caso *Source*.

Argumento del precedente como principio de derecho: una solución interpretativa puede justificarse por referencia a un precedente como principio de derecho general y abstracto.

A diferencia del argumento de precedente como *ratio decidendi*, en el caso del argumento de precedente como principio de derecho no es relevante que el principio de derecho sea la *ratio decidendi* del caso anterior: el principio de derecho se invoca para la decisión posterior como una regla general y abstracta que vive su propia vida, es decir, existe independientemente del caso en el que se decidió por primera vez o de la serie de casos en los que se ha aplicado repetidamente. No es automático ni necesario, pero puede ocurrir que se utilice este argumento sobre todo cuando se establece una cierta convergencia dentro de la jurisprudencia por la que el precedente-*ratio deci-*

dendi se emancipa de las circunstancias del caso y se concibe como una regla de decisión en sí misma. Por esta vía se consolidan los principios implícitos, es decir, aquellos principios que la jurisprudencia consagra como formulación textual *ex novo* en el texto de las decisiones, y que no tienen una previa originaria formulación textual en otros documentos normativos jurídicos que no sean decisiones judiciales. Esta operación se puede realizar y de hecho se lleva a cabo en los diversos niveles y transversalmente en todas las fuentes normativas, legislación, constituciones, derecho internacional, etcétera.

Además, precisamente porque en este caso el precedente no funciona como *ratio decidendi* se utiliza en la cadena de la argumentación a nivel de justificación externa (para determinar la premisa principal) o puede utilizarse como base de un argumento competidor que sirve para reforzar la cadena argumentativa primaria. No es inusual que los jueces para hacer más robustas sus decisiones delinee más líneas argumentativas, la principal, y algunas paralelas secundarias que de todos modos no conducen a un resultado diferente. Esto sirve para hacer más difíciles las críticas y que si cae la cadena argumentativa principal, de todos modos no sea automática la revisión de la decisión: la conclusión resiste también sobre la base de las otras cadenas argumentativas paralelas secundarias.

Argumento del precedente inspirador: se encuentra al referirse a directrices, principios que guían/inspiran el razonamiento decisorio global, por el que una determinada solución hermenéutica ya alcanzada a partir de otras razones se presenta como más conforme, por ejemplo, con el sistema del debido proceso, a partir de la referencia a los principios generales que lo rigen.

Este uso argumentativo está en línea con la argumentación de los principios jurídicos y, si se quiere, su interés radica precisamente ahí. En otras palabras, también es útil estudiar este uso para arrojar luz sobre las interferencias entre los argumentos que invocan los precedentes y aquellos que invocan los principios jurídicos. La interferencia es manifiesta en todos los casos en que los principios jurídicos invocados no están expresados y tienen su origen en decisiones jurisprudenciales adoptadas con anterioridad. Además, hay que tener en cuenta la interferencia con la interpretación conforme a la Constitución, es decir, con los precedentes de los tribunales superiores según su lectura de la Constitución. Esta se refiere a menudo a principios no expresados e inmanentes al sistema, de modo que, en una especie de círculo, al final se remite a interpretaciones jurisprudenciales (normas, en su mayoría, sin disposición). La diferencia del precedente inspirador con el preceden-

te como principio de derecho es que este último es un principio-precedente inherente al caso concreto (es decir, se refiere al *thema disputandum*), y como hemos visto juega un papel a nivel de justificación externa o interna paralela secundaria como “paracaídas”. Mientras el precedente-inspirador sólo sirve para inspirar un contexto de fondo independiente del caso concreto que se discute. Desde este punto de vista, el argumento del precedente inspirador se refiere con mayor frecuencia a las reglas de juicio o al procedimiento más que a la substancia del litigio.

Argumento del precedente establecido: se legitima una solución hermenéutica basándose en una tendencia u orientación judicial establecida (que a su vez puede entenderse de diversas maneras).

Normalmente no se plantea de forma explícita la cuestión de posibles interpretaciones alternativas o contrastantes y se trata de un uso muy vago y ambiguo: se invoca la jurisprudencia establecida, el derecho viviente o se utilizan otras fórmulas, siendo acompañadas de una indicación de ciertas decisiones en particular. El precedente establecido no se convierte necesariamente en la *ratio decidendi*; sólo puede servir de apoyo al razonamiento decisorio y, por tanto, puede situarse en varios niveles del razonamiento; si es necesario, sólo como refuerzo del precedente-*ratio decidendi*.

Cabe señalar una diferencia relativa a su estructura y fuerza persuasiva con respecto a los argumentos anteriores. Este argumento se apoya en el plano argumentativo precisamente en la circunstancia de que esté “consolidado”, “estable”, que haya “hecho jurisprudencia”. Obviamente, esta cualidad no está en la naturaleza y, por lo tanto, no está en absoluto seguro de que exista realmente, a pesar de que los jueces pueden declamarla. Normalmente se ofrece alguna “prueba” o ejemplo paradigmático citando más casos a distancia de tiempo para transmitir la idea de una continuidad significativa. Su poder de argumentación y de persuasión es tanto más pronunciado cuanto los participantes en la práctica y los jueces adopten en mayor medida una actitud conformista. Este argumento se utiliza mayoritariamente en sentido confirmatorio, salvo que se quiera romper la continuidad y, por lo tanto, la referencia al precedente establecido se hace precisamente para tomarlo como blanco de la crítica con el fin de argumentar una revisión.

Argumento del precedente oscuro o ficticio: para justificar una solución se apela de forma general a una decisión no precisada o a directrices establecidas, sin hacer referencia a decisiones concretas.

También puede verse como una variante opaca del argumento del precedente establecido. La diferencia entre los dos es que en el primer caso se declama la existencia de precedentes consolidados y se dice cuáles son o al menos se dan elementos para encontrarlos. En cambio, en el caso opaco en cuestión, solo se declama un precedente de forma totalmente indeterminada sin por tanto proporcionar referencias. Es interesante señalar que gracias a la digitalización con la búsqueda sintáctica de las bases de datos es posible, sin embargo, incluso sin una referencia numérica precisa (número/fecha/autoridad que emana) encontrar los precedentes, aislando las cadenas de palabras que utilizan los jueces en las motivaciones. Si las palabras son suficientemente prominentes es posible descubrir el precedente usado a pesar de la falta de mención.

Hablando en abstracto, cuando se hace referencia a un precedente como “jurisprudencia o interpretación establecida” (o algo parecido) sin dar ninguna indicación específica, la frontera con la invención se vuelve impalpable, de modo que el precedente bien puede ser el resultado de la invención si el intérprete lleva su creatividad al extremo (más allá del límite permitido). Está claro que se trata más de un caso hipotético que de uno real en función de la medida en que la cultura jurídica y los jueces consideren que tienen el poder de crear derecho, en qué condiciones y dentro de qué límites. Recuerdo referencias fundamentales que demuestran que los líderes no pueden dejar de crear derecho en los sistemas jurídicos existentes: Carrió (1961), Bulygin (2003) y Jori (2009). Incluso en los sistemas jurídicos vinculado al principio del Estado de derecho y en los que los jueces miden la discrecionalidad interpretativa, sin embargo, este uso del precedente puede llegar a ser real, por ejemplo, por un error o descuido del intérprete, porque éste es motivado por determinados motivos políticos o éticos, o porque pretenda perseguir intereses personales o de terceros. Este tipo de situaciones se consideran normalmente abusos y errores en el derecho. Comparto la visión de que cuando se aplican precedentes la inteligibilidad y el alcance de estos exige identificar e interpretar las razones sustantivas —expresas o no— que están por detrás del precedente. Y, por otro lado, el juez debería invocar las razones sustantivas cuando los precedentes son contradictorios o cuando se propone apartarse del precedente para crear nuevo derecho (Summers, 1978).

Argumento del precedente conservador: para justificar una solución, ante una pluralidad de interpretaciones posibles, se prefiere la interpretación

con base en la cual se ha formado una práctica de aplicación estable a lo largo del tiempo y que es coherente con el funcionamiento económico del sistema.

Puede considerarse una variante del argumento del *precedente establecido*, pero en comparación con aquel tiene una connotación expresiva particular. Es aún más transparente en sus objetivos, es decir, con respecto al objetivo de no decidir de forma innovadora. Este objetivo conservador puede limitarse al caso individual o ampliarse al sistema jurídico en su conjunto. La mejor demostración de esto es el *prospective overruling* que sólo se innova *pro futuro*, pero no en el caso concreto, que en cambio se decide de manera conservadora con apego a lo que se ha decidido antes. Entre otras cosas, el argumento del *precedente conservador* es una técnica argumentativa que demuestra la actitud de los jueces a el *self-restraint* o puede inducir a adoptar esta actitud.⁹ Y la relación de esto con el *prospective overruling* es evidente ya que —prestando atención al plan pragmático, las implicaciones y las intuiciones lingüísticas profundas— es crítico reconocer que algo que se decidió en el pasado ya no es correcto: el efecto que produce, como es sabido, es el de una fisura en la ideología del Estado de derecho (Lewis, 2021). O porque se lee con un reconocimiento explícito y tardío de decisiones adaptadas hasta ese momento sobre la base de precedentes erróneos. O porque se lee como un elemento que de todos modos genera una desigualdad por un mero factor temporal, en cierto modo, arbitrario o contingente.

Este argumento expresa una exigencia más general del derecho que es consustancial a la permanencia de los derechos vigentes y que forma parte misma del concepto de derecho tanto de sentido común como técnico-jurídico. Es decir, la necesidad de cierta inercia. Por supuesto, no existe una escala, un límite ni un umbral de inercia que pueda determinarse de forma objetiva, válida o establecida. Pero esto no quita que el principio de inercia es parte de la práctica jurídica y en la argumentación jurídica se tienen muchas técnicas que lo sacan a la luz: entre ellas está el uso del precedente en óptica conservadora. Tiene razón Manuel Atienza (2005) al recordar el vínculo fundamental para la argumentación en el derecho positivo entre principio

⁹ Merrill (2005), observa correctamente: “should the Justices adopt a strong theory of precedent, regarding prior judgments as legally binding and subject to overruling only on a showing of some special justification beyond mere error—such as a demonstration that the precedent has become unworkable or that it conflicts with other precedent? [...] I argue that adopting a strong theory of precedent in constitutional law would have at least one consequence that I regard as desirable: it would promote judicial restraint” (pp. 272-273).

de inercia, técnica jurídica del precedente y regla formal de justicia, deja claro que “el uso del precedente significa aplicar una norma y, en este sentido, es una extensión más del principio de universalidad” (p. 170).

