

BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 168

Nueva Época Vol. 56 Núm. 168 Septiembre-Diciembre 2023

ISSN versión electrónica: 2448-4873

ISSN versión impresa: 0041-8633

<https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168>

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinador de Revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 56, número 168, septiembrediciembre de 2023, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 55 5622 7474, correo electrónico: *bmdc.ijj@unam.mx*. Editor responsable: Camilo Saavedra Herrera. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2002-060413380600-102. ISSN versión electrónica: 2448-4873; ISSN versión impresa: 0041-8633. Número de certificado de licitud de título: 2096. Número de certificado de licitud de contenido: 1327.

Cuidado de la edición y formación en computadora:
Ricardo Hernández Montes de Oca

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Directores

Karina Ansolabehere
Francisco Alberto Ibarra Palafox
Andrea Pozas Loyo
Camilo Emiliano Saavedra Herrera

Editores invitados

Sandra Gómora-Juárez
Edith Cuautle Rodríguez
Enrique Rodríguez-Trujano
Álvaro Núñez Vaquero

Coordinación editorial

Ricardo Hernández Montes de Oca

Comité Editorial

Óscar Cruz Barney (México); Susana Dávalos Torres (México); Flavia Freidenberg (México); Nuria González Martín (México); Luis René Guerrero Galván (México); Ma. Carmen Macías Vázquez (México); Raúl Márquez Romero (México); Montserrat Pérez Contreras (México); Alfredo Sánchez Castañeda (México); José María Serna de la Garza (México).

Comité Científico

Francisco Balaguer Callejón (España); Enrique Calvo Nicolau (México); José Ramón Cossío (México); Héctor Fix Zamudio (México); Lawrence Friedman (Estados Unidos); Sergio García Ramírez (México); Juan Luis González Alcántara (México); Roberto Ibañez Mariel, (México); Jean-Claude Javillier (Francia); Donald McRae (Canadá); Jorge Madrazo Cuéllar (México); Loretta Ortíz Ahlf (México); Rogelio Pérez Perdomo (Venezuela); Fernando Serrano Migallón (México); Jean Michel Servais (Bélgica); José Luis Soberanes (México); Gerald Torres, Cornell (Estados Unidos); Diego Valadés (México); Arturo Zaldívar Lelo de la Rea (México).

Comité Asesor

Jorge Carlos Adame Goddard (México); María Mercedes Albornoz (México); César Astudillo (México); Manuel Becerra Ramírez (México); Ingrid Brena Sesma (México); Leticia Bonifaz Alfonso (México); José Antonio Caballero Juárez (México); Miguel Carbonell (México); Gabriel Cavazos Villanueva (México); Enrique Cáceres Nieto (México); Francisco Contreras

Vaca (México); Alexei Julio Estrada (Colombia); Jorge Fernández Ruíz (México); Eduardo Ferrer MacGregor (México); Imer B. Flores (México); Sandy Gaines (Estados Unidos); David Gantz (Estados Unidos); María del Refugio González (México); Leticia García Villaluenga (España); Rodrigo Gutiérrez Rivas (México); Alfonso Herrera García (México); Carla Huerta Ochoa (México); Patricia Kurczyn Villalobos (México); Sergio López Ayllón (México); José Pedro López Elías (México); Ricardo Méndez-Silva (México); Jonathan Pratter (Estados Unidos); Gabriela Ríos Granados (México); Carlos Reynoso Castillo (México); Andrés Rodríguez Benot (España); Víctor Manuel Rojas Amandi (México); Javier Saldaña Serrano (México); Miguel Sarre Iguíniz (México); Gustavo Vega Cánovas (México); María Hernany Veytia Palomino (México); Luis Daniel Vázquez Valencia (México); Jorge Witker (México); José Roldán Xopa (México).

Boletín Mexicano de Derecho Comparado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional* (CC BY-NC 4.0).

Primera edición: 17 de junio de 2024

Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN versión electrónica: 2448-4873

El *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* se encuentra registrado en los siguientes índices, directorios y bases de datos nacionales e internacionales:

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE)

Clasificación Integrada de Revistas Científicas (CIRC)

CONACYT

Dialnet

Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP)

International Political Science Abstracts (IPSA)

Latindex: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes (MIAR)

Scientific Electronic Library Online (SciELO México)

Scielo Citation Index (SCI)

Scopus

Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN)

Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB)

Contenido

Artículos

Perspectivas del precedente en el <i>Civil Law</i> : un estudio introductorio Sandra Gómora-Juárez Edith Cautle Rodríguez Enrique Rodríguez-Trujano Álvaro Núñez Vaquero	3
¿Efecto relativo de las sentencias o jurisprudencia como fuente de derecho? Una propuesta de conciliación para una tensión irresoluta Sebastián Agüero	27
Los criterios de dominialidad y congruencia en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en Bolivia Carlos Alberto Calderón Medrano	57
Os precedentes no sistema brasileiro de justiça multiportas Fredie Didier Jr. Leandro Fernandez	81
El modelo peruano de sistema de precedentes. Una propuesta de reconstrucción Víctor García Yzaguirre	121
Los precedentes judiciales en el derecho constitucional colombiano Fabio Enrique Pulido Ortiz	151
La construcción de una cultura jurídica para el precedente: desafíos y soluciones Florencia Ratti Mendaña	177

Sobre la autoridad del precedente en España: materiales para una aproximación interdisciplinar	211
Josefa Dolores Ruiz Resa	
La relevancia normativa de las tesis aisladas y las tesis de jurisprudencia.	247
Mario Armando Sandoval Islas	
Los precedentes como batería de argumentos jurídicos. Un ejercicio de desencanto sobre la fantasía judicial más allá de la analogía y la autoridad.	276
Silvia Zorzetto	

ARTÍCULOS

Perspectivas del precedente en el *Civil Law*: un estudio introductorio¹

Perspectives on precedent in civil law systems: an introductory study

Sandra **Gómora-Juárez**

 <https://orcid.org/0000-0002-9164-6194>

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: sgomoraj@unam.mx

Edith **Cuautle Rodríguez**

 <https://orcid.org/0000-0003-2810-1068>

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: cuautle@unam.mx

Enrique **Rodríguez-Trujano**

 <https://orcid.org/0000-0002-2155-4147>

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: ertrujano@unam.mx

Álvaro **Núñez Vaquero**

 <https://orcid.org/0000-0001-8665-2381>

Universidad de Murcia. España
Correo electrónico: a.nunezvaquero@um.es

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.19183>

¹ Investigación realizada gracias al Programa UNAM-PAPIIT IN302422. El presente trabajo se enmarca también en el proyecto de investigación 2204/PI/22, 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.

La planeación del presente *dossier* inició en junio de 2023, con la aceptación y acompañamiento del entonces director del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Raúl Márquez Romero. Aprovechamos para expresarle nuestro agradecimiento. Asimismo, agradecemos a Karina Ansolabehere, Francisco Ibarra, Andrea Pozas y Camilo Saavedra, actuales directoras del *Boletín*, por dar continuidad al proyecto.

RESUMEN: El artículo ofrece un panorama del precedente en el *Civil Law* con el objetivo de distinguir los problemas que pueden presentarse en los sistemas jurídicos que tienen una práctica formal o institucionalizada de precedente, de aquellos en los que no la hay. Se identificó que se introdujo el precedente como una forma de responder a las crecientes demandas de administración de justicia en la materia y delimitar la discrecionalidad del operador jurídico. Por tanto, la tesis de fondo de este trabajo es que, en la operación regular de los sistemas jurídicos del *Civil Law*, tanto los tribunales constitucionales y la jurisdicción en general identificaron la necesidad práctica de dotar de contornos a los derechos humanos —en tanto disposiciones jurídicas a concretar jurisdiccionalmente—.

Palabras clave: precedente, jurisprudencia, decisiones judiciales, ratio decidendi, derechos humanos.

ABSTRACT: This introductory study offers an overview of the institution of judicial precedent in Civil Law systems, to distinguish the problems that emerge in countries that have a formal or institutionalized practice of precedent, from those in which there is none. We have found that the introduction of the precedent responds, on the one hand, to the growing demands for justice in the different fields of legal practice, and, on the other hand, to the need to control judicial discretion. Therefore, the underlying thesis of this work is that, in the regular operation of Civil Law systems, both constitutional courts and the judiciary in general have the practical need to construe human rights —in terms of legal provisions that will be jurisdictionally specified—.

Keywords: precedent, jurisprudence, judicial decisions, ratio decidendi, human rights.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El contexto de los derechos humanos como sustrato.* III. *Las piezas del debate sobre precedente: nueve casos.* IV. *Los desafíos compartidos: un balance general.* V. *A manera de conclusión.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Las discusiones y desarrollos en torno al precedente en el *Civil Law* están adquiriendo una mayor importancia debido a su uso creciente en el ámbito jurisdiccional. Cada ordenamiento jurídico ha determinado si reconoce y regula la creación de precedentes, entendidos como las sentencias a las que se les asigna algún valor normativo para la toma de decisiones futuras (Núñez Vaquero, 2022, p. 99; Pulido Ortiz, 2022)

En la literatura sobre el estudio del precedente en países del *Civil Law* hay una coincidencia —si bien no semántica al menos sustantiva— en advertir una tendencia en el ámbito jurisdiccional hacia el desarrollo de criterios interpretativos, o *rationes decidendi*, con especial énfasis en los órganos jurisdiccionales de cierre.

La norma general (regla, principio, criterio) que se encuentra expresamente en un enunciado del texto del precedente-sentencia, o implícita en éste, es la *ratio decidendi* de un caso en relación con cierta cuestión por decidir, si y solo si, es la premisa normativa general del *modus ponens*, a partir de la cual, junto con al menos otra premisa se puede derivar la decisión. (Chiassoni, 2015, p. 39)

La identificación y uso de las *rationes* ha dado lugar a la construcción progresiva de un *sistema formal* o *informal* de precedentes, según la experiencia particular de los diferentes órdenes jurídicos de cada país. Consideramos que un *sistema formal* de precedentes tiene lugar cuando un ordenamiento jurídico contiene alguna regla que regula la creación y uso de precedentes. En cambio, un *sistema informal* de precedentes se presenta cuando existe una práctica de seguir y aplicar precedentes, aun cuando el ordenamiento jurídico no contiene alguna regla que regule su creación y uso.

Se observa, por ejemplo, que en los sistemas jurídicos de la familia del *Civil Law* que han desarrollado una identificación formal de *rationes decidendi* es más plausible: *a)* encontrar formas endémicas de articulación y desarrollo de procedimientos de creación y cambio de precedentes, alineadas con las características de cada sistema, y *b)* identificar de manera más definida y delimitada, los problemas o desafíos concretos, así como los posibles cauces que se han presentado para su atención en cada orden jurídico.

La tesis de fondo de este trabajo es que, en la operación regular de los sistemas jurídicos del *Civil Law*, la necesidad práctica de dotar de contornos a los derechos humanos —en tanto disposiciones jurídicas a concretar jurisdiccionalmente— desde la reflexión de los tribunales constitucionales pero también desde la jurisdicción en general, condujo a la introducción del precedente como una forma de responder a las crecientes demandas de administración de justicia en la materia y delimitar la discrecionalidad del operador jurídico. Esta introducción ha seguido diferentes caminos, ha ocurrido en distintas temporalidades, y se ha implementado de formas diversas, generando, por lo mismo, desafíos muy particulares en cada contexto.

Con el objetivo de abordar esta tesis, en el ánimo de identificar diferencias, semejanzas y un posible hilo conductor en el estudio de los sistemas de precedente en países del *Civil Law*, nos dimos a la tarea de articular un ejercicio colaborativo guiado por una serie de preguntas importantes sobre el sistema de precedentes en diferentes países —las cuales de ningún modo son exhaustivas ni limitativas—. Esto con el fin de plantear un punto de parti-

da común para iniciar el análisis, detonar la discusión y promover el ejercicio de un estudio comparado. Tal ejercicio favoreció la posibilidad de introducir problemas teóricos y dogmáticos o doctrinales en torno a la figura del precedente, en la medida en que dichos aportes daban estructura a la discusión.

Este artículo se ocupa de estructurar la discusión que se desarrolla en este número, como resultado de la respuesta a algunas de las preguntas guía, las cuales pretenden fijar un punto de partida común para el análisis y la discusión de los sistemas de precedente² vigentes en Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, España, Italia, México y Perú (por orden alfabético). Además de conocer con mayor detalle las características y dificultades que enfrentan dichos sistemas de precedente, el ejercicio busca continuar el estudio de esta figura que nos parece central.

Cada persona autora abordó alguna(s) de esta(s) pregunta(s) para permitirnos conocer los elementos que caracterizan la práctica en alguno de los países participantes. Las preguntas planteadas se estructuran en tres ejes de análisis: 1) la jurisprudencia y los precedentes; 2) las características de las prácticas formales o informales de identificación de normas y criterios interpretativos (*rationes decidendi*), y 3) el valor normativo³ de las prácticas formales o informales de identificación de criterios interpretativos (*rationes decidendi*).

El eje de análisis sobre “La jurisprudencia y los precedentes” planteó las siguientes preguntas: ¿cuáles son los rasgos fundamentales de la estructura judicial local? ¿Está contenida en el derecho positivo la competencia para emitir jurisprudencia y/o precedentes judiciales? Según la normatividad vigente, ¿existe alguna distinción formal entre estas dos categorías? ¿La doctrina jurídica la plantea? ¿Qué órganos son competentes para emitir jurisprudencia y/o precedentes? ¿En qué tipo de asuntos? ¿Cómo se modifican la jurisprudencia y/o los precedentes? ¿Identifica otros problemas y desafíos que se desprendan de este bloque?

Por su parte, el eje de análisis sobre “Las características de las prácticas institucionales o informales de identificación de criterios interpretativos (*rationes decidendi*)” se integró con las siguientes preguntas: ¿cómo se articula el sis-

² En el ámbito jurídico del *Civil Law* el precedente se asocia con la jurisprudencia, e incluso se ha considerado como sinónimo por algunos autores (entendidos como decisiones judiciales) (Gascón Abellán, 2020; Gómora-Juárez, 2018, pp. 218-219; Núñez Vaquero, 2022, p. 75).

³ En sentido amplísimo, para referirnos al lugar que se le asigna al precedente, sea de manera formal, vía el ordenamiento jurídico o de manera informal, vía las prácticas que tienen lugar en un sistema jurídico concreto.

tema de precedentes? ¿En qué ordenamiento jurídico está regulado y cómo? ¿Se emplean categorías del precedente, tales como *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *rationale* y *decisum*? ¿Hay algún sistema digital y/o impreso de consulta de tales criterios? ¿Cómo se reportan? ¿Es eficiente, funcional? Si se emplean ¿existe una clara identificación de las categorías del precedente como *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *rationale* y *decisum* entre sus destinatarios? ¿Qué papel tienen los hechos en la identificación de la *ratio decidendi* y en la aplicación del precedente? ¿Qué problemas enfrentan los operadores jurídicos al extraer *rationes decidendi* o al usar precedentes? ¿Identifica otros problemas y desafíos que se desprendan de este bloque?

El tercer y último eje de análisis versa sobre el “Valor normativo de las prácticas institucionales o informales de identificación de criterios interpretativos (*rationes decidendi*)” a través de las siguientes preguntas: ¿cuál es el valor (normativo) del precedente y/o la jurisprudencia y, en su caso, del documento que extrae el criterio interpretativo? ¿Cumple el documento extraído con la función de identificar las *rationes decidendi*? ¿En qué consiste el “uso del precedente” (si es que dicha práctica está explicitada en el sistema jurídico bajo estudio)? De ser el caso, ¿identifica prácticas que se puedan considerar como “usos diversos del precedente”? ¿Identifica otros problemas y desafíos que se desprendan de este bloque?

No había mejor escenario para cuestionar y desarrollar los referidos ejes de análisis, desde un ejercicio colaborativo de corte internacional, que el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, revista que ha tenido como guía la impronta comparativa desde sus orígenes. Este primer ejercicio, estructurado con nueve países, sienta las bases de una comparación que tiene como objetivo arrojar luz a ciertos aspectos centrales de la institución jurídica del precedente; pero también invita a continuar los esfuerzos de articular los insumos de estudio necesarios para el ejercicio comparado.

Estas colaboraciones plantean también sumarse a la línea de trabajos que se han emprendido para fomentar el estudio comparado en este campo de estudio, entre los que destacan *La construcción del precedente en el Civil Law, Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (número 16, 2022) o *Revista Discusiones* (volumen 29, número 2, 2022).

Por supuesto, este número no habría sido posible sin la pronta y entusiasta respuesta de personas académicas que adoptaron como propio el objetivo de este ejercicio académico y que generosamente aportaron su conocimien-

to especializado y compromiso para construir en conjunto. A todas ellas va nuestro sincero agradecimiento y admiración.

II. EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO SUSTRATO

El constitucionalismo, como nuevo paradigma de derecho que se inserta en las sociedades democráticas actuales, se caracteriza por considerar a los derechos humanos o fundamentales, como límites morales o políticos en el ejercicio del poder político, y principalmente, como derecho positivo, con sus respectivas garantías, al reconocerse en Constituciones rígidas (Ferrajoli, 2011).

Por lo tanto, el pacto constitucional, que incluye los derechos humanos o fundamentales, representa el reconocimiento consciente de la mutación del paradigma del Estado legislativo al Estado constitucional, que se materializa con aceptar y hacer efectiva la idea de que el gobierno de la ley está por encima de la voluntad de los hombres y que deja atrás la vieja idea de la autoridad ilimitada, dando como resultado una nueva concepción de autoridad.

De esta manera, el paradigma constitucionalista plantea retos importantes. Por ejemplo, la revisión conceptual los términos “autoridad” y de las “normas de principios que confieren derechos (humanos) fundamentales”. O bien, desde el punto de vista del razonamiento jurídico, el explicar o dar cuenta de cómo funcionan este tipo de normas en el razonamiento jurídico, las técnicas argumentativas y, por supuesto, el uso del precedente.

El estudio del precedente judicial en países del *Civil Law* es de suma importancia, en tanto que en tiempos recientes se ha incorporado en nuestras latitudes la discusión en torno a su uso en el ámbito jurisdiccional. En algunos casos se ha incorporado de manera formal o institucionalizada; en otros, se analiza, confronta y compara con la caja de herramientas con la que cuentan los jueces al aplicar las disposiciones jurídicas. En muchos de los casos, destaca su uso al concretar los derechos humanos o fundamentales que se han reconocido o incorporado a las Constituciones.

Las Constituciones de los países aquí examinados han mantenido una estructura que se integra por una parte dogmática y otra orgánica. Esta estructura y su contenido han planteado una serie de exigencias que enmarcan esta reflexión. Recordemos que el Estado liberal de derecho, a pesar de su desarrollo de legalidad, demostró ser insuficiente para frenar la arbitrariedad,

ya que las leyes pueden ser manipuladas para justificar acciones arbitrarias. Esta problemática, de acuerdo con García Ricci (2011), llevó a la necesidad de incorporar un contenido material al Estado de derecho, donde todas las leyes debían ajustarse a la Constitución, marcando así la transición del Estado liberal al Estado constitucional de derecho (Añón Roig, 2002).

En el proceso evolutivo referido, se estableció que la validez de las leyes estaría sujeta a su conformidad con la Constitución, que es la ley suprema del Estado, y en el que el juez era únicamente la boca de la ley, respecto de lo que identificamos como derecho positivo dado por el legislador. En este caso la ley tiene el carácter de fuente suprema y no la Constitución (Celano, 2022, pp. 165-170). El concepto de Estado constitucional de derecho se caracteriza entonces por otorgar supremacía a los derechos fundamentales sobre las leyes y los actos estatales. Este principio se respalda mediante un sistema de justicia constitucional que vela por la protección y aplicación de los derechos consagrados en la propia Constitución. Además, la validez de las normas constitucionales es fundamental para garantizar el funcionamiento adecuado de las instituciones democráticas. En resumen, la Constitución no sólo establece las reglas del juego, sino que también asegura que estas sean respetadas y aplicadas en beneficio de la sociedad (García Pelayo, 1991, p. 33; Ferrer MacGregor, 2018; García Ricci, 2011).

La creación de documentos internacionales que establecían estándares de derechos humanos con mecanismos de supervisión impulsó la internacionalización del derecho constitucional de los derechos humanos. Posteriormente, la incorporación de este derecho internacional en los Estados, a través de diversas fórmulas, ha permitido la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos (Ferrer MacGregor, 2018, pp. 664-671).

Los Estados experimentaron la “constitucionalización del orden jurídico” (Aguiló Regla, 2019, pp. 90-91). Es en ese contexto que diversas Constituciones percibieron los efectos de lo que Ferrer MacGregor llamó “la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos” (Ferrer MacGregor, 2018). Desde entonces, la parte dogmática de esas Constituciones se integra por un contenido sustantivo que requiere ser interpretado para su efectiva aplicación o, en otras palabras, los derechos humanos requieren interpretarse para su aplicación a los casos concretos (Aguiló Regla, 2019, p. 89) en virtud de que, aunque fueron incorporados o reconocidos en las Constituciones, no son susceptibles de ser aplicadas de manera directa por los jueces.

Es tal situación que Prieto Sanchís (2014) plantea la importancia que adquirió la “teoría de la argumentación jurídica” como una respuesta a los problemas de interpretación que inevitablemente plantean los sistemas jurídicos constitucionalizados. La tarea contemporánea de los tribunales está fuertemente determinada por esta configuración de los derechos humanos,⁴ debido a que los enunciados que los expresan contienen elementos valorativos que deben justificarse cuando los jueces los concretan. Y es precisamente esta circunstancia la que consideramos da pie a la centralidad que ha adquirido el precedente (Gómora-Juárez, 2019).

Es un lugar común —pero no por ello carente de verdad— afirmar que en los sistemas jurídicos del *Civil Law* los tribunales tienen asignada la tarea de administrar justicia, la cual está directamente asociada con la “aplicación del derecho” (Martínez Verástegui, 2022; Ramírez Ludueña, 2023). Esta afirmación ha sido parte del retrato de familia del *Civil Law* y reflejo fiel de sus prácticas judiciales⁵ durante gran parte de su historia, lo que ha llevado a afirmar que no tienen precedentes, como sí lo tienen aquellos sistemas jurídicos del *Common Law*. Esta visión está lejos de describir adecuadamente nuestras prácticas jurisdiccionales contemporáneas, ya que hoy en día el precedente es parte de las discusiones en los sistemas jurídicos del *Civil Law* (Ratti, 2021).

Se puede advertir que el proceso de concreción de los derechos humanos colocó a diversos órdenes jurídicos en la vía de incorporar una concepción no cognitivista o escéptica de la jurisdicción.⁶ Tal proceso se distingue por su reconocimiento del margen de discrecionalidad inherente a la interpretación jurídica, que acepta la multiplicidad de significados posibles en los enunciados normativos y la existencia de zonas de penumbra donde la apli-

⁴ Sobre el papel de la cláusula de interpretación conforme en la Constitución (española pero también en otras Constituciones), así como la integración del bloque de constitucionalidad para integrar e interpretar los derechos de fuente internacional, véase Sauca (2024).

⁵ *Prácticas* en sentido amplio, en la medida que la comunicación y conocimiento de la actividad judicial siempre ha estado presente entre los jueces para desarrollar su trabajo, específicamente al argumentar sus decisiones. Incluso podríamos decir que éstas han sido indispensables en la cultura judicial; sin embargo, este aspecto no es algo banal, en virtud de que coloca en el centro una discusión relevante respecto de quien o quienes están facultados para “crear el derecho”, lo cual genera tensión entre las tareas de legislador y del juez.

⁶ En franca oposición a una postura concepción cognitivista o racionalista de la jurisdicción —que alcanzó su máxima expresión con el movimiento codificador— se caracteriza por la figura del juez pasivo, cuya tarea es estrictamente cognitiva y racional, que se limita a “aplicar” la letra de la ley. (Prieto Sanchís *et al.*, 2014)

cación de las normas no es clara. En consecuencia, se otorga al juez cierta libertad interpretativa, reconociendo que la elección entre diferentes interpretaciones puede estar influenciada por factores subjetivos y contextuales. Esta concepción realista entiende que la interpretación⁷ no es un mero acto de conocimiento objetivo, sino un proceso complejo y en ocasiones incierto (Aguiló Regla, 2019, pp. 94-96; Prieto Sanchís *et al.*, 2014).

Además, esta concepción enfatiza la subjetividad y las limitaciones inherentes a la interpretación judicial, reconociendo que los jueces no son meros aplicadores mecánicos de la ley, sino que —en el ejercicio de la discrecionalidad— sus decisiones pueden estar influenciadas por sus propios valores, creencias y experiencias. Como enfoque crítico hacia el sistema legal y judicial, cuestiona las pretensiones de neutralidad absoluta en la interpretación y aplicación del derecho, abogando por una mayor transparencia y reconocimiento de la complejidad y subjetividad involucradas en el proceso judicial (Guastini, 2023; Prieto Sanchís *et al.*, 2014).

Transitamos así, gradual y casi inadvertidamente, de un estado de cosas en el que las decisiones jurisdiccionales⁸ eran secundarias en el entramado jurídico normativo, a un estado de cosas en el que la práctica tomó por sorpresa a la teoría, y nos colocó en un momento constitucional en el que el acomodo de esas piezas se ha reconfigurado. Por esta razón, es fundamental reconocer la influencia de los criterios interpretativos en la construcción progresiva de un sistema formal o informal de precedentes, y comprender cómo esto impacta en la aplicación y evolución del derecho en cada país.

III. LAS PIEZAS DEL DEBATE SOBRE PRECEDENTE: NUEVE CASOS

Si bien cada sistema jurídico ha desarrollado sus propias prácticas y diseños en torno al precedente, lo cierto es que es posible advertir algunos trazos comunes e inquietudes compartidas. En ese sentido, conocer a mayor detalle

⁷ Posiblemente, esta postura interpretativa acepta que la Constitución tiene una dimensión jurídica y una dimensión ético-sustantiva en la que “los jueces, de hecho, hacen política o moral, si por hacer se entiende precisamente interpretar y aplicar tales disposiciones (derechos humanos), ya que esto último requiere acudir a argumentos morales (o políticos)”, como lo sostiene Pau Luque (2014, p. 22).

⁸ Para un estudio más detallado sobre las características de las decisiones judiciales en el contexto del estudio teórico del precedente, véase (Núñez Vaquero, 2022, pp. 99-106).

las circunstancias y diseño de los sistemas de precedente en el ámbito del *Civil Law*, nos brinda herramientas para entender mejor el derecho como fenómeno cultural y para interpretar diversos sistemas legales, así como sus instituciones jurídicas, incluyendo el propio (Lerner, 2004).

Este ejercicio colectivo ha arrojado insumos que fijan un punto de partida para el análisis y la discusión en torno a los sistemas de precedente vigentes en Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, España, Italia, México y Perú. Recordemos que los tres ejes de análisis que estructuran el ejercicio son: 1) la jurisprudencia y los precedentes; 2) las características de las prácticas formales o informales de identificación de normas y criterios interpretativos (*rationes decidendi*), y 3) el valor normativo de las prácticas formales o informales de identificación de criterios interpretativos (*rationes decidendi*).

En lo que sigue, abordaremos los elementos que caracterizan cada sistema, a partir de la tesis central avanzada por las personas autoras, revelando sus relaciones con los ejes y las preguntas guía que orientan la reflexión.

1. Argentina

El artículo plantea un marco teórico introductorio que identifica las categorías que la doctrina reconoce en Argentina en torno al tema que nos ocupa. Este ejercicio, junto con el reconocimiento del papel cada vez más relevante que el precedente está tomando en el contexto argentino, responde a la forma en la que se identifica el precedente como pregunta del Eje 1.

La discusión retoma preguntas del Eje 2, relativas a las características de las prácticas informales de identificación de los criterios interpretativos. En el caso del sistema de precedentes argentino, la autora advierte que la Corte Suprema argentina reconoce, cada vez más, la importancia del precedente en su discurso; no así en sus prácticas, con las que identifica una clara confrontación (Ratti, 2023). Es necesario, se dice, corregir prácticas cuya ejecución es necesaria para el adecuado uso de precedentes.

El objetivo del trabajo es analizar los desafíos que enfrenta el precedente judicial en sistemas de *Civil Law* o híbridos, como el argentino, y proponer soluciones para la construcción de una cultura jurídica que acompañe su adecuado uso. La hipótesis que guía este análisis consiste en que, para alcanzar los fines que sustentan el precedente, no es suficiente con la incorporación de su regulación expresa, sino que ella debe estar acompañada del desarro-

llo de una cultura jurídica determinada que incluya prácticas y habilidades necesarias para su aplicación acorde a los fines que está destinado a cumplir.

Algunos de los desafíos que se abordan sobre el uso del precedente en Argentina son: la publicidad y acceso a las sentencias, la redacción, estructura y contenido de las sentencias, así como la falta de capacitación de los operadores jurídicos en las técnicas de aplicación del precedente. Frente a ellos, las soluciones propuestas pasan por implementar mejoras en la publicación digital de sentencias, cambios en el estilo y estructura de las sentencias para facilitar la extracción de la *ratio decidendi* y los hechos relevantes, la capacitación en el uso del precedente a nivel universitario, en las escuelas judiciales y para los abogados litigantes. También se destaca la necesidad de producción científica que acompañe la capacitación.

Ratti (2023) concluye que es necesario promover los cambios en la cultura jurídica que acompañen las reformas normativas sobre el precedente, a fin de lograr un uso adecuado que permita alcanzar los fines para los que fue implementado, como la seguridad jurídica y la igualdad.