Argumento del precedente evolutivo: para justificar una determinada solución interpretativa se hace referencia al precedente no para aplicarlo directamente, sino como indicador de un proceso evolutivo en curso que, por tanto, justifica una variación hermenéutica en el caso que se va a decidir.

Por ejemplo, se puede hacer referencia a un determinado precedente ligeramente más antiguo para opinar sobre su incorrección, irrelevancia, etcétera, frente a otro precedente ligeramente posterior cuyo principio de derecho se aplica en el presente caso. Como es evidente, también este argumento se presta a ser utilizado en varios propósitos a nivel de justificación externa y no dice nada sobre el contenido de la evolución normativa. Es sabido que la interpretación evolutiva es una expresión ambigua y alusiva. Toda interpretación es evolutiva en el sentido de que —salvo el caso de un precepto iterado, es decir, de una interpretación perfectamente repetitiva de la parte de texto interpretada—¹⁰ algo cambia y si se quiere evoluciona. El problema es cuánto se separa el punto de llegada del punto de partida: esto se aplica tanto al texto de una ley como a un precedente. Hablar de interpretación evolutiva o evoluciones interpretativas es un modo metafórico de expresarse. Se aplica al derecho la metáfora biológica de la vida natural que tiene una larga tradición histórica y forma parte del patrimonio cultural del jurista. Una investigación útil y prudente sobre las implicaciones a nivel de concepciones y concepto de derecho es realizada por Sammarco (2022). La idea del precedente evolutivo es una idea fuerte y atractiva porque reproduce lo que es el funcionamiento “natural” de la jurisprudencia que, procediendo caso por caso, siempre e inevitablemente evoluciona en cierto sentido. No es casualidad que los derechos de base jurisprudencial como el *common law* se basen de hecho en una concepción general latente del precedente como perennemente intrínsecamente evolutivo (Stone, 1985; Holmes, 1897). Si, no obstante,

¹⁰ Quiero decir que la formulación normativa de llegada es la misma que la de partida. En este caso, si por un lado —a nivel de contexto de justificación— la interpretación “literal” total resulta inútil porque lógicamente tautológica o circular; a nivel del proceso de descubrimiento, no es verdadero en absoluto que lo sea. De hecho, como se sabe, repetir puede tener sentido y ayudar a comprender. Pero este es un proceso psicológico-intelectual que es un plan diferente de la justificación jurídica. Para una profundización global y muy refinada que constituye un complemento respecto a la obra de Tarello (2021).

se tiene en cuenta que precisamente el argumento en cuestión es mudo sobre el contenido de la evolución, suponer que la evolución va en una dirección y no en otra es bastante arbitrario, por decirlo suavemente. Como es sabido, por ejemplo, la evolución en el sentido de “selección natural” de normas y principios jurídicos más eficientes es un áspero campo de batalla de los estudiosos del *common law*, especialmente en el ámbito estadounidense donde es más fuerte la influencia de los estudios de *economics analysis of law* (Véase Gennaioli y Shleifer, 2007).

Argumento de los precedentes comparativos: para justificar una solución interpretativa se hace referencia a la jurisprudencia de otros ordenamientos jurídicos que no son vinculantes en el contexto jurídico cuyo caso se va a decidir, pero se remite a ella para acreditar una orientación general acordada, partiendo de la base de que lo decidido en otro lugar es un ejemplo.

Este argumento está cada vez más difundido en el mundo jurídico contemporáneo por el conocimiento global de las decisiones de tantas jurisdicciones diferentes. Sin embargo, refleja también una tendencia propia típica del derecho como fenómeno, es decir, el de la *mimesis* institucional.¹¹ La circulación de las decisiones judiciales mucho más allá de cada ordenamiento ha alimentado el llamado diálogo entre los tribunales internacionales y supranacionales y constitucionales. Este argumento es la versión judicial de ese fenómeno estudiado en el derecho comparado conocido como trasplantes jurídicos; la referencia histórica es la obra de A. Watson, *Legal Transplants* (1993). Es bien sabido que la teoría de los trasplantes jurídicos ha sido ampliamente malinterpretada y duramente criticada. A efectos del presente análisis, simplemente quiero señalar que existen intentos de trasplantes jurídicos: impor-

¹¹ Hablo de mimesis institucional en el sentido analizado y elaborado por Roversi. Véase para más información C. Roversi (2016) y Roversi, Pasqui, Borghi (2017) Su teoría no me parece aplicada hasta ahora a los precedentes jurisprudenciales, pero éste parece un ámbito de aplicación muy prometedor. La aplicación de los precedentes se realiza sobre la base de procesos de mimesis institucional: situación ideal-típica en la que las reglas constitutivas que definen el plan de interacción de una institución jurídica dada imitan patrones de regularidades físicas o interacciones físicas incrustadas en una cierta concepción cultural-relativa de la naturaleza o realidad física. Utilizando la terminología de Roversi la mimesis institucional en el caso de los precedentes puede ser hermenéutica y/o genética; normalmente es híbrida. Además, es cosmológica cuando el esquema de imagen de la realidad física representa algún tipo de ley de la naturaleza o regularidad natural donde la interacción humana no juega un papel; o ecológica cuando el esquema de imagen relevante representa una interacción entre los seres humanos y su entorno físico.

taciones de decisiones de otros ordenamientos jurídicos. Por supuesto, es otro discurso determinar cuán genuinos son o cuánto el “trasplante” es solo nominal y vacío de contenido o cuánto implica un cambio e hibridación. Sólo se puede acordar en abstracto con P. Legrand (1997, p. 120):

At best, what can be displaced from one jurisdiction to another is, literally, a meaningless form of words. To claim more is to claim too much. [...] No rule in the borrowing jurisdiction can have any significance as regards the rule in the jurisdiction from which it is borrowed. This is because, as it crosses boundaries, the original rule necessarily undergoes a change that affects it qua rule. The disjunction between the bare propositional statement and its meaning thus prevents the displacement of the rule itself. Consider this statement drawn from ongoing anthropological research on cognition: ‘The fact that exactly the same word gets printed or uttered again and again does not mean that exactly the same meaning (which is half the word) spreads from minds to minds.

Pero esta tesis de hecho es extrema y excesiva, subestima el funcionamiento de la pragmática y de los contextos lingüístico y jurídico.

Más en general, encarna esa tendencia a la imitación e hibridación que forma parte del mundo jurídico contemporáneo. Es algo distinto respecto al argumento del precedente evolutivo porque, por una parte, la evolución puede ser toda promovida internamente, sin tener en cuenta la actividad de los jueces en los demás países; por otra parte, la importación de precedentes de otros países puede tener efectos no evolutivos, sino conservadores. Todo depende de los contenidos del ordenamiento interno y del externo y sus precedentes que se miran.

Argumento del precedente en serie: para justificar una determinada solución se hace referencia a una serie de decisiones, sin especificar su contenido y sin dar detalles de los casos concretos correspondientes, siendo un caso en serie.

Este uso del precedente merece ser aislado por su especificidad. En primer lugar, su aplicación presupone la existencia de casos en serie.¹² En segundo lugar, encarna de manera ejemplar el ideal de economía que justifica

¹² Que sea relevante lo demuestran también los legisladores. Por ejemplo, la reciente reforma italiana del proceso civil prevé la serialidad como uno de los requisitos para la remisión prejudicial al Tribunal de Casación. Véase Briguglio, A. (2023). Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363 bis c.p.c. – quinta puntata. *Rivista Giudicium*, 22 de diciembre 2023. <https://www.giudicium.it/wp-content/uploads/2023/12/Briguglio.pdf>

a menudo, incluso *de iure condendo*, el uso de los precedentes. El principio de sentido común subyacente es que la repetición es inútil y antieconómica si puede evitarse. Esta creencia de sentido común que se traduce en valores y principios jurídicos (por ejemplo, de economía procesal) hace que este argumento sea fácil y en general menos criticable que otros argumentos relativos a los precedentes. Por supuesto, la creencia en cuestión no está exenta de algunos prejuicios cognitivos. Aunque en derecho cada caso es único, en las situaciones en serie, la idiosincrasia de cada caso se descuida debido a los sesgos cognitivos que caracterizan nuestras percepciones y creencias. De ahí la tendencia de los distintos participantes en la práctica jurídica a recordar los precedentes en serie. En definitiva, en las situaciones en serie, sopesando los pros y los contras, el riesgo (que se estima bajo) de perder la especificidad de las decisiones individuales y de los casos particulares pierde frente a la ventaja de ahorrar tiempo, esfuerzo intelectual, etcétera. Se puede añadir incidentalmente que la serialidad a veces se convierte en ejemplaridad; sobre el vínculo contingente, pero a menudo relevante entre serialidad y ejemplaridad en el caso de los precedentes, recomiendo la obra de A. Condello, *Analogica. Il doppio legame tra diritto e analogia* (2018). Con el paso del tiempo, la serialidad que se ha convertido en ejemplaridad puede traducirse en la práctica de citar sólo un ejemplar de la serie (el caso originario, o el más reciente, según los estilos judiciales), lo que hace que sea más complejo rastrear la serialidad subyacente.

Argumento del precedente extravagantes: siendo irrelevante a los efectos de decidir el caso concreto, se hace referencia a él en aras de la exhaustividad y/o para apartarse de él, demostrando el conocimiento de su existencia.

Este uso del precedente es interesante por tres razones principales. Por un lado, es evidente que se presta mal a construir una buena justificación externa: precisamente llamando a algo extra-vagante genera redundancia, ruido, etcétera. Y, así pues, es más fácil que reduzca en lugar de aumentar la calidad global de la argumentación jurídica.

Por otra parte, este argumento puede funcionar mejor en cadenas argumentativas separadas y paralelas, como paracaídas extremos para casos límite. Obviamente, como cualquier otro argumento, puede servir para adherir o para rechazar el precedente que es objeto de él. Por lo tanto, un precedente extra-vagante puede ser mencionado para distanciarse de él como extra-vagante y es una forma para que el juez muestre un conocimiento particular.

Por el contrario, puede ser llamado por el juez precisamente para mostrar que incluso casos raros no son contrarios a la decisión y de hecho la ayudan.

Por último, el argumento del precedente extravagante merece especial atención porque es relacionado típicamente con los llamado *obiter dicta*. Y es sabido que, al ser la realidad extraordinariamente compleja y el funcionamiento de la jurisprudencia igualmente, es muy frecuente que precedentes extravagantes como *obiter dicta* cambien de naturaleza a lo largo del tiempo y en algunos casos sean objeto de otros argumentos: incluso dando lugar al caso puro, es decir, el argumento del precedente como *ratio decidendi*. En efecto, cada una de las disposiciones de una decisión jurisprudencial puede ser a nivel lógico-argumentativo aislada y concebida como una norma susceptible de universalización: esto también se aplica a las que se califican *prima facie* como *obiter dicta*. Esa disposición (*obiter dictum*), una vez así concebida y elegida como la relevante exclusiva, puede ser utilizada como razón decisiva autoritativa vinculante en otro caso. Así pues, de ese caso sucesivo se convierte en la *ratio decidendi*. Que este uso de los precedentes exista es un hecho. Su conformidad con criterios de corrección del razonamiento es un tema abierto. Merecen mencionarse las palabras de Manuel Atienza (2011, p.123) al respecto:

el criterio utilizado para construir la premisa normativa, la *ratio decidendi*, no puede ser ad hoc; que si, por ejemplo, en el caso C la norma N se interpreta en el sentido N' es porque esa misma fue también la interpretación que en el pasado se hizo de los casos análogos a C y, sobre todo, será la que, en el futuro, se seguirá haciendo cuando aparezcan nuevos casos semejantes a C. Resulta, pues, obvio, que la aceptación del criterio (que, de nuevo, pocos discutirían; no es ni más ni menos que la regla del *stare decisis* que rige la utilización de los precedentes) no impide que puedan existir dudas, desacuerdos, en cuanto a si un determinado caso (definido por una serie de propiedades) cae o no bajo una determinada categoría general (la de los casos que sean C o análogos a C). Importa también aclarar que universalidad no es lo mismo que generalidad. O sea, la universalidad es un requisito de tipo lógico que no tiene que ver con el grado de generalidad de la norma. Una norma muy específica (aplicable a muy pocos casos) puede (debe) ser también aplicada de manera universal y, por ello, decidir según criterios de equidad significa ir en contra de la generalidad de una norma (introducir una excepción para evitar una mala consecuencia), pero no de su universalidad.

Argumento del precedente ad pompam: se hace referencia a un precedente sin que sea relevante para la decisión del caso con el fin de demostrar el conocimiento y la preparación o la cultura jurídica del juez que decide el caso posterior.

El uso de este argumento es especialmente común en ciertos estilos de argumentación, por ejemplo, en las llamadas decisiones tratado o doctrinales, es decir, aquellas decisiones en las que los jueces hacen gala de su preparación jurídica en la materia o en general. Este uso de los precedentes está relacionado con la cultura jurídica y los estilos de redacción de cada sistema jurídico. Por ejemplo, en el sistema jurídico italiano, y también en el mexicano, aunque con diferencias significativas, hay una oposición crítica tendencial, privilegiando como valores sintéticos, simplicidad y brevedad.¹³ Además, en muchos sistemas jurídicos, la exhibición de erudición se practica ampliamente, se considera positiva y se concibe como un factor de legitimación de las decisiones y de los jueces; en cada sistema legal se llevan a cabo investigaciones y proyectos interesantes para comprender la calidad de los estilos argumentativos, por ejemplo, en Perú: Arias Schreiber Barba, Ortiz Sánchez, y Peña Jumpa (2017). En abstracto se puede observar que incluso en los contextos donde se prefiere la brevedad se siguen dictando “decisiones tratado” y las causas por las que esto ocurre, que por regla general no se expresan, son probablemente las siguientes: la creencia de que es necesario instruir/educar, el deseo de enseñar, exceso de ego o *hybris*, la convicción de que es un mal menor en una situación que requiere abordar —como se dice— de frente y a 360 grados la cuestión jurídica que se discute.

¹³ Por ejemplo, véase Fonseca Luján (2022). En Italia, véase por último el Decreto Legislativo n. 149 de 10 de octubre de 2022 sobre «Aplicación de la Ley n. 206 de 26 de noviembre de 2021, por la que se delega en el Gobierno competencias para la eficacia del proceso civil y para la revisión de la disciplina de los instrumentos de resolución alternativa de litigios y medidas urgentes de racionalización de los procedimientos en materia de derechos de las personas y de los hogares, así como en materia de ejecución forzosa» por la que se modifica el artículo 121 del Código Procesal Civil que establece el principio de claridad y brevedad de los actos del proceso desde la perspectiva de la funcionalidad de la forma al objeto del acto. Además, el artículo 46 de las disposiciones de aplicación del Código Procesal Civil dispone que el Ministro de Justicia, previa consulta al Consejo Superior de la Magistratura y al Consejo Nacional Forense, define los esquemas informáticos de los actos judiciales con la estructuración de los campos necesarios para la introducción de la información en los registros del proceso y establece los límites de los actos procesales, teniendo en cuenta la tipología, el valor, la complejidad del litigio, el número de las partes y la naturaleza de los intereses afectados. El Reglamento actuativo del artículo 46 se adoptó por medio del Decreto n. 110 de 7 de agosto de 2023.

Este argumento muestra muy bien que, aunque los precedentes pueden no tener una función en sentido estricto necesaria a nivel de justificación interna o externa, sirven para otras funciones discursivas que no son en absoluto menos relevantes para la práctica jurídica y su efectividad. Estos usos de los precedentes son fundamentales para el mantenimiento general del ordenamiento jurídico y sirven para formar esa base de aceptación por parte de los participantes que sirve de fondo al sistema, con independencia del caso concreto y de si el caso afecta a cada uno personalmente. Estos efectos externos más allá de las partes implicadas en el proceso contribuyen a la preservación del sentido común jurídico y, por lo tanto, son esenciales para los derechos vigentes.

Argumento de la duda del precedente o del precedente dudoso: se evoca el precedente sólo como punto de partida para plantear una duda interpretativa-aplicativa que da lugar al proceso argumentativo del juez.

Al igual que el argumento del *precedente ad pompam*, éste también proviene de determinados estilos argumentativos y sirve más para fines retóricos que para dar contenido al razonamiento judicial, o para provocar *revirement* o *overruling* tanto en una dimensión de precedente horizontal como vertical, por ejemplo, cuando se remiten cuestiones prejudiciales a los tribunales de última instancia depositarios del poder de la llamada nomofilachia o guía de la jurisprudencia.¹⁴

Es justo el caso de subrayar que la duda puede ser genuina o puede ser creada por el juez o por otros participantes en el proceso. Este tema es interesante porque revela el juego estratégico que cada participante en el proceso hace (pero lo mismo se aplica fuera del proceso).¹⁵ Y como en cualquier juego se puede hacer trampa. Por lo tanto, este argumento, como todos los demás argumentos examinados, puede utilizarse bien para mostrar de for-

¹⁴ La reciente reforma italiana del proceso civil muestra este vínculo entre falta de claridad y dudas interpretativas y constitución de “nuevos” precedentes. Por otra parte, el problema es tan antiguo como recuerdan el brocardo *in claris non fit interpretatio* y la *théorie de l'acte clair*. Véase el estudio de A. Briguglio (2023).

¹⁵ Especialmente útil es el estudio de D. Canale y G. Tuzet (2009) y L. Vega Reñón (1993) destaca el enfoque pragmático y representacional de la argumentación, la consideración tácita de continuo acotado de grados correlacionados, máximos o mínimos, no absolutos quizás sino más bien relativos a un marco discursivo dado; ese ámbito es un juego dialógico entre agentes discursivos: un proceso de interacción y de confrontación discursivas que siempre se hace de cara a la otra parte y por referencia a una contrapropuesta o una contraargumentación alternativas.

ma transparente una real duda de partida, sin ocultar certezas inexistentes sobre la solución del caso; o, por lo contrario, puede ser mal utilizado, abusado, fingiendo que hay dudas donde no existen para desviar hacia una nueva solución o simplemente confundir otros interlocutores.

Se podría decir un “caso difícil”, a propósito de la duda de partida, recordando una noción que ha dividido a generaciones y generaciones de estudiosos. La referencia es obviamente a la eterna diatriba en torno a si tiene sentido y cómo distinguir entre casos fáciles y difíciles: los primeros serían los “claros”, es decir, respecto a los cuales no hay dudas sobre la correcta solución según la praxis (situaciones “cristalizadas” que prácticamente considerara correcta); mientras los segundos serían los poco claros o dudosos por falta de una solución compartida. Admirable es la imagen del juego judicial proporcionada por R. A. Posner (2020, p. 211):

El valor de un sistema de precedentes es que obligue, o por lo menos invite a los jueces a pensar acerca del impacto del caso en futuros litigios. Por otra parte, la mayoría de los jueces no son conmovidos (sorprendentemente para quienes no son jueces) por la equidad en casos individuales. Como dijo Hamlet, «la mano que menos trabaja, tiene más delicado el tacto». Así como los doctores tienden a ser silenciosos respecto a la enfermedad, los jueces tienden a ser silenciosos respecto a litigantes patéticos. Esto es cierto respecto a jueces liberales y conservadores, porque es parte de jugar el «juego» judicial. Los jueces internalizan el eslogan «los casos difíciles hacen mal derecho», en el cual «difícil» guarda el significado de «apelar a la emoción del juez», no de «difícil». Los jueces se dan cuenta que sucumbir a ese impulso es lo que puede generar mal derecho.

Argumento de los precedentes conflictivos: se destacan las aporías y los conflictos entre los precedentes para justificar una nueva interpretación (y posiblemente un nuevo principio de derecho).