Como parte de las preguntas analizadas sobre el Eje 3, se analizan los desafíos relativos al valor normativo de las disidencias en la toma de decisiones de los tribunales, la deficiente fundamentación en cambios de criterio, o bien, la invocación de criterios que no tienen relación con el problema que se estudia, todo lo cual impide una adecuada implementación del precedente.

2. Brasil

En el caso brasileño, luego de la promulgación del Código de Proceso Civil en 2016, se introdujo un sistema de precedentes obligatorios, en el contexto de un “sistema de justicia multipuertas”. Como explican Didier Jr. y Fernández (2023), este sistema de justicia (de “muchas puertas”) ofrece a la ciudadanía distintas maneras alternativas de solucionar problemas jurídicos, donde la sede jurisdiccional es tan solo una de las opciones. Otros medios alternativos, distintos al Poder Judicial, son los árbitros y tribunales de arbitraje, los tribunales administrativos, agencias reguladoras, tribunales deportivos, cortes eclesiásticas, las autoridades reconocidas como legítimas por pueblos tradicionales, y mecanismos de autocomposición o autorregulación, entre otras.

Conectado con el Eje 1, el texto analiza las características del sistema brasileño de justicia multipuertas, cuyos rasgos más destacados son su capacidad de autoorganización; su apertura a conducir a los sujetos a diferentes

instancias facilitadoras; la preferencia de alcanzar soluciones consensadas; la adopción de los medios adecuados para resolver los problemas jurídicos y, finalmente, la integración de todas las puertas del sistema de justicia. En efecto, abrir alguna de estas puertas no implica cerrar las demás; por el contrario, abrir una puerta puede llevar a otras puertas, es decir, a tener más y mejores posibilidades de solucionar los problemas.

Para todos los mecanismos del sistema de justicia multipuertas, el Código de Proceso Civil impone el deber de mantener la estabilidad, integridad y coherencia en las decisiones jurídicas, y por lo tanto, de sus precedentes (Didier Jr. y Fernández, 2023). Es decir, las distintas instancias están obligadas a dar uniformidad a sus jurisprudencias; deben procurar que exista coherencia, tanto formal como sustantiva, en sus resoluciones, y finalmente buscar la integridad, puesto que cada puerta de justicia contribuye a la unidad del derecho.

En conclusión, el sistema brasileño de justicia multipuertas ofrece múltiples modos de solución de problemas jurídicos y de promover la tutela de derechos. En todas estas vías de acceso a la justicia se emplea un sistema de precedentes, el cual representa una norma fundamental en el sistema brasileño de justicia multipuertas.

3. Bolivia

El artículo analiza la presencia del precedente en el sistema jurídico boliviano. Nos presenta una contextualización muy detallada sobre la incorporación de la jurisprudencia y la costumbre al sistema de fuentes del derecho en la Constitución Política del Estado de Bolivia de 2019 (Calderón, 2023). De esta manera, el autor responde a las preguntas que se plantearon en los tres ejes propuestos, ya que formalmente las decisiones y sentencias —entendidas como jurisprudencia— del Tribunal Constitucional Plurinacional se consideran como fuente de derecho y tienen un valor normativo (artículo 203 de la Constitución boliviana).

Calderón Medrano (2023) presenta el marco conceptual de la jurisprudencia y el “estándar jurisprudencial más alto”, concebido como un criterio de identificación para la protección y efectividad de los derechos fundamentales previstos en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque constitucional. No obstante, el estándar de referencia no permite la sistematización de las líneas jurisprudenciales, con lo cual no se cuenta con una herramienta que sistematice los precedentes

constitucionales válidos, por lo que propone los criterios de “dominialidad” y “congruencia” como alternativas idóneas para su identificación.

La “dominialidad” se refiere a la cantidad de fallos en los que los altos tribunales se adhieren a una sentencia fundadora, moduladora o reconductora, mientras que la “congruencia temporal” implica que el precedente válido sea el más actual y dominante en la línea jurisprudencial. En conclusión, propone que los criterios referidos constituyen un procedimiento hermenéutico alternativo al “estándar jurisprudencial más alto” para la sistematización y aplicación de los precedentes constitucionales en el sistema jurídico boliviano.

4. Chile

El artículo aborda la tensión existente entre el efecto relativo de las sentencias y el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del derecho en el sistema jurídico chileno. Agüero (2023) plantea la hipótesis de que es posible conciliar ambas ideas, para lo cual propone precisar el objeto de la controversia, acotar los alcances de la jurisprudencia y sugerir el tipo de normatividad de las decisiones de los principales tribunales de justicia.

En Chile, el efecto relativo de las sentencias se entiende como el principio que otorga fuerza obligatoria a las sentencias judiciales únicamente respecto de las partes en el juicio. Por otro lado, la jurisprudencia, como fuente del derecho, se refiere principalmente al conjunto de fallos de los tribunales superiores de justicia que establecen criterios para resolver casos similares.

A pesar de la tensión entre ambos conceptos, la práctica jurídica chilena reconoce la influencia de las decisiones de los tribunales superiores sobre los inferiores. La doctrina ha buscado conciliar esta tensión, entendiendo la jurisprudencia como una fuente material del derecho que proporciona criterios rectores en la aplicación de la ley, sin ser formalmente vinculante.

El autor sugiere que la normatividad de las decisiones de los principales tribunales de justicia será de tipo lingüística, proporcionando razones para interpretar los textos jurídicos a la luz de la jurisprudencia y evitando desviarse de la práctica establecida por la comunidad jurídica (Agüero, 2023).

5. Colombia

El artículo acerca del sistema de precedentes en Colombia nos sitúa en el contexto de su diseño institucional, en el que el precedente tiene carácter

vinculante. Así las cosas, esto no ha evitado que persistan debates teóricos y prácticos desde la jurisprudencia y la doctrina en torno a qué constituye precedente, el cual se dice, corresponde a la *ratio decidendi* de las sentencias.

Dado que el objetivo del artículo es caracterizar la configuración de lo que constituye el precedente en el derecho constitucional colombiano, Pulido (2023) plantea la hipótesis de que el precedente judicial está constituido por un conjunto complejo de normas de origen judicial que, a su vez, constituyen diferentes tipos de precedentes judiciales, por lo que es un error reducir la explicación del precedente a la noción de *ratio decidendi*. Esta primera parte de la discusión explicita las preguntas del Eje 1 de análisis.

Como parte del Eje 2, se explica la articulación del precedente y la *ratio decidendi* en Colombia, en el que enfatiza la necesidad de un mayor refinamiento en la descripción de estas categorías para su óptima función. El autor distingue entre precedente judicial en sentido amplio, que refiere a las normas generales y abstractas de origen judicial que son obligatorias o vinculantes en virtud de la regla de precedente (como la doctrina probable, la cosa juzgada constitucional y los efectos *inter pares* e *inter comunis*), y el precedente judicial en estricto sentido, que designa a la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales.

Posteriormente, se analiza el precedente en estricto sentido, explicando los modelos de construcción de la *ratio decidendi* (modelo “*Common Law*” y modelo “legislativo”), su configuración como norma jurídica según los modelos de reglas, principios y resultados y los elementos para su identificación, destacando la importancia del problema jurídico como conector entre los hechos, la *ratio decidendi* y la parte resolutive (Pulido Ortíz, 2023). Este último problema se relaciona con el Eje 3, por cuanto la identificación y distinción entre el precedente en sentido amplio o estricto, según plantea el autor, tiene efectos en el uso que se da a la *ratio* en la práctica colombiana.

El artículo concluye que los jueces pueden crear distintos tipos de normas generales y abstractas que constituyen diferentes precedentes judiciales, por lo que es un error reducir la explicación del precedente a la noción de *ratio decidendi*. Además, plantea el desafío de caracterizar con mayor detalle los criterios de identificación de los precedentes, profundizando en las relaciones entre las formas de su construcción y los tipos de normas que lo constituyen.

6. España

El artículo propone realizar un estudio interdisciplinar sobre la autoridad del precedente judicial en España, con el propósito de lograr una comprensión integral y sistémica. Tal estudio interdisciplinar toma en consideración cuatro enfoques metodológicos: dogmático-jurídico, teórico-analítico, histórico-genealógico y socio-jurídico. De esta manera, asegura la autora, se podrá comprender la autoridad del precedente en España “en toda su complejidad” (Ruíz Resa, 2023).

Una sugerente premisa epistemológica, que valdría la pena considerar en cualquier estudio sobre el precedente, es la exigencia de dar cuenta de la “situacionalidad y corporeidad” de las cogniciones que producen los precedentes. En efecto, para entender la autoridad del precedente en todas sus dimensiones, habría que tomar en cuenta el contexto socio-histórico de España. En particular, investigar hechos políticamente relevantes, como la ausencia de una cultura democrática, el elitismo de quienes eventualmente tienen el poder de sentar precedentes, el contexto de una dictadura que generó jueces de un talante autoritario y tradicionalista, derivado de un control ideológico de sus miembros.

Ciertamente, aunque es posible desarrollar una explicación meramente racional y formal del precedente —ya sea desde una perspectiva dogmática o teórica—, tal análisis dejaría sin explicar la parte pre o irracional que circunda el fenómeno del precedente: los conflictos de poder, las relaciones de dominación y el cambio de sistema político. Por ello, es importante complementar el análisis jurídico-doctrinario o teórico-conceptual del precedente, con estudios de naturaleza histórica y sociológica —aunque esta estrategia de estudio pudiera (hipotéticamente) disgustarle al profesor Raz y a otros juristas—.

Por lo tanto, Ruíz Resa (2023) sugiere voltear a ver a los orígenes y a las transformaciones políticas de las instituciones judiciales, sin perder de vista a las comunidades que impulsaron esos cambios. Sí, estudiar el estatuto legal del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como la vinculatoriedad de sus decisiones; pero sin dejar de prestar atención, como señala la autora, a las “formas de acceso, organización y procedimientos involucrados en la producción de precedentes, y a las luchas de poder que se manifiestan en las prácticas discursivas y no discursivas con las que se produce el precedente y su contexto normativo y organizacional”.

7. Italia

El provocador artículo de Zorzetto (2023) aborda la compleja y controvertida cuestión del precedente en el ámbito del razonamiento jurídico, la analogía, el papel de la autoridad y el concepto de derecho. Se propone un concepto mínimo de precedente como herramienta explicativa para analizar los usos reales de los precedentes en la argumentación jurídica por parte de los jueces. Por lo tanto, se ocupa principalmente del Eje 3, en cuanto a los usos que se da al precedente en el contexto italiano y los desafíos que ello plantea.

El término “precedente” se refiere, en el marco del artículo, a cualquier decisión judicial dictada anteriormente, cuyo texto es accesible y se menciona en una decisión pública. La autora destaca que los precedentes son normas cuyo ámbito de aplicabilidad se discute, pudiendo considerarse abstracto, general o generalizable más allá del caso individual.

El análisis metajurisprudencial realizado por Zorzetto (2023) revela un amplio espectro de usos del precedente que van más allá del caso “puro” del precedente vinculante. Lo anterior, en virtud de que los jueces consideran el conjunto de precedentes como una caja de herramientas en la que pueden encontrar cualquier herramienta para cualquier propósito. El núcleo del artículo es el análisis jurisprudencial, en el que se identifican dieciséis argumentos diferentes sobre el uso de los precedentes, abarcando desde el argumento del precedente como *ratio decidendi* hasta el argumento del precedente aislado.

8. México

El caso de México aborda, desde el planteamiento de su problema, preguntas relativas a los tres ejes de análisis. Por una parte, el artículo retoma las cuestiones relativas a la estructura judicial local y su respectiva competencia para emitir precedentes —que junto con un nutrido marco teórico y análisis de la regulación mexicana sobre el precedente— constituye la parte inicial del artículo, de cara a encarar el objetivo central. Todo esto se constituye en un ejercicio que responde al Eje 1. La parte más sustantiva del artículo en torno al sistema de precedentes mexicano se ocupa del Eje 3, relativo a la identificación del valor normativo de los criterios interpretativos (*rationes decidendi*) en donde Sandoval (2023) explora el concepto y la relevancia normativa de las tesis en el sistema jurídico mexicano para defender: *a)* que las tesis

mexicanas son un documento que identifica una *ratio decidendi* de un precedente, y b) que diversas tesis están dotadas de relevancia normativa.

Siguiendo una revisión importante de doctrina jurídica, el autor argumenta que las tesis tienen relevancia normativa en el sistema jurídico mexicano, basándose en criterios como la competencia para crearlas, su estructura, el carácter obligatorio y vinculante de las tesis de jurisprudencia, el carácter orientador de las tesis aisladas, su procedimiento de creación, qué se discute al votarlas, y su aplicación real y consecuencias. Este análisis, lleva al autor a concluir acerca de la conveniencia del sistema de tesis mexicano, siempre y cuando los operadores sepan identificar correctamente la *ratio decidendi*. Se destaca que las tesis son ampliamente utilizadas en la práctica jurídica mexicana, al tiempo que advierte posibles problemas cuando se identifica incorrectamente la *ratio*, o si esta no puede plasmarse adecuadamente en un documento debido a la diversidad de razonamientos de las personas juzgadoras (Sandoval Islas, 2023).

9. Perú

La colaboración desarrolla una propuesta de análisis del modelo peruano de sistema de precedentes, con el objetivo de reconstruir la dinámica de su funcionamiento, por un lado, y ofrecer un esquema de trabajo para profundizar en las discusiones en materia de precedentes, por el otro.

Para comenzar dicha propuesta, García Yzaguirre (2023) estudia una serie de conceptos básicos que son indispensables para analizar a un sistema de precedentes: “decisiones pasadas”, “precedente”, “jurisprudencia”, “*ratio decidendi*”, “*obiter dicta*”, “máxima”, “regla de precedente”, entre otras. Estas nociones básicas nos permiten aproximarnos a saber qué cuenta como precedente, qué decisiones no tienen ese carácter y cómo se identifica el núcleo del razonamiento decisorio. También es preciso tener cierta claridad sobre la estructura formal de la administración de justicia, en cuanto a sus órganos, competencias, procedimientos y reglas que definen el alcance y obligatoriedad de los precedentes.

Con esas premisas conceptuales, se sostiene que el sistema de precedentes peruano se compone de distintas reglas de precedentes, las cuales no necesariamente son uniformes o estandarizadas (García Yzaguirre, 2023). En efecto, hay distintos órganos jurisdiccionales que producen precedentes. Uno de

ellos es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuyas sentencias contienen precedentes judiciales obligatorios para el Poder Judicial peruano. Pero también hay instancias administrativas que sientan precedentes en sus respectivas materias, como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, el Tribunal Fiscal, el Tribunal de Fiscalización Laboral y el Tribunal Registral. Por su parte, el Poder Judicial cuenta con distintas salas de las cortes supremas —en materia penal, civil, constitucional y social—, además del Tribunal Constitucional, quienes están facultadas para dictar precedentes vinculantes.

Aunque hay diferencias evidentes entre las reglas que regulan los precedentes en las diversas materias, y distintos sistemas de identificación (maximizado o no) de las *rationes decidendi*, se puede concluir que en el Perú hay un modelo de competencias explícitas, altamente positivizado, con regulaciones concretas sobre cómo tratar decisiones pasadas, cómo identificar *rationes decidendi* en las sentencias y formular máximas. Y desde luego, hay también una tendencia a dotar de fuerza vinculante a la jurisprudencia de la Corte IDH.

IV. LOS DESAFÍOS COMPARTIDOS: UN BALANCE GENERAL

El ejercicio analítico, a partir de los ejes propuestos en este trabajo, ha permitido advertir una primera distinción entre el tipo de problemas que pueden presentarse en los sistemas jurídicos que tienen una práctica formal o institucionalizada de precedente, de aquellos en los que no la hay. De entrada, podemos advertir que uno de los principales desafíos de los sistemas informales de precedente es identificar la *ratio decidendi*.

Ahí donde no se cuenta con reglas que determinen qué órganos pueden emitir precedentes y las formas en las que pueden extraerse las razones de la decisión, que puedan ser generalizables, se abre la posibilidad a que los esfuerzos individuales por identificar dicha razón conduzcan a identificaciones múltiples de *rationes*, incluso tratándose de una sola y misma resolución judicial.

Por otra parte, al no haber un sistema formal de precedentes, se presenta la circunstancia de que el uso o desuso de precedentes se atribuya a la iniciativa aislada de algunos destinatarios del precedente, pero no permite consolidar la práctica ni promover la coherencia con las decisiones pasadas. Este escenario desincentiva el uso de precedentes, ante la dificultad para antici-

par el sentido que podría tener la respuesta de los tribunales a un problema específico.

Por su parte, en donde existen sistemas formales o institucionalizados de precedente, se ofrecen herramientas para identificar con más facilidad la *ratio decidendi*, lo cual facilita y promueve su uso consistente por tribunales y destinatarios del precedente. Esto, sin embargo, no elimina por completo las dificultades.

En principio, el uso de recursos como la extracción de la *ratio decidendi* en un soporte independiente del precedente (como las tesis mexicanas, las sùmulas brasileñas u otras variedades) parecen ofrecer un mayor grado de certeza jurídica al contar con una formulación canónica que nos resulta más familiar en los contextos jurídicos del *Civil Law*. Sin embargo, aunque los sistemas de precedente formales tienen resuelto el asunto de la identificación de las *rationes decidendi*, se enfrentan a otro tipo de problemas.

Sin dejar de lado la posibilidad del error judicial, se presentan también otra variedad de dificultades con el uso de precedentes (Gómora-Juárez, 2022, p. 103). En no pocas ocasiones el intento extraer y transmitir una *ratio decidendi* resulta infructuoso, ya sea porque algunos ejercicios jurisprudenciales buscaron establecer una *ratio decidendi* con la suficiente generalidad, pero terminaron siendo meros recuentos de los hechos particulares del caso; sea porque el ejercicio resultó en la mera reformulación del contenido de una disposición normativa de manera diferente, o bien porque se extrajo alguna norma que no estaba presente en el precedente original.

Los problemas aquí reseñados reconducen una preocupación de base que se advierte en varios de los sistemas de precedente aquí abordados. La preocupación central de fondo está vinculada con la falta de mecanismos que contribuyan a la identificación y uso consistente de los precedentes, partiendo desde la clara delimitación e identificación de los hechos, pasando por la redacción del criterio interpretativo o *ratio decidendi* que fundamenta la decisión, hasta la posibilidad de difundir y acceder a las propias resoluciones con carácter de precedente.

Esta dificultad de base es una preocupación que han expresado diversas autoras (Gascón Abellán, 2020; Zorzetto, 2022; Ratti, 2023), reconduciendo a la necesidad de construir una cultura jurídica que se ocupe de reconfigurar sus herramientas epistémicas, con el fin de advertir la importancia que las decisiones jurisdiccionales tienen para la asignación de significados en el contexto de protección de derechos humanos.

No solo la formalización de los sistemas de precedente puede contribuir a su consolidación, sino también el trabajo desde la construcción de una cultura jurídica del precedente que ayuda a empatar la práctica con la doctrina, en la que mutuamente se reconozca existencia. Además, el diseño institucional de las estructuras judiciales que generan los precedentes está atravesado por regulaciones e integraciones que tienen efectos también en el producto final, como las personas autoras han advertido.

Finalmente, la complejidad trazada a partir de estas experiencias se intensifica cuando la práctica del precedente, que se configura al interior de los sistemas jurídicos, debe conciliarse con los precedentes de origen supranacional, lo cual plantea la necesidad de contar con formas de recepción y operatividad de las reglas que regulan la creación y aplicación de precedentes en el ámbito interno.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En los sistemas jurídicos del *Civil Law*, la necesidad práctica de delimitar los contornos de los derechos humanos reconocidos en las Constituciones a través de la reflexión jurisdiccional —tanto desde los tribunales constitucionales como desde la jurisdicción en general— ha impulsado la introducción del precedente como una forma de responder a las crecientes demandas de justicia en esta materia y acotar la discrecionalidad del juzgador. Este proceso ha seguido diferentes rutas, tiempos y formas de implementación en cada contexto, generando desafíos particulares en cada sistema.

El análisis planteado del precedente en los nueve países que conformaron este ejercicio (Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, España, Italia, México y Perú) revela algunas distinciones entre los problemas que enfrentan los sistemas con una práctica formalizada de precedente y aquellos con una práctica informal. En los sistemas informales, el principal desafío es identificar la *ratio decidendi* ante la falta de reglas claras, lo que puede llevar a múltiples interpretaciones. Además, el uso o desuso de precedentes depende de iniciativas aisladas, dificultando la consolidación de la práctica y la coherencia con decisiones pasadas.

Por otro lado, los sistemas formales brindan herramientas para identificar más fácilmente la *ratio decidendi*, promoviendo su uso consistente. Sin embargo, esto no elimina todas las dificultades, ya que a veces los intentos de extraer

y comunicar las *rationes decidendi* pueden ser poco exitosos debido a generalizaciones excesivas, ya que constituyen meras reformulaciones de disposiciones normativas o la sobreinclusión, con la extracción de normas ajenas al precedente original.

En ambos tipos de sistemas, se advierte una preocupación de fondo relacionada con la falta de mecanismos que contribuyan a la identificación y uso consistente de precedentes, abarcando desde la delimitación de los hechos hasta la redacción y difusión del criterio interpretativo. Para abordar esta complejidad, se requiere no solo la formalización de los sistemas de precedente, sino también la construcción de una cultura jurídica que reconozca la importancia de las decisiones jurisdiccionales en la asignación de significados en el contexto de la protección de los derechos humanos, y que concilie la práctica del precedente a nivel interno con los precedentes de origen supranacional.

Como editores invitados de este número del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nos honra tener la oportunidad de presentar estupendos artículos que continúen la configuración de un estudio sistemático en torno al precedente desde el *Civil Law*.

VI. REFERENCIAS

- Agüero, S. (2023). ¿Efecto relativo de las sentencias o jurisprudencia como fuente de derecho? Tensiones, relaciones y una propuesta de conciliación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168).
- Aguiló Regla, J. (2019). En defensa del Estado constitucional de derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (42), 85. <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.04>
- Añón Roig, M. J. (2002). Derechos fundamentales y Estado constitucional. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (40), 25-36.
- Calderón, C. A. (2023). Los criterios de dominialidad y congruencia en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en Bolivia. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168).
- Celano, B. (2022). *El gobierno de las leyes. Ensayos sobre el Rule of Law*. Marcial Pons. <http://www.marcialpons.es/libros/el-gobierno-de-las-leyes/9788413813769/>

- Chiassoni, P. (2015). La filosofía del precedente: Análisis conceptual y reconstrucción racional. En *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*.
- Didier Jr., F., y Fernández, L. (2023). Os precedentes no sistema brasileiro de justiça multiportas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168).
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 15-53. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2018). *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Universidad Nacional Autónoma de México; Marcial Pons. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3384-panoramica-del-derecho-procesal-constitucional-y-convencional>
- García Pelayo, M. (1991). Estado legal y estado constitucional de derecho. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, (82), 32-45.
- García Ricci, D. (2011). *Estado de derecho y principio de legalidad*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- García Yzaguirre, V. (2023). El modelo peruano de sistema de precedentes. Una propuesta de reconstrucción. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168)
- Gascón Abellán, M. (2020). Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función? En M. Gascón Abellán y A. Núñez Vaquero (Coords.), *La construcción del precedente en el civil law*. <http://www.marcialpons.es/libros/la-construccion-del-precedente-en-el-civil-law/9788417466978/>
- Gómora-Juárez, S. (2018). *Un análisis conceptual del precedente judicial*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/4742>
- Gómora-Juárez, S. (2019). La jurisprudencia mexicana y el principio de legalidad: Una compleja relación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 51(155), 799-839. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.155.14949>
- Gómora-Juárez, S. (2022). Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes: Casos de la vida real. *Discusiones*, 29(2), Article 2. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2022.3618>
- Guastini, R. (2023). *Interpretación jurídica y teoría del derecho* (Natalia Scavuzzo, Trad.). Zela.
- Lerner, P. (2004). Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 37(111), 919-966. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2004.111.3807>

- Martínez Verástegui, A. (2022). Introducción. El precedente judicial en la tradición continental. *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*. <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/editorial/teoria-y-practica-del-precedente-judicial-en-iberoamerica>
- Núñez Vaquero, Á. (2022). *Precedentes: Una aproximación analítica*. Marcial Pons.
- Prieto Sanchís, L., García Figueroa, A., y Marcilla Córdoba, G. (2014). *Argumentación jurídica* (M. Gascón Abellán, Ed.). Tirant Lo Blanch.
- Pulido Ortiz, F. (2022). ¿Es necesaria la regla del precedente? *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 129-154. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2022.16.17033>
- Pulido Ortiz, F. (2023). Los precedentes judiciales en el derecho constitucional colombiano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168).
- Ramírez Ludueña, L. (2023). *Statutory Interpretation and Binding Precedents in the Civil Law Tradition*. Oxford University Press.
- Ratti, F. (2021). Dimensiones del precedente judicial. Una metodología de estudio de la doctrina del precedente. *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 11(1), Article 1. <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/4755>
- Ratti, F. (2023). La construcción de una cultura jurídica para el precedente: Desafíos y soluciones. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168).
- Ruíz Resa, J. D. (2023). Sobre la autoridad del precedente en España: Materiales para una aproximación interdisciplinar. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168).
- Sandoval Islas, M. A. (2023). La relevancia normativa de las tesis aisladas y las tesis de jurisprudencia. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168).
- Sauca, J. M. (2024). La liquidez constitucional entre rigidez y flexibilidad: Las cláusulas de liquidez constitucional. *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, 18(18). <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2024.18.18712>
- Zorzetto, S. (2022). Argumentos jurídicos y precedentes jurisprudenciales. Un experimento de sociología judicial entre la práctica y la teoría. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (16), 85-128. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2022.16.17032>
- Zorzetto, S. (2023). Los precedentes como batería de argumentos jurídicos. Un ejercicio de desencanto sobre la fantasía judicial más allá de la analogía y la autoridad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168).

Cómo citar

Sistema IJ

Gómora-Juárez, Sandra, Cuautle Rodríguez, Edith, Rodríguez-Trujano, Enrique, y Núñez Vaquero, Álvaro, “Perspectivas del precedente en el *Civil Law*: un estudio introductorio”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 56, núm. 168, julio-diciembre de 2023, pp. 3-26. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.19183>

APA

Gómora-Juárez, S., Cuautle Rodríguez, E., Rodríguez-Trujano, E., y Núñez Vaquero, Á. (2023). Perspectivas del precedente en el *Civil Law*: un estudio introductorio, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168), 3-26. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.19183>

¿Efecto relativo de las sentencias o jurisprudencia como fuente de derecho? Una propuesta de conciliación para una tensión irresoluta¹

A relative effect of judgements or case-law as a source of law? A proposal for reconciliation to unresolved tension

Sebastián Agüero-SanJuan

 <https://orcid.org/0000-0003-2772-794X>

Universidad Austral de Chile

sebastian.aguero@uach.cl

RECEPCIÓN: 27 de enero de 2024

ACEPTACIÓN: 7 de mayo de 2024

PUBLICACIÓN: 18 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18881>

RESUMEN: La comunidad jurídica chilena ampliamente comparte dos ideas que están en tensión entre sí: por un lado, a partir del Código Civil de 1857, especialmente, con base en su artículo tercero se reconoce un efecto relativo de las sentencias, es decir, la fuerza obligatoria de las decisiones de los tribunales de justicia es sólo respecto de las causas en que se pronuncien, por el otro, a partir de la práctica jurídica, se reconoce a la jurisprudencia como una fuente del derecho, es decir, se acepta que las decisiones de los principales tribunales de justicia tienen fuerza vinculante más allá de los intervinientes en los juicios. Por ello, frente a esta tensión irresoluta, el objetivo de este trabajo es doble. Primero, a partir de la revisión de la doctrina y la jurisprudencia chilena, poner de manifiesto la tensión y precisar las razones de su surgimiento. Y, segundo, formular una propuesta que busque conciliar ambas ideas mediante: precisar el objeto de la controversia, acotar los alcances de la jurisprudencia y sugerir qué tipo de normatividad (carácter vinculante) tendría las decisiones de los principales tribunales de justicia. **Palabras claves:** jurisprudencia, efecto relativo de las sentencias, lenguaje jurídico.

¹ Investigación realizada gracias al Programa UNAM PAPIIT IN302422.

Agradezco de los comentarios a una versión previa de este trabajo realizados por Lorena Ramírez, Jorge Rodríguez, y algunos miembros del grupo “Acción, Normas y Teorías” como Diego Almonacid, Georgina Cáceres, María José Silva, Camila Matamala y Francisco Pérez, y colegas como Andrés Bordalí.

ABSTRACT: In the Chilean legal community, two ideas are widespread that are in tension with each other. On the one hand, on the basis of the Civil Code of 1857, in particular on the basis of its third article, a relative effect of judgements is recognised, i.e. the binding effect of court decisions only relates to the grounds on which they are based. On the other hand, in legal practise, case law is recognised as a source of law, i.e. it is accepted that the decisions of the most important courts are binding beyond the parties involved in the proceedings. In view of this unresolved tension, the present thesis pursues two objectives. Firstly, on the basis of an overview of Chilean doctrine and case-law, to identify the tension and the reasons for its emergence. Secondly, to formulate a proposal that reconciles both ideas by specifying the object of the controversy, limiting the scope of the jurisprudence and suggesting what kind of normative (binding) character the decisions of the most important courts should have.