En comparación con el uso anterior, la diferencia radica en el hecho de que no solo se manifiesta una duda sino un conflicto entre soluciones. La premisa del argumento es que hay más precedentes y que hay conflictos entre precedentes (Niblett, 2013). Aunque en abstracto se pueda pensar en conflictos sincrónicos, esto es solo una hipótesis ideal. De hecho, los conflictos se dan porque hay una presunción de permanencia y latencia diacrónica de cada precedente (Dickman, 2020). En resumen, es el pandan jurisprudencial de las antinomias jurídicas que tanto se estudian en el caso

de la legislación. Como entre las normas que se derivan de los textos de ley puede haber conflictos de varios tipos, así puede haber entre los precedentes. Aquí no es posible ampliar el discurso a los tipos de conflictos entre precedentes y a los criterios de resolución de estos conflictos. Pero la situación es muy similar a la descrita y discutida sobre las antinomias jurídicas en la legislación. Los criterios (meta-reglas) aplicados para la resolución de conflictos entre precedentes son también de origen jurisprudencial, y difícilmente se encuentran codificados en textos de ley. La excepción más notable es la serie de reglas que en los distintos ordenamientos establecen jerarquías verticales entre los precedentes de los tribunales superiores apicales o sus secciones y cámaras. El uso del argumento de los precedentes conflictivos además de depender de factores contextuales y sociológico-judiciales varía según las concepciones más o menos coherentistas de los jueces (Hurley, 1990). De hecho, se sabe que las antinomias se detectan u ocultan según los enfoques más o menos propensos a considerar la incoherencia como algo fisiológico o patológico.

Argumento del precedente mayoritario y/o más actual: se usa como criterio decisivo para optar por una solución interpretativa en presencia de otras posibles.

Por supuesto, los dos factores —es decir, la mayoría y la actualidad— son distintos y autónomos. La cuestión de la mayoría es espinosa porque en el derecho no existe la posibilidad de contar efectivamente los precedentes y nadie lo hace de hecho. Todos (jueces, abogados, doctrina, ciudadanos) se basan en presunciones o, mejor dicho, en hipótesis: en muchos casos son verdaderas y propias ficciones. Cuanto mayor es la cantidad de precedentes y más accesibles son todos, más ruidoso es el contexto y más humanamente imposible resulta comprender cuántas orientaciones mayoritarias o minoritarias hay y cuántas decisiones componen cada una. La idea de contar los precedentes y decir que hay los mayoritarios es hija de un mundo judicial simplificado caracterizado por números pequeños. No es imposible, por supuesto, pero son casos raros en los sistemas modernos. Por ejemplo, es realmente pensable establecer mayorías y minorías donde hay tribunales apicales que emiten pocas docenas de decisiones.

Igualmente problemático es el tema de la actualidad. Cabe señalar que la mayor actualidad del precedente es un factor cuya relevancia cambia con las culturas jurídicas y los contextos pragmáticos de referencia. Así, mientras que es típico de la cultura de *common law* remontarse también a los casos antiguos y citar a los fundadores o *leading cases* originarios, en otros sistemas jurídicos, por ejemplo, en Italia, cuenta muchísimo la actualidad del precedente.

Las razones por las que un precedente viejo o nuevo parece más o menos persuasivo según los contextos es un indicador importante de una serie de características del sistema jurídico, judicial y de la cultura jurídica. Se relacionan con elementos como el mayor/menor conformismo, la cantidad de contenciosos, la propensión al conflicto, etcétera. También cuentan las presunciones y las implicaciones conversacionales: la presunción de que si una cosa es vieja es superada (preferencia por la recencia o novedad); o la presunción de que si una cosa es vieja es más sabia y buena (preferencia por la tradición). Así, frente a la cita de un caso de hace 50 años, la reacción puede ser de tipo opuesto: se supone que desde entonces hasta hoy nada ha cambiado; por el contrario, se supone que, en el arco de 5 décadas, no puede no haber alguna posición jurisprudencial diferente. Sin embargo, al tratarse de factores graduales, cuanto más mayoritario sea el precedente y más actual sea, y cuanto más se combinen estos dos factores, tendencialmente mayor será la fuerza argumentativa-persuasiva.

Argumento del precedente minoritario y/o obsoleto: se usa como criterio para apartarse de una determinada interpretación que se considera inaceptable.

Es, en cierto modo, el *alter ego* o el argumento especular con respecto al argumento del precedente mayoritario y/o más actual. No es raro ver la combinación de ambos argumentos, lo que hace que la argumentación sea especialmente fuerte. Siendo de naturaleza complementaria, su uso conjunto da la impresión de un razonamiento judicial inatacable por ambas partes.

Argumento del precedente aislado (con dos variantes): o bien acaba teniendo la misma función que el precedente-*ratio decidendi*, o bien su singularidad se convierte en una razón para apartarse de ello.

Representa el polo extremo de los dos argumentos anteriores.¹⁶ Cuando sólo hay un precedente aislado, o bien se valora como el relevante/decisivo, o bien se descarta, derivando de la singularidad la falta de su fiabilidad. Hay que señalar que tanto en el primer caso como en el segundo el argumento forma parte de la justificación externa. Pero en el primer caso sirve para fundar directamente la premisa mayor de la justificación interna y en sustancia su objeto (el precedente *ratio decidendi*) se convierte en la premisa mayor

¹⁶ Este argumento no coincide con el del precedente extravagante porque la calidad de la extravagancia no es cuantitativa, sino cualitativa. Indica situaciones raras o extrañas. Estas situaciones suelen ocurrir con menos frecuencia, pero no hay una conexión lógica necesaria. Y de todos modos casos raros pueden ser pocos, no sólo uno. Se trata de usos argumentativos que tienen sus raíces en la historia jurídica, como recuerda, por ejemplo, Ando (2015).

normativa en la que se basa la decisión a tomar. En el segundo caso, en la justificación externa funciona como *defeater*.

Para este argumento puede decirse lo mismo respecto a los dos anteriores. El hecho de que un precedente esté aislado (uno solo idealmente) es una posibilidad que debe demostrarse. Pero es una *probatio diabólica* establecer que no hay otros precedentes idénticos. También porque el problema es que ningún precedente es idéntico a otro en absoluto y son todos similares. En consecuencia, hablar de un precedente aislado entre un sistema jurídico es como referirse a una gota de agua en un océano.

IV. USOS DE LOS PRECEDENTES A SIMILI Y A FORTIORI (A MAIORE AD MINUS - A MINORE AD MAIUS)

En la teoría general, la doctrina y la práctica jurídicas se identifican casi en que la aplicación de un precedente en un caso posterior se justifica por analogía en una de sus variantes. Hablar de analogía en relación con los precedentes quiere decir probar un concepto con múltiples sentidos y una técnica argumentativa proteiforme.

En primer lugar, es importante distinguir dos situaciones diferentes: aquella en la que un caso posterior se resuelve aplicando como base normativa un precedente en cuanto análogo y aquella en la que, en un caso posterior, se argumenta invocando uno o varios precedentes análogos pero sin aplicar un precedente análogo como base de la justificación interna. En otras palabras, un precedente puede invocarse por analogía en otras decisiones, pero para realizar funciones diferentes en la justificación: interna o externa. Eventualmente es posible invocar precedentes por analogía sin que desempeñen una función real ni en la justificación interna ni en la externa entendida en sentido estricto como aquella parte de la argumentación necesaria para fundar las premisas de la justificación interna (y, en particular, en nuestro ámbito, la premisa de mayor regulación). Serán casos en los que los precedentes análogos se citan como *obiter dicta* por ejemplo, o con una de las funciones anteriormente vistas (*ad pompam*, etcétera).

En efecto, es esencial precisar adicionalmente que es algo distinto: a) resolver un caso aplicando un precedente análogo y b) resolver un caso justificando esa solución precisamente *a simili*, es decir, sobre la base de la analogía entre el caso a decidir y el precedente análogo ya establecido. De hecho,

el mero uso de un precedente en un caso posterior similar no implica que la decisión de ese caso esté justificada *a simili* (también se utilizan otras expresiones con frecuencia: *a simili ad similem*, *a pari*, *a similibus ad similia*, *per analogiam*) y no por otra razón. En efecto, una parte de los estudiosos subraya que la aplicación del precedente se justifica sobre la base del principio de autoridad o doctrina del *stare decisis* o de una obligación jurídica (derivable del ideal del Estado de derecho) (Ratti, 2017).

Entonces, se la resolución de un caso posterior se justifica sobre la base de un precedente que es considerado “análogo” y se utiliza la analogía *a pari/simili* como argumento para justificar su aplicación (Marmor, 2007; Conte, 1997), ahora la aplicación del precedente se fundamenta expresamente en una analogía o, más bien, una similitud/ semejanza relevante. Las explicaciones de los estudiosos como se sabe son numerosísimas, pero se registran convergencias relevantes. Consideremos algunos ejemplos significativos. Austin (1911):

the nature of the [analogical] inference or reasoning may be stated or suggested thus:—A is x and y and z. An analogy or parity obtains between A and B; for B as well as A is x and y. We know (or, at least, we assume), before and without the reasoning, that A is also z. We do not, however, know, before and without the reasoning, that B is also z. But since B as well as A is x and y, and we know, the reasoning apart, that A is also z, we infer, by analogy, or parity, that B is also z. (pp. 1005-1006)

Por su parte Eisenberg (2022):

Similarity-based analogical reasoning generally takes the following form: A, an object, entity, or scenario (often referred to as the source) has the characteristics a, b, c, d, and e. B, an object, entity, or scenario (often referred to as the target) has the characteristics a, b, c, and d. Because A and B are highly similar it is fair to infer that B is just like A in all respects and therefore also has the characteristic e. (pp. 82-85)

Edward Levi (1948):

The basic pattern of legal reasoning is reasoning by example [quoting Aristotle, *Analytica Priora*: “Clearly then to argue by example is neither like reasoning

from part to whole, nor like reasoning from whole to part, but rather reasoning from part to part, when both particulars are subordinate to the same term and one of them is known ...”] It is reasoning from case to case. It is a three-step process described by the doctrine of precedent in which a proposition descriptive of the first case is made into a rule of law and then applied to a next similar situation. The steps are these: similarity is seen between cases; next the rule of law inherent in the first case is announced; then the rule of law is made applicable to the second. (pp. 501-502)

Finalmente, C.R. Sunstein (1993):

The process appears to work in four simple steps: (i) Some fact pattern A has a certain characteristic X, or characteristics X, Y, and Z; (2) Fact pattern B differs from A in some respects but shares characteristics X, or characteristics X, Y, and Z; (3) The law treats A in a certain way; (4) Because B shares certain characteristics with A, the law should treat B the same way. (p. 745)

La analogía como semejanza relevante tiene una naturaleza doble, como un jano de dos caras: cualquier cosa es similar y disimilar a cualquier otra cosa (Gianformaggio, 2005; Velluzzi, Diciotti y Zorzetto, 2008). Sobre la base de un criterio de relevancia, los detalles similares se determinan de manera significativa por lo que todos los demás detalles son irrelevantes. Por lo tanto, la analogía *a pari* funciona tanto sobre la base de una similitud/semejanza relevante, al final decisiva, como sobre la base de cualquier otra disimilitud que, por el contrario, se considera irrelevante. El problema crucial es la elección del criterio de relevancia sin el cual sólo hay una infinidad de detalles no identificables. Téngase en cuenta, entre otras cosas, que este no es un elemento contingente de la analogía *a pari/simili*: es lógico porque se basa en la elección de un criterio selectivo y la aplicación de la negación que determina la construcción de dos espacios conceptuales que son complementarios a nivel lógico.

La analogía como semejanza relevante puede ser explicada o simplemente invocada sin explicación, limitándose a una referencia que el precedente se aplica “por analogía” sin explicar en qué consiste esta analogía. Es evidente que el mero hecho de justificar la decisión de un caso posterior sobre la base de un precedente al que se hace referencia “por analogía”, sin especificar en qué consiste esa supuesta analogía, es una forma de argumentar

al menos parcial. Si bien es cierto que, comparando el precedente supuestamente “análogo” y el caso a decidir, se puede tratar de captar cuál sería la similitud relevante que subyace a la analogía, por otro lado, es un hecho que la selección de una similitud y disimilitud es una actividad altamente discrecional, por lo que se corre el riesgo de que la analogía no exista o esté mal construida o no sea comprensible.

En cualquier caso, hay que distinguir entre situaciones diferentes:¹⁷ *a*) el argumento *a simili*, en el que sobre la base de una similitud relevante (e irrelevancia de cualquier otra disimilitud) se justifica imputar a un caso no regulado (*de iure condito*) las consecuencias jurídicas de un caso similar ya regulado (por ley o en una decisión jurisprudencial) (Velluzzi, 2006); *b*) el argumento *del precedente por analogía*, en el que la aplicación en el caso B de un precedente aplicado en el caso A se justifica con base en la analogía *a pari/simili* entre B y A, y *c*) la circunstancia que, para cada caso posterior, la elección entre la infinidad de precedentes existentes se realiza también con base en la búsqueda de similitudes relevantes o, es decir, razonando analógicamente pero en el sentido general del desarrollo del pensamiento y conocimiento.¹⁸

¹⁷ Comparto las reflexiones contenidas en la contribución de Núñez Vaquero (2020): “los precedentes como decisiones jurisdiccionales que expresan normas relevantes para la decisión de casos posteriores y la analogía como forma de interpretación o de razonamiento [...] se pueden combinar (o no) contingentemente”. Por un lado, la práctica demuestra que los precedentes no se aplican siempre o necesariamente de forma analógica; por otro lado, no existe incompatibilidad ontológica entre el precedente y la analogía: no hay ningún obstáculo empírico, lógico o de otro tipo para aplicar un precedente de forma analógica. Dicho de otra manera, es cierto que en determinadas circunstancias hay una regla del precedente que consiste en la extensión —vía analogía— de la aplicación de una regla particular a casos similares. Creo que pueda afirmarse solo de forma contingente, y no en principio o en términos generales que “el entendimiento tradicional de la regla de precedente sería la extensión —vía analogía— de la aplicación de una norma particular (que concreta una norma general) a casos similares” (Sierra Sorockinas, 2020, p. 77).

¹⁸ Una caracterización del concepto de analogía y argumentación analógica más cerca del uso que hacen los jueces es la propuesta de Perelman (1979 [1969]). La analogía debe ser considerada como una similitud de estructuras cuya fórmula más general sería A es a B lo que C es a D. El uso de símbolos aclara a Perelman que no es una proporción matemática. Comenzando con Aristóteles, Perelman destaca la distinción entre tópico y foro. Siempre existe una relación asimétrica que surge de su lugar en el raciocinio. Para que exista la analogía, el tópico y el foro deben pertenecer a distintos campos. Perelman aclara que se trata de una cuestión de similitud de relaciones entre los términos de tópico y foro, diferencias tan importantes. Lo esencial es el enfrentamiento entre el conjunto de términos que envuelven la conclusión y el conjunto de términos que apoyan el argumento.

Hay que distinguir entre estas tres situaciones porque los precedentes no siempre ni únicamente son elegidos o seleccionados sobre la base de la analogía: nada impide, desde un punto de vista lógico, seleccionar un precedente porque responde mejor a la intención del legislador o a parámetros de equidad o porque implica menos costes o menos sacrificios. También es falso que el argumento *a simili* y el argumento del precedente por analogía sean superponibles. Por el contrario, como es bien sabido, se discute mucho sobre si cabe o no el argumento *a simili* cuando existe un precedente aplicable. Según algunos, en esta hipótesis falta la premisa misma del argumento de la analogía porque no hay ningún vacío normativo que cubrir. Las explicaciones más claras de cómo funciona el argumento analógico como criterio de integración de lagunas son proporcionadas por (Velluzzi, 2018; Velluzzi, 2021; Tuzet, 2022).

Además de todo lo dicho, hay que añadir que no hay una sola versión del argumento del precedente por analogía —o mejor sus usos en el derecho son múltiples— porque dependen, entre otras cosas, de cómo se concibe la analogía *a pari/simili*: cómo se construye, es decir, entre qué y qué se trazan las similitudes y discrepancias y sobre qué criterios de relevancia. ¿Cuál es el papel de *rationes legis*, principios de derecho, justicia, naturaleza de las cosas, consecuencias y otros valores específicos en este contexto? ¿Pueden estos candidatos ser el criterio para distinguir entre similitud relevante y disimilitud irrelevante? Comparando las actitudes de *civil law* y *de common law* surgen algunas tendencias de fondo. Pero, mejor dicho, la diferencia más destacada no radica tanto en la cultura jurídica en sentido histórico-geográfico, sino en el enfoque de cada juez y jurista más o menos inclinado a mantener separados legislación y jurisprudencia o a ver un *continuum*. A diferencia de quienes limitan la idea de que el criterio de similitud relevante es la *ratio legis* en el caso de la legislación y la *ratio decidendi* en el caso de los precedentes o del *common law*, hay quienes amplían las posibilidades. Dentro de una larga tradición, la analogía es vinculada a la naturaleza de las cosas (Esser, 1956, p. 102; Bobbio, 1941). Sin embargo, muchos estudiosos señalan que el enfoque de los jueces es esencialmente teleológico, orientado a fines o valores. La relación de semejanza entre A y B (en un sentido teleológico) no es la propiedad que las circunstancias tienen en común, sino el criterio que hace relevante (o irrelevante) una cierta similitud. Según Velluzzi (2006; 2018; 2021), el criterio para evaluar la relevancia (o irrelevancia) de las similitudes suele determinarse en una relación teleológicamente orientada. La determinación de la

proporción se deja a la discreción del intérprete, que a menudo puede identificar varias razones jurídicas plausibles, todas las cuales son aceptables. Surgen dos preguntas: *a)* ¿cómo conceptualizar y determinar la proporción?; *b)* ¿cómo usarla para evaluar la relevancia/irrelevancia de las similitudes? Este aspecto lo aclara en particular Tuzet (2022), para el cual la interpretación teleológica es necesaria para la analogía. Véase también Kaufmann (1966, pp. 385 y 388).

Es importante destacar que la identificación y construcción de diferentes *rationes* o, en general, criterios para distinguir entre similitudes relevantes/diferencias irrelevantes puede conducir a la construcción de diferentes analogías y, por lo tanto, a una situación en la que existen analogías potencialmente contradictorias: lo que implica posibles precedentes diferentes seleccionados. En tales situaciones, cuando existen analogías que conducen a resultados diferentes, la elección entre ellas no puede resolverse simplemente diciendo que el caso en cuestión es más similar a un conjunto de analogías que a otro. Por lo tanto, se utilizan otros argumentos o versiones del argumento del precedente, entre las expuestas en esta investigación (y posiblemente otras aquí no mapeadas), para justificar la adhesión o el rechazo. A propósito, Bodenheimer (1969). Se recuerdan las palabras de Cardozo (1921):

One principle or precedent, pushed to the limit of its logic, may point to one conclusion; another principle or precedent, followed with like logic, may point with equal certainty to another. In this conflict, we must choose between the two paths, selecting one or other, or perhaps striking out upon a third, which will be the resultant of the two forces in combination, or will represent the mean between extremes. Let me take as an illustration of such conflict the famous case of *Riggs v. Palmer*, 115 N. Y. 506. That case decided that a legatee who had murdered his testator would not be permitted by a court of equity to enjoy the benefits of the will. Conflicting principles were there in competition for the mastery. One of them prevailed, and vanquished all the others. There was the principle of the binding force of a will disposing of the estate of a testator in conformity with law. That principle, pushed to the limit of its logic, seemed to uphold the title of the murderer. There was the principle that civil courts may not add to the pains and penalties of crimes. That, pushed to the limit of its logic, seemed again to uphold his title. But over against these was another principle, of greater generality, its roots deeply fastened in universal sentiments of justice, the principle that no man should profit from his own inequity or take

advantage of his own wrong. [...] Analogies and precedents and the principles behind them were brought together as rivals for precedence; in the end, the principle that was thought to be most fundamental, to represent the larger and deeper social interests, put its competitors to flight (p. 120).

Argumento distinto del basado en la analogía *a pari*, es el basado en el esquema *a fortiori* en una de las dos versiones tradicionales *a minori ad maius* o *a maiori ad minus*.