Keywords: case-law, a relative effect of judgements, legal language.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El efecto relativo de las sentencias.* III. *La jurisprudencia como fuente de derecho.* IV. *¿Una normatividad jurisprudencial?* V. *El carácter vinculante de las decisiones judiciales.* VI. *Algunas conclusiones.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Hace algunos meses recibí la amable invitación de quienes lideran el proyecto “La autoridad del precedente. Debates teóricos y problemas prácticos” dirigida a escribir sobre el efecto de las decisiones judiciales a la luz de los rasgos característicos de nuestros sistemas jurídicos. Recibir la invitación de parte de Sandra Gómora, Edith Cuautle, Álvaro Nuñez y Salvador E. Rodríguez no solo fue un halago, sino también y, principalmente, una invitación a pensar sobre cómo se presenta dicho efecto en mi contexto nacional (Chile). Si bien tenía algunas intuiciones, nunca las había desarrollado. Había llegado el momento de hacerlo, lo cual agradezco.

Dentro del amplio abanico de temas y problemas involucrados, debía elegir uno que permitiese un análisis comparativo de los efectos de las decisiones de los tribunales de justicia en distintos sistemas jurídicos y, al mismo tiempo, fuese de interés para el proyecto. En definitiva, me decanté por (intentar) delimitar el alcance de, y sugerir una propuesta sobre, el valor normativo de la jurisprudencia en el contexto chileno actual. Por lo mismo, y más allá de las similitudes y correlaciones tanto prácticas como teóricas, evito hablar de precedentes para no desviar el foco de la reconstrucción jurídica nacional, la cual descansa en la noción de jurisprudencia.

La elección de la temática se funda en que la comunidad jurídica chilena comparte ampliamente dos ideas que se encuentran en una tensión irresoluble. Por un lado, a partir del Código Civil de 1857, especialmente, a partir de su artículo tercero se reconoce un efecto relativo de las sentencias, es decir, la fuerza obligatoria de las decisiones de los tribunales de justicia sólo es respecto de las causas en que se pronuncien. Y, por el otro, a partir de la práctica jurídica, se reconoce a la jurisprudencia como una fuente del derecho, es decir, se acepta que las decisiones de los principales tribunales de justicia (Corte Suprema y cortes de apelaciones) tienen fuerza vinculante más allá de los intervinientes en los juicios.

Frente a tan patente tensión, el objetivo de este trabajo es doble. Primero, a partir de la revisión de la doctrina y la jurisprudencia chilena, poner de manifiesto la tensión y precisar las razones de su surgimiento. Y, segundo, formular una propuesta que busque conciliar ambas ideas mediante delimitar el objeto de la controversia, acotar los alcances de la jurisprudencia y sugerir qué tipo de normatividad (carácter vinculante) tendría las decisiones de los principales tribunales de justicia.

Por lo mismo, la hipótesis del trabajo puede ser formulada como: “es posible conciliar las ideas del efecto relativo de las sentencias con la jurisprudencia como fuente de derecho”. De ahí que para su validación o eventual refutación realice el siguiente recorrido. Primero, reconstruyo cómo se entiende en Chile la idea del efecto relativo de las sentencias. Segundo, caracterizo cómo en Chile se entiende la jurisprudencia como fuente de derecho. Tercero, presento de qué manera tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido dicha tensión. Cuarto, formulo una propuesta de conciliación basada en delimitar la tensión, acotar el alcance de la jurisprudencia y sugerir un tipo de normatividad (carácter vinculante) para las decisiones de los principales tribunales de justicia. Por último, a modo de conclusión, recapitulo las ideas centrales del trabajo.

II. EL EFECTO RELATIVO DE LAS SENTENCIAS

Creo que no resulta aventurado sostener que el denominado efecto relativo de las sentencias constituye uno de los rasgos característicos de la cultura jurídica chilena. Desde todas las ramas del derecho, tanto desde la doctrina como desde la jurisprudencia, de manera recurrente se alude a él como un principio

fundacional del ordenamiento jurídico chileno, y no solo eso, sino que, en el propio ejercicio de la judicatura se aprecia cómo su asimilación impacta en la toma de decisiones.²

Dentro del ordenamiento jurídico chileno, la consagración y explicación del efecto relativo de las sentencias se desarrolla a partir de una interpretación sistemática de los artículos 1o., 3o. y 5o. del Código Civil chileno (en adelante Código Civil). Estos indican:

Art. 1º. La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

[...]

Art. 3º. Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

[...]

Art. 5º. La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas.

En este marco, es oportuno indicar que, las principales explicaciones sobre el efecto relativo de las sentencias están dirigidas a precisar las circunstancias o casos generales y no sus situaciones excepcionales. Por ejemplo, no buscan explicar los casos de retroactividad de la ley, los casos en donde las leyes son empleadas para solucionar intereses particulares y, en consecuencia, tampoco desarrollan las actuaciones de oficio de los tribunales, ni los recursos de revisión contra una sentencia que ha ganado ejecutoria o los recursos de unificación de jurisprudencia, y menos los recursos de casación y extraordinario. Revisemos entonces cómo se ha dotado de contenido este rasgo característico de la cultura jurídica chilena.

1. ¿Qué es el efecto relativo de las sentencias?

Las explicaciones sobre el efecto relativo de las sentencias se sustentan en el rol desempeñado por la judicatura dentro del ordenamiento jurídico

² En este sentido ver a Delgado y Díaz (2011).

chileno y a partir de ahí formulan cuál es el efecto de las sentencias. Por ello, el efecto (relativo) de las sentencias se presenta como una manifestación del papel desempeñado por los tribunales de justicia en el contexto del Estado moderno de derecho. Primero se responde a la pregunta: ¿cuál es el rol de la judicatura dentro del ordenamiento jurídico chileno?, para luego a partir de su respuesta comprender cuál es el efecto de las sentencias judiciales. Como fue indicado, a partir de los artículos 1o., 3o. y 5o. del Código Civil, la respuesta a esta pregunta se elabora a partir del rol de la judicatura en oposición al papel desempeñado por la legislación, y a partir de ella se precisa el contenido del llamado efecto relativo de las sentencias.

Más allá de sus similitudes como productos de actos de autoridad, son las diferencias entre la legislación y la judicatura las que determinan cuál es el papel de esta última dentro del estado de derecho. Generalmente, se sugiere que la legislación responde a intereses generales; mientras que la judicatura a los intereses particulares de las partes. Este rasgo diferenciador sirve de base al desarrollo de los aspectos que caracterizan a ambas actividades estatales. El principal de ellos consiste en que la legislación produce efectos generales (obliga a todos); mientras que, las decisiones de los tribunales solo obligan a las partes en litigio (obliga solo a quienes pudieron intervenir en el proceso) (Borja 1901, p. 13; Claro Solar 1911, pp. 30-31; Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1990, pp. 123-126; Pescio, 1978, pp. 240-241).

Las diferencias entre dichos actos de autoridad, según la doctrina, también comprenden el hecho de que la legislación busca regular situaciones futuras frente a la judicatura que se dirige a resolver controversias del pasado, es decir, se sostiene que el ejercicio jurisdiccional busca enmendar el pasado; mientras que, el ejercicio legislativo está dirigido a estatuir el futuro. Asimismo, las diferencias se vinculan con la iniciativa, el proceso y la finalización de ambos actos de autoridad, porque el legislador puede iniciar o desechar a voluntad el proceso de creación de una ley (no estando obligado a dictarlas) e incluso puede dejarlas sin efecto (por ejemplo, si las leyes resultan inconvenientes o defectuosas, el legislador tiene la potestad de modificarlas o suprimirlas); mientras que, por regla general, la judicatura no tiene la iniciativa para empezar juicios y, una vez que estos han comenzado, tiene la obligación de resolver la controversia sometida a su conocimiento, sin tener la posibilidad de modificar o alterar lo resuelto una vez que ha dictado la sentencia (un juez jamás podrá modificar la sentencia que dictó en resolución de una controversia) (Claro Solar, 1911, pp. 30-31; Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1990, pp. 123-126; Pescio 1978, pp. 240-241; Figueroa Yañez 1999, p. 29).

De esta manera, a partir del rol desempeñado por la judicatura dentro del derecho chileno, se da contenido al llamado efecto relativo de las sentencias consagrado en el artículo 3o. del Código Civil, cuya interpretación (estándar) indica que la ley obliga de manera general y universal en sus efectos, frente a las sentencias que sólo obligan a las partes en juicio, ya que ellos habrían sido oídos en el juicio (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1990, pp. 123-124). El artículo 3o. establecería una distinción entre dos tipos de interpretación auténtica: legal y judicial. La primera caracterizada por una obligatoriedad general o un valor generalmente obligatorio frente a la segunda con carácter particular o sólo para el caso concreto sometido a su conocimiento (Barcia, 2010, pp. 19-21).

Lo anterior deriva de entender la obligación que recae sobre los jueces como una exigencia de resolver el caso sometido a su conocimiento, y no respecto de aquello que en un futuro se pueda presentar sobre la misma materia o respecto de la misma normativa. Consideración que se complementa con el artículo 5o. del mismo Código Civil, ya que este indica que los jueces deben siempre resolver las controversias sometidas a su conocimiento con independencia de los defectos que pudiera presentar la ley (*v.gr.*, oscuridad, deficiencias o silencio), y de presentarse estos, la solución de futuro descansa en comunicar estas circunstancias anualmente a los colegisladores (presidente de la República y Congreso Nacional), específicamente, las dudas y dificultades que tuvo la judicatura en la inteligencia y aplicación de las leyes (Claro Solar, 1911, pp. 33-34).

De ahí que, Claro Solar (1911, p. 34) sugiera que no sería posible invocar una sentencia de un modo general (como la ley) para resolver todos los juicios en donde se discuta la misma cuestión de derecho o en que el juez deba aplicar la misma disposición legal. Por ello, las sentencias solo tendrían una fuerza moral o doctrinal, en el sentido de que su valía descansaría en la opinión más o menos fundada e ilustrada del magistrado que suscribe el fallo. Cuestión que se precisará cuando se hable de la jurisprudencia como fuente de derecho.

Así, consagrado en el inciso 2 del artículo 3o. del Código Civil, el efecto relativo de las sentencias se entiende como el principio general del ordenamiento jurídico chileno que entrega a las sentencias judiciales fuerza obligatoria únicamente respecto de las partes en juicio. Esto en razón de la configuración de la judicatura dentro del ordenamiento jurídico chileno (dirigida a intereses particulares), la exigencia de resolver la controversia some-

tida a su conocimiento (no hechos futuros), y la protección de quienes no han intervenido en juicio.

2. ¿Cuáles son las excepciones al efecto relativo de las sentencias?

La regla general exige que lo resuelto en una sentencia no pueda aplicarse en general o a otros casos diversos del resuelto a través de ella. Una excepción a ello, según la doctrina, estaría dada por las sentencias constitutivas, es decir, las que conllevan el nacimiento de un derecho mediante su dictación o la creación de un Estado, produciendo efectos *erga omnes* y no únicamente *inter partes* (a diferencia de las declarativas que se limitan a reconocer una situación preexistente). Son ejemplos de sentencias constitutivas las pronunciadas en los casos de divorcio, filiación, interdicción, o determinación de los herederos del causante, entre otros (Pescio, 1978, pp. 236-237; Barcia, 2010, pp. 19-21; Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1990, pp. 123-124; Figueroa Yañez, 1999, p. 29).

En sentido similar, la propia Corte Suprema de Justicia de Chile (en adelante Corte Suprema) ha señalado que el citado artículo 3o. establece una regla general según la cual la fuerza obligatoria o vinculante de las sentencias solo se extiende a las partes, al objeto y a la causa de pedir de las causas en la cuales recaigan y respecto de las cuales producen cosa juzgada. Así, si el efecto relativo descansa en la naturaleza de la causa en que recaiga, este no es absoluto y sus excepciones las establece la legislación al introducir un efecto *erga omnes*. Por ejemplo, las decisiones tomadas de conformidad con el artículo 315 de Código Civil, las hipótesis de la legislación laboral de efectos *ultra partes* en casos que recaigan en los derechos de grupos de trabajadores, o también, en materia constitucional, la cosa juzgada material *secundum eventum probationis* en la acción constitucional de protección, y en el ámbito administrativo la ilegalidad de ciertos actos que recaen sobre una generalidad de personas afecta a todas ellas, aun cuando haya reclamado una sola.³

El reconocimiento de algunas de estas excepciones no resulta pacífico desde el rol que corresponde o debe corresponder a la judicatura. Así, algu-

³ Sentencias de la Corte Suprema en causa N° 147671-2023, pronunciada por la sala Tercera Constitucional el 10 de agosto de 2023, c. 14°; en causa N° 19031-2023, pronunciada por la sala Tercera Constitucional, el 10 de agosto de 2023, c. 23°; en causa N° 10215-2023, pronunciada por la sala Tercera Constitucional, el 10 de agosto de 2023.

nos sugieren que cuando el juez dicta una sentencia que afecta a personas que no fueron parte del juicio vulnera el debido proceso y el acceso a la justicia, porque deben cumplir lo decidido personas que no tuvieron la posibilidad de ser oídas y cuyas circunstancias no fueron tenidas en consideración. Por ello, consideran que al dictar este tipo de sentencias con efectos generales el Poder Judicial invade las competencias del Poder Legislativo, cuestión improcedente por no estar dichas funciones en su competencia, no detentar legitimidad democrática y estar fuera del control de la ciudadanía, y poseer una configuración institucional no preparada para la toma de decisiones con efectos generales como se manifiesta en su estructura adversarial y limitados recursos o capacidades técnicas (Libertad y Desarrollo, 2023).

Una excepción algo menos controvertida son las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque, si bien ellas resuelven casos específicos sometidos a su conocimiento, se admite que produzcan dos efectos extensivos adicionales. Uno deriva del derecho internacional de los derechos humanos y establece que las sentencias iluminan e ilustran la interpretación de una obligación convencional en un caso distinto del que se pronuncian, porque enriquece progresivamente la comprensión del derecho. Y el otro, deriva del carácter de fuente formal de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y establece que los efectos de la decisión se extienden a otros casos con igual sustrato fáctico y en contra del Estado. Mientras el primer efecto se establecería en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Interamericana de Justicia, el segundo sólo derivaría de cierta equivalencia en el trato frente a iguales elementos de hecho, derecho y contra el Estado.⁴

Las excepciones previamente enunciadas no resultan exhaustivas, sino simplemente ejemplares de un conjunto más amplio también integrado por sentencias anulatorias dictadas en juicios contencioso-administrativos, algunas sentencias dictadas en materia ambiental (*v.gr.*, interés difuso), la acción regulada para prevenir o sancionar la competencia desleal, y las sentencias dictadas en materia de protección al consumidor (*v.gr.*, procesos colectivos), entre otras (Romero Seguel, 2012).

⁴ Sentencia de la Corte Suprema en causa N° 7130-2022, pronunciada por la sala Tercera Constitucional, el 5 de noviembre de 2022, c. 4°.

II. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO

Entendida como una actividad vinculada a los jueces, la palabra “jurisprudencia” presenta distintos sentidos. En uno de ellos alude al conjunto de fallos o decisiones de los tribunales de justicia con independencia de su jerarquía, pronunciados sobre una misma o similar materia, sobre la base de aplicar un mismo criterio acerca del derecho en dicha materia. En otro sentido refiere al conjunto de fallos de los tribunales superiores de justicia dictados y desde los cuales se obtienen los criterios con base en los cuales se han resuelto casos en una misma o similar materia. En un tercer sentido “jurisprudencia” se vincula con las normas singulares y concretas que producen los jueces a través de las sentencias que ponen término al juicio. Siendo el segundo sentido el empleado generalmente para aludir a la jurisprudencia como fuente de derecho (Squella, 2011, pp. 365 y 368).

Respecto de este segundo sentido, y vinculado con el efecto relativo de las sentencias, la doctrina nacional parece mostrar acuerdo en considerar que los jueces no tienen una obligación jurídica de resolver el caso sometido a su conocimiento con base en las decisiones precedentes de otro tribunal o el mismo. Sin embargo, la explicación y el acuerdo no se detiene allí, sino más bien se extiende hacia un análisis de la jurisprudencia como fuente de derecho.

Primero, se recuerda y enfatiza que los tribunales inferiores no están obligados a seguir los criterios utilizados por los superiores, es decir, con base en el efecto relativo de las sentencias los fallos anteriores no son vinculantes y, en consecuencia, el juez no está obligado a resolver de la misma manera un caso similar. Segundo, rápidamente se matiza lo anterior recalcando que, en la práctica jurídica nacional, es conocida la influencia que ejercen las decisiones de los tribunales superiores sobre los inferiores, o bien, es admitida y no controvertida una práctica de la judicatura consistente en una deferencia hacia los criterios derivados de las decisiones de los principales tribunales del país (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones). Tercero, se precisa que esta deferencia no debe ser confundida con las obligaciones que derivan de las sentencias dictadas por los tribunales, las cuales no son generales ni abstractas, sino más bien concretas y singulares en la aplicación de normas generales y abstractas. Cuarto, se alude someramente a las eventuales ventajas vinculadas con la habitual deferencia, ya que ella posibilitaría o contribuiría a la estabilidad en la interpretación del derecho, la seguridad jurídica y la

igualdad ante la ley, entre otras consideraciones (Squella, 2011, pp. 365 y 369; Ruz Lartiga, 2011, p. 112; Barrientos Grandon, 2012, pp. 31-32).

Las sentencias constituyen actos jurídicos emanados de los tribunales de justicia en el ejercicio de su facultad jurisdiccional en conformidad con la Constitución. Ellas producen jurisprudencia cuando se constituyen en una doctrina jurídica emanada de las decisiones adoptadas por los tribunales del país y cuya relevancia o influencia está vinculada con la jerarquía del tribunal del cual derivan. Entendida de esta manera, como fuente de derecho, la jurisprudencia se compone del conjunto de los criterios emanados desde las decisiones uniformemente adoptadas por los principales tribunales de justicia (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones). Si los jueces deben conocer los asuntos sometidos a su conocimiento y hacer ejecutar lo juzgado, es en este contexto en donde ellos pueden verse ayudados por lo resuelto anteriormente por otros jueces en materias similares con el propósito de encontrar un principio, criterio o directriz a partir de decisiones análogas (Figueroa Yañez, 1999, p. 29; Ruz Lartiga, 2011, p. 110).

Lo anterior permite concluir que, en Chile, se busca conciliar la tensión existente entre asumir, por un lado, el llamado efecto relativo de las sentencias y, por el otro, una práctica de los tribunales inferiores consistente en seguir o guiarse por la jurisprudencia establecida por los principales tribunales del país (Corte Suprema y cortes de apelaciones). Como fuente de derecho, la jurisprudencia vendría a proporcionar un conjunto de criterios rectores en la aplicación de la ley, cuyo origen está en la actividad de los principales tribunales de justicia, los cuales, al tiempo de resolver varios casos semejantes, aplican en un idéntico sentido las mismas disposiciones legales. Por ello, los autores se decantan por entender la jurisprudencia no como una fuente formal del derecho sino más bien como una material, lo cual significa que ella no obliga al tribunal que la dictó ni a otros tribunales, sino que solo (en los hechos) ejerce una fuerte influencia en las decisiones futuras del mismo tribunal u otros (Figueroa Yañez, 1999, p. 29; Squella, 2011, p. 366; Ruz Lartiga, 2011, p. 110).⁵

⁵ En relación con las fuentes formales y materiales, Squella (2011, p. 285) sostiene que “En una cuarta acepción «fuente [formal] del derecho» significa fundamento de validez de una norma jurídica, de modo que, si la Constitución es el fundamento de validez de la ley, la Constitución es entonces una fuente del derecho. Como habrá oportunidad de explicarse en el capítulo siguiente, toda norma jurídica encuentra el fundamento de su validez en otra norma jurídica del mismo ordenamiento de que se trate, aunque de jerarquía o rango superior,

IV. ¿UNA NORMATIVIDAD JURISPRUDENCIAL?

Como se ha podido apreciar, la tensión entre sostener conjuntamente el efecto relativo de las sentencias y la jurisprudencia como fuente de derecho se ha gestionado añadiendo el adjetivo “material” a la expresión “fuente de derecho”, evitando usar las palabras “obligatorio” o “vinculante” al hablar de la jurisprudencia y sustituirlas por “influencia” o “deferencia”. También la conciliación se ha buscado a través de presentar de manera dicotómica, por un lado, el derecho (o lo que dice este) y, por el otro, (lo que hace) la práctica jurídica, y, por último y en mayor medida, poniendo el énfasis en el carácter de guía interpretativa que tendrían las decisiones de los tribunales superiores de justicia al tiempo de extraer o atribuir un contenido significativo a las disposiciones legales. Todos arreglos conceptuales que buscan suavizar la evidente tensión.

Sin embargo, estos mecanismos “coherentistas” no han resultado suficientes para sostener el peso de la contradicción, ya sea porque la propia doctrina es consciente de los problemas implicados en sostener ambas tesis de manera conjunta (efecto relativo y jurisprudencia), o bien, porque la propia judicatura en sus decisiones ha buscado sortear sin demasiado éxito las dificultades derivadas de sostener ambas ideas al mismo tiempo. Presento rápidamente algunos casos que ejemplifican esta situación.

En los estudios de reforma al Código Civil, Domínguez (2000) sugirió abordar e incorporar la calidad de fuente de la doctrina jurisprudencial, porque la propuesta de código que revisó regulaba el carácter relativo de la cosa juzgada, pero no aludía a la práctica de extraer de la jurisprudencia constante una norma con efecto vinculante. Su sugerencia de *lege ferenda* se fundaba en que la inclusión de esta última idea entregaría al sistema jurídico chileno

concretamente en aquella norma superior que regula su creación, esto es, en aquella norma superior que establece quién, cómo y dentro de qué límites está autorizado para producir la norma inferior correspondiente. Por lo mismo, si la Constitución es norma superior respecto de la ley, porque es la que establece quién, cómo y dentro de qué límites se halla autorizado para producir las leyes, la Constitución es entonces la fuente de la ley [...] «fuente [material] del derecho» alude a factores de diversa índole —políticos, económicos, sociales, científicos, técnicos, etcétera— que presentes en una determinada sociedad en un momento dado, y en dinámica y recíproca interacción, influyen de manera importante en la producción de una o más normas del ordenamiento jurídico que rige en una sociedad y en el contenido de que tales normas se encuentran provistas. Esta acepción de la expresión que nos ocupa se refiere a lo que se llama comúnmente fuentes materiales del derecho”.

una mayor certeza al generar una mayor consciencia respecto de la resolución de los casos. Así, se buscaría evitar un excesivo particularismo en las decisiones, especialmente, en relación con la Corte Suprema y su papel dentro de la orgánica del Poder Judicial.

Por su parte, a partir de la *lege lata*, la Corte Suprema ha sostenido tres posiciones diferentes. Una propuesta “coherentista” consistente en precisar cómo entender armónicamente el efecto relativo de las sentencias con el efecto de sus decisiones en la práctica jurídica. Una propuesta “normativa” consistente en fundar sus decisiones en la jurisprudencia elaborada por ella. Y una propuesta “contradictoria” consistente en incurrir en una contradicción pragmática cuando reproduce una línea jurisprudencial mientras clarifica el efecto relativo de las sentencias. Rápidamente mostraré algunos ejemplos de estas posiciones.

En un caso la Corte Suprema consideró que la alusión a la jurisprudencia como apoyo de una decisión judicial no era errada ni tampoco afectaba el efecto relativo de las sentencias, porque lo importante radicaba en que la sentencia hubiera cumplido con los requisitos de la debida fundamentación, y estos eran independientes de los argumentos adicionales que fueran dados en refuerzo de ella, como podían ser alusiones jurisprudenciales.⁶

En otra ocasión, en un voto disidente, uno de sus ministros sostuvo que, en concordancia con el principio del efecto relativo de las sentencias, los argumentos presentados en una decisión, con independencia de su carácter teórico, siempre debían ser entendidos como dirigidos a resolver una controversia particular ventilada en un caso específico. Ellos no debían ser extrapolados a conflictos de orden general que surjan sobre la misma materia, porque no constituyen lo que se denomina precedente, tal como se indica en el inciso segundo del artículo 3o. del Código Civil.⁷

En un caso se alegó la vulneración del principio de igualdad, fundado en que la decisión impugnada desconoció otros pronunciamientos de la Corte Suprema que habían resuelto la controversia de un modo distinto. Aquí la corte consideró improcedente este argumento en razón del efecto relativo de las sentencias establecido en el artículo 3o., inciso 2, del Código Civil (con-

⁶ Sentencia de la Corte Suprema, en causa núm. 8413/2012, pronunciada por la Sala Tercera (Constitucional), el 17 de enero de 2013, c. 4^o.

⁷ Sentencia de la Corte Suprema, en causa núm. 28614-2021, pronunciada por la Sala Cuarta Mixta, el 17 de agosto de 2022, c. 1^o voto disidente.

firmado en otros cuerpos legales como el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 376 del Código Procesal Penal). Precisó además que, si una decisión infringe lo declarado y establecido por la Corte Suprema en otras decisiones, ello no posibilita interponer un recurso de casación, porque este solo procede contra sentencias dictadas con infracción “de ley”, como prescribe el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil. Con ello se concluye que, en nuestro sistema jurídico, el precedente judicial o derecho precedente no constituye una fuente formal de creación del derecho.⁸

En cambio, en otro tipo de decisiones, caracterizadas por fundamentar una decisión en una línea jurisprudencial, la Corte Suprema no ha tenido dudas en manifestar la relevancia de sus decisiones precedentes para resolver las controversias sometidas a su conocimiento. Esbozo tres casos paradigmáticos de este enfoque normativo.

La corte sostuvo que la sentencia impugnada no había incurrido en los errores de derecho denunciados por la demandada, entre otras razones, porque su propia línea jurisprudencial había sostenido que, dentro del sistema instituido por el Código Civil sobre el dominio y posesión inscrita de los bienes raíces, no había duda de que el dueño y el poseedor inscrito de un inmueble tienen la aptitud jurídica para ejercitar la acción reivindicatoria en contra de quien detenta su posesión material. Esta doctrina asentada por la jurisprudencia resultaba pertinente para resolver el caso objeto de la controversia y, además, constituía una interpretación normativa en armonía con el espíritu general de la legislación y la equidad natural, parámetros ambos de la hermenéutica nacional contemplados en el artículo 24 del Código Civil.⁹

En más de una ocasión, la Corte Suprema ha sostenido la procedencia del daño moral en el contexto de la responsabilidad contractual con base en su propia línea jurisprudencial, haciendo incluso el ejercicio de indicar detalladamente no sólo la individualización de la sentencia, sino también en dónde ellas se encuentran publicadas.¹⁰

⁸ Sentencia de la Corte Suprema en causa núm. 37181/2015, pronunciada por la Sala Segunda (Penal), el 29 de noviembre de 2016, c. 11^o.

⁹ Sentencias de la Corte Suprema pronunciadas por la Sala Primera (Civil) en causa núm. 2313/2009 (Casación), el 7 de diciembre de 2010, c. 11 y 12; en causa núm. 3944/2013 (Otros), el 3 de julio de 2014, c. 19 y 20.

¹⁰ Algunas de las sentencias de la Corte Suprema pronunciadas por la Sala Primera (Civil) en este sentido son la causa núm. 4103/2005 (Casación), el 24 de septiembre de 2007, c. 31; la causa núm. 59/2007 (Casación), el 25 de septiembre de 2008, c. 20; la causa núm. 4727/2007

En un voto disidente, uno de sus ministros reconstruyó latamente el origen de cómo se estableció en Chile la responsabilidad del Estado a través de la noción de “falta de servicio” a través de la jurisprudencia de la propia corte. Allí se argumentó que esta construcción jurisprudencial se sustenta en la interpretación dada a los artículos 2o., 4o., 5o., 6o., 7o., y 38 de la Constitución Política de la República y los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575. Y, además, que gracias a ella se había propiciado la evolución del derecho público, en especial, del derecho administrativo en nuestro país.¹¹

A su vez, como ejemplo de su propuesta “contradictoria, recurso al llamado “casos ISAPRES”, en donde la corte, por un lado, sostiene que su decisión se ajusta al efecto relativo de las sentencias y, por el otro, en los casos sucesivos reproduce de manera irrestricta la misma argumentación utilizada en su primera decisión.¹² De esta manera, al reproducir sentencia a sentencia un razonamiento sustentado en el efecto relativo de las sentencias para buscar circunscribir los alcances de cada decisión incurre en una contradicción pragmática. La cual se reproduce en el siguiente considerando, generalmente, el catorceavo:

Que diferentes argumentaciones se han expresado relativas al impacto que puede tener la resolución de la jurisdicción en la materia, antecedente que estos sentenciadores han considerado en toda su dimensión, sin dejar de atender el efecto relativo de las sentencias judiciales, conforme lo prevé el artículo 3° del Código Civil, que circunscribe la determinación de esta Corte a quienes han accionado de protección y no al total de los afiliados al sistema de salud privado. Sin embargo, aquel no es el aspecto que está llamada a resolver este tribunal, puesto que sus competencias están fijadas por el texto constitucional respecto de la revisión de la posible afectación de garantías fundamentales por actuaciones u omisiones arbitrarias e ilegales, a todo lo cual se ha circunscrito el presente análisis.¹³

(Casación), el 29 de octubre de 2008, c. 13 y 14; la causa núm. 6937/2009 (Casación), el 11 de abril de 2011, c. 18; la causa núm. 216/2010 (Casación), el 01 de agosto de 2011, c. 13 y 14; y la causa núm. 2220/2011 (Casación), el 13 de junio de 2012, c. 25.