A veces se invoca un precedente *a fortiori* en la versión *a maiori ad minus* como regla del caso por decidir. En este caso, el puente entre el caso Source y el caso Target se justifica por la existencia de una similitud, pero no simétrica, sino asimétrica. Atienza (1985) que aclara que la analogía *a pari* es una relación simétrica, reflexiva y no transitiva. Hay una razón más fuerte en el caso Target que en el caso Source. Como es sabido, es muy controvertido y complejo determinar en qué consiste esta razón más fuerte.¹⁹ Si se tiene en cuenta la estructura de la analogía *a pari* descrita anteriormente, podría ser inherente a una justificación de segundo grado o meta-fundativa sobre el criterio de relevancia; indica esta dirección de “garantía” —siguiendo la teoría inferencialista de Toulmin— el análisis de H. Marraud (2014, p. 99-112). La hipótesis es que su elección se justifica en ambos casos, pero se justifica más en el segundo caso.²⁰ En verdad, sin embargo, el argumento del precedente *a fortiori*

¹⁹ La reflexión sobre la aplicación *a fortiori* de los precedentes no está muy desarrollada, pero se beneficia mucho de las explicaciones y análisis del argumento *a fortiori* proporcionadas independientemente de su aplicación a los precedentes, por lo tanto, pensando en el argumento jurídico en general que se basa en textos escritos (leyes o decisiones judiciales para nuestros fines es indiferente). Se recuerdan entre los clásicos el estudio de Alchourron (2021, p. 49-68). Aunque también aquí hay disparidad de opiniones, Tarello (1980) da una típica definición jurídica del argumento *a fortiori* como procedimiento discursivo que “dada una norma jurídica que predica una obligación u otra calificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga (que sea válida, que exista) otra norma que predique la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se encuentran en situación tal que merecen, con mayor razón que el primer sujeto o clase de sujetos, la calificación que la norma dada establece para el primer sujeto o clase de sujetos” (p. 355). Cabe señalar que la explicación de Tarello no se limita en absoluto a las normas de base legislativa y se aplica perfectamente también a las normas jurisprudenciales, es decir, a los precedentes.

²⁰ Destaca este aspecto del argumento en general por ejemplo M. Barberis (2006): “Si distinguono comunemente due sottospecie dell’argomento a fortiori: l’argomento a maiori ad minus, relativo all’estensione di qualificazioni vantaggiose, e tipicamente di diritti, e l’argomento a minori ad maius, relativo all’estensione di qualificazioni svantaggiose, e tipicamente di doveri.

suele ser opaco respecto a la razón más fuerte y la fuerza no parece referirse al fundamento justificativo del criterio de relevancia, sino a las características del caso Target. Las valoraciones retrospectivas se proyectan sobre los resultados. Y esta tendencia es común precisamente en el razonamiento que se refiere a los precedentes, aún más respecto a las situaciones reguladas por otras normas, porque los particulares se convierten inevitablemente en protagonistas si se procede caso por caso. En el fondo del argumento hay una idea escalar (Duarte d'Almeida, 2017) —más/menos— que, sin embargo, además de no ser explicada normalmente, no está claro en la práctica qué naturaleza tiene (Ferracci, 2019). Cuando la escala existe, tiene carácter evaluativo. Pueden ser escalas de valores o escalas de diferente fuerza de valores. Los umbrales, sin embargo, son el resultado de la evaluación efectuada de forma discrecional por los jueces en cada caso, en relación con cada comparación entre el caso Source y el caso Target.

Los usos jurisprudenciales muestran que los precedentes más raramente se aplican también según el esquema *a fortiori* entendido en la forma *a maiore ad minus*.²¹ De las dos formas del argumento *a fortiori* es menos frecuente y el motivo es intuible: parece *prima facie* menos persuasiva. Argumentar *a maiore ad minus* parece menos feliz desde el punto de vista pragmático respecto al argumento *a minori ad maius*. La dimensión escalar ayuda a comprender la diferencia: subir la escalera hacia razones más fuertes parece más persuasivo y positivo, que no bajarla. Esta actitud sin embargo revela un sesgo cognitivo. Cabe señalar que, sin embargo, el argumento no tiene nada de negativo: sigue el mismo patrón del lema “en el más está el menos” que tiene *cogenza* lógica (relación de inclusión). Razonando en términos de inclusión lógica (o

Ragiona a maiori ad minus, ad esempio, chi argomenta che se è permesso entrare in città in auto, allora a maggior ragione è permesso entrarvi in bicicletta; ragiona a minori ad maius chi argomenta che, se è vietato il gioco d'azzardo in un locale pubblico, a maggior ragione vi è vietata la roulette russa. In entrambi i casi, decisiva è la ratio delle disposizioni applicate a fortiori, e non la somiglianza: nel primo caso, la libertà di circolazione, nel secondo il divieto di arrecare danni ingiusti a sé o ad altri.” El comentario de Barberis precisamente vale también para el uso *a fortiori* de los precedentes.

²¹ Véase A. Miron (2018) que explica que esta forma puede servir para determinar el alcance de una prohibición; como para el contrabando de guerra en el caso de la Permanent Court of International Justice, Case of the S.S. “Wimbledon” United Kingdom, France, Italy et Japan v. Germany), August 17th, 1923, 29-30; y los tribunales europeos utilizan esta forma con más frecuencia en particular cuando se les pide que determinen el alcance de las autorizaciones concedidas a los Estados o a las instituciones de la UE. Véase G. Fabião (2023).

incluso según la implicación estrecha de Lewis) (Zorzetto, 2010), el argumento a *maiore ad minus* es lógicamente más robusto y más «fuerte» que el argumento a *minori ad maius*. Véase al respecto Horovitz (1966):

Argumentum a *maiori ad minus* should be understood as a special instance of the classical argument ad *subalternatam propositionem*, which infers from the applicability of a predicate to a general class its applicability to special cases belonging to that class. This is a formally valid inference. (p. 126)

En el mismo sentido se ve Kelsen (1991).

V. PRECEDENTES Y ARGUMENTUM EX AUCTORITATE

Finalmente, examinamos a continuación los usos argumentativos de los precedentes que son conectados con la autoridad. La relación entre los precedentes y el principio de autoridad es muy discutido así como sus relaciones con el argumento *ex auctoritate*, como se sabe. También hay otras formulaciones *argumentum ad auctoritatem* u *ab auctoritatem, ad verecundiam*. Se discute especialmente en la literatura sobre falacias argumentativas (Cummings, 2015; Walton, 1997). Este tema merece especial atención hoy, ya que la cuestión de la relevancia de los expertos en derecho es un tema intrincado y actual que afecta a los estilos argumentativos de los jueces. Aquí no voy a tratar el tema en general. Según algunos autores, el principio de autoridad justifica la referencia al precedente. No es objeto de este análisis indagar en los posibles fundamentos teóricos o en las justificaciones ético-políticas del uso del precedente, por lo que me limitaré a observar que no hay acuerdo sobre el hecho de que el razonamiento basado en el precedente pueda remontarse al razonamiento *ex auctoritate*. Es evidente que los jueces están dotados de autoridad normativa, pero esto no es suficiente para concluir que el argumento basado en el precedente no es más que un argumento *ex auctoritate* (Gómora Juárez, 2018). Quiero destacar que, en la práctica judicial, los precedentes también se invocan sobre la base del principio de autoridad, pero no solo, y de manera varias.

Una cosa es preguntarse si los precedentes son utilizados por los jueces por motivos de autoridad, es decir, porque están obligados a hacerlo o porque así el derecho impone según un cierto concepto de derecho. Otra cuestión

es si los jueces justifican la aplicación de los precedentes sobre la base de un criterio de autoridad y cuál. En otras palabras, hay que distinguir preliminarmente entre preguntas diferentes. ¿Los jueces aplican los precedentes porque tienen que hacerlo, es decir, hay un (principio de) autoridad en el derecho de algún tipo que lo impone? ¿Se aplican los precedentes o se eligen sobre la base de la autoridad que los emite? Aquí me ocupo de la segunda situación en la que una solución interpretativa o de aplicación se argumenta invocando un precedente como expresión de autoridad o competencia. En relación con estos usos argumentativos es importante aclarar en qué sentido está concebida la autoridad/competencia. ¿Haciendo sólo algunas hipótesis principales podría ser autoridad de tipo formal-jurídico o como reconocimiento de virtud o ejemplaridad, sabiduría, etcétera? (Amaya, 2018) Como se sabe, estas varias nociones de autoridad son típicas del mundo jurídico, también a nivel deontológico, y patrimonio de la cultura jurídica (Ibbetson, 2016).

Dependiente de ellas pasa lo mismo que he dicho en el párrafo anterior sobre las funciones posibles del argumento del precedente como autoridad en la cadena de la justificación jurídica. Es decir, un precedente seleccionado por una razón de autoridad puede utilizarse como base de la justificación interna, convirtiéndose así en la *ratio decisoria* del caso; o bien puede utilizarse para otros fines en la justificación externa o para no desempeñar ningún papel lógico-argumentativo, sino únicamente expresivo.

En el caso del argumento del precedente como autoridad, la referencia al precedente es, por así decirlo, más procesal que sustantiva: lo que importa es quién lo decidió y no lo que se decidió. Este uso del precedente es a menudo criticado por quienes consideran que la resolución adecuada de los casos debe depender de lo que se dictamina, y no de quién lo hace. Si se examina más detenidamente, este argumento parece no ser particularmente feliz, especialmente en los sistemas actuales en los que hay muchos responsables de la toma de decisiones y las jerarquías entre los poderes, especialmente en el nivel superior, no están nada claras. En contextos en los que el poder de los diferentes órganos judiciales está sujeto a conflictos de poder (de hecho o de derecho), tal argumento corre el riesgo de ser poco convincente o incluso de alimentar desacuerdos. Hay que tener en cuenta que, entre otras cosas, justificar una decisión posterior sobre la base de un precedente *ex auctoritate* debilita la posición del decisor posterior (que reconoce así estar sometido a la autoridad del decisor anterior). Por eso este argumento adquiere cierta fuerza y parece atractivo sobre todo en el caso del autoprecedente: en este caso,

en efecto, invocar el precedente *ex auctoritate* es también una forma de afirmar la propia autoridad. El defecto, por supuesto, es que se corre el riesgo de un círculo vicioso, ya que la propia autoridad apela a sí misma.

VI. VADEMÉCUM REALISTA ENTRE IDEOLOGÍAS Y PRAXIS

Mirando en la caja de herramientas, la práctica jurídica muestra así que —con una variedad sorprendente— los usos del precedente son mucho más heterogéneos del caso “puro”. No me interesa discutir en el plano de las definiciones cuál es la más adecuada del precedente, si es más apropiado adoptar en el plano teórico una noción estrecha o más laxa. Me gustaría dejar claro que esto no pretende en absoluto negar la relevancia de los estudios dedicados al precedente vinculante y a la comprensión de su fundamento y funcionamiento en el plano de la teoría de la norma. Por el contrario, creo que estos estudios (Arriagada Cáceres, 2021) también son esenciales en la perspectiva que aquí se investiga y el presente análisis plantea ser más bien un complemento descriptivo de lo que los jueces dicen hacer y/o hacen con los precedentes jurisprudenciales. Por muy cuestionable que pueda parecer, el objetivo de este análisis va a contracorriente y consiste en sacar a la luz precisamente aquellas situaciones en las que los jueces se remiten a los precedentes de forma poco ortodoxa según la doctrina clásica del precedente.

En otras palabras: según el punto de vista más estricto, son “verdaderos” o “puros” precedentes sólo aquellos que en su uso judicial reflejan la meta-regla según la cual, asumiendo la “identidad” de *ratio decidendi* en los dos casos 0 y 1, la decisión en t1 se justifica sobre la base de la decisión t0 porque esta última se erige en norma vinculante para el caso posterior en t1. Siguiendo esta línea de pensamiento, sólo un argumento jurídico en sentido propio hace uso del precedente, y es precisamente el que justifica la decisión posterior en función del precedente, asumiendo la “identidad” de *ratio decidendi* en los dos casos. No discuto que éste pueda ser el uso más puro del precedente, pero es un hecho que la práctica va mucho más allá de este ideal.

Sin embargo es un hecho indiscutible que —más allá de que se quiera o no hablar de precedentes en otros casos diferentes, o que se quiera considerar que son precedentes espurios o lo que sea— los jueces hablan de precedentes en otros muchos casos en los que la visión clásica no concedería que fueran precedentes. Por otra parte, incluso las posturas más tradicionales

y clásicas del precedente acaban por divergir y, de hecho, fracasan en su intento de imponer a que la práctica se base en una definición preconcebida del precedente, por así decirlo, de laboratorio.

Los usos expresos de los precedentes muestran que existe la posibilidad (y en la práctica se da) de que los precedentes sólo se mencionen o se citen, pero no se utilicen en sentido propio como reglas relevantes (y mucho menos orientadoras o decisivas) para la decisión.

En todos los casos en los que el uso del precedente no refleja el tipo ideal “puro” (según una determinada doctrina que se considera prevalente), la referencia al precedente podría parecer, al menos *prima facie*, espuria o parecer declamatoria, simbólica o ficticia para la resolución del caso concreto. Sin embargo, sería precipitado pensar que se trata de un mero *flautus vocis* o vacío desde el punto de vista semántico-pragmático. A menudo, las referencias que parecen laterales o superfluas pueden cumplir su propia función oblicua, indirecta o expresiva de diversas maneras. El estudio de estas funciones será objeto de una futura etapa de este análisis, por lo que me limitaré a señalar que la influencia y relevancia de estos usos depende, entre otros factores, las características también técnico-jurídicas de cada ordenamiento jurídico. En general, puede observarse que en la jurisprudencia sí se dan precedentes relevantes (en el sentido de pertinentes y efectivamente aplicados a la solución del caso concreto), pero también se consideran precedentes que son sólo presunta o hipotéticamente relevantes para decidir un caso concreto. Esto destaca especialmente en las motivaciones de las decisiones (es decir, sus textos públicos y/o publicados) que deben tener en cuenta, entre otras cosas, las alegaciones de las partes del procedimiento. Todos estos aspectos de contexto técnico-jurídico son fundamentales en una perspectiva de mejora de los sistemas jurídicos contemporáneos. El estudio de los precedentes es una mina al respecto para comprender si y qué direcciones de reforma son apropiadas para conservar el ideal del Estado de derecho en los sistemas modernos de constitucionalismo rígido. Otro aspecto crucial del análisis es la relevancia de la finalidad comunicativa que persigan el emisor y el receptor del mensaje. Normalmente, estos fines son ajenos al juicio y persiguen intenciones de política judicial y jurídica que van más allá del caso concreto. Además, los destinatarios suelen ser ajenos al proceso y también pueden ser ajenos al sistema judicial. Los jueces “hablan” con los políticos, con la opinión pública, etcétera.

Observo entonces que los precedentes que son asumidos por el juez son una guía de conducta tanto para el juez, como para los destinatarios de esa decisión. Sin embargo, en el momento en que se adopta cada decisión, nadie puede saber si sus resoluciones serán compartidas por los demás tribunales, por lo que, en este sentido, puede existir, a lo sumo, una expectativa o deseo *de facto* por parte del emisor de que su decisión se convierta en un precedente para los demás: es cierto, por otra parte, que algunas decisiones se dictan con vistas también, si no predominantemente, a orientar las futuras decisiones de otros tribunales. La propensión más o menos acusada de ciertos jueces a dirigirse a otros jueces, ciudadanos u otras autoridades normativas o jurídicas —en el ámbito de la sociología judicial— es un elemento que explica (lo que no quiere decir que también justifique) el uso extraordinariamente generalizado de los precedentes en la práctica contemporánea.

En este trabajo no se propone un modelo ideal de precedente y su funcionamiento, ni una teoría o doctrina general sobre cómo debe concebirse y utilizarse. El objetivo es más modesto y consiste en un experimento de sociología judicial partiendo de la convicción metodológica de que observar la práctica es esencial si se quiere entender, más allá de las teorías y los modelos ideales, el papel real que tienen los precedentes en los sistemas jurídicos. Gracias al análisis, se muestra que los precedentes pueden utilizarse y emplearse de numerosas maneras y para desempeñar funciones heterogéneas en la cadena de justificación. Los argumentos jurídicos que hacen referencia a los precedentes no pueden reducirse fácilmente a un único argumento. Más que de la argumentación de los precedentes, en singular, convendrá hablar, en plural, de los argumentos basados en los precedentes. De hecho, la práctica da cuenta de una compleja y variada familia de argumentos con numerosas variantes, algunas de las cuales son incluso incompatibles y alternativas entre sí. Como muchos otros argumentos jurídicos, los relativos a los precedentes pueden combinarse de diversas maneras y situarse en varios niveles de la cadena argumentativa-justificativa, asumiendo una gran variedad de funciones. Hay argumentos primarios, secundarios, auxiliares, concurrentes, etcétera. En cuanto a los argumentos jurídicos que hacen referencia a los precedentes, su ubicación en el nivel de la argumentación judicial, así como su combinación con otros argumentos, es totalmente contingente. Igualmente, contingente es su fuerza argumentativa-justificativa.²²

²² Basta con considerar algunas ideologías de los jueces muy difundidas. Según algunos (T.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alchourron, C.E. (2021). *Análisis lógico y derecho*. Trotta.
- Amaya, A. (2018). Imitation and analogy. En H. Kapein and B. van der Vel-den (Ed.), *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse* (pp. 13-31). Amsterdam University Press.
- Ando, C. (2015). Exemplum, analogy and precedent in Roman law. En M. Lowrie y S. Lüdemann (Eds.), *Between Exemplarity and Singularity* (pp. 111-122). Routledge.
- Arias Schreiber Barba, F, Ortiz Sánchez, I. y Peña Jumpa, A. (2017). El lenguaje de los jueces en el Distrito Judicial de Lima Sur: Una investigación exploratoria sobre el lenguaje en procesos judiciales de familia. *Revista de Estudios de la Justicia*, (26), 1-74.
- Arriagada Cáceres, M.B. (2021). Las dos caras del precedente vinculante. En Á. Núñez, M. B. Arriagada e I. Hunter (Coords.), *Teoría y práctica del precedente* (365 ss.). Tirant Lo Blanch.

Cass. civ., Sec. V, Ord., 13/12/2023, n. 34828 que recuerda algunos precedentes: T. Cass., Sec. V, 07/04/2022, n. 11331; Cass., Sec. 5, 21/10/2013, n. 23723; Cass., Sec. 5, 15/07/2016, n. 14509 y Cass., Sec. T., 01/06/2021, n. 15215/2021), la actividad interpretativa de las normas jurídicas realizada por un juez, en cuanto consustancial al mismo ejercicio de la función judicial, no puede nunca constituir un límite a la actividad exegética ejercida por otro juez. A este respecto, se recuerda el modo en que actúa el vínculo determinado por la eficacia objetiva del juzgado ex art. 2909 c.c. respecto al principio de “stare decisis” es decir, del precedente vinculante que opera en otros ordenamientos jurídicos y no encuentra reconocimiento en el ordenamiento procesal italiano actual. Otros (p. ej. Cass. civ., Sec. III, Ord., 21/07/2023, n. 21883; T. Cass. civ., Sec. III, Ord., 24/05/2023, n. 14478; T. Cass. 29/09/2015, n. 19231; T. Cass. 27/09/2022 n. 28130) afirman, sobre la base de sus propios precedentes, que si los argumentos no tienen carácter de novedad y encuentran refutación en los precedentes, no hay razón alguna que pueda inducir a los jueces a reconsiderar. Es inútil recordar decisiones que no se ajusten a la dirección unívoca del Tribunal de Casación sobre la base de alegaciones que resulten de este último examinadas y refutadas o, en todo caso, incompatibles con ella. No es concebible que los precedentes del Tribunal de Casación —y esto aunque se trate de un solo precedente— deban considerarse relevantes solo a condición de que hayan tenido “éxito” unívoco en la jurisprudencia y no si no han desplegado un efecto persuasivo unívoco, es decir, si han encontrado “resistencias” en la jurisprudencia. Si en el debate surgido en la jurisprudencia hay argumentos para superar los precedentes del Tribunal, quien quiere un replanteamiento tiene la carga de argumentarlo. Aunque no siendo nuestro ordenamiento regido por el régimen de “stare decisis” si la jurisprudencia contradice los precedentes del Tribunal de Casación, esto es manifiestamente contrario a la función nomofiláctica atribuida al Tribunal de Casación.