¹¹ Sentencia de la Corte Suprema en causa n° 12221/2017 (Casación), pronunciada por la Sala Tercera (Constitucional), el 19 de abril de 2018.

¹² El impacto de este caso en el derecho chileno ha sido tal que, el actual gobierno, durante todo el 2023 ha buscado gestionar sus efectos en el sistema de salud chileno a través de, al menos, dos mecanismos: una llamada “ley corta de ISAPRES” y una reevaluación de lo que implica su ejecución efectiva para las aseguradas privadas de salud.

¹³ Esta argumentación se ha sostenido entre otras sentencias pronunciadas por la Sala Ter-

Por consiguiente, una parte de la doctrina ya ha sugerido la conveniencia de regular esta situación en donde se consagra un efecto relativo de la sentencia y, al mismo tiempo, se proclama la relevancia de la jurisprudencia. Y la propia actividad del máximo tribunal ha mostrado de manera patente las contradicciones derivadas de su aplicación, ya que, por un lado, se da un carácter complementario a las decisiones de los tribunales, por el otro, se recurre a ellas para fundar las decisiones judiciales. Por último, se incurre (inevitablemente) en una contradicción pragmática, contrasentido que ha quedado de manifiesto en uno de los casos de mayor connotación social del último tiempo.

V. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Explicitada la tensión entre una asunción estricta del efecto relativo de las sentencias y tratar a la jurisprudencia como fuente de derecho corresponde sugerir una propuesta de conciliación entre ambas ideas en tensión. El desarrollo de esta descansa en la toma de posición respecto de tres ejes dentro de la controversia, a saber: ¿cuál es el alcance de la tensión?, ¿cuál es el sentido de “jurisprudencia”?, y ¿cuál es la normatividad de las decisiones judiciales?

1. El alcance de la tensión

Según Barrientos (2012, 26-27), al tiempo de dictación del Código Civil, a través de una regla de las Siete Partidas (1,1,14) se encontraba vigente una doctrina medieval que, junto con otros elementos, inspira la dictación del aludido

cera (Constitucional) de la Corte Suprema en causa núm. 55446-2016 (Apelación Protección), el 6 de abril de 2017, c. 26; en causa núm. 2775/2017, el 12 de abril de 2017, c. 14; en causa núm. 16814/2017 (Apelación), el 25 de mayo de 2017, c. 14; en causa núm. 21461/2017 (Apelación), el 28 de junio de 2017, c. 14; en causa núm. 21473/2017 (Apelación), el 28 de junio de 2017, c. 14; en causa n° 24054/2017 (Apelación), el 29 de junio de 2017, c. 14; en causa núm. 23423/2017 (Apelación), el 29 de junio de 2017, c. 14; en causa núm. 23956/2017 (Apelación), el 29 de junio de 2017, c. 14; en causa núm. 26679/2017 (Apelación), el 25 de julio de 2017, c. 14; en causa núm. 29478/2017 (Apelación), el 17 de agosto de 2017, c. 14; en causa núm. 30890/2017 (Apelación), el 31 de agosto de 2017, c. 14; en causa núm. 31226/2017 (Apelación), el 31 de agosto de 2017, c. 14; y en causa núm. 31540/2017 (Apelación), el 31 de agosto de 2017, c. 14, entre muchas otras.

artículo 3o.¹⁴ Esta doctrina diferencia tres tipos de interpretación: (i) *interpretatio generalis et necessaria*, conocida como interpretación auténtica y que entendía como obligatoria (necesaria) y para todos (general), la cual correspondía al legislador; (ii) *interpretatio necessaria sed non generalis*, la cual era obligatoria, pero solo para ciertas personas y que correspondía al juez; y (iii) *interpretatio nec generalis nec necessaria*, la cual no tenía obligatoriedad y era realizada por la doctrina.

Esta distinción medieval entre distintos tipos de interpretación entrega un primer insumo para acotar la controversia, ya que el problema no se presenta respecto de la *interpretatio necessaria sed non generalis*, porque precisamente este es el efecto relativo de las sentencias, y tampoco la controversia se extiende a si las decisiones de los tribunales son una *interpretatio nec generalis nec necessaria*, porque no son necesarias para los intervinientes en el proceso. De ahí que, la tensión entre las ideas del efecto relativo y la jurisprudencia como fuente se extienda principal (pero no únicamente) a determinar si es posible obtener de las decisiones de los tribunales de justicia criterios o reglas que constituyan una *interpretatio generalis et necessaria*, es decir, criterios o pautas que constituyan una interpretación generalmente obligatoria. Por ello, en lo que sigue, para precisar esta noción, *i.e.*, qué implica el carácter “generalmente obligatorio” de las normas, seguiré la senda propuesta por N. Bobbio y G. H. von Wright.

Según el autor turinés, las normas pueden ser universales o particulares tanto respecto del sujeto a quien van dirigidas como de la acción que regulan. La universalidad o particularidad depende de si el sujeto o la acción aludida representan una clase compuesta de varios miembros, o bien, refieren a sujetos o acciones que representan una individualidad. Por ende, si las normas buscan determinar la conducta de los sujetos, existen cuatro posibilidades: 1) normas dirigidas a una clase de personas (general) que regula una clase o tipo de acciones (abstracta); 2) normas dirigidas a una clase de personas (general) que regula una acción particular (concreta); 3) normas con destinatario individual (particular) que regula una clase o tipo de acciones (abstracta), y 4) normas con destinatario individual (particular) dirigidas a una acción particular (concretas) (Bobbio, 1993[1957/58], pp. 128-133).

¹⁴ Una presentación de otras influencias como artículo 5o. del Código Civil francés, o sus antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 1841-1845, así como también su similitud con otras disposiciones coetáneas como proyecto de García Goyena de 1851 o Código Civil Colombiano de 1887, en (Borja 1901, 12-23); (Barrientos Grandon 2012, 25-27).

A partir de estas cuatro posibilidades es dable sostener sin lugar a dudas que la controversia o tensión en torno al carácter vinculante de la jurisprudencia se presenta respecto de si desde las decisiones de los principales tribunales de justicia es posible obtener normas que vinculen a todos los miembros de una clase a realizar una acción tipo (generales y abstractas). En cambio, respecto de si la tensión también se extiende a la producción de normas generales y concretas requiere de algunas precisiones adicionales.

Siguiendo a von Wright (1963, 78-80), en relación con el sujeto o destinatario, una prescripción es general cuando se dirige a todas las personas sin restricción o a todos quienes respondan con una descripción; mientras que, es particular cuando se dirige a un individuo en específico. Y, en relación con la ocasión o periodo en el cual debe ocurrir lo regulado, las prescripciones son generales si están destinadas a un número ilimitado de ocasiones y particulares si están dirigidas a una ocasión específica o a un conjunto finito de ocasiones específicas.

A partir de lo anterior, una norma es particular si es particular respecto del sujeto y la ocasión, y es eminentemente general si es general respecto del sujeto y la ocasión. Y cuando es particular en un sentido y general en otro, von Wright (1963, pp. 36, 81-83) sugiere decantarse por el carácter general en la ocasión para diferenciar entre órdenes o mandatos y prescripciones o leyes (estatales). Así, siguiendo John Austin (1995[1832]), si un soberano establece guardar duelo nacional, la norma formulada sería un orden o mandato y no una prescripción o ley, porque, si bien está dirigida a toda la comunidad, su realización ocurre en una única ocasión.

De esta manera, es posible precisar que, principal mas no únicamente, la discusión en torno al carácter vinculante de las normas de origen jurisprudencial busca determinar si tienen la capacidad de ser generales en torno al sujeto, por aludir a una clase de ellos, a la ocasión, por presentarse en un número ilimitado de casos, y a la acción, por referir a una categoría de acciones ejemplificables de manera ilimitada. Estos rasgos son los que permiten su aplicación a casos futuros, o como dice la literatura relevante dotan las reglas o pautas jurisprudenciales de un “carácter universalizable”.

2. Los sentidos de jurisprudencia

Cuando se caracteriza la jurisprudencia como fuente de derecho, se alude de manera unánime a un conjunto de decisiones adoptadas en un sentido

por los principales o superiores tribunales de justicia (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones). Sin embargo, no parece haber acuerdo respecto de qué significa que las decisiones sean en un mismo sentido. Aquí existen al menos dos posibilidades. Una sugiere que las decisiones proporcionan criterios que pueden utilizarse en la resolución de casos similares dentro de una misma o similar materia. Y otra entiende que las decisiones entregan criterios para la aplicación de la ley, *i.e.*, criterios dirigidos a la aplicación de las mismas disposiciones legales en un idéntico sentido.

Sin duda ambas opciones producen un impacto en la decisión del caso, pero su injerencia se presenta de modo diverso. En el primer caso se proporciona una regla susceptible de generalización, la cual puede ser aplicada como criterio de decisión para un caso futuro en razón de la identidad, la similitud o la analogía entre los hechos del caso decidido y los hechos del caso futuro. En cambio, en el segundo se entrega una regla semántica en el sentido de proporcionar criterios de uso de las palabras, frases, u oraciones empleadas por el legislador, de modo que, se explicitan la(s) regla(s) que determinan las condiciones en las cuales se deben usar o aplicar las expresiones que integran la legislación. En este último caso, la función está en entregar criterios (tanto para los jueces como los ciudadanos) que posibilitan identificar la(s) norma(s) obtenidas a partir del discurso del legislador (Alchourrón y Bulygin, 1983; Taruffo, 2007; Mendonca, 2023).

La presencia de esta ambigüedad permite explicar, al menos parcialmente, algunas de las controversias suscitadas respecto del carácter vinculante de la jurisprudencia, ya que, mientras el primer sentido parece entrar en tensión con el efecto relativo de la sentencia, el segundo da la imprecisión de sortear esta dificultad. Por ello, en este trabajo me centro en este último para mostrar cierta deferencia con la práctica jurídica mayoritaria, y junto con sugerir una propuesta de conciliación entre el efecto relativo de las sentencias y el carácter vinculante de la jurisprudencia.¹⁵

Esta toma de posición más captura dos ideas ampliamente compartidas en nuestra tradición. Por una parte, entender que la exigencia de motivación judicial obliga al decisor, entre muchas otras cosas, a mencionar en la sentencia alguna disposición normativa (artículo, inciso, párrafo, etcétera), junto con explicitar el paso desde la disposición hacia la norma jurídica, es decir, expresar el razonamiento interpretativo llevado a cabo para determinar

¹⁵ Sobre precedentes interpretativos véase Ramírez-Ludeña (2023b).

el significado otorgado a la disposición o disposiciones utilizadas (Ezquiaga, 2003). Y, por otra parte, tener presente que la elaboración de las colecciones de jurisprudencia se realiza a partir de las disposiciones normativas de una constitución, ley, reglamento, etcétera, de manera que, los criterios obtenidos de las decisiones de los tribunales consistan en enunciados sobre o acerca de cada una de las disposiciones que integran un cuerpo normativo, facilitando así su interpretación (Taruffo, 2007).

3. El tipo de normatividad de las decisiones judiciales

Precisado el sentido de norma generalmente obligatoria y el sentido de jurisprudencia como fuente de derecho que será objeto de la conciliación, corresponde poner de manifiesto el tipo de normatividad que detentan las decisiones de los principales tribunales de justicia. Esto lo realizaré con base en algunos rasgos centrales del lenguaje jurídico dado que el sentido de jurisprudencia relevante es el que alude a los criterios semánticos o lingüísticos que posibilitan identificar la(s) norma(s) obtenidas a partir del discurso del legislador.

El lenguaje jurídico es una variante del idioma (español) empleada en textos legales, judiciales, administrativos, y notariales, entre muchos otros, los cuales conciernen a la creación o aplicación del derecho. Este lenguaje se considera un tecnolecto, porque está constituido por el habla de una ciencia, técnica u oficio cuyo origen deriva de las necesidades propias de cada actividad y se caracteriza por tener sus propios términos y conceptos (Real Academia de la Lengua Española, 2017, pp. 2-3).

En general, se considera que el español jurídico detenta rasgos propios que lo sitúan más allá de la mayoría de los tecnolectos. No solo detenta su propios términos y conceptos (aunque muchos de ellos sean heredados del latín, el griego, el árabe, el francés y el inglés), sino también se caracteriza por la producción de textos propios. Estos tienen una particular macroestructura, la aplicación de técnicas de redacción con rasgos característicos de estilo, sintácticos y morfológicos, junto con pretender o detentar un carácter normativo y suscitar el interés de la sociedad en su conjunto (Real Academia de la Lengua Española, 2017, pp. 3-11). Dentro de estos rasgos propios del español jurídico, mi atención está en los términos y los conceptos, porque son ellos los que permiten decir que nos encontramos frente a un tecnolecto.

Siguiendo a Ryle (1964), podemos afirmar que tanto la configuración como el contenido de los conceptos técnicos están determinados por la dis-

ciplina en la cual estos se desarrollan. Los términos que designan aquellos conceptos técnicos están cargados con el peso de dicha disciplina y, sobre todo, con el equipaje derivado del modo en que ellos son utilizados y desarrollados dentro de dicha actividad. Por ello, para conocer el significado expresado por los términos técnicos se requiere alguna comprensión de, y un grado de internalización en, la práctica científica, técnica o el oficio en la cual se desarrollan dichos conceptos, y de ser el caso, algún grado de comprensión de la(s) teoría(s) en las que ellos son empleados.

Este carácter técnico se presenta con independencia de las palabras utilizadas para designar dichos conceptos, es decir, con independencia de si se utilizan palabras del lenguaje ordinario con un significado específicamente jurídico (como “objeto”), o bien, se recurre a un término y concepto estrictamente jurídico (como “decreto”). Al estar la prioridad en los conceptos, y no en los términos, estos últimos pueden ser empleados para expresar conceptos jurídicos o de otro tipo.¹⁶

Si para aprender los conceptos técnicos del derecho se requiere de algún grado de comprensión e internalización en la práctica jurídica, surge la interrogante por ¿cómo logramos esto? A partir de una sugerencia wittgensteniana, P. F. Strawson (2011, p. 189) enfatiza la relevancia de la instrucción para agudizar la percepción y construir el conocimiento. Aquello que “vemos como” podríamos no “verlo como” sin los beneficios de la instrucción. La mayoría de los conceptos que figuran en cualquier explicación verídica de nuestra percepción tienen su origen en la instrucción. Por ello, el carácter de nuestra experiencia perceptual está determinado por la instrucción en el sentido de información recibida mediante las palabras a través de otros. Por ejemplo, al leer un documento ¿sería posible verlo como un “contrato” sin que se me hubiera instruido sobre su carácter?, o ¿podría ver los derechos y obligaciones que se derivan de él sin nociones acerca del derecho de las obligaciones? De ahí que, la percepción sin conceptos y sin la ayuda de la instruc-

¹⁶ En adelante sigo una teoría strawsoniana de los conceptos, la cual he presentado de manera más extensa en (Agüero-SanJuan, 2018a), junto con realizar aplicaciones de ella en la teoría y práctica jurídica (Agüero-SanJuan, 2018b); (Agüero-SanJuan, 2022b). Es importante precisar que hoy más que ayer soy consciente de los desafíos vinculados con una visión (parcialmente) platónica del significado, por ejemplo, ver Zalabardo (2000) y Garrett (2010). Sin embargo, la consciencia de estos desafíos filosóficos no ha alterado en demasía mi opinión respecto de la utilidad de la propuesta strawsoniana para explicar el fenómeno jurídico. De ahí que nuevamente recurra a ella para clarificar un aspecto de la práctica jurídica.

ción (información derivada desde el lenguaje hablado o escrito), quizá, no es necesariamente ciega, sino más bien penosamente miope. Por ello, alguna alusión a la instrucción de los conceptos jurídico se hace necesaria.

Generalmente, se considera que la jurisprudencia y la doctrina o dogmática son los participantes privilegiados de la práctica jurídica. La jurisprudencia ya fue caracterizada y la doctrina se puede entender como la actividad que busca interpretar, explicar y sistematizar el contenido normativo de un derecho positivo determinado, generando propuestas que complementen y/o armonicen dicho derecho a través de su transformación y enriquecimiento.¹⁷

Si bien ambos son actores privilegiados de la práctica jurídica, respecto de la instrucción se reconoce cierta prioridad de la doctrina frente a la jurisprudencia, es más, se considera que, en nuestra tradición romano-germánica o de *civil law*, es a través de la dogmática o doctrina que aprendemos el derecho. Por ejemplo, como señalan Calsamiglia y Guastini respectivamente:

[...] me interesa prestar especial interés a la dogmática jurídica porque es el lenguaje que se utiliza para la transmisión del conocimiento jurídico y porque tanto abogados como jueces, legisladores y juristas en general lo usan (1990, p. 17)
[...] encuentro de gran interés los modos de razonar de los juristas, entre otras cosas porque pienso que son los juristas —más bien que los jueces— los que “construyen” el Derecho, y que es la dogmática jurídica la que forja la *forma mentis* de los jueces[...] (2014, p. 463)

Esto no debe obviar que, si bien la doctrina participa en la configuración de los conceptos jurídicos, su labor pierde relevancia sin una adecuada simbiosis con la jurisprudencia. Es en la asociación entre ambos actores que ellos y la comunidad jurídica se ven beneficiados. Sin embargo, esta asociación no es simétrica, porque al momento de resolver una controversia una sentencia podría omitir cualquier alusión a la dogmática, sin incurrir en vicio alguno, pero un trabajo doctrinal sin alusiones a cómo los tribunales se han posicionado sobre el tema o problema que busca tratar no correría igual suerte, presentando una grave insuficiencia. Esta asimetría en la configuración

¹⁷ En un sentido similar, por ejemplo, Atienza sostiene que la doctrina o dogmática se caracteriza por tener como objeto de estudio el derecho vigente en un determinado lugar y momento histórico, con un marcado carácter nacional, y formular enunciados desde el punto de vista del aceptante, cuyo propósito es suministrar criterios para la aplicación del derecho vigente y para la estabilización y cambio del sistema jurídico (2001, pp. 235-262)

de los conceptos jurídicos pone manifiesto el carácter “autoritativo” a las decisiones de los tribunales de justicia (principales). Caracterización que tiene un sentido particular, el cual paso a desarrollar.

En una sucinta explicación sobre los conceptos y su vinculación con el lenguaje podemos asumir dos consideraciones de corte wittgensteniano. Primero, el hecho que el lenguaje sea un fenómeno social posibilita la existencia de un “uso correcto”, porque la corrección en el uso de una expresión deriva de su conformidad con la práctica común acordada del uso de dicha expresión en una comunidad determinada. Segundo, la posibilidad de que exista una conformidad en la práctica descansa en la posibilidad de tener un acceso compartido a las “circunstancias donde los miembros de la comunidad lingüística están de acuerdo con el uso de la expresión”, es decir, la presencia de bases públicamente observables para la aplicación de las expresiones. Así, la existencia de criterios que determinan los usos correctos del lenguaje descansa en el hecho que formamos comunidades lingüísticas (ordinarias o técnicas) que coinciden en la práctica lingüística (Strawson, 1985, pp. 76-79; Strawson, 2011, p. 187).

La primera consideración precedente entiende que la posibilidad de un criterio de corrección en el uso del lenguaje implica la posibilidad de reconocer que se está diciendo “la misma” cosa en el mismo tipo de situaciones, y la identidad de un tipo entre casos diferentes en relación con expresiones y oraciones tipo. El reconocimiento perceptual y la emisión de expresiones en casos particulares como casos distintos de un tipo idéntico admite la posibilidad de la existencia de tipos generales que son o pueden ser ejemplificados una y otra vez en casos particulares distintos. Estos tipos generales no están en el mundo físico o natural, allí solamente encontramos sus ejemplificaciones (si las hay), solo en el pensamiento se diferencia entre casos particulares de un tipo general (como objetos del pensamiento). Y estos tipos generales son nuestros conceptos (Strawson, 1985, pp. 84-90).

La segunda consideración aludida precisa la necesidad de una comunidad de hablantes. La pregunta: ¿qué implica que una palabra tenga un significado?, conlleva la pregunta sobre ¿qué implica que alguien siga una regla? Y en el seguimiento de reglas, no solo se deben considerar las acciones de quien la sigue, sino también las reacciones de otros individuos ante lo que él hace, ya que solo tiene sentido decir que sigo una regla (semántica) cuando es inteligible sostener que alguien más (en principio) puede descubrir y seguir dicha regla. Por ello, el seguimiento de reglas (semánticas) refiere a un con-

junto de conductas que entregan la posibilidad de que algún otro comprenda lo que se está haciendo, colocándose a sí mismo hipotéticamente en la situación de cumplirlas. Obviamente esto implica la posibilidad de error, porque seguir una regla implica poder preguntar si alguien está haciendo las cosas correctamente o no, y, precisamente, la idea de regla radica en habilitarnos para evaluar lo que se está haciendo. Por tanto, establecer reglas (semántica) no es una actividad que se pueda predicar de individuos aislados, ya que solo en el contacto con otros se posibilita la regulación de las propias acciones. Comunidades lingüísticas ordinarias o técnicas que configuran nuestros conceptos (Winch, 2011, pp. 35-39).

A partir de lo anterior se podría sugerir que todos los miembros de una comunidad (*v.gr.*, un Estado nación) participan en la configuración de los conceptos jurídicos y sus reglas de uso. Cuestión que en principio puede ser correcta, pero no implica que todos los miembros de la comunidad nos encontremos en igualdad de condiciones ni que detengamos igual grado de injerencia en ella. Esto último está determinado en cada comunidad jurídica a partir de múltiples factores entre los cuales (paradójicamente) los centrales son propiamente normativos como, por ejemplo, la separación de poderes, el rol de la judicatura, la estructura judicial, etcétera, o bien, propios de la cultura jurídica como la preponderancia o influencia de la doctrina y jurisprudencia en cada comunidad.

Si para que existan conceptos y, consecuentemente, reglas acerca de su uso resulta imprescindible la presencia de bases públicamente observables para la aplicación de las expresiones, en este trabajo, sugiero que la jurisprudencia es la que proporciona dichas bases públicamente observables. Cuando no sabemos qué significados atribuir a las expresiones del legislador, lo escrito por cada uno de los miembros de la doctrina puede resultar insondable y peor aún inaccesible, pero lo establecido por los tribunales es en principio público o contrastable (salvo contadas excepciones). De este modo, las cortes (de apelaciones y suprema) autoritativamente constituyen las bases para un acuerdo en torno al uso de las expresiones que integran el discurso del legislador, estas se plasman a través de conjuntos de decisiones en un mismo sentido. Contribuye a sostener esta posición la idea ampliamente compartida en la comunidad jurídica chilena, según la cual, toda doctrina mayoritaria (cualquiera sea esta) descansa decisivamente en su grado de aceptación por la judicatura, siendo excepcionalísimo o un contrasentido sostener que:

“hay una doctrina mayoritaria que no tiene ningún asidero en los tribunales de justicia”.¹⁸

Por consideraciones de este tipo, autores como E. Bulygin (1991[1966], p. 367), han sugerido entender la jurisprudencia como fuente de derecho cuya función no se reduce a la creación de normas, sino más bien a desempeñar un rol determinante en la definición y la delimitación de los conceptos jurídicos. Y, en la misma línea, C. S. Nino (1980, pp. 246 y 293) entiende que el papel privilegiado de los jueces en la interpretación y la aplicación de las leyes deriva de que sus planteamientos son los que constituyen una condición para hacer efectivos los efectos de las normas jurídicas.

Por lo mismo, la idea de vinculatoriedad de las reglas semánticas establecidas por la jurisprudencia podría ser entendida en un sentido jurídico a partir de las sugerencias de A. Ross (1994, pp. 12-19). Él sostiene que las directivas ejercen influencia en sus destinatarios cuando entre los miembros de una comunidad se presenta una coparticipación, la cual posibilita una misma interpretación de las reglas que regulan la comunidad. Se genera así entre los miembros de la comunidad el sentimiento de vivir las directivas como socialmente obligatorias, lo cual se manifiesta en la motivación de sus comportamientos y en la espera de una reacción cuando alguien se distancia de la directiva. De esta manera, el conjunto de ideas normativas que sirven como esquema de interpretación para los fenómenos que integran el derecho en acción es (y debe ser) muchísimo más amplio que las llamadas fuentes formales del derecho.¹⁹

En definitiva, la tensión entre el efecto relativo de las sentencias y la jurisprudencia como fuente de derecho se centra en determinar si las decisiones de los principales tribunales de justicia proporcionan criterios o pautas que constituyan una interpretación generalmente obligatoria. Esto dirige la controversia hacia el carácter vinculante de las normas de origen jurisprudencial en relación con una clase de sujetos, un número ilimitado de casos y una categoría de acciones (carácter universalizable). Como fuente de derecho, dentro de los distintos sentidos atribuidos a las reglas jurisprudenciales me centro en aquel que las entiende como para un conjunto de reglas

¹⁸ Una posición y argumentos en sentido similar en Ramírez-Ludeña (2023a).

¹⁹ En el contexto nacional (chileno), autoras como Accatino (2002) sugieren que la jurisprudencia de los principales tribunales de justicia podría llegar a tener en los hechos una fuerza vinculante fáctica, la cual sería de tal envergadura que producen consecuencias similares a las que presentan otros sistemas con una vinculación absoluta al precedente.

semánticas, es decir, como pautas dirigidas a entregar criterios (tanto para los jueces como los ciudadanos) que posibilitan identificar la(s) norma(s) obtenidas a partir del discurso del legislador. De ahí que, en su calidad de tecnolecto, la configuración del lenguaje jurídico, y en especial, sus conceptos, descansa en la comunidad lingüística de referencia cuyas bases públicamente contrastables son proporcionadas por las decisiones de los principales tribunales de justicia (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones). Esta normatividad, que podríamos llamar lingüística, nos entrega razones para interpretar los textos jurídicos a la luz de cómo han sido entendidos por la jurisprudencia, ya que en caso contrario se corre el riesgo de desviarnos de la práctica y, en consecuencia, producir e incluso justificar reacciones de parte de los otros miembros de la comunidad de hablantes.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Frente al conflicto patente entre las ideas de atribuir un efecto relativo a las sentencias y, al mismo tiempo, entender que la jurisprudencia es fuente de derecho, en el presente trabajo, caractericé ambas ideas y su tensión desde la doctrina y jurisprudencia chilena, para luego, con base en ello, sugerir una propuesta de conciliación entre ambas. Esta es elaborada a partir de la delimitación del objeto de la controversia, la circunscripción de los alcances de la jurisprudencia y el desarrollo de una propuesta dirigida a precisar cuál es el carácter vinculante de las decisiones de los principales tribunales de justicia.

Sin embargo, corresponde ser cauto y no olvidar los múltiples desafíos y controversias vinculados con la noción de vinculatoriedad o normatividad. Este punto de cautela permite ser conscientes de que sin una respuesta clara sobre esta noción no es posible avanzar demasiado en otros ámbitos del saber, como el objeto de este trabajo. Por ejemplo, sin respuestas claras a ¿cuántos sentidos de vinculatoriedad o normatividad estamos dispuestos a admitir? ¿Qué constituye a cada uno de ellos? ¿Cuáles son sus alcances y efectos?, no resulta posible desarrollar una adecuada explicación en torno a la jurisprudencia y/o el precedente.

Por ejemplo, podemos estar de acuerdo en diferenciar distintos contenidos normativos o caracteres vinculantes con base en los motivos de su emisión, el contexto de formulación y la naturaleza del verbo empleado (*v.gr.*,

órdenes, sugerencias, consejos, invitaciones, requerimientos, permisos, e instrucciones, entre otros), pero este acuerdo no se extiende ni precisa si los diferentes usos del lenguaje normativo comparten un significado central, o bien, cada uno de ellos constituye una parte central del significado. Opciones estas muy distintas entre sí.²⁰

Si bien estas cuestiones son determinantes para saber de qué hablamos cuando aludimos a la fuerza vinculante o normatividad de las decisiones de los tribunales de justicia, en muchas ocasiones ellas son olvidadas, o bien, sus desarrollos resultan un tanto superficiales. Por ello, un trabajo como el aquí desarrollado, necesariamente requiere ser complementado con una respuesta a ¿qué implica la vinculatoriedad de las decisiones de los tribunales de justicia? Sólo el tiempo dirá si lograré dar respuesta a esta interrogante en un futuro próximo o lejano.

VII. REFERENCIAS

- Accatino, D. (2002). El precedente judicial en la cultura jurídica chilena. *Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*, (20), 559-582.
- Agüero-SanJuan, S. (2018a). ¿Qué involucra un análisis conceptual en red? Alcances de una imagen strawsoniana para la teoría del derecho. *Cuadernos de Filosofía del Derecho, DOXA*, (41), 101-109. <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.06>
- Agüero-SanJuan, S. (2018b). ¿Cómo encontrar normas jurídicas? Una revisión a la ontología desde la identificación. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (49), 3-44. <https://doi.org/10.5347/49.2018.21>
- Agüero-SanJuan, S. (2022b). Apuntes sobre la seguridad jurídica y las antinomias. Una propuesta de estudio. *Saber y Justicia*, 6-29.
- Alchourrón, C., y Bulygin, E. (1983). Definiciones y normas. En E. Bulygin (Ed.), *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió* (pp. 125-148). Abeledo-Perrot.
- Alessandri, A., Somarriva, M. y Vodanovic, A. 1990. *Derecho Civil. Parte preliminar y parte general*. 5a. ed. Vol. I. Ediar ConoSur Ltda.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Ariel.

²⁰ Véase Fox (2015, pp. 314-315), Condoravdi y Lauer (2012), Portner (2016) y Horn y Schwartz (2022, p. 176).

- Austin, J. (1995[1832]). *The province of jurisprudence determined*. Cambridge University Press.
- Barcia, R. (2010). *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*. Thomson Reuters.
- Barrientos Grandon, J. (2012). *Código Civil*. Abeledo Perrot.
- Bobbio, N. (1993[1957/58]). *Teoria generale del diritto*. G. Giappichelli Editore.
- Borja, L. (1901). *Estudios sobre el Código Civil*. Vol. I. A. Roger y F. Chernoviz Impresores-Editores.
- Bulygin, E. (1991[1966]). Sentencia judicial y creación de derecho. En C. Alchourrón y E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (pp. 355-369). Centro de Estudios Constitucionales.
- Calsamiglia, A. 1990. *Introducción a la ciencia jurídica* (3a. ed.). Ariel.
- Condoravdi, C., y Lauer, S. (2012). Imperatives: meaning and illocutionary force. *Empirical Issues in Syntax and Semantics*, (9), 37-58.
- Claro Solar, L. (1911). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Vol. I. Editorial Jurídica de Chile.
- Delgado, J., y Díaz, I. (2011). La unificación de jurisprudencia pretendida por el recurso extraordinario: Ventajas y problemas. *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, XVIII(2), 275-304.
- Domínguez Águila, R. (2000). Comentarios del profesor. En Fundación Fernando Fueyo Laneri, *Estudio sobre reformas al código civil y códigos de comercio* (pp. 61-65). Editorial Jurídica de Chile.
- Ezquiaga, F. (2003). Función legislativa y judicial: a sujeción del juez a la ley. En J. J. Orozco Henríquez, R. Vázquez, y J. Malem (eds.), *La función judicial: ética y democracia* (pp. 39-55). Gedisa.
- Figuerola Yáñez, G. (1999). *Curso de derecho civil*. Vol. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- Fox, C. (2015). The Semantics of Imperatives. En S. Lappin y C. Fox (Ed.), *The Handbook of Contemporary Semantic Theory* (314-341). Cambridge University Press.
- Garrett, B. (2010). *¿Qué es eso llamado metafísica?* (Fabio Morales, trad.) Alianza.
- Guastini, R. (2014). *La sintassi del diritto* (2a. ed.). G. Giappichelli Editore.
- Horn, C., y Schwartz, J. (2022). Preliminaries for a speech-act theory of imperative. En G. Mras y M. Schmitz (Eds.), *Force, content, and the unity of propositions* (pp. 176-195). Routledge
- Libertad y Desarrollo (2023). Fallos con efectos generales: graves precedentes. *Temas Públicos*, II(1578).
- Mendonca, D. (2023). *El lenguaje del derecho*. Marcial Pons.

- Nino, C. S. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. (2a. ed.) Astrea.
- Pescio, V. (1978). *Manual de derecho civil*. Vol. I. Editorial Jurídica.
- Portner, P. (2016). Imperatives. En M. Aloni y P. Dekker (Eds.), *The Cambridge Handbook of Formal Semantics* (pp. 593-626). Cambridge University Press.
- Ramírez-Ludeña, L. (2023a). Statutory Interpretation and Binding Precedents in the Civil Law Tradition. En T. Endicott, H. Kristjanson y S. Lewis (Eds.). *Philosophical Foundations of Precedent* (pp. 418-430). Oxford University Press.
- Ramírez-Ludeña, L. (2023b). La creación de precedentes interpretativos. *Eunomía* (24), 35-48. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7654>
- Real Academia de la Lengua Española. 2017. *Libro de la justicia*. Espasa.
- Romero Seguel, A. (2012). La sentencia judicial como medio de prueba. *Revista Chilena de Derecho*, XXXIX(2), 251-276.
- Ross, A. 1994. *Sobre el derecho y la justicia*. (5a. ed.) (Genaro Carrió, trad.). Eudeba.
- Ruz Lartiga, G. 2011. *Explicaciones de derecho civil. Parte general y acto jurídico*. Vol. I. Abeledo Perrot.
- Ryle, G. 1964. *Dilemmas. The Tarner lectures 1953*. Cambridge at the University Press.
- Squella, A. 2011. *Introducción al derecho*. Editorial Jurídica de Chile.
- Strawson, P.F. 1974. 1985. *Skepticism and naturalism: some varieties*. Methuen.
- Strawson, P.F. 2011. *Philosophical writings*. Oxford University Press.
- Taruffo, M. 2007. Precedente y jurisprudencia. *Precedente. Anuario Jurídico* 86-99. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>
- von Wright, G. H. 1963. *Norm and action*. Routledge and Kegan Paul.
- Winch, P. 2011. *Ciencia Social y filosofía* (2a. ed.) (Maria Rosa Viganó, trad.). Amorrotu.
- Zalabardo, J. L. 2000. Realism Detranscendentalized. *European Journal of Philosophy*, VIII(1), 63-88. <https://doi.org/10.1111/1468-0378.00101>

Cómo citar

Sistema IJ

Agüero, Sebastián, “¿Efecto relativo de las sentencias o jurisprudencia como fuente de derecho? Una propuesta de conciliación para una tensión irresoluta”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 56, núm. 168, julio-diciembre de 2023, pp. 27-55. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18881>

APA

Agüero, S. (2023) ¿Efecto relativo de las sentencias o jurisprudencia como fuente de derecho? Una propuesta de conciliación para una tensión irresoluta, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168), 27-55. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18881>

Los criterios de dominialidad y congruencia en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en Bolivia¹

The criteria of dominance and congruence in the development of constitutional jurisprudence in Bolivia

Carlos Alberto **Calderón Medrano**

 <https://orcid.org/0009-0001-0898-3983>

Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca,
Bolivia

Correo electrónico: carlos_calderon_medrano@hotmail.com

RECEPCIÓN: 31 de enero de 2024

ACEPTACIÓN: 15 de mayo de 2024

PUBLICACIÓN: 18 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18886>

RESUMEN: El presente ensayo tiene el objetivo de desarrollar de manera analítica la funcionalidad del estándar jurisprudencial más alto, como un criterio de protección y efectivización de la protección de los derechos fundamentales, pero no así como una herramienta sistematizadora de precedentes constitucionales válidos, para lo cual, de manera paralela se establecerá a la dominialidad y congruencia como criterios idóneos y aptos para la identificación y sistematización del precedente constitucional válido.

Palabras clave: jurisprudencia, precedente, Constitución.

ABSTRACT: The objective of this paper is to develop in an analytical and critical manner the functionality of the highest jurisprudential standard, as a criterion for the protection and implementation of the protection of Fundamental Rights, but not as a tool to establish and systematize valid constitutional precedents or in force, for which, in parallel, dominance and congruence will be established as suitable and suitable criteria for the identification and systematization of valid constitutional precedent.

Keywords: jurisprudence, precedent, Constitution.

¹ Investigación realizada gracias al Programa UNAM-PAPIIT IN302422.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La teoría de fuentes del derecho.* III. *Cambio en el sistema de fuentes en la Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009.* IV. *La jurisprudencia como fuente del derecho.* V. *El estándar jurisprudencial más alto.* VI. *La dominialidad y congruencia como criterios para la identificación del precedente válido.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo actual de los sistemas jurídicos del mundo occidental, no cabe duda alguna del deber ineludible de resaltar el papel fundamental que ha tomado la jurisprudencia en la construcción misma del fundamento interpretativo de validez normativa del derecho como instrumento de paz social.

Tanto los diversos paradigmas encontrados a lo largo de la historia del derecho, como los actuales emergentes, han tenido como eje central la identificación del derecho, es decir, se han construido criterios y herramientas con base en conocer de manera objetiva y racional al derecho como tal.

Claro está que la clásica dicotomía entre iuspositivistas e iusnaturalistas parece ser superada en cierta medida con la metodología pospositiva que fue adoptada por muchas prácticas jurídicas a partir de las dos grandes guerras mundiales, sin embargo, no deja de ser una raigambre permanente el textualismo de las disposiciones normativas.

Este es el punto de partida de la preocupación de estudiar a fondo una de las prácticas más habituales que se ha abierto paso poco a poco en la práctica del derecho, y que en la actualidad ha tomado un papel fundamental en la construcción no sólo del derecho, sino también en la construcción misma del Estado de derecho, que como antes se había dicho, es la jurisprudencia o el precedente, o en su defecto, el confluir de ambos conceptos en una misma práctica jurídico institucional.

No obstante, varios son los criterios que forman parte de los estudios de la jurisprudencia y los precedentes, mismos que, como tiende a ser casi una ley general en el estudio del derecho, estos han desembocado en una relativización a veces compleja de unificar en torno a determinar con base objetiva el uso y manejo de la jurisprudencia.

La idea que gira en torno a los criterios emergentes de la jurisprudencia como fuente directa del derecho, hace que sea necesario, en una primera instancia, otorgar una especie de marco conceptual, aunque sea de mane-

ra superficial, puesto que precisamente será ese sustento teórico que permita analizar el uso y funcionalidad de la misma. Por lo que se realizará un desarrollo descriptivo breve de lo que se entiende por la teoría de fuentes del derecho.

Asimismo, y tomando como parámetro el constitucionalismo boliviano, se hará un breve repaso al cambio en el sistema de fuentes a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009, hecho que permitió establecer a la jurisprudencia como fuente directa del sistema normativo en Bolivia, basando dicho criterio en la vinculatoriedad de las sentencias constitucionales plurinacionales.

Aunado a esto, se entrará a analizar de manera descriptiva un criterio de identificación del precedente válido en rigor dentro del desarrollo del derecho jurisprudencial en Bolivia, como es el “estándar jurisprudencial más alto”, mismo que ha tenido tanto sus sostenidos como sus bemoles en cuanto a la aplicación de este precedente válido como fuente directa del derecho, para lo cual, debe entenderse este como un criterio más de otros tantos que deben de observarse.

Y finalmente, como propuesta se identificará y planteará a la “dominialidad” y “congruencia” como los criterios más aptos e idóneos para la identificación del precedente válido en vigor.

II. LA TEORÍA DE FUENTES DEL DERECHO

Las concepciones que se construyeron en torno a la teoría de las fuentes del derecho, varían de acuerdo con las bases epistémicas que se manejan para entender el derecho mismo, en ese entendido, es necesario hacer una delimitación conceptual de lo que debe entenderse por la expresión “fuentes del derecho”, en esa línea, es que ya se hizo un primer intento de este ejercicio de delimitación en un primer trabajo “La importancia de la jurisprudencia y el precedente en el sistema de justicia boliviano” (Calderón, 2020), mismo que es de autoría del suscrito, en dicha obra se hace una distinción y clasificación respecto a las diferentes escuelas y enfoques teóricos que aportan a la actual clasificación de las ciencias jurídicas, por lo que desde su génesis histórica podemos clasificar esta teoría de la siguiente manera:

- 1) Aquella fundada en el nacimiento u origen del orden jurídico (iusnaturalismo).
- 2) Aquella que determina un criterio de validez normativa y jurisprudencial (positivismo).
- 3) Aquella aplicada en las decisiones judiciales desde una perspectiva de la pluralidad de fuentes (teóricos contemporáneos).

Si bien, como toda clasificación, esta tiende a ser arbitraria, no obstante, esta nos proveerá de los límites conceptuales en los cuales podremos establecer una identificación mucho más precisa para determinar el origen mismo de la validez normativa del derecho.

De lo señalado, y desde esta perspectiva, se entiende al iusnaturalismo como ese movimiento predominante en los siglos XVII y XVIII, etapa revolucionaria e ilustrada del pensamiento liberal, ideología fundante de las resoluciones burguesas europeas y del proceso independentista de América, que considera al derecho como un ideal imperecedero e inalterable, impreso en la naturaleza humana que puede ser conocido por la razón (Calderón, 2020).

De lo señalado, la idea misma sobre la que descansa el iusnaturalismo es que el hombre adquiere sus derechos propios por su misma naturaleza humana, siendo estos incluso anteriores a cualquier ordenamiento normativo positivo.

En cambio el iuspositivismo, caracterizado de una manera más propia a través de la escuela de la exégesis, postula una “hipervaloración del texto de la ley positiva, destacando su carácter estatal; para ellos, la indagación hermenéutica se limita a encontrar la pretendida voluntad del legislador, mediante la utilización de técnicas analíticas, dando prevalencia al argumento de autoridad, y construyendo ficciones para superar los vacíos normativos” (Gómez Serrano, 2008, pp. 15-38), de esto puede extraerse las principales características de este iuspositivismo, tales como:

- a) Los actos legislativos bastaban para normar la vida social, es decir, el derecho positivo estaba constituido únicamente por la ley.
- b) La labor del juez estaba subsumida en la búsqueda de la voluntad del legislador, puesto que de realizarse una interpretación creadora, estos estarían usurpando funciones.
- c) Manifestación estatal como autoridad creadora de la ley y apelación reiterada a los principios del derecho.

- d) No se le dio valor a la costumbre, la analogía legislativa era suficiente para cualquier vacío o laguna.
- e) Desconocimiento del derecho natural (Calderón, 2020).

En síntesis, la validez normativa para el iuspositivismo está condicionada a los actos legislativos propiamente como tal, y por lo mismo, la labor del juez debe reducirse en esencia a tratar de buscar de manera constante la voluntad detrás de cada uno de esos actos legislativos, puesto que cada criterio emergente de éste contiene en sí un criterio de autoridad; en ese entendido, no se tiene por válida una percepción naturalista de la identificación misma del derecho, aspecto que implica una disyuntiva entre estos dos presupuestos.

A estos criterios debe sumársele el proveniente de las corrientes contemporáneas, mismos que podríamos resumirlos en los realismos jurídicos —estadounidense, escandinavo, francés y genovés—, el pospositivismo, y teoría democrática del derecho, no obstante, debe hacerse énfasis en la distinción que realiza Ronald Dworkin respecto a las reglas y principios, en ese entendido, se dijo lo siguiente:

El profesor Ronald Dworkin precisó que el derecho no puede verse solo como un conjunto de reglas o normas, sino que este contiene principios; considerando que no puede haber separación entre las ciencias jurídicas y la moral. Este exponente, argumentaba que los principios se constituyen en premisas que fijan objetivos de carácter económico, social o político, y en este marco, los principios en sentido estricto, son exigencias de tipo moral que establecen derechos. En este parámetro, los principios a diferencia de las reglas, son todo o nada, tienen un ámbito de dominio de la interpretación, como un acto integrador entre: el legislador, el derecho y el juez.

Verbigracia, de la precedente aseveración el mismo teórico expone:

[...] dos sentencias de la jurisprudencia norteamericana: *Riggs v Palmer* y *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* (New York 1889 el primero, New Jersey 1960 el segundo), tomadas por los jueces no fundándose en reglas sino en principios. Frente a una situación, en *Riggs*, en la que las reglas del estado de New York no van más allá de la estipulación de las modalidades para que un testamento sea considerado válido, la mayoría de la Corte que decida lo hace en base al principio de que nadie puede obtener un beneficio de su propio acto ilícito. (Dworkin, 1999, pp. 21-25)

Los ejemplos de este doctrinario le sirven para sostener su idea que establece a los principios como parte del sistema jurídico por razón de su contenido y no por razón de su origen.

La crisis del positivismo jurídico en la actualidad tiene como su principal crítico al teórico Dworkin, quien señala que, a este enfoque le aqueja una sistemática limitación semántica al modelo de las reglas positivas (Calderón, 2020).

En efecto, y como se señaló, una perspectiva mucho más contemporánea del derecho permite observar una pretensión de superación de la discusión entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo a través de una distinción entre reglas y principios, y la conexión necesaria entre derecho y moral, con el fundamento de que los principios son parte de un sistema jurídico por razón de su contenido, y no así por su origen, y en efecto, como puede darse cuenta, es uno de los principales críticos del positivismo y de todo ese paradigma dominante hasta mediados del siglo XX.

La teoría de fuentes del derecho en la actualidad conforma el núcleo central de cualquier concepción del derecho, pues a través de ella se trata de dar un cierre a los problemas más grandes que giran en torno del derecho, como es el de su identificación y unificación conceptual.

A partir de este criterio es que puede esbozarse una clasificación de las fuentes del derecho de la siguiente manera:

- i) Las fuentes reales o primarias: los poderes sociales a los que, dentro del ordenamiento jurídico, se les reconoce la posibilidad de producir normas jurídicas con independencia, por propia potestad soberana.
- ii) Las fuentes secundarias: a diferencia de las primeras, se distinguen por razones de poder o racionalización de su ejercicio.
- iii) Las fuentes directas: se refiere a las normas mismas.
- iv) Las fuentes indirectas: son aquellas que ayudan a la comprensión y a la producción de la norma, pero sin darle existencia por sí misma.
- v) Las fuentes materiales: designan los factores que mediata o inmediatamente influyen en el contenido de las normas jurídicas
- vi) Las fuentes formales: las formas a través de las cuales se manifiesta o crea el derecho (Schiele, p. xxx).

A partir de estas distinciones es que podremos entender el vínculo que puede tener la labor judicial con la validez normativa, y la discusión

doctrinal radica en otorgarle la categoría de fuente primaria, directa o formal a los fallos reiterados por los tribunales de cierre que resuelven casos concretos.

III. CAMBIO EN EL SISTEMA DE FUENTES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE BOLIVIA DE 2009

A partir de la entrada en vigor de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPE) de 2009, el sistema de fuentes en Bolivia tuvo un cambio importante, con la inclusión de la jurisprudencia y la costumbre como parte de dicho sistema de fuentes.

La jurisprudencia en la actualidad es contemplada como una fuente del derecho, y que además se encarga de complementar el ordenamiento jurídico mediante la interpretación de la Constitución, la ley y los principios, tanto generales del derecho como los otorgados en el propio sistema normativo, por lo que no es incorrecto señalar que en la actualidad, dentro del sistema boliviano la jurisprudencia es considerada como fuente directa del derecho.

El artículo 203 de la CPE, sobre la vinculatoriedad horizontal y vertical de la jurisprudencia constitucional, estableció que: “Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno”, de este precepto se tiene que todo lo que emane de este Tribunal Constitucional reviste de un imperativo categórico de cumplimiento, y al ser vinculante, de igual manera obligatorio, no existiendo recurso procesal que pueda valer contra la decisión de éste.

Este criterio tiene base en la configuración que existe entre las relaciones de las “fuentes” del derecho con la estructura formal de los sistemas jurídicos, pues la idea básica de la teoría de las fuentes descansa en la de determinar la validez normativa, como la de unificar los elementos que hacen parte del sistema normativo (Andaluz).

En ese entendido, también debe traerse a colación lo establecido en el artículo 196 de la CPE, mismo que dota de autoridad al Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución Política del Estado, precepto que condiciona de manera directa la producción normativa ordinaria (artículo 162 al 164 de la CPE), puesto que, la vinculatoriedad procedente del artículo 203 de la CPE hace que, como antes se había señalado, nada es-

capa a la vista de la norma suprema; por lo señalado, en el sistema jurídico boliviano se tiene que los precedentes constitucionales gozan de una preeminencia sobre el derecho ordinario, puesto que la última palabra respecto a la consonancia de cualquier acto que emane desde la autoridad pública con la Constitución, la tiene el Tribunal señalado.

IV. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

Como se había señalado, la jurisprudencia se ha convertido en fuente directa del derecho, pues la misma, vía interpretativa, se encarga de complementar el ordenamiento jurídico, mismo que, en un criterio casi unificado, se tiene por incompleto y hasta veces ambiguo, razón por la cual la tarea de los jueces ha venido a tornarse en fundamental para el fortalecimiento pleno del Estado de derecho y democracia.

No obstante, es importante hacer algunas precisiones fundamentales para un entendimiento mucho más objetivo del lugar que ocupa la jurisprudencia en la actualidad.

En ese entendido, debe partirse de un concepto medianamente amplio que evite restricciones en torno a tecnicismos muchas veces engorrosos, por lo señalado para Clemente Diego, debe entenderse por jurisprudencia a aquella norma contenida en el fallo de un juez o tribunal o en el conjunto de ellos; en un sentido material, es el fallo mismo o conjunto de ellos; en sentido formal, es el modo de juzgar, el hábito o criterio de apreciación, interpretación y subsunción que en el fallo o conjunto de fallos se contienen (Clemente Diego, 1925).

A partir de este criterio es que se pueden encontrar dos tipos de tesis o posturas respecto a la naturaleza de la jurisprudencia, según Schiele, a saber:

- 1) Tesis que consideran la jurisprudencia como fuente del derecho.
- 2) Tesis que no consideran la jurisprudencia como fuente del derecho.
- 3) Tesis que consideran la jurisprudencia como fuente del derecho.

Los que son partidarios de esta postura señalan que la jurisprudencia debe ser considerada como fuente directa del derecho, y la discusión gira en torno a identificar el fundamento, con la suficiente fuerza normativa,

que otorgue tanto la autoridad como la vinculatoriedad de este presupuesto en relación con otras fuentes del derecho.

Continuando con Schiele, los argumentos que dan forma a esta postura pueden resumirse en los siguientes criterios:

La jurisprudencia como costumbre: según esta percepción, el entendimiento debe asimilarse como una subclase de costumbre, o especie de derecho consuetudinario, puesto que el derecho judicial adquiere reconocimiento ante la repetición de sus sentencias, siendo esta una forma consuetudinaria de derecho con características particulares. En ese entendido, y citando Schiele a Clemente Diego, No se llamará jurisprudencia, sino a aquella aplicación del derecho repetida y constante, uniforme y coherente, por tal modo que revele un criterio y pauta general, un hábito y modo constante de interpretar y de aplicar las normas jurídicas.

Los principios jurídicos en la jurisprudencia: de acuerdo con este criterio, la interpretación hecha por los tribunales de cierre respecto a los principios general del derecho se asimila, de alguna manera, con la doctrina legal, y como tal, debe ser considerado con el carácter de fuente del derecho.

Estimación de la jurisprudencia como fuente del derecho sin necesidad de reconocimiento legal que la justifique: esto claramente proviene de una perspectiva convencional, dado que para este criterio poco o nada importaría el reconocimiento formal de la jurisprudencia como fuente del derecho, por la simple razón y hecho de que la jurisprudencia termina imponiéndose en la vida judicial, aspecto que evidenciaría de manera indiscutible que se trata de una fuente jurídica.

Dirección sociológica y realista: esta tendencia pone en relieve el valor práctico de la jurisprudencia sobre la ley, puesto que en los casos concretos, siempre será la decisión judicial la que se imponga sobre las “fuentes formales” del derecho.

Doctrina intermedia: finalmente, esta postura trata de limitar la percepción de que el juez es el creador del derecho, pues una exacerbación de la aplicación de la jurisprudencia sobre la ley, de manera inevitable, lleva consigo la consecuencia del detrimento del principio de separación de poderes —mismo que es la base del orden constitucional—, además, al no haber sido señalado de manera expresa como fuente directa del derecho por el propio legislador, en definitiva no se trataría de una fuente autónoma de producción jurídica. Con base en este criterio, es que señalan que la jurisprudencia debería ser considerada fuente del derecho distinta a otras fuentes, porque a esta

le implica una aplicación práctica y en definitiva a la sistematización de las otras fuentes del derecho.

En contraparte a estas tesis que proponen a la jurisprudencia como fuente directa del derecho, se tiene las tesis opuestas que no le otorgan ese lugar privilegiado a dicha institución.

- Tesis que consideran la jurisprudencia como fuente del derecho

Respecto a esta postura, en este grupo de tesis se pone en duda la categoría de fuente del derecho que se le otorga a la jurisprudencia, si bien se encuentran voces que reconocen la labor del juez, sin embargo, niega que la jurisprudencia tenga en sí esa labor creadora del derecho, como sí lo tienen las fuentes formales y directas.

En ese orden de ideas, y siguiendo nuevamente a Schiele, podemos describir esta postura a través de los siguientes rasgos comunes:

No corresponde a los tribunales de justicia el desarrollo de la labor normativa: como antes se había señalado, la labor normativa en esencia recae en el legislador, aspecto que obedece al principio rector de todo Estado constitucional de derecho, como es el de separación de poderes; en ese entendido, es lógico señalar que no le compete al juez el determinar la organización social, las reglas políticas, las políticas públicas, etcétera, aspectos que salen de su competencia.

No contienen las sentencias de los tribunales de justicia la generalidad y la abstracción propia de las normas jurídicas: esto mucho tiene que ver con el fundamento propio que posee la técnica legislativa, puesto que la sentencia no contiene —ni está diseñada para eso— un modelo de conducta a seguir. Además de que se debe tomar en cuenta que la sentencia es una declaración no abstracta que actúa en torno a un caso concreto con fuerza de ley para el caso que resuelve, en ese entendido debe recordarse el aforismo usado por Oliver Wendell Holmes Jr. que haciendo alusión a este problema señaló que “Hard cases make bad law” (los casos difíciles no hacen buena ley). De lo señalado entonces, según esta tesis no puede tomarse a la jurisprudencia como fuente formal del derecho, sino que más bien, las fuentes del derecho son lo que la jurisprudencia interpreta y aplica.

Falta de seguridad jurídica, la jurisprudencia es cambiante y contradictoria: este argumento maneja el hecho que la jurisprudencia es mutable, dinámica, flexible y “viviente”, característica que más allá de ser una virtud

en realidad esta postura lo toma como un defecto, puesto que una condición fundamental del derecho es la seguridad jurídica, en ese sentido, la jurisprudencia no puede ser fuente directa, toda vez que su producción depende de manera directa de la discrecionalidad del juez, aspecto que muchas veces puede rozar la arbitrariedad. Esta postura además señala que

No puede haber derecho sin orden, sin fijeza: el ciudadano debe encontrar en el derecho la garantía de que el ordenamiento jurídico no solo reconoce los derechos, sino además el auxilio del juez ante la pretensión de cumplirlos y para ello ha de tener la confianza y hasta la certidumbre de que la decisión del juez confirmará su pretensión en términos coincidentes con el precepto positivo que la fundamenta. (Schiele citando a Calvo, 1992)

De acuerdo con esta postura, la duda hacia el papel de la jurisprudencia tiene que ver tanto con la legitimidad de los jueces, la técnica que proviene de su estructura discursiva, como la consecuencia de esa misma técnica, empero, en observancia del principio de “seguridad jurídica”.

Teniendo en cuenta estas dos posiciones, tanto las tesis positivas que otorgan a la jurisprudencia un valor de fuente directa misma, como las negativas que relativizan su importancia, poseen fundamentos propios que son atendibles tanto a nivel institucional, como a nivel axiológico, no obstante, ambas posturas nos ayudarán a establecer una posición para el ordenamiento jurídico boliviano.

En ese entendido, en el presente ensayo se toma postura con base en el criterio que defiende a la jurisprudencia como fuente directa del derecho, puesto que de acuerdo con lo que se analizará en el siguiente acápite, las sentencias constitucional plurinacionales poseen un carácter vinculante y son de cumplimiento obligatorio, aspecto que otorga una jerarquía superior y un puesto privilegiado en el andamiaje institucional.

Empero, también debe atenderse al criterio negativo que no otorga a la jurisprudencia la calidad de fuente directa del derecho, puesto que en variadas ocasiones, ha sido la propia jurisprudencia constitucional la que ha incurrido en una arbitrariedad vía interpretativa, si bien este no es el lugar en el cual deba desarrollarse el o los argumentos que llevan a afirmar este criterio, no obstante, a menos debe de notarse que el atender las tesis negativas, más que cambiar la percepción de fuente directa para la jurisprudencia, nos sirve para mejorar la aplicación de esta en casos concretos.

1. La vinculatoriedad de las sentencias constitucionales plurinacionales

El artículo 203 de la CPE, sobre la vinculatoriedad horizontal y vertical de la jurisprudencia constitucional, estableció que “Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno”.

Por vinculatoriedad de las resoluciones constitucionales debe entenderse que las resoluciones y las sentencias emanadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia obligan a las autoridades, funcionarios públicos y a las personas particulares a cumplirlas, de manera que son obligatorias e inexcusables, esto tiene su fundamento en la fuerza de la cosa juzgada constitucional que el constituyente diseñó como parte del modelo constitucional boliviano, así se lo tiene del artículo 203 arriba citado que en su parte *in fine* señala que “contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno” dando a entender que las sentencias emanadas del órgano especializado constitucional se constituyen en fuente directa del derecho en el sistema de justicia boliviano.

En relación con lo señalado, ya en *La importancia de la jurisprudencia y el precedente en el sistema de justicia boliviano* (Calderón, 2020) se establece el marco constitucional que otorga esa fuerza normativa a las sentencias y resoluciones constitucionales de la siguiente manera: “[...] el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la labor interpretativa, debe considerar la existencia de principios, valores y otros elementos propios de la axiología jurídica, desglosados en la Constitución Política del Estado, bajo el entendido de que la función asignada (Art.179.III150, Art.2151, Art.3152, Art. 4.III153) es la de ejercer la Justicia Constitucional en el Estado Plurinacional de Bolivia”.

Además, el constituyente también le asigna una tarea de suma importancia a esta institución de justicia constitucional y es la de brindar armonía y seguridad jurídica al sistema estatal, rigiéndose a la Constitución, velando por su supremacía, ejerciendo el control de constitucionalidad, y precautelando el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales, sentando así las bases para la construcción de un Estado constitucional de derecho.

En este sentido, la responsabilidad de su labor interpretativa que se sienta a través de las resoluciones constitucionales plurinacionales en su conjunto es también expresada vía constitucional bajo el siguiente tenor:

“Artículo 203.

Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno”.

Este articulado, posteriormente es desarrollado por el Código Procesal Constitucional, señalando:

ARTÍCULO 14. (SENTENCIAS CON CALIDAD DE COSA JUZGADA).

La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma del ordenamiento jurídico, no dará lugar a la revisión de sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada, ni a la revisión de los actos realizados con la norma cuando se presumía constitucional.

ARTÍCULO 15. (CARÁCTER OBLIGATORIO, VINCULANTE Y VALOR JURISPRUDENCIAL DE LAS SENTENCIAS).

I. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional en un proceso constitucional; excepto las dictadas en las acciones de inconstitucionalidad y recurso contra tributos que tienen efecto general.

II. Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares.

Bajo estos parámetros, pero mediante una interpretación teórica muy acertada, es preciso citar al constitucionalista Jorge Asbún que al respecto señala:

[...] el carácter vinculante y la cualidad obligatoria de las sentencias, son dos institutos jurídicos diferentes, ya que técnicamente el efecto vinculante está relacionado con la razón de la decisión y más precisamente con el precedente y tiene siempre efecto general; y la obligatoriedad está relacionada con la parte resolutive de la sentencia constitucional y puede tener efectos entre partes (interpartes) como ocurre en la Acción de Amparo Constitucional, Acción de Libertad, o efectos generales (erga omnes) como sucede en el control de constitucionalidad, con independencia de si la resolución tiene su origen en una acción concreta o abstracta[...]

De acuerdo con todo lo mencionado, el capítulo 2 de este texto desglosa todos los significados en relación a las sentencias, sus efectos jurídicos de vinculatoriedad y obligatoriedad, y en esta última su ámbito de aplicación de efecto entre partes (*inter partes*) y efecto general (*erga omnes*), como también en el apartado de las sentencias constitucionales, se puede observar que el profesor García Belaunde, bajo diferentes justificaciones señala por esto que las sentencias constitucionales vienen a ser una modalidad del género sentencias, teniendo importancia precisamente porque cautelan, fundamentalmente, dos aspectos que son clave: los derechos fundamentales y la jerarquía normativa.

No obstante, el texto constitucional señala que las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, por tanto, estos efectos jurídicos recaen no sólo en las sentencias constitucionales, sino que engloba en este sentido todas las resoluciones constitucionales plurinacionales (autos, declaraciones y sentencias).

Entonces, todas las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que expresen de acuerdo con su ejercicio de la justicia constitucional, una interpretación constitucional, son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, considerando que el efecto vinculante está relacionado con la razón de la decisión y la obligatoriedad está relacionada con su resolución.

Siguiendo todo lo expuesto, el valor del precedente constitucional, que se concentra en la razón de la decisión (*ratio decidendi*) es carácter vinculante, en su aplicación para toda la estructura estatal, pública y privada, para la sociedad en su conjunto, y sobre todo para el sistema de administración de justicia del país.

De esto se extrae una clara postura en relación a la jurisprudencia como fuente directa del derecho en el sistema de justicia boliviano, puesto que, como se acaba de analizar, las características de “vinculante” y “obligatorio” que hacen parte de los preceptos constitucionales, determinan un carácter normativo que blindo a las decisiones constitucionales, y, dicho efecto, tiene parangón vía interpretativa, por lo que, sumado siempre a un concepto de autoridad jerárquica que posee la norma suprema, estas se convierten en una fuente no sólo del derecho, sino también sistematizadora del entendimiento constitucional, aspecto que será analizado con mayor precisión en los conceptos de “dominialidad” y “congruencia”.

V. EL ESTÁNDAR JURISPRUDENCIAL MÁS ALTO

Se entiende a la expresión estándar más alto de la jurisprudencia constitucional, para resaltar aquélla o aquéllas decisiones del Tribunal Constitucional que hubieran resuelto un problema jurídico recurrente y uniforme, pero de manera progresiva a través de una interpretación que tiende a efectivizar y materializar de mejor manera los derechos fundamentales y garantías constitucionales previstas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

No obstante, debe entenderse a esta técnica como una herramienta para la efectivización y materialización de los derechos fundamentales, pero no así, para la sistematización de la línea jurisprudencial, distinción que se erige como fundamental para no incurrir en errónea aplicación normativa vía interpretativa.

Los principales fundamentos del estándar jurisprudencial más alto lo encontramos vía jurisprudencial en al SCP 2233/2013 del 16 de diciembre que señala:

FJ.III.3. Nos referimos, con la expresión estándar más alto de la jurisprudencia constitucional, para resaltar aquélla o aquéllas decisiones del Tribunal Constitucional que hubieran resuelto un problema jurídico recurrente y uniforme, pero de manera progresiva a través de una interpretación que tiende a efectivizar y materializar de mejor manera los derechos fundamentales y garantías constitucionales previstas en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad. El método de identificación del estándar más alto en la jurisprudencia constitucional, es a través de un examen o análisis integral de la línea jurisprudencial, de tal forma que el precedente constitucional en vigor se constituirá en aquél que resulte de dicha comparación[...]

Asimismo, esta doctrina es desarrollada por la SCP 0087/2014-S3 de 27 de octubre que indica:

FJ.III.1. Esta forma de identificación del precedente constitucional en vigor a través de la lectura contextualizada de la línea jurisprudencial que requería como única condición el criterio temporal del precedente, resultando el último en términos de fecha de emisión por el Tribunal Constitucional (que hubie-

re cambiado, modulado o reconducido un determinado entendimiento) tuvo una evolución significativa, por cuanto a partir de la SCP 2233/2013-de 16 de diciembre, la justicia constitucional entendió que el precedente constitucional en vigor, resulta aquél que acoja el estándar más alto de protección del derecho fundamental o garantía constitucional invocado, provocando con ello, que la invocación y aplicación de un precedente sea escogido dentro del contexto de la línea jurisprudencial ya no solamente fijándose el criterio temporal del mismo, sino sobre todo aquél que sea exponente del estándar más alto de protección del derecho[...]

Y volviendo con la SCP 2233/2013, se tiene que esta aplicación es una herramienta más que muestra al derecho como resultado de una construcción, es decir, que contiene en sí un paradigma constructivista, a saber:

[...]La SPC 2233/2013 de 16 de diciembre, construyó un estándar más alto al entender que los razonamientos contenidos en ambas Sentencias no necesariamente eran contradictorios sino más bien complementarios[...] en atención al principio de progresividad en la materialización de la mejor protección[...] La teoría del máximo estándar entiende a la jurisprudencia constitucional como un estándar mínimo y no como uno máximo, lo que permite a los jueces ordinarios ir más allá.

Asimismo, conforme al entendimiento de la sentencia constitucional plurinacional 0019/2018-S2, del 28 de febrero de 2018, la doctora M. Elena Attard (2020), destacada profesional abogada boliviana, señala que esta sentencia forma parte del grupo selecto de la jurisprudencia que contiene el entendimiento sobre el estándar más alto, desarrollados por el Tribunal Constitucional Plurinacional; es por eso que al referirnos a la SCP 0019/2018-S2, se puede señalar que, el Estado boliviano, siendo parte del sistema interamericano de derechos humanos y del sistema universal, nos establece que la doctrina del estándar más alto, no sólo la encontramos en los entendimientos desarrollados por el Tribunal Constitucional de Bolivia, sino también la encontramos en el sistema interamericano y el sistema universal, donde los principios de favorabilidad y progresividad deben aplicarse cuando dos sentencias ingresan en contradicción, entonces el operador de justicia aplicará la más favorable al ámbito de protección de derechos.

Para su mejor comprensión se cita un extracto del precedente constitucional de la SCP 0019/2018-S2 del 28 de febrero de 2018, que señala lo siguiente:

F.J.III.4. [...]Las medidas de reparación anotadas deben ser aplicadas por todos los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco del control de convencionalidad, lo que significa que la reparación prevista en el art. 113.I de la CPE, que fue referida precedentemente, debe ser comprendida dentro de los parámetros establecidos por la Corte IDH que, conforme a las sentencias Constitucionales Plurinacionales 2233/2013 de 16 de diciembre y 0087/2014 de 4 de noviembre y a los principios de favorabilidad y progresividad —arts. 13 y 256 de la CPE— contiene el estándar más alto de protección al derecho de reparación; en ese sentido, debe acogerse lo desarrollado por la Corte IDH, que señala que la reparación integral implica: 1) La restitución; esta medida resulta ser la que debería devolver a la víctima a una situación idéntica a la que se encontraba antes de sufrir alguna vulneración a sus derechos²; 2) La indemnización; esta medida de reparación es una de las más comunes utilizadas por la Corte IDH, se refiere a una compensación económica tanto por los daños materiales como por los inmateriales que haya sufrido la víctima, como consecuencia de la vulneración de un derecho humano³; 3) La rehabilitación; en casos en los que la Corte IDH aplica esta medida de reparación, señala que: “...es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos físicos y psicológicos sufridos por las víctimas de las violaciones establecidas en la presente Sentencia...”; por ende, las medidas de reparación serán destinadas a los daños inmateriales, principalmente a los morales y físicos que vaya a sufrir la víctima como consecuencia de las violaciones a sus derechos humanos⁴; 4) La satisfacción; esta medida tiende a generar en la víctima un sentimiento de reconocimiento positivo como consecuencia de los daños que pudiere haber sufrido por la violación de sus derechos humanos. Al respecto, Martín Beristáin señala: “Las medidas de satisfacción se refieren a la verificación de los hechos, conocimiento público de la verdad y actos de desagravio; las sanciones contra perpetradores; la conmemoración y tributo

² Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 21 de julio de 1989 sobre Reparaciones y Costas. Serie C No. 7, párr. 26.

³ *Idem*.

⁴ *Idem*.

a las víctimas”. En resumen, estas medidas corresponden principalmente a actos, por parte del estado responsable, de desagravio de los daños, tanto morales como al proyecto de vida, ocasionados a consecuencia de una violación de derechos humanos⁵; y, 5) La garantía de no repetición; esta medida, principalmente, está dirigida a mitigar los daños colectivos. Así por ejemplo, con la tipificación de algún delito, se genera en toda la sociedad, de alguna manera, un sentimiento de confianza hacia el estado, en el sentido de tener cierta seguridad que no se repetirán circunstancias que originen violaciones de derechos humanos.⁶

En este sentido, la aplicación del estándar más alto hace referencia a que el precedente en vigor sería —independientemente de si fue modulado, recondicionado o de qué instancia de justicia sea emitido— aquel que haya protegido los derechos y garantías fundamentales de manera más favorable, razón por la cual esta herramienta es una más que permite la materialización y efectivización de los derechos y garantías constitucionales; empero, no así para la sistematización de las líneas jurisprudenciales, pues este criterio necesita de una objetividad mucho más aplicada en torno a los entendimientos que vayan emergiendo de los pronunciamientos constitucionales.

En ese sentido, los criterios de dominialidad y congruencia contienen en sí elementos racionales mucho más precisos que coadyuvan a un trabajo analítico de identificación y sistematización del precedente en rigor válido, aspecto que se desarrollará en el siguiente acápite.

VI. LA DOMINIALIDAD Y CONGRUENCIA COMO CRITERIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL PRECEDENTE VÁLIDO

En este punto y a partir del estado del arte, respecto al estándar jurisprudencial más alto, se presenta una alternativa, propuesta y generada por el autor del presente trabajo, el mismo que fue planteado y aplicado en las funciones de magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, así los criterios de dominialidad y congruencia son los más aptos e idóneos para establecerse

⁵ Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 287, párr. 567.

⁶ Carlos Martín Beristain, *Diálogos sobre la Reparación, Qué Reparar en los Casos de Violaciones de Derechos Humanos*, p. 175.

como los parámetros a utilizarse para identificar y establecer al precedente válido o en vigor.

En ese entendido, y basados en *La importancia de la jurisprudencia y el precedente en el sistema de justicia boliviano* (Calderón, 2020), respecto a la dominialidad y congruencia se tiene que

[...] es evidente que el respeto a los Precedentes Constitucionales, no implica que los altos tribunales de justicia petrifiquen su jurisprudencia, es decir, que mantengan las interpretaciones efectuadas a la Constitución y a las normas de manera monótona, convirtiendo a los derechos y garantías en letra muerta, sin reconocer que éstos deben ser analizados en los contextos históricos que son estudiados, impidiendo el replanteamiento de problemas jurídicos aparentemente ya resueltos.

Al contrario, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el ejercicio de su labor interpretativa, acorde a lo dispuesto por el artículo 196.II, necesariamente debe realizar una tarea de compulsión de hechos y derechos, la cual replanteará asuntos jurídicos en razón al contexto de lo analizado; de manera que, el referido ente jurisdiccional, podrá cambiar la jurisprudencia, mutarla y reconducirla, sea con motivación suficiente, razonamiento soslayado en la Sentencia Constitucional 1781/2004-R de fecha 16 de noviembre.

Al respecto, la SCP 0846/2012 de 20 de agosto, estableció en lo pertinente que

No es suficiente la identificación del precedente constitucional, a través del análisis estático de la jurisprudencia, se debe analizar la jurisprudencia constitucional también a través de un análisis dinámico, es decir, se debe apreciar de manera sistemática el desarrollo de la jurisprudencia, para ubicar el precedente constitucional en vigor en la línea jurisprudencial.

Las líneas jurisprudenciales, son la técnica para hacer el análisis dinámico de la jurisprudencia constitucional. Son las respuestas o soluciones que la jurisprudencia ha dado a determinado problema jurídico, está conformada por un conjunto de sentencias que abordaron determinada temática.

En ese entendido, se comprende que para vislumbrar la jurisprudencia vigente, debe efectuarse un análisis dinámico de la misma, entendiendo que ésta no es estática, sino que es producto del conjunto de respuestas y so-

luciones que los altos tribunales han proporcionado a un determinado problema jurídico.

En relación con ese orden, si bien la aplicación del estándar más alto fue sentada a través de las sentencias constitucionales plurinacionales 2233/2013 del 16 de diciembre y 0087/2014-S3 del 27 de octubre, mediante las cuales se refirió que el precedente constitucional en vigor sería el que haya protegido los derechos y garantías fundamentales de manera más favorable, debe comprenderse que tal razonamiento no es expresado específicamente como un mandato constitucional en el marco de lo dispuesto por los artículos 13 y 256, sino que fue un producto de una interpretación jurídica, a efectos de consolidar una práctica de favorabilidad en relación con el accionante.

En ese contexto, también existen alternativas para la aplicación del estándar jurisprudencial más alto, para identificar el precedente en vigor. La jurisprudencia antes descrita indica que las líneas jurisprudenciales son una técnica para identificar el precedente en vigor. Aquellas que deben aplicarse pueden ser identificadas en razón al dominio y a la congruencia temporal de las mismas.

Por un lado, el dominio o dominialidad se constata en cuanto a la uniformidad de criterios, empleados en situaciones o casos análogos, tal dominialidad se puede advertir de la cantidad de fallos en los que los altos tribunales se acogieron a seguir el razonamiento efectuado en una sentencia fundadora, moduladora o reconductora, de manera que a más fallos consecutivos identificados, mayor dominialidad de la línea jurisprudencial, y que para cambiar un entendimiento o razonamiento judicial respecto a una línea jurisprudencial no se puede realizarlo sin citar la línea jurisprudencial, y respetando la misma, si se quiere cambiarla, se emita una sentencia que cambie de línea, si se funda una nueva línea jurisprudencial, por ejemplo, sobre el derecho a la salud y a la vida vinculado al COVID-19 se debe sentar una sentencia fundadora, si se ratifica una ratificadora, sin se vuelve a la línea cambiada o modulada, se emite una sentencia reconductora, que para mayor predictibilidad debe ser sentada taxativamente, vale decir, indicar qué tipo de sentencia se está emitiendo, para mejor manejo y comprensión del justiciable.

Por otro lado, la congruencia temporal de las líneas jurisprudenciales deben entenderse en cuanto a la línea cronológica seguida por éstas, comprendiendo que justamente el precedente en vigor será aquel que en razón de tiempo, sea el más actual, circunstancia a la cual debe concordar lo pre-

viamente señalado debiendo existir dominialidad del precedente más actual, a efectos de que éste sea el aplicable, de manera que la sentencia dominante será siempre la última emitida sobre el tópico o problema desarrollado.

En tal mérito, debe comprenderse que la importancia del precedente vinculante es que éste da coherencia y unidad al sistema jurídico, criterio establecido en las sentencias constitucionales 0457/2004-R del 31 de marzo y SC 1369/2010-R del 20 de septiembre, de forma que, en contraste con la aplicación del estándar más alto, ésta tesis del criterio de dominialidad y congruencia temporal de las líneas jurisprudenciales son una alternativa que reconoce el dinamismo de la jurisprudencia y su labor de otorgar coherencia y unidad al aparato jurídico estatal.

La jurisprudencia constitucional al ser en esencia evolutiva, se van modulando, ya sea extendiendo, o en su caso, restringiendo sus alcances, de ahí que es preciso hacer un recorrido entre las sentencias básicas o creadoras de líneas, sentencias moduladoras de líneas, sentencias confirmadoras o reiteradoras de línea, sentencias mutadoras o cambiadoras de línea y sentencias reductoras de línea, porque sólo con este análisis dinámico de las sentencias que conforman la línea jurisprudencial se identifica el precedente constitucional en vigor.

De esto se tiene que la dominialidad y congruencia es una alternativa preferente a la aplicación del estándar jurisprudencial más alto en dos momentos, el primero, en la identificación del precedente en vigor, y, segundo, en la sistematización de las líneas jurisprudenciales.

En torno al dominio, se tiene que la uniformidad de criterios no sólo son coincidencias fácticas con consecuencias normativas similares, sino que además evidencian un criterio convencional adoptado por el administrador de justicia, esto, sumado a la técnica jurisprudencial demuestra que a más fallos consecutivos identificados, mayor dominialidad de las líneas de jurisprudencia, y a mayor incidencia de este criterio, existe una mayor seguridad jurídica.

Y, respecto a la congruencia temporal, esta es la consecuencia temporal de los criterios uniformes previamente establecidos a través de la dominialidad, por lo que resulta lógico el determinar que cuando existen criterios uniformes y sistemáticamente ordenados, sea el último precedente el que contenga toda la información de la evolución del entendimiento a través del tiempo, por lo que su uso como criterio para la identificación del prece-

dente en vigor es simplemente la consecuencia racional de lo que en sí contienen las líneas jurisprudenciales.

VII. CONCLUSIONES

En conclusión se puede evidenciar por el análisis realizado sobre la forma en la que se aplica y selecciona el precedente jurisprudencial en vigor en Bolivia, con una primera alternativa que se denomina la selección por el estándar jurisprudencial más alto, que sería aquella sentencia constitucional que otorga mayor y mejor protección del derecho humano y garantía constitucional, empero y aunque esta hermenéutica sigue el criterio de progresividad de los derechos, esta no necesariamente se constituye en un instrumento eficaz de selección de la jurisprudencia en vigor, pues si se toma en cuenta que el artículo 203 de la Constitución Política del Estado determina que: “Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno”, reforzando este precepto el artículo 15 del Código Procesal Constitucional-Ley 254 que en su parágrafo I establece “Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional, excepto las dictadas en las acciones de inconstitucionalidad y recurso contra tributos que tienen efecto general”.

Y el parágrafo II del mismo que indica: “Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares”.

Eso lleva, al punto de que todas las sentencias constitucionales emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional son vinculantes para los órganos públicos y para los particulares, en ese sentido resulta relevante constitucionalmente, establecer qué sentencias son las vinculantes, en ese sentido, el autor plantea un segundo procedimiento hermenéutico que es aplicar los criterios de dominialidad y congruencia, eso es que está en vigencia la última sentencia emitida sobre el hecho análogo, pero además que se haya seguido una línea jurisprudencial ordenada y cronológica que comienza y termina en un punto siguiendo un hilo conductor, eso evita la subjetividad, porque es evidente que lo que para una persona es mayor protección para otros pue-

de no serlo, como tampoco verificable, lo que le resta lógica pero también forma de comprobar la validez de la selección realizada por el juez, vocal o magistrado constitucional.

VIII. REFERENCIAS

- Attard, M. E. (2020). Estándar jurisprudencial más alto en las resoluciones judiciales. <https://www.youtube.com/watch?v=zXAldWq3MS8&t=5369s>
- Calderón, Carlos (2020), *La importancia de la jurisprudencia y el precedente en el sistema de justicia boliviano*. Conexión Creativa.
- Código Procesal Constitucional (2012), Pub. L. No. 254, 2012.
- Constitución Política del Estado (2009)
- Dworkin, R. (1998). *Is Law a system of rules?* Universidad de California Summers Robert.
- Gómez, L. (2008), *Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano*. Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.
- SC 0457/2004-R del 31 de marzo.
- SC 1369/2010-R del 20 de septiembre.
- Schiele M., C. (2011). *La Jurisprudencia como fuente del derecho: el papel de la jurisprudencia*. <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>.
- SCP 0846/2012 del 20 de agosto.
- SCP 2233/2013 del 16 de diciembre.
- SCP 0087/2014-S3 del 27 de octubre.
- SCP 0019/2018-S3 del 28 de febrero.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (2018), *Las Constituciones Políticas de Bolivia 1826-2009*. Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales. Unidad de Investigación.

Cómo citar

Sistema IJ

Calderón Medrano, Carlos Alberto, “Los criterios de dominialidad y congruencia en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en Bolivia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 56, núm. 168, julio-diciembre de 2023, pp. 57-80. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2023.168.18886>

APA

Calderón Medrano, C. A. (2023). Los criterios de dominialidad y congruencia en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en Bolivia, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168), 57-80. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2023.168.18886>

Os precedentes no sistema brasileiro de justiça multiportas¹

Los precedentes en el sistema brasileño de justicia multipuertas

Fredie Didier Jr.

 <https://orcid.org/0000-0001-9870-7191>

Universidade Federal da Bahia, Brasil

Correo electrónico: frediedidier@gmail.com

Leandro Fernandez

 <https://orcid.org/0000-0003-4179-6116>

Universidade Federal da Bahia, Brasil

Correo electrónico: fernandez.leandro@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18868>

RECEPCIÓN: 19 de enero de 2024

ACEPTACIÓN: 10 de mayo de 2024

PUBLICACIÓN: 18 de junio de 2024

RESUMO: O artigo propõe que o respeito aos precedentes seja compreendido como uma norma fundamental do sistema brasileiro de justiça multiportas. Para isso, analisa, em um primeiro momento, a configuração do sistema de justiça no Brasil, estruturado em múltiplos modos de solução de problemas jurídicos, e suas características (auto-organização, abertura, adequação, preferência pela solução consensual e integração). Na sequência, aborda o conteúdo jurídico do art. 926 do Código de Processo Civil brasileiro, dispositivo central no sistema de precedentes. Ao final, examina a abrangência e o significado dos deveres de coerência, integridade e estabilidade no sistema brasileiro de justiça multiportas.

¹ Investigación realizada gracias al Programa UNAM PAPIIT IN302422.

Este ensaio é resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq respectivamente nos endereços dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053. O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

Em homenagem a Daniel Mitidiero.

Palabras chave: justiça multiportas, sistema de justiça, precedentes.

RESUMEN: El artículo propone que el respeto a los precedentes sea comprendido como una norma fundamental del sistema brasileño de “justicia multiportas” (*multidoor courthouse system*). Para ello, en un primer momento, analiza la configuración del sistema de justicia en Brasil, estructurado en múltiples modos de resolución de problemas jurídicos, y sus características (autoorganización, apertura, adecuación, preferencia por la solución consensual e integración). A continuación, aborda el contenido jurídico del artículo 926 del Código de Proceso Civil brasileño, dispositivo central en el sistema de precedentes. Finalmente, examina el alcance y el significado de los deberes de coherencia, integridad y estabilidad en el sistema brasileño de “justicia multiportas”.

Palabras clave: sistema de justicia multipuertas, sistema de justicia, precedente.

SUMÁRIO: I. *Introdução.* II. *Sistema de justiça e solução de problemas jurídicos.* III. *O sistema multiportas. A necessidade de reconstrução da ideia dos anos 70 do século XX: do átrio para a praça.* IV. *Características do sistema brasileiro de justiça multiportas.* V. *Heterocomposição e respeito aos precedentes no sistema brasileiro de justiça multiportas.* VI. *Conclusões.* VII. *Referências bibliográficas.*

I. INTRODUÇÃO

Em março de 2015 foi promulgado o novo Código de Processo Civil brasileiro (CPC), com vigência a partir de março de 2016. Um dos pilares do novo Código é a estruturação dogmática de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Essa transformação deve-se muito ao modo pelo qual a jurisdição vem sendo examinada pelos estudiosos do Direito no Brasil.

A novidade introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015 tem influenciado o legislador em outras áreas do Direito e, também, o modo de compreensão do sistema de solução de problemas jurídicos no Brasil.

É interessante perceber que os §§ 2º e 3º do art. 3º do CPC estabelecem, ao lado de outros dispositivos, diretrizes do sistema brasileiro de justiça multi-

² Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

portas,³ que, por opção legislativa, reconhece a existência de múltiplos modos para a solução de problemas jurídicos.

Isso é, de um lado, curioso, porque a um Código de Processo Civil se costuma destinar o papel de regular o exercício da atividade jurisdicional, e, de outro, sintomático, porque revela, com clareza, que o “processo”, atualmente e ao menos entre nós, brasileiros, deve ser compreendido como método de solução de problemas jurídicos, não necessariamente método de solução do problema por meio da jurisdição, que deixa de ser compreendida como via preferencial para essa finalidade.

Diversas normas extraídas do Código de Processo Civil não têm, por isso, seu âmbito de incidência limitado ao *processo civil*. Elas são, antes de tudo, integrantes de um bloco normativo que estrutura o sistema brasileiro de justiça multiportas, em qualquer dos seus modos de manifestação.

O propósito deste ensaio é apresentar, a partir da premissa da existência de um sistema brasileiro de justiça multiportas, a influência do regime jurídico dos precedentes judiciais, previsto no Código de Processo Civil, sobre outras portas de acesso à justiça dedicadas à heterocomposição, e algumas diretrizes de interação entre essas diferentes portas.

II. SISTEMA DE JUSTIÇA E SOLUÇÃO DE PROBLEMAS JURÍDICOS

Sistemas são compostos por um *repertório* (um conjunto de elementos) e por uma *estrutura* (um complexo de comandos que definem o modo de interação entre os elementos)⁴.

Uma teoria sobre o sistema de justiça de determinado país tem por objeto de investigação as instituições e os agentes, públicos e privados, responsáveis por oferecer à sociedade a solução adequada de problemas jurídicos e as normas, diretrizes e mecanismos de interação entre esses sujeitos. Dito de outra maneira, uma teoria sobre o sistema de justiça ocupa-se, essencialmente, do estudo do repertório e da estrutura desse sistema.

³ Sobre o sistema brasileiro de justiça multiportas, vide Didier jr. y Fernandez (2024); Didier jr. y Fernandez (2023a, pp. 149-162); Didier jr. y Fernandez (2023b, pp. 13-41).

⁴ Ferraz jr. (2003, p. 176).

O sistema de justiça, como se nota, é plural,⁵ poliédrico ou multinível,⁶ multiportas,⁷ com o oferecimento de modos variados de resposta a problemas jurídicos existentes na sociedade.

É importante perceber que um sistema de justiça não se destina exclusivamente a solucionar conflitos. Essa visão restritiva é produto de um período histórico em que se negava o aspecto promocional do Direito, a possibilidade de tutela preventiva e a existência de problemas jurídicos sem caráter conflituoso, por exemplo. Sistemas de justiça — inclusive o sistema brasileiro de justiça multiportas — servem para a solução de problemas jurídicos e a tutela de direitos.

Problema jurídico é um tipo de problema⁸ que pode ser resolvido com base no Direito.

Problemas filosóficos, morais, econômicos e políticos, por exemplo, são igualmente encontrados na sociedade e, em sua evolução e interação, contribuem para a formação de aspectos da identidade de uma comunidade, mas, por maior que seja a sua relevância, a sua solução é objeto de outros sistemas que não o de justiça. Questões como o significado de uma vida boa, a identificação do início da vida humana, a relação entre inflação e taxa de juros e a melhor forma de governo para determinada nação não interessam, de modo direto, ao sistema de justiça, mas apenas quando estejam associadas a uma situação cuja solução dependa de uma definição à luz do ordenamento jurídico.

Há problemas jurídicos de configuração *concreta*, cuja solução constitui o objeto dos sistemas de justiça, e problemas jurídicos *em tese*, que são resolvidos pelos entes que produzem normas jurídicas de caráter geral, de que o Legislativo é o principal exemplo.

Um sistema de justiça, portanto, não se ocupa da solução de qualquer tipo de problema, mas apenas de problemas jurídicos concretos.⁹

⁵ Cadet, L. (2017, primeiro capítulo).

⁶ Matos, Lopes, Mendes, y Coelho (2015, p. 134).

⁷ Sander (1978).

⁸ Em termos gerais, um problema é uma situação em estado de indeterminação, ainda sem definição (Dewey, 1938, pp. 107-108).

⁹ Perceba que o estabelecimento de precedentes judiciais apenas ocorre a partir de casos concretos e que, mesmo nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, há uma situação concreta, embora não relacionada a qualquer direito individual, submetida à

A determinação do significado do termo *justiça* é um tema clássico da Filosofia em todos os tempos. Não se pretende, aqui, propor a resposta a esse problema filosófico. Para os fins deste ensaio, é suficiente a percepção de que, sob perspectiva jurídica, o signo “justiça”, na expressão “sistema de justiça”, refere-se à solução adequada de um problema jurídico.

A solução do problema será adequada se estiver em conformidade com o Direito, em sua unidade e complexidade — isto é, quando observar o postulado da integridade¹⁰ (art. 926,¹¹ CPC).

No sistema de justiça, a solução do problema jurídico será alcançada através de alguma das suas portas —das *portas de acesso à justiça*.

Porta, aqui, tem sentido figurado: por onde se entra, por onde se sai ou por onde se vai (caminho). E note: nem sempre a porta de entrada é a mesma da saída (como veremos, as portas se entrelaçam em nosso sistema), pois uma porta pode dar acesso a outras tantas, assim como há situações em que não há propriamente um lugar para entrar (uma infraestrutura pré-estabelecida, como um prédio ou uma plataforma virtual, ou um arranjo institucional, previsto pelo legislador ou criado por ente administrativo, ou convencional), mas apenas um caminho a seguir, que será construído, como costuma ocorrer, durante a própria caminhada. Daí que o Judiciário pode ser uma porta (por onde se entra) e a negociação direta e a autotutela, também (por onde se vai); daí que, tendo entrado pela porta de uma câmara de mediação, se possa sair pela porta de uma arbitragem *ad hoc*. Mesmo o percurso não é, necessariamente, isolado. Portas diferentes podem ser provisoriamente agregadas para permitir a construção compartilhada da solução de um problema, como se dá com a cooperação interinstitucional, por exemplo.

apreciação do Supremo Tribunal Federal, em que se discute a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de algum específico ato normativo (Didier jr., 2020, v.1, p. 205-206).

Para Trícia Navarro, a dimensão do objeto da justiça multiportas “*pode ser compreendida qual-quer coisa, ponto, tema ou interesse que precise ser discutido, tratado ou resolvido e que tenha ou possa ter repercussão no ambiente jurídico*” (grifos no original) (Navarro, T., 2023, p. 453-471).

¹⁰ Sobre o art. 926 do CPC (Didier jr., 2016).

¹¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Atente, também, para não confundir a porta com o que se busca ao atravessá-la: a justiça. *Justiça* é, aqui, como visto, a solução adequada de um problema jurídico. Essa solução pode dar-se por vários modos (heterocomposição, autocomposição, autotutela e execução extrajudicial). Uma mesma porta pode dar acesso a vários modos de solução do problema jurídico: indo ao Judiciário, pode-se sair com um acordo ou com uma decisão judicial, por exemplo.

III. O SISTEMA MULTIORTAS. A NECESSIDADE DE RECONSTRUÇÃO DA IDEIA DOS ANOS 70 DO SÉCULO XX: DO ÁTRIO PARA A PRAÇA

A ideia de um *tribunal multiportas* foi proposta inicialmente —embora não com essa denominação—¹² por Frank Sander, em conhecida palestra proferida na Pound Conference, em 1976, posteriormente convertida no artigo *Varieties of Dispute Processing*.¹³

Sander percebeu a vantagem da criação, em tribunais ou em centros de resolução de disputas, de uma espécie de saguão, em que um funcionário de triagem direcionaria os litigantes para a porta mais adequada para a solução do conflito, considerando critérios como a natureza da controvérsia, a relação entre as partes, a dimensão econômica dos direitos envolvidos, os custos e o tempo exigidos para a solução do caso¹⁴. O grande valor da ideia residia em uma premissa singela: a única certeza numa política de uniformização absoluta do tratamento de conflitos dotados de características substancialmente distintas é a sua inadequação às especificidades dos casos.

No Brasil, essa ideia foi difundida com a denominação de justiça multiportas, em grande medida em razão do título de obra coletiva de referência sobre o tema, coordenada por Hermes Zaneti Jr. e Trícia Cabral,¹⁵ cuja

¹² Originalmente, Sander referiu-se a um “centro abrangente de justiça” (*comprehensive justice center*). A expressão *tribunal multiportas* foi apresentada, ainda em 1976, na capa de uma revista da American Bar Association, que publicou o artigo relativo à famosa palestra proferida na Pound Conference, conforme relata o próprio Sander (Sander e Hernandez Crespo (2012), p. 32).

¹³ Sander (1978).

¹⁴ Sander (1978, pp. 191-199).

¹⁵ Cabral, Navarro, e Zaneti jr. (2016). A coleção “Grandes Temas do CPC”, atualmente com dezesseis volumes, é coordenada por Fredie Didier Jr., um dos autores deste ensaio.

primeira edição foi publicada em 2016. Essa imagem proposta por Sander é interessante como referência inicial, mas não representa da maneira mais adequada a complexidade dos espaços de acesso à justiça, ao menos não no cenário brasileiro. Talvez a visão mais apropriada seja a de uma ampla praça, em constantes reforma e expansão, em que se situam e interagem diversas instituições dedicadas à solução de problemas jurídicos —a exemplo do Poder Judiciário—, essas sim com seus respectivos átrios, a partir dos quais é possível acessar diferentes portas internas para a resolução do problema.

Pela praça circulam transeuntes meramente casuais (os litigantes eventuais) e aqueles que são presença frequente no local (os litigantes habituais). Determinadas áreas da praça costumam ser mais acessadas por certos perfis de cidadãos, embora, como regra geral, seja possível transitar, com maior ou menor liberdade, entre os diferentes ambientes, inclusive para solucionar apenas parcelas específicas de problemas mais complexos. Os próprios indivíduos envolvidos em um problema jurídico, aliás, podem definir entre si o caminho a ser percorrido ao longo da praça. Há, ainda, algumas áreas da praça destinadas necessariamente a dadas finalidades específicas.

A interação e a recíproca influência entre indivíduos e instituições, a criação de novas técnicas para a solução de problemas jurídicos e o aparecimento de novas instituições fazem da praça e dos átrios das suas edificações um espaço dinâmico, quase como um organismo vivo, que se auto-organiza e evolui para configurações cada vez mais complexas.

Na realidade brasileira, então, é mais apropriado falar de um *sistema de justiça* multiportas do que de *tribunais* (ou centros de resolução de disputas) multiportas. Isso porque o sistema brasileiro não é organizado a partir de um átrio central, ainda que virtual, mantido e controlado por um único órgão, seja do Poder Judiciário, seja de outra instituição governamental.

Não há dúvidas de que o Conselho Nacional de Justiça desempenha um papel muito importante na organização do sistema. No entanto, nem mesmo ele controla a criação e o funcionamento das demais portas de acesso à justiça, embora desempenhe uma espécie de função de supervi-

Trícia Navarro conceitua a justiça multiportas como “um sistema que compreende variados espaços e ferramentas de prevenção e solução de disputas, com potencialidade de interconexão, proporcionando à sociedade formas eficientes de alcance da pacificação social. Em outros termos, a Justiça Multiportas é a ressignificação do acesso à justiça, para contemplar diferentes ambientes e métodos interrelacionáveis, capazes de garantir o adequado e proporcional tratamento das controvérsias” (Navarro, 2023).

sor do sistema, coordenando políticas de justiça e promovendo a articulação entre diferentes instituições.

A praça imaginária em que as partes se situam é, portanto, do sistema de justiça como um todo. A partir dela, diversas portas podem ser acessadas.

IV. CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS

É possível identificar algumas características presentes no sistema brasileiro de justiça multiportas: *a)* auto-organização; *b)* abertura; *c)* preferência pela solução consensual; *d)* adoção do meio adequado para a solução do problema jurídico; *e)* integração.

Essas características serão examinadas adiante.

1. Auto-organização

O sistema brasileiro de justiça multiportas pode ser compreendido como um sistema auto-organizado, em sentido semelhante ao empregado por Michel Debrun.¹⁶

Sistemas auto-organizados são caracterizados por sua capacidade de estruturação e reorganização a partir da interação dos seus elementos integrantes, com crescimento não linear, mas em condições variáveis e progressivamente mais complexas.

Essa complexidade pode decorrer dos efeitos recíprocos originados do contato entre seus elementos constitutivos, da agregação de novas partes componentes, da evolução do contexto em que se situa o sistema e da eventual atuação de um supervisor —sujeito que pode interferir na conformação do sistema, mas não a determina. Sistemas com essa feição, que podem ser encontrados no âmbito, por exemplo, das Ciências Naturais e das

¹⁶ “Há auto-organização cada vez que o advento ou a reestruturação de uma forma, ao longo de um processo, se deve principalmente ao próprio processo — a características nele intrínsecas —, e só em menor grau às suas condições de partida, ao intercâmbio com o ambiente ou à presença eventual de uma instância supervisora” (Debrun, 1996, p. 4).

Ciências Sociais,¹⁷ nunca são um resultado consolidado, mas necessariamente um processo em desenvolvimento.¹⁸

Dito de outro modo, um sistema auto-organizado, como o sistema brasileiro de justiça multiportas, é marcado por uma construção paulatina, progressiva e sem planejamento.

Inicialmente limitado, de modo quase exclusivo, à atuação do Poder Judiciário, o sistema expandiu-se com a agregação de figuras como o agente fiduciário (arts. 31 a 37,¹⁹ Decreto-lei n. 70/1966), o árbitro e as câmaras arbitrais (Lei n. 9.307/1996), os tribunais administrativos (inclusive os tribunais de contas), o conciliador e o mediador (Lei n. 13.140/2015), as agências reguladoras, os comitês de resolução de disputas (*dispute boards*), os entes de autorregulação, o terceiro responsável pela realização de avaliação imparcial, associações e autoridades (formais ou informais) reconhecidas como legítimas por povos tradicionais ou por determinados grupos sociais, o Conselho Nacional de Justiça e, mais recentemente, as instituições responsáveis pela manutenção de ODR's²⁰. Sujeitos cuja função já estava diretamente

¹⁷ Ilustrativamente, a noção de auto-organização tem destaque na Teoria Econômica pelo menos desde Adam Smith, para quem o desenvolvimento das atividades econômicas decorria do interesse espontâneo e descoordenado dos agentes sociais, cuja interação, embora planejada na perspectiva de uma organização geral, contribuía para o progresso do sistema (Smith, 2015, p. 312; Smith, 1983, pp. 436-438). Essa ideia é posteriormente retomada e aprofundada por Friedrich Hayek, que identifica o funcionamento da sociedade como uma *ordem espontânea*, não concebida como produto da ação deliberada de um agente externo (embora certos indivíduos possam dela extrair especial proveito), mas como sistema tendencialmente complexo, organizado a partir da estrutura de relações entre seus diversos integrantes, das normas que regulam as ações de cada um deles, das reações de cada membro aos comportamentos dos demais e do ambiente em que estão situados (Hayek, 1985, pp. 116-133). Essa noção, no âmbito da Economia, é sintetizada por Giannetti da seguinte maneira: “O mercado regido pelo sistema de preços [...] não é a criação inspirada de algum demiurgo intelectual em seu gabinete, mas fruto de um longo e incremental processo evolutivo por meio do qual foram se constituindo as regras que presidem a valoração dos bens e as trocas em uma sociedade baseada na divisão social do trabalho. Ele não é resultado da intenção, mas sim da ação humana” (Giannetti). É interessante perceber que o compartilhamento dessa estrutura de organização no âmbito dos objetos de diferentes ciências permite a substituição, nessa passagem, sem prejuízo de sentido, do termo “mercado” pela expressão “sistema de justiça”, como defendido neste ensaio.

¹⁸ Debrun (1996, pp. 3-19). Cf., ainda: Debrun, 1997, pp. 27-34; Batista, A., Palermo, F. H., Pereira jr. A. (2014, pp. 119-133).

¹⁹ Dispositivos revogados pela Lei n. 14.711/2023 (Marco Legal das Garantias), que estabeleceu novo regramento para a execução extrajudicial do crédito hipotecário.

²⁰ As ODR's (*online dispute resolutions*) podem ser compreendidas a partir de duas perspec-

associada à administração da justiça também tiveram, ao longo do tempo, suas atribuições reconfiguradas, permitindo mais facilmente sua visualização como elementos integrantes do sistema, a exemplo do Ministério Público (Resolução n. 118/2014 do CNMP), da Advocacia Pública (art. 19²¹, Lei n. 10.522/2002) e das serventias extrajudiciais.

2. Abertura

A partir de qualquer perspectiva sob a qual se examine o sistema brasileiro de justiça multiportas, facilmente se constata sua vocação à não exaustividade.

De maneira analítica, é possível visualizar a abertura do sistema em relação aos sujeitos, ao modo de solução de problemas jurídicos, aos institu-

tivas: *a)* em seu sentido original — e que ainda conta com grande prestígio —, referem-se à utilização de plataformas tecnológicas para instrumentalização dos (à época) denominados meios “alternativos” de resolução de conflitos desenvolvidos fora do Judiciário. Sob essa ótica, a incorporação pelos tribunais de ferramentas baseadas no uso da internet não se insere no conceito de ODR, mas no de *online courts* (Susskind, 2019, pp. 61-63); *b)* mais recentemente, a expressão tem sido empregada em sentido mais amplo, aludindo a qualquer método de solução de conflitos por meio eletrônico, em setores privados ou públicos, inclusive no âmbito dos tribunais e para fins de heterocomposição (Susskind, 2019, p. 62). É neste segundo sentido que a expressão é utilizada neste ensaio.

²¹ Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexistam outros fundamentos relevantes, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre: I - matérias de que trata o art. 18; II - tema que seja objeto de parecer, vigente e aprovado, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que conclua no mesmo sentido do pleito do particular; III - (VETADO); IV - tema sobre o qual exista súmula ou parecer do Advogado-Geral da União que conclua no mesmo sentido do pleito do particular; V - tema fundado em dispositivo legal que tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e tenha tido sua execução suspensa por resolução do Senado Federal, ou tema sobre o qual exista enunciado de súmula vinculante ou que tenha sido definido pelo Supremo Tribunal Federal em sentido desfavorável à Fazenda Nacional em sede de controle concentrado de constitucionalidade; VI - tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências, quando: a) for definido em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo; ou b) não houver viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional; e VII - tema que seja objeto de súmula da administração tributária federal de que trata o art. 18-A desta Lei.

tos utilizados para a resolução do problema, às fontes normativas e à forma de sua estruturação.

O sistema é, por definição, progressivamente mais complexo, e a constante agregação de novos fatores permite visualizá-lo como um *ever-expanding system*²². O sistema brasileiro de justiça multiportas encontra-se em estado de permanente expansão, realidade que acentua o desafio de elaboração de diagnósticos completos (conquanto necessariamente provisórios) sobre o acesso à justiça no país.

No Brasil, a existência de uma infraestrutura normativa com autorizações como as decorrentes do art. 5º, XXXV,²³ CF/1988, e do art. 3º, § 3º, CPC, a ampla arbitrabilidade dos problemas jurídicos e uma organização institucional com Poder Judiciário independente, Conselho Nacional de Justiça, tribunais administrativos, agências reguladoras e serventias extrajudiciais (com cada vez mais competências), leva essa característica de “permanente-expansão” quase ao paroxismo.

²² Nos domínios da Física, fala-se em *ever-expanding system* em alusão à propriedade do universo de encontrar-se em expansão constante e acelerada (<<https://blogs.scientificamerican.com/observations/how-will-our-species-survive-in-an-ever-expanding-universe/>>). Neste ensaio, utilizamos a expressão em referência ao fato de o sistema brasileiro de justiça multiportas estar em ampliação constante — de sujeitos, portas e fontes —, em crescente complexidade. Há, ainda, na Física, uma curiosidade científica relacionada ao tema. Percebendo que um modelo baseado essencialmente na ação da força gravitacional não poderia corresponder à realidade, já que necessariamente levaria o universo a um colapso causado pela atração entre os corpos, Einstein introduziu em suas equações aquilo que denominou de constante cosmológica, uma força física (traduzida em índice matemático) que geraria repulsão suficiente para compensar a atuação da gravidade. Isso asseguraria o caráter estático do universo, uma das premissas da sua visão. Anos depois, Edwin Hubble demonstraria que, na verdade, o universo se encontra em expansão. Essa descoberta levou Einstein a admitir que a constante cosmológica foi o maior erro da sua vida. O universo não era estático, afinal. Ainda mais curioso é que, décadas mais tarde, com o avanço das medições por telescópio, com a constatação de que a expansão do universo está submetida a uma aceleração constante, a ideia de existência de uma força de repulsão tem sido resgatada, o que pode significar a necessidade de reincorporação de uma constante cosmológica para explicar o funcionamento do universo — agora não mais como meio para afirmar seu caráter estático, mas para retratar a dinâmica da sua expansão. A vida é movimento.

²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

3. Preferência pela solução consensual

As balizas que orientaram a concepção da política nacional de tratamento adequado dos problemas jurídicos de interesses pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 125/2010) foram acolhidas e aprofundadas pelo legislador no processo de elaboração do Código de Processo Civil de 2015, tendo a promoção da solução consensual dos problemas jurídicos sido consagrada como norma fundamental do processo.²⁴

Os §§ 2º e 3º do art. 3º do CPC refletem o espírito democrático que orientou a elaboração do Código. Sua relevância política é evidente: a solução negociada é um importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder — no caso, o poder de solução dos problemas jurídicos.

Os dispositivos simbolizam, então, uma mudança substancial de paradigma no sistema brasileiro de justiça e, ao fazê-lo, incentivam uma transformação cultural — *da cultura da sentença para a cultura da paz*²⁵.

Mas sua relevância não se esgota aí.

O *caput* e os §§ 2º do art. 3º do CPC devem ser interpretados em conjunto. Isso significa que, sempre que compatível com as circunstâncias do caso, o processo — não somente judicial — deve garantir meios que favoreçam a autocomposição, sob pena de concretização insuficiente do direito de acesso à justiça.

Ao determinar que o “Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, o art. 3º, § 2º, do CPC assegura ao cidadão um direito ao estabelecimento de normas de organização e procedimento²⁶ compatíveis com o estímulo à autocomposição, exigível perante todos os entes estatais, nas esferas legislativa, judiciária, administrativa e controladora.

Além do dever de estruturação do procedimento em condições favoráveis à autocomposição, o que pode incluir, por exemplo, a previsão de sanções

²⁴ Lessa Neto (2015, pp. 429-430).

²⁵ Watanabe (2019, pp. 65-73).

²⁶ Alexy (2008, pp. 472-499).

premiais processuais,²⁷ os poderes públicos devem conceber arranjos institucionais que facilitem o alcance desse resultado.

4. Adoção do meio adequado para a solução do problema jurídico

A preocupação com a adequação é característica central do sistema brasileiro de justiça multiportas. Em verdade, a própria existência do sistema justifica-se pelo propósito de assegurar o oferecimento de soluções adequadas a problemas jurídicos. Perceber isso é essencial para a compreensão das diretrizes do sistema e das variadas modalidades de interação entre seus elementos.

Ressalvadas as hipóteses nas quais determinados meios, por imposição do ordenamento jurídico, são necessários ou exclusivos em certas situações, deve-se buscar o meio que, no caso concreto, se revele mais adequado para a solução do problema.

As questões, percebe-se, são de duas ordens: pragmática, consistente na incapacidade estrutural do Judiciário para solucionar todos os problemas jurídicos, e jurídico-sociológica, relativa à compreensão da existência de meios mais adequados do que outros para a solução de certas espécies de problema jurídico²⁸ — um dos núcleos da terceira onda de acesso à justiça.²⁹ O desenvolvimento de um sistema de justiça multiportas encontra seu fundamento no delicado equilíbrio entre esses dois fatores.

Em uma renovada interpretação do acesso à justiça, os modos de solução de problemas jurídicos distintos da tradicional atuação do Judiciário em heterocomposição devem ser utilizados pela sociedade por sua maior adequação ao caso, nem sempre por uma necessidade de fuga do Estado-juiz, motivada por um quadro de ineficiência em seu funcionamento. Em outros termos, como observado por Taruffo,³⁰ o Judiciário deve possuir condições reais de ser uma alternativa aos “meios alternativos” de solução de conflitos (como foram inicialmente denominados).

A adequação deve ser avaliada a partir de elementos como *a)* a aptidão para resolução do problema jurídico, *b)* o interesse e o comportamento

²⁷ Sobre o tema: Mazzola (2022, pp. 208-211).

²⁸ Silva (2009, p. 35).

²⁹ Cappelletti e Garth (1988, p. 71).

³⁰ Taruffo (2007, p. 263).

das partes, *c*) o custo e o tempo exigidos para o oferecimento da solução, *d*) as características do objeto do problema, *e*) a existência de urgência e *f*) o exame de eficiência do sistema, inclusive a partir de uma análise das capacidades institucionais.³¹

5. Integração

Uma das mais importantes características do sistema brasileiro de justiça multiportas é a integração entre as suas portas. As diferentes portas de acesso à justiça não são isoladas.

Não é por acaso que o Direito brasileiro tem convivido com um movimento de progressivo estímulo à articulação institucional para a construção conjunta de soluções em âmbito administrativo (como na celebração de consórcios públicos, nos termos da Lei n. 11.107/2005), normativo (como na atuação integrada entre agências reguladoras, prevista na Lei n. 13.848/2019) e decisório (a exemplo do que se verifica na cooperação judiciária, regulada pelos arts. 67 a 69³² do CPC e na Resolução n. 350/2020 do CNJ, e na decisão administrativa coordenada, disciplinada pela Lei n. 14.210/2021). A solução de problemas complexos pode exigir, de modo

³¹ Sobre o tema das capacidades institucionais, Komesar (1994); Sunstein e Vermeule (2003a); Sunstein, C. e Vermeule, A. (2003b); Arguelhes e Leal (2011); Sanchez Badin (2013); Jordão (2016); Arguelhes e Leal (2016); Cabral (2021, pp. 312-333); Hartmann (2021, pp. 148-152); Silveira (2021, pp. 89-113).

³² Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

Art. 68. Os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual.

Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: I - auxílio direto; II - reunião ou apensamento de processos; III - prestação de informações; IV - atos concertados entre os juízes cooperantes.

§ 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código.

§ 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato; II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; III - a efetivação de tutela provisória; IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; VI - a centralização de processos repetitivos; VII - a execução de decisão jurisdicional.

§ 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário.

concomitante ou sucessivo, subsídios provenientes de diferentes entes, como aproveitamento das respectivas capacidades institucionais.

Por isso, em um sistema de justiça múltiplas portas, o acesso à justiça deve ser compreendido a partir da premissa da possibilidade de fracionamento da condução e da solução de problemas jurídicos, com a interação entre diferentes portas de acesso à justiça.

V. HETEROCOMPOSIÇÃO E RESPEITO AOS PRECEDENTES³³ NO SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS

1. Generalidades

A heterocomposição é o modo de resolução de problemas jurídicos em que um terceiro determina a respectiva solução.

No ordenamento jurídico brasileiro, a autocomposição é modo de solução de problemas jurídicos preferencial em relação à heterocomposição (CPC, art. 3º, §§ 2º e 3º). O Estado tem o dever de assegurar a possibilidade de resolução do problema por meio da decisão de um terceiro — do que se extrai, ao menos, um dever de edição de normas de organização e procedimento relativas aos processos judicial estatal e de normas de competência para amparar a instituição da arbitragem —, mas, prioritariamente, deve estimular e garantir condições para a construção consensual da solução pelas partes.

A heterocomposição pode ser realizada por diferentes sujeitos integrantes do sistema de justiça múltiplas portas. Ela pode ser visualizada na solução de problemas jurídicos pelo Poder Judiciário, por árbitros e tribunais arbitrais, por tribunais administrativos, por agências reguladoras, por tribunais desportivos, por cortes eclesásticas, por instituições reconhecidas como legítimas no seio de povos tradicionais ou de determinados grupos sociais, por comitês de resolução de disputas e por entes de autorregulação, por exemplo.

Duas observações, no entanto, devem ser destacadas desde logo.

³³ O tema dos precedentes é analisado longamente em Didier jr., Braga, y Oliveira (2023). Aqui, o exame do tema limita-se aos aspectos relevantes para o sistema brasileiro de justiça múltiplas portas.

O ingresso em uma das portas para a obtenção da heterocomposição não necessariamente significa sua permanência nela até o ato decisório final. Negócios processuais multiportas³⁴, atos de cooperação judiciária e técnicas de articulação administrativa podem permitir a interação e o trânsito entre diferentes portas destinadas à solução do problema jurídico por um terceiro, como visto anteriormente neste ensaio.

O segundo aspecto relevante diz respeito à percepção da necessidade de observância, na heterocomposição no âmbito das diferentes portas de acesso à justiça, de um conjunto de garantias estabelecidas pelo ordenamento jurídico, que podem assumir conformações específicas no âmbito de determinadas portas. O cumprimento dessas garantias está associado à concretização do princípio do devido processo em um sistema de justiça multiportas, temática que será explorada em capítulo específico.

Motivação, respeito aos precedentes e imparcialidade formam um trio de características que integram o *modo de ser* da heterocomposição no sistema brasileiro de justiça multiportas. Para o propósito deste ensaio, interessa especificamente o respeito aos precedentes, que, no Direito brasileiro, encontra seu principal fundamento no art. 926 do Código de Processo Civil.

O art. 926 do CPC impõe aos tribunais, além do dever de uniformização da sua jurisprudência, o de sua preservação com estabilidade, integridade e coerência. Embora situado no Código de Processo Civil, o dever de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente alcança todos os entes estatais que desempenhem a função de promover a heterocomposição.

Trata-se, em verdade, de situações jurídicas integrantes do regime jurídico geral relativo às decisões estatais em processos judiciais e em processos administrativos³⁵ — em consonância, ainda, com o art. 15³⁶ do CPC.

O art. 926 do CPC não pode ser interpretado como um comando destinado apenas ao Poder Judiciário. Integridade, coerência e estabilidade devem ser observadas no âmbito interno de cada uma das portas de acesso à justiça e, sempre que possível, entre diferentes portas, havendo, no mínimo, um dever de consideração das manifestações provenientes de cada uma delas, sobretudo nos temas relacionados diretamente à sua atuação.

³⁴ Sobre o tema, Didier jr., y Fernandez (2023b, pp. 13-41).

³⁵ Moreira (2016, pp. 322-323).

³⁶ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Essa conclusão é reafirmada por vários dispositivos da LINDB (arts. 24, parágrafo único³⁷, e 30³⁸) e da Lei de Liberdade Econômica³⁹ (art. 3º, inciso IV⁴⁰, além do acréscimo do art. 18-A⁴¹ na Lei n. 10.522/2002), todos no sentido da garantia de tratamento isonômico e previsível ao administrado perante o Poder Público.

Há, ainda, repercussões de tais deveres em relação às portas de acesso à justiça de natureza privada, como será visto mais adiante.

Além de tudo isso, os precedentes orientam a atuação de sujeitos públicos e privados. Ilustrativamente, a) o art. 35, I,⁴² da Lei n. 13.140/2015 prevê que controvérsias de natureza jurídica que envolvam a Administra-

³⁷ Art. 24, A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

³⁸ Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

³⁹ A Lei n. 13.874/2019, conhecida como Lei de Liberdade Econômica ou Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

⁴⁰ Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...] IV - receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento;

⁴¹ Art. 18-A. Comitê formado de integrantes do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editará enunciados de súmula da administração tributária federal, conforme o disposto em ato do Ministro de Estado da Economia, que deverão ser observados nos atos administrativos, normativos e decisórios praticados pelos referidos órgãos.

⁴² Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do

ção Pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, desde que haja autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; *b*) o art. 19 da Lei n. 10.552/2002 dispensa a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional de contestar, oferecer contrarrazões e interpor recursos, bem como autoriza a desistir de recursos já interpostos, entre outros casos, em relação a temas decididos em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo; *c*) o art. 24 da LINDB prevê que as situações plenamente constituídas com base em jurisprudência “judicial ou administrativa” majoritária devem ser protegidas de mudanças posteriores de orientação.

2. Deveres previstos no art. 926 do Código de Processo Civil⁴³

A. Dever de uniformização da jurisprudência

O dever de uniformizar pressupõe que o órgão decisor não possa ser omissivo diante de divergência interna, entre seus órgãos fracionários, sobre a mesma questão jurídica⁴⁴. Ele tem o dever de resolver essa divergência, uniformizando o seu entendimento sobre o assunto.

O art. 926, §1º, CPC, desdobra o dever de uniformizar, dele extraindo o dever de os tribunais (órgãos decisores) de sintetizar sua jurisprudência dominante, sumulando-a, ao determinar que, “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”. Esse dever fica condicionado ao cumprimento do disposto no art. 926, §2º, CPC: “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fácticas dos precedentes que motivaram sua criação”⁴⁵.

Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

⁴³ As ideias expostas neste tópico foram inicialmente desenvolvidas em Didier jr. (2016).

⁴⁴ Defendendo a existência de um dever de uniformizar a jurisprudência ainda sob a vigência do CPC-1973, e apenas com base na previsão do incidente de uniformização de jurisprudência do CPC-1973 (arts. 476 e segs.), Vigliar (2003, p. 203); Santos (1998, p. 600); Didier jr. y Cunha (2014, p. 555).

⁴⁵ A súmula é uma consolidação de enunciados que consagram as teses jurídicas que têm prevalecido no tribunal. O enunciado da súmula propõe-se a ser o texto da *ratio decidendi* do precedente que vem sendo reiteradamente seguido em determinado tribunal.

O objetivo é esclarecer que o correto exercício deste dever de editar enunciados sumulares pressupõe a fidelidade do tribunal à base fática a partir da qual a jurisprudência sumulada foi construída. Cumpre preservar o caráter de concretude do Direito judicial que se constrói. Produz-se norma geral, mas a partir de casos concretos.

Com isso, o legislador “neutraliza o problema histórico dos enunciados das súmulas criados de forma abstrata, sem referência aos precedentes que levaram à sua conformação”.⁴⁶

B. Dever de coerência

A coerência entre duas normas pode ser visualizada em dimensão *formal* ou em dimensão *substancial*.

A coerência formal está ligada à ideia de não contradição; a coerência substancial, à ideia de conexão positiva de sentido.⁴⁷ O *dever de coerência* deve ser concretizado em ambas as dimensões.

A exigência de *coerência* produz efeitos também em duas dimensões: interna e externa.

Do ponto de vista *externo*, os tribunais devem coerência às suas próprias decisões anteriores e à linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência. A coerência é, nesse sentido, uma imposição do princípio da igualdade — casos iguais devem ser tratados igualmente, sobretudo quando o tribunal já tem um entendimento firmado.⁴⁸ Não pode o tribunal contrariar o seu próprio entendimento, ressalvada, obviamente, a possibilidade de sua superação.

Julgar um caso é essencialmente distingui-lo de outro. É preciso, porém, que as distinções feitas pelos tribunais sejam coerentes.

Além disso, a dimensão externa do dever de coerência reforça o inafastável caráter histórico do desenvolvimento judicial do Direito: o direito dos precedentes forma-se paulatinamente, em uma cadeia histórica de decisões, que vão agregando sentido e dando densidade à norma jurídica geral construída a partir de um caso concreto.⁴⁹

⁴⁶ Zaneti jr. (2014, p. 380).

⁴⁷ Ávila (2011, p. 140).

⁴⁸ Mitúdiro (2018, pp. 87-98).

⁴⁹ Mitúdiro, D. (2012, p. 69-71).

A coerência impõe o dever de *autorreferência*, portanto: o dever de dialogar com os precedentes anteriores, até mesmo para superá-los e demonstrar o *distinguishing*. O respeito aos precedentes envolve o ato de segui-los, distingui-los ou revogá-los, jamais ignorá-los⁵⁰.

É bem conhecida a metáfora, elaborada por Dworkin, de que a construção judicial do Direito é um romance em cadeia: cada julgador escreve um capítulo, mas não pode deixar de dialogar com o capítulo anterior⁵¹, para que a história possa resultar em algo coerente. “A prática jurídica precisa se preocupar com o que foi feito anteriormente [...] [a autorreferência] torna a prática mais comprometida com a coerência no discurso jurisdicional, por meio da criação de uma espécie de linha sequencial de decisões”⁵². Às vezes, nem mesmo o próprio julgador observa a sua própria cadeia decisória, submetido que está “às idiossincrasias decisórias de uma multiplicidade de assessores e analistas”⁵³.

Muito a propósito, no particular, o enunciado n. 166 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis:⁵⁴ “A aplicação dos enunciados das súmulas

⁵⁰ Barboza (2014, p. 235); Mitidiero (2023, pp. 86-90).

⁵¹ Dworkin (2003, pp. 275-277).

⁵² Macêdo (2014, p. 271). O texto entre colchetes é de Fredie Didier Jr.

⁵³ Neves.

Embora se referindo ao dever de integridade, o que reforça a interseção que há entre ele e o dever de coerência, a lição de Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Humberto Theodoro Jr. merece reprodução: “Em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (e juízes) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de ‘anarquia interpretativa’ na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do tribunal julgam a partir de um ‘marco zero’ interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes” (Nunes, Bahia, e Theodoro jr., 2010, p. 43).

⁵⁴ O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) é um grupo despersonalizado, fundado por Fredie Didier Jr. em 2013, dedicado ao estudo sobre o Direito Processual Civil e o sistema de justiça no Brasil. O Fórum realiza encontros periódicos (a partir de 2016, com frequência anual, ressalvados os anos de 2020 e 2021, em razão das medidas de isolamento adotadas durante a pandemia da Covid-19) para discussão e aprovação de enunciados e, desde 2022 (XI FPPC), também para o reconhecimento de boas práticas desenvolvidas no sistema de justiça. O evento é realizado em dois dias. A metodologia de debates e votação funciona da seguinte maneira: *a)* no primeiro dia, os processualistas são distribuídos em grupos temáticos, livremente escolhidos, que se debruçam sobre os respectivos assuntos e propõem enunciados interpretativos e, sendo o caso, boas práticas a serem levados para reunião plenária; *b)* na plenária, os grupos apresentaram suas propostas e apenas os enunciados e boas práticas aprovados por unanimidade são consolidados em uma coletânea (Didier jr., 2021, p. 276).

deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente”.

A coerência deve, ainda, ser observada no espaço e no tempo: “geograficamente, não se autorizando que a mesma situação jurídica seja tratada de forma injustificadamente diferente por órgãos de locais díspares; e historicamente, precisando respeitar sua atuação anterior ou justificar a modificação da posição que foi adotada com referência e cuidado com o passado e suas consequências”.⁵⁵

A dimensão *interna* do dever de coerência relaciona-se à construção do precedente e, por isso, ao dever de fundamentação. Coerência, nesse sentido, é uma dimensão da congruência que se exige de qualquer decisão judicial. Mas essa congruência não se limita ao aspecto lógico (dever de não produzir decisão contraditória),⁵⁶ ela impõe outros atributos à decisão.

C. Dever de integridade

O *dever de integridade* relaciona-se com a ideia de unidade do Direito.

Embora o termo “integridade” esteja muito relacionado a Ronald Dworkin, não se adota, aqui, interpretação do enunciado normativo do art. 926 do CPC brasileiro *exclusivamente* com base no seu pensamento. As ideias de Dworkin são importantíssimas para a compreensão do assunto, mas não são a única fonte para a concretização do dever de integridade no Direito brasileiro. Essa opção decorre da premissa teórica do professor estadunidense, segundo a qual somente há uma resposta correta para um problema

O rol de enunciados e o repertório de boas práticas processuais do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis podem ser encontrados em: <<https://www.fppc.com.br/>>. Em março de 2023, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis foi admitido pelo Superior Tribunal de Justiça como *amicus curiae* no Recurso Especial n. 1.955.574 (Tema Repetitivo n. 1.137), em que se discute a possibilidade de o magistrado, com fundamento no art. 139, IV (“O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”), do Código de Processo Civil, observando a devida fundamentação, o contraditório e a proporcionalidade da medida, adotar, de modo subsidiário, meios executivos atípicos.

⁵⁵ Macêdo (2014, p. 433).

⁵⁶ Peczenik (2009, p. 131). A teoria sobre coerência desenvolvida por Alexander Peczenik serve para a compreensão do sistema jurídico, da dogmática jurídica e da decisão judicial (Peczenik, 2000, p. 169).

jurídico. Neste ponto, essa prestigiada teoria da interpretação do Direito não é a seguida neste ensaio. A interpretação é, essencialmente, uma atividade de recriação e, também, de escolha de significado, “ainda que lógica e argumentativamente guiada”.⁵⁷ A teoria da “única resposta certa” não resolve, por exemplo, o problema da interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, textos normativos *genuinamente ambíguos*.⁵⁸

A observância do dever de integridade supõe que o tribunal adote certas posturas ao decidir. Eis algumas delas.

a) decidir em conformidade com o Direito, observada toda a sua complexidade (normas constitucionais, legais, administrativas, negociais, precedentes etc.); não se admite, por exemplo, decisão com base em “Direito alternativo”.

Nesse aspecto, o dever de integridade impede o *voluntarismo judicial* e argumentações arbitrárias⁵⁹. Sendo assim, um “caso judicial só se pode resolver pela totalidade do ordenamento jurídico, e não por uma só de suas partes, tal como o peso todo de uma esfera gravita sobre a superfície em que jaz, embora seja só um o ponto em que toma contacto”.⁶⁰

b) decidir em respeito à Constituição Federal, como fundamento normativo de todas as demais normas jurídicas. O dever de integridade é, nesse sentido, uma concretização do *postulado da hierarquia*, “do qual resultam alguns critérios importantes para a interpretação das normas, tais como o da interpretação conforme a Constituição”.⁶¹

c) compreender o Direito como um sistema de normas, e não um amontoado de normas. O dever de integridade é, nesse sentido, uma concretização do *postulado da unidade do ordenamento jurídico*, “a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade”.⁶²

E, conseqüentemente, reconhecer a existência de microssistemas normativos para, quando for o caso, decidir conforme as regras desse mesmo microssistema.

⁵⁷ Mitidiero (2013, p. 58).

⁵⁸ Aarnio (1987, p. 165).

⁵⁹ Aarnio (2011, p. 145).

⁶⁰ Lição de Carlos Cossio, extraída de Borges (1996, p. 91).

⁶¹ Ávila (2011, p. 136).

⁶² Ávila (2011, p. 136).

d) observar as relações íntimas e necessárias entre o Direito processual e o Direito material.

e) enfrentar, na formação do precedente, todos os argumentos favoráveis e contrários ao acolhimento da tese jurídica discutida. Esse desdobramento do *dever de integridade* está expressamente consagrado no §2^o⁶³ do art. 984 e no §3^o⁶⁴ do art. 1.038 do CPC – também nesse sentido o enunciado 305 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida”.⁶⁵

4. O sistema brasileiro de precedentes administrativos obrigatórios

A autovinculação é uma característica do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo.⁶⁶ Acompanhando a lição de Paulo Modesto, é possível visualizá-la em duas perspectivas. A primeira, mais abrangente, refere-se à limitação da discricionariedade administrativa por meio do detalhamento, em atos unilaterais ou convencionais, da interpretação a ser adotada diante de textos normativos dotados de imprecisão ou vagueza semântica, de maneira a estabelecer critérios específicos de padronização da atuação do Poder Público.⁶⁷ Em uma segunda perspectiva, ela diz respeito à impossibilidade de alteração injustificada dos parâmetros decisórios adotados pela Administração,⁶⁸ sobretudo por meio de seus tribunais, diretriz refletida há tempos no art. 50, inciso VII⁶⁹, da Lei n. 9.784/1999 e reforçada na LINDB (art. 30).

⁶³ Art. 984, § 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

⁶⁴ Art. 1.038, § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.

⁶⁵ Para Ávila, a “completude” (conjunto de proposições contém todos os elementos e suas negações) é um atributo da coerência e está relacionada à ideia de integridade (Ávila, 2011, p. 140).

⁶⁶ A autovinculação da Administração Pública e o caráter obrigatório dos precedentes administrativos já foram objeto de reflexão dos autores: Didier jr. (2020b, pp. 209-218); Fernandez (2021, pp. 504-506).

⁶⁷ Modesto (2010, p. 7).

⁶⁸ Modesto (2010, p. 2).

⁶⁹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos

O caráter obrigatório do precedente administrativo⁷⁰ em relação ao próprio órgão administrativo julgador que o proferiu e àqueles que lhe são subordinados é, portanto, uma das manifestações do fenômeno mais amplo da autovinculação administrativa. Decorrência da igualdade (na dimensão da isonomia na aplicação do Direito) e da proteção da confiança, o reconhecimento da eficácia vinculante do precedente administrativo acentua a complexidade da teoria das fontes do Direito Administrativo, ao identificar a *legalidade administrativa* não apenas às manifestações do legislador, mas também aos pronunciamentos da própria Administração.

A expansão e o fortalecimento dos tribunais administrativos, que resolvem problemas jurídicos de modo imparcial e por heterocomposição, é uma das principais causas que justificam a criação desse sistema de respeito aos precedentes administrativos. A cognoscibilidade do Direito, dimensão da segurança jurídica que garante a todos saber como o Direito é compreendido e aplicado, e a igualdade, que garante aos administrados o direito de ser tratado de modo semelhante pela Administração Pública, o que significa ser tratado de modo isonômico perante as decisões administrativas, impõem o desenvolvimento desse sistema de formação e aplicação de precedentes administrativos.⁷¹

Há extenso rol⁷² de dispositivos que consagram a autovinculação da Administração Pública, inclusive por intermédio de precedentes obrigatórios.

O art. 4^o⁷³ da Lei Complementar n. 73/1993 atribui ao Advogado-Geral da União as competências para fixar a interpretação da Constituição, das leis,

fundamentos jurídicos, quando: [...]VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

⁷⁰ “O precedente administrativo pode ser conceituado como a norma jurídica retirada de decisão administrativa anterior, válida e de acordo com o interesse público, que, após decidir determinado caso concreto, deve ser observada em casos futuros e semelhantes pela Administração Pública” (Oliveira, 2018, p. 96).

⁷¹ Sobre a relação entre cognoscibilidade do Direito, igualdade e segurança jurídica, Ávila, H. (2021, pp. 286 e 495-498).

⁷² Conforme exposto em Didier jr. (2020b, pp. 212-214).

⁷³ Art. 4^o - São atribuições do Advogado-Geral da União: I - dirigir a Advocacia-Geral da União, superintender e coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação; II - despachar com o Presidente da República; III - representar a União junto ao Supremo Tribunal Federal; IV - defender, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a norma legal ou ato normativo, objeto de impugnação; V - apresentar as informações a serem prestadas pelo Presidente da República, relativas a medidas impugnadoras de ato ou omissão presidencial; VI - desistir, transigir, acor-

dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal (inciso X), unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal (inciso XI) e editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais (inciso XII).

O art. 2º, parágrafo único, XIII,⁷⁴ da Lei n. 9.784/1999, determina que, nos processos administrativos, se confira “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”. A vedação de interpretação retroativa é claro sinal de que o precedente (interpretação anterior) deve ser aplicado, até que haja justas razões para revisão do entendimento.⁷⁵

O art. 50, VII, da Lei n. 9.784/1999, ao concretizar o dever de motivar as decisões administrativas, impõe o dever ao órgão administrativo deci-

dar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente; VII - assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes; VIII - assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração; IX - sugerir ao Presidente da República medidas de caráter jurídico reclamadas pelo interesse público; X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal; XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal; XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais; XIII - exercer orientação normativa e supervisão técnica quanto aos órgãos jurídicos das entidades a que alude o Capítulo IX do Título II desta Lei Complementar; XIV - baixar o Regimento Interno da Advocacia-Geral da União; XV - proferir decisão nas sindicâncias e nos processos administrativos disciplinares promovidos pela Corregedoria-Geral e aplicar penalidades, salvo a de demissão; XVI - homologar os concursos públicos de ingresso nas Carreiras da Advocacia-Geral da União; XVII - promover a lotação e a distribuição dos Membros e servidores, no âmbito da Advocacia-Geral da União; XVIII - editar e praticar os atos normativos ou não, inerentes a suas atribuições; XIX - propor, ao Presidente da República, as alterações a esta Lei Complementar;

⁷⁴ Art. 2º, Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

⁷⁵ Vendo neste artigo uma das bases normativas para a aplicação de precedentes administrativos no Brasil, Barros (2016, p. 138).

sor de expor as razões para deixar “de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”.⁷⁶

O art. 496, §4º, IV,⁷⁷ CPC, dispensa a remessa necessária ao tribunal de sentença proferida contra o Poder Público que veicule “entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁷⁸ (LINDB, Decreto-lei n. 4.657/1942, alterado pela Lei n. 13.655/2018) não apenas consagra a “jurisprudência administrativa majoritária” (art. 24, parágrafo único), como também impõe o dever de proceder a uma transição no caso de essa mesma jurisprudência vier a ser revista (art. 23⁷⁹).

A mesma LINDB, no art. 30, determina que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”. O parágrafo único do referido artigo prevê que tais instrumentos “terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão”. Assim, a lei não só supõe a existência de precedentes administrativos, como impõe a consolidação de seus enunciados em súmula

⁷⁶ Vendo neste artigo uma das bases normativas para a aplicação de precedentes administrativos no Brasil, Modesto (2010, pp. 2-4); Hachem (2015, p. 71); Barros (2016, p. 139).

⁷⁷ Art. 496, § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: [...] IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

⁷⁸ As normas extraídas da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro podem ser consideradas *metanormas*, uma vez que disciplinam a aplicação de outras normas jurídicas. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/1942) possui a natureza jurídica de lei ordinária e disciplina temas como vigência, eficácia, aplicação no tempo e no espaço e fixação de critérios de integração e de interpretação jurídica. A Lei n. 13.655/2018 introduziu os arts. 20 a 30 da LINDB, com a regulamentação de um conjunto de temas de Direito Público, como o dever de observância das consequências práticas de decisões administrativas, judiciais e dos órgãos de controle e o dever de fixação de regime de transição nas situações de alteração de interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado.

⁷⁹ Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

administrativa e confere a eles força vinculante até futura revisão de entendimento,⁸⁰ concretizando o comando do art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999.

Exatamente por isso, o Decreto Presidencial n. 9.830/2019, ao regulamentar os arts. 20 a 30 da LINDB no âmbito federal, consolida esse sistema de precedentes obrigatórios no âmbito da Administração federal (arts. 19-24⁸¹, Decreto n. 9.830/2019).

O art. 3º, IV, da Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), estabelece que é direito de toda pessoa, essencial ao desenvolvimento econômico do país receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da Admi-

⁸⁰ Vendo neste artigo uma base normativa para a aplicação de precedentes administrativos no Brasil, Oliveira (2019, p. 153-154).

⁸¹ Art. 19. As autoridades públicas atuarão com vistas a aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de normas complementares, orientações normativas, súmulas, enunciados e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput terão caráter vinculante em relação ao órgão ou à entidade da administração pública a que se destinarem, até ulterior revisão.

Art. 20. O parecer do Advogado-Geral da União de que tratam os art. 40 e art. 41 da Lei Complementar nº 73, 10 de fevereiro de 1993, aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União juntamente com o despacho presidencial, vincula os órgãos e as entidades da administração pública federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 1º O parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

§ 2º Os pareceres de que tratam o caput e o § 1º têm prevalência sobre outros mecanismos de uniformização de entendimento.

Art. 21. Os pareceres das consultorias jurídicas e dos órgãos de assessoramento jurídico, de que trata o art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 1993, aprovados pelo respectivo Ministro de Estado, vinculam o órgão e as respectivas entidades vinculadas.

Art. 22. A autoridade que representa órgão central de sistema poderá editar orientações normativas ou enunciados que vincularão os órgãos setoriais e seccionais.

§ 1º As controvérsias jurídicas sobre a interpretação de norma, instrução ou orientação de órgão central de sistema poderão ser submetidas à Advocacia-Geral da União.

§ 2º A submissão à Advocacia-Geral da União de que trata o § 1º será instruída com a posição do órgão jurídico do órgão central de sistema, do órgão jurídico que divergiu e dos outros órgãos que se pronunciaram sobre o caso.

Art. 23. A autoridade máxima de órgão ou da entidade da administração pública poderá editar enunciados que vinculem o próprio órgão ou a entidade e os seus órgãos subordinados.

Art. 24. Compete aos órgãos e às entidades da administração pública manter atualizados, em seus sítios eletrônicos, as normas complementares, as orientações normativas, as súmulas e os enunciados a que se referem os art. 19 ao art. 23.

nistração Pública em relação ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, prevendo que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores. Trata-se, aqui, de manifestação pontual de um dever que, como visto, possui caráter geral.

O art. 19 da Lei n. 10.522/2002, alterado pela Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), determina que

Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre: [...] II - tema que seja objeto de parecer, vigente e aprovado, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que conclua no mesmo sentido do pleito do particular; [...] IV - tema sobre o qual exista súmula ou parecer do Advogado-Geral da União que conclua no mesmo sentido do pleito do particular; [...] VII - tema que seja objeto de súmula da administração tributária federal de que trata o art. 18-A desta Lei.

A existência de precedentes administrativos, além de influenciar o comportamento do Poder Público no processo judicial, também provoca repercussões processuais que não dependem da sua manifestação de vontade, como se observa na dispensa da remessa necessária quando a sentença estiver fundada em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa (art. 496, § 4º, IV, CPC).

Não bastassem todas essas regras, e mesmo independentemente delas⁸², o sistema de formação e aplicação de precedentes administrativos é desdobramento inexorável dos princípios da segurança jurídica (incluindo sua dimensão subjetiva, a proteção da confiança, porque respeitar o precedente é manter a coerência administrativa e proteger a confiança do administra-

⁸² Assim, Barreiros (2017, p. 330).

do⁸³) e da igualdade.⁸⁴ O próprio art. 926 do CPC é, aliás, um comando dirigido também aos tribunais administrativos.⁸⁵

Esse complexo normativo torna desnecessária a criação, na esfera administrativa, de um dispositivo equivalente ao art. 927⁸⁶ do CPC. A eficácia vinculante dos precedentes administrativos já é uma característica do sistema jurídico brasileiro.⁸⁷

Há ainda um aspecto a ser destacado. É necessário perceber que, em órgãos ou entidades que cumulam funções decisórias, ao modo de um tribunal administrativo, e regulatórias, o processo de decisão de casos concretos integra a dinâmica do processo regulatório. A solução de lacunas nos atos administrativos de regulamentação do setor e a própria interpretação desses atos ocorrem a partir da via contenciosa ou de consultas, gerando decisões que vinculam o ente regulador.

⁸³ Relacionando o respeito aos precedentes administrativos com a proibição do *venire contra factum proprium* pela Administração, Aragão (2006, pp. 231-244); Barros (2016, p. 141).

⁸⁴ Longamente sobre o tema, Hachem (2015, pp. 63-91).

⁸⁵ Moreira (2016, pp. 322-323).

⁸⁶ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

⁸⁷ Barreiros (2017, pp. 330-331).

Interessante exemplo pode ser extraído do Regimento Interno da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que expressamente prevê que os casos solucionados pela agência serão usados como precedentes para novas decisões e como subsídio para futura regulamentação da matéria objeto do problema jurídico (art. 49, IV⁸⁸).

5. Perspectiva externa

A. Generalidades e o dever de consultar

No Brasil, o estudo do tema dos precedentes no processo judicial já é bastante consolidado. Também é notável o amadurecimento do tema no âmbito do processo administrativo. Merece mais aprofundada reflexão doutrinária, no entanto, a questão da eficácia do precedente no âmbito de outras portas de acesso à justiça, como a arbitragem e os *dispute boards*, por exemplo — em tais casos, a necessidade de observância (ou, ao menos, de diálogo) em relação às decisões anteriores da própria instituição (ou pessoa, no caso do árbitro singular) pode ser abordada como uma decorrência da boa-fé objetiva, observadas, é claro, as peculiaridades de cada uma das diferentes portas.

Mesmo assim, em todos esses casos, aquilo que se examina é uma *perspectiva interna* da eficácia dos precedentes.

Mas é possível pensar, ainda, em uma *perspectiva externa* da eficácia dos precedentes.

Geralmente, ela é abordada a partir da ótica de uma das portas de acesso à justiça e em único vetor, isto é, do ponto de vista dos precedentes do Poder Judiciário (notadamente aqueles de caráter obrigatório) em relação às demais portas de acesso à justiça.

Essa abordagem é necessária, mas não suficiente. Em uma realidade com múltiplos centros decisórios, com diferentes capacidades institucionais, muitas vezes com sobreposição de espaços de atuação entre eles, o conteúdo normativo do art. 926 do Código de Processo Civil pode ser compreendido à luz da característica da integração do sistema brasileiro de justiça multipor-

⁸⁸ Art. 49. A ANP, mediante conciliação e arbitramento, atuará de forma a: [...] IV - utilizar os casos já mediados pela Agência como precedentes para novas decisões e como subsídios para a eventual regulamentação do conflito resolvido.

tas, permitindo que dele se extraia um *dever de consideração* das manifestações provenientes de outras portas de acesso à justiça.

O ente responsável pela solução de determinado problema jurídico deve, no mínimo, dialogar com os precedentes oriundos de portas de acesso à justiça distintas, uma vez que a coerência e a integridade devem ser preservadas, na maior medida do possível, não somente no âmbito interno de cada uma delas, como também entre as diferentes portas de acesso à justiça.

Ilustrativamente, a partir da conjugação do art. 313, VII,⁸⁹ do Código de Processo Civil com os arts. 18⁹⁰ e 19⁹¹ da Lei n. 2.180/1954 é possível identificar um dever de consideração, pelo Poder Judiciário, das manifestações provenientes do Tribunal Marítimo.⁹²

A suspensão do processo, prevista no citado dispositivo do CPC, não é a única técnica apta a permitir o diálogo interinstitucional. A consulta é outro possível instituto a ser utilizado para o alcance dessa finalidade.⁹³

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de formulação de consultas, por exemplo,⁹⁴ à Justiça Eleitoral, ao Tribunal de Contas da União, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica e à Comissão de Valores Mobiliários. Em termos bastante abrangentes, o art. 30 da LINDB prevê a possibilidade de formulação de consultas a autoridades públicas. A Resolução n. 499/2023 do Conselho Nacional de Justiça introduziu na Re-

⁸⁹ Art. 313. Suspende-se o processo: [...] VII - quando se discutir em juízo questão decorrente de acidentes e fatos da navegação de competência do Tribunal Marítimo;

⁹⁰ Art. 18. As decisões do Tribunal Marítimo quanto à matéria técnica referente aos acidentes e fatos da navegação têm valor probatório e se presumem certas, sendo porém suscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário.

⁹¹ Art. 19. Sempre que se discutir em juízo uma questão decorrente de matéria da competência do Tribunal Marítimo, cuja parte técnica ou técnico-administrativa couber nas suas atribuições, deverá ser juntada aos autos a sua decisão definitiva.

⁹² Dada a natureza e a relevância da manifestação do Tribunal Marítimo, Marinoni e Arenhart consideram que a hipótese prevista no art. 313, VII, do Código de Processo Civil aproxima-se daquela contida no inciso V, b, do mesmo artigo, em que a decisão judicial depende da “produção de certa prova, requisitada a outro juízo”, sendo a decisão proferida pelo Tribunal Marítimo essa prova especial. Diferentemente, porém, do que ocorre nos casos previstos no art. 313, V, não há prazo para a suspensão do processo judicial (Marinoni e Cruz Arenhart, 2021, pp. 317-318).

⁹³ Sobre o instituto da consulta e a função jurisdicional consultiva, Cabral (2023, pp. 112-218).

⁹⁴ Os exemplos foram extraídos de Cabral (2023, pp. 132-140).

solução n. 350/2020, do mesmo órgão, a expressa possibilidade de utilização da cooperação judiciária, inclusive interinstitucional, para fins de consulta.

Além de contribuir para a proteção de expectativas de incidência normativa, a prevenção e solução de problemas jurídicos e o aperfeiçoamento do diálogo institucional⁹⁵, a consulta também colabora para a concretização dos comandos contidos no art. 926 do Código de Processo Civil, compreendidos no contexto de um sistema de justiça multiportas, como o brasileiro.

B. Arbitragem e precedentes judiciais

Nos precedentes judiciais obrigatórios, a norma jurídica geral estabelecida possui eficácia vinculante em relação ao próprio órgão jurisdicional e àqueles que lhe são subordinados (art. 927, CPC). A norma do precedente integra, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, não tendo as partes escolhido a arbitragem por equidade, eles vinculam o árbitro como qualquer outra fonte de *hard law*.

Não há razão, portanto, para que se confira à relação entre arbitragem e precedente judicial obrigatório tratamento distinto em comparação com sua relação com as demais fontes do Direito⁹⁶.

Se a decisão arbitral aplica mal ou deixa de aplicar precedente judicial obrigatório, trata-se de hipótese de *error in iudicando*, não de invalidade, insuscetível, então, de controle pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, se o precedente obrigatório foi invocado pela parte, e o árbitro deixar de se manifestar sobre ele, haverá vício de fundamentação — aliás, exatamente o que ocorre também com o juiz estatal —, o que pode ser causa de invalidação da decisão.

Há, ainda, duas observações adicionais.

As partes podem celebrar um negócio de certificação para eliminar um estado de incerteza em relação, por exemplo, ao conteúdo e à abrangência dos efeitos de um precedente judicial obrigatório, estabelecendo a interpretação a ser adotada a respeito dele no contexto de determinada(s) relação(ões) jurídica(s).

⁹⁵ Cabral (2023, pp. 143-153).

⁹⁶ Adota-se, aqui, o posicionamento de Talamini (2023, pp. 441-447). Sobre o tema, vide, ainda, com visões ora distintas, ora complementares, Temer (2018, pp. 523-543); Amaral (2021, pp. 347-370).

Além disso, é necessário observar que o art. 2º, § 1º⁹⁷, Lei n. 9.307/1996 autoriza a escolha, pelas partes, da norma de Direito material a ser aplicada. Trata-se de negócio jurídico conhecido como *choice of law*⁹⁸, cuja utilização apenas não é admitida em arbitragens celebradas com a Administração Pública, submetida a um regime de indisponibilidade normativa⁹⁹ para escolha do ordenamento jurídico aplicável.

Celebrado negócio jurídico para a escolha da aplicação de ordenamento jurídico distinto do brasileiro, evidentemente o árbitro não estará vinculado ao precedente judicial de tribunal do Brasil.

VI. CONCLUSÕES

O sistema brasileiro de justiça compreende múltiplos modos de solução de problemas jurídicos, oferecidos por diferentes portas de acesso à justiça — trata-se de um sistema de justiça multiportas.

No Brasil, a heterocomposição pode ser realizada por diferentes sujeitos integrantes do sistema de justiça. Ela pode ser visualizada na solução de problemas jurídicos pelo Poder Judiciário, por árbitros e tribunais arbitrais, por tribunais administrativos, por agências reguladoras, por tribunais desportivos, por cortes eclesiais, por instituições reconhecidas como legítimas no seio de povos tradicionais ou de determinados grupos sociais, por comitês de resolução de disputas e por entes de autorregulação, por exemplo.

Em todos esses casos, o respeito aos precedentes é uma das normas de observância fundamental no exercício da heterocomposição, observadas, naturalmente, as peculiaridades de cada uma das portas de acesso à justiça.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aarnio, A. (2011). The procedure of legal reasoning. In *Essays on the doctrinal Study of Law