- Atienza, M. (1985). Algunas tesis sobre la analogía en el derecho. *Doxa*, (2), 223-229.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. UNAM
- Atienza, M. (2011). Cómo evaluar las argumentaciones judiciales. *Diánoia*, 56(67), 113-134. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=58433540006>
- Austin, J. (1911). *Lectures on jurisprudence*, II (5a. ed. de R. Campbell, John Murray).
- Balaguer Callejón, M. L. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Barberis, M. (2006). Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione. *Etica & Politica/Ethics & Politics*, (1). http://www.units.it/etica/2006_1/BARBERIS.htm
- Bobbio, N. (1941). Über den Begriff der 'Natur der Sache'. *Archivio di filosofia*, XI, 320-336.
- Bodenheimer, E. (1969). A Neglected Theory of Legal Reasoning. *Journal of Legal Education*, 21(4), 373-402.
- Briguglio, A. (2023). Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363 bis c.p.c. – Terza Puntata. *Rivista Judicium*. <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2023/07/Briguglio.pdf>
- Bulygin, E. (2003). Los jueces ¿crean derecho?. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (18), 6-25.
- Canale, D. y Tuzet, G. (2009). Judicial scorekeeping. En D. Canale y G. Tuzet (Eds.), *The rules of inference, Inferentialism in Law and Philosophy* (pp. 73-91). Egea.
- Cardozo, B. (1921). *The Nature of the Judicial Process*. Yale University Press.
- Carrió, G. (1976). Los jueces crean derecho (Examen de una polémica jurídica) (1961), trad. it. "I giudici creano diritto" (esame di una polemica giuridica), en U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 397-406
- Condello, A. (2018). *Analogica. Il doppio legame tra diritto e analogia*. Giappichelli.
- Conte, A.G. (1997). *Ricerche in tema d'interpretazione analogica. Filosofia dell'ordinamento normativo. Studi 1957-1968*. Giappichelli.
- Cruz Rodríguez, M. (2019). Supremacía judicial: el control constitucional del derecho viviente en Colombia. *Prolegómenos*, 21(42), 111-133. <https://doi.org/10.18359/prole.3322>

- Cummings, L. (2015). Argument from Authority. *Reasoning and Public Health: New Ways of Coping with Uncertainty*, 67-92. https://doi.org/10.1007/978-3-319-15013-0_4
- Dickman, H. J. (2020). Conflicts of Precedent. *Virginia Law Review*, 106(6), 1345-1393.
- Duarte d'Almeida, L. (2017). Arguing a fortiori. *The Modern Law Review*, 80(2), 202-237.
- Eisenberg, M. A. (2022). *Legal Reasoning*. Cambridge UP, Cambridge online.
- Esser, J. (1956). *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Mohr Paul Siebeck.
- Fabião, G. (2023). On A Fortiori Arguments. *Lisbon Public Law Working Paper*, (3), <https://ssrn.com/abstract=4530410>
- Fernández, J.Á. (2017). La interpretación conforme con la Constitución en los límites del orden de certeza. *Revista Chilena de Derecho*, 44(3), 653-675. <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/9662>
- Ferracci, A. (2019). Argumenter a fortiori droit. *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, 43(173), 1003-1038.
- Figueroa Mejía, G.A. (2016). La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del caso mexicano. En J. Carpizo y C. I. Astudillo Reyes (Coord.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina* (pp. 237-265). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fonseca Luján, R.C. (2022). Calidad de las sentencias en el sistema penal acusatorio en la Ciudad de México. *Estudios Socio-Jurídicos*, 24(2), 1-32. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.11333>
- Gennaioli, N. y Shleifer, A. (2007). The Evolution of Common Law. *Journal of Political Economy*, 115(1), 43-68. https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/evolution_jpe_final.pdf
- Gianformaggio, L. (2005). *Eguaglianza, donne e diritto*. A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch (Eds.). Il Mulino.
- Gómora Juárez, S. (2018). *Un análisis conceptual del precedente judicial*. UNAM.
- Goodhart, A.L. (1959). The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, 22, 117-124.
- Guastini, R. (2017). *Discutendo*. Marcial Pons.
- Holmes, O.W. (1897). The path of the law. *Harvard Law Review*, (10), 457-478.
- Horowitz, J. (1966). Ulrich Klug's legal logic a critical account. *Logique et Analyse*, 9(33), 78-144.

- Hurley, S.L. (1990). Coherence, hypothetical cases, and precedent. *Oxford Journal of Legal Studies*, 10(2), 221-251. <http://www.jstor.org/stable/764440>
- Ibbetson, D. (2016). Authority and precedent. En M. Godfrey (Ed.), *Law and Authority in British Legal History, 1200–1900* (pp. 60-84). Cambridge University Press.
- Jiménez Campo, J. (1995). Interpretación. *Enciclopedia Jurídica Básica*, III. Civitas.
- Jori, M. (2009). I giudici creano diritto?. *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 1-24. <https://statoechiесе.it/contributi/i-giudici-creano-diritto>
- Kelsen, H. (1991). Is there a specifically ‘juristic’ logic?. En M. Hartney (Ed.), *General Theory of Norms*. Oxford Academic.
- Kuhlen, L. (2012). *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes*. Marcial Pons.
- Lamond, Analogical G. (2014). Reasoning in the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 34(3), 567-588
- Legrand, P. (1997). The impossibility of ‘legal transplants’. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, (4), 111-124.
- Levi, E.H. (1948). An introduction to legal reasoning. *UCLR*, 15(3), 501-574.
- Lewis, S. (2021) Precedent and the rule of law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 41(4), 873-898. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqab007>
- Marmor, A. (2009). *Should Like Cases Be Treated Alike? Law in the Age of Pluralism* (online edn). Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195338478.003.0007>
- Marraud, H. (2014). Argumentos a fortiori. *Theoria*, (79), 99-112.
- Marshall, J. (1996). Trentatré cose che si possono fare con i precedenti. *Ragion pratica*, (6), 29 ss.
- Merrill T.W. (2005). Originalism, stare decisis and the promotion of judicial restraint. *22 Constitution Comment*, 271-288. https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/354
- Miron, A. (2018). Per argumentum a fortiori. En J. Klingler, Y. Parkhomenko, C. Salonidis (Eds.), *¿Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law* (pp.197-210). Wolters Kluwer.
- Montrose, J.L. (1957). The ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, 20, 587-595.

- Muffato, N. (2009). Resta qualcosa da dire sulla polivocità degli enunciati deontici?. *D&Q*, (9), 589-623. http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2009_n9/05_studi-07_N_Muffato.pdf
- Niblett, A. (2013). Tracking inconsistent judicial behavior. *International Review of Law and Economics*, 34, June 2013, 9-20.
- Núñez Vaquero, Á. (2020). La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes. En M. Gascón Abellán y Á. Núñez Vaquero (Coords.), *La construcción del precedente en el civil law* (pp. 81-105). Atelier.
- Núñez Vaquero, Á. (2020). Problemas Abiertos sobre la publicación de los precedentes. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (43), 104-129. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/17793>
- Perelman, C. (1979). Analogy and metaphor in science, poetry and philosophy. In: *The New Rhetoric and the Humanities*. *Synthese Library*, vol. 140. Springer, Dordrecht. https://doi.org/10.1007/978-94-009-9482-9_7
- Permanent Court of International Justice, Case of the S.S. “Wimbledon” (United Kingdom, France, Italy et Japan v. Germany), August 17th, 1923, 29-30.
- Pino, G. (2021). *L'interpretazione nel diritto*. Giappichelli.
- Posner, R.A. (2020). El rol del juez en el Siglo XXI. *Themis. Revista de Derecho*, (58), 199-211.
- Postema, G.J. (2007). A similibus ad similia: analogical thinking in law, en D.E. Edlin (Ed.), *Common Law Theory* (pp.102-133). Cambridge University Press.
- Ratti, G.B. (2017). Some remarks on precedent and analogy. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (1), 221-233.
- Roversi, C. (2016). Legal Metaphoric Artefacts. En J. Stelmach, B. Brozek y L. Kurek (Eds.), *The Emergence of Normative Orders* (pp. 215-280). Copernicus Center Press.
- Roversi, C., Pasqui, L. y Borghi, A.M. (2017). Institutional mimesis: An experimental study on the grounding of legal concepts. *Revus*, (32), 73-95.
- Sammarco, S. (2022). *Il diritto in movimento. Hans Kelsen e l'evoluzione degli ordinamenti giuridici*. Mimemis.
- Serrano, F. (2008). *La interpretación conforme a la Constitución*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sierra Sorockinas, D. (2020). Un análisis sobre la formación del precedente. En M. Gascón Abellán y Á. Núñez Vaquero (Coords.), *La construcción del precedente en el civil law*. Atelier.

- Stone, J. (1985). *Precedent and Law: Dynamics of Common Law Growth*. Butterworths.
- Summers, R.S. (1978). Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification. *Cornell Law Review*, (63), 707-788. <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?httpsredir=1&article=4153&context=clr>
- Sunstein, C.R. (1993). On Analogical Reasoning. *Harvard Law Review*, 106(3), 741-791.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Giuffrè.
- Taruffo, M. (2014). Aspetto del precedente giudiziale. *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 37-57.
- Tuzet, G. (2022). *Analogía y razonamiento jurídico*. Zela.
- Vega Reñón, L. (1993). *Tà èndoxa: argumentación y plausibilidad*. Endoxa: Series Filosóficas, 1. UNED.
- Velluzzi, V. (2006). Analogia giuridica e razionalità dell'ordinamento. Note a margine. *Ragion pratica*, (2), 377-386.
- Velluzzi, V. (2018). L'analogia "occultata" e l'analogia "negata": spunti giurisprudenziali per l'analisi del ragionamento analogico. *Persona e amministrazione*, (2), 515-523.
- Velluzzi, V. (2021). L'analogia giuridica presa sul serio. Osservazioni su Cass., Sez. Un. Penali, 17.3.2021, n. 10831. *Criminalia*. 1-16
- Velluzzi, V., Diciotti, E. y Zorzetto, S. (2008). *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*. Giappichelli.
- Villaverde Menéndez, I. (2014). El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico. *Revista catalana de dret públic*, (49), 20-40. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-20.8030.01.30/n49-villaverde-menendez-pdf-es>
- Walton, D.N. (1997). *Appeal to expert opinion: Arguments from authority*. The Pennsylvania State University Press.
- Watson, A. (1993) *Legal Transplants*. University of Georgia Press.
- Wróblewski, J. (1971). Legal Decision and its Justification. *Logique et Analyse*, 14(53/54), 409-419. <http://www.jstor.org/stable/44074477>
- Zagrebel'sky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (5a. ed.). Trotta.
- Zorzetto, S. (2010). *La norma speciale. Una nozione ingannevole*. ETS.

Como citar

Sistema IJ

Zorzetto, Silvia, “Los precedentes como batería de argumentos jurídicos. Un ejercicio de desencanto más allá de la analogía y la autoridad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 56, núm. 168, julio-diciembre de 2023, pp. 277-322. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.188767>

APA

Zorzetto, S. (2023). Los precedentes como batería de argumentos jurídicos. Un ejercicio de desencanto más allá de la analogía y la autoridad, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168), 277-322. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18867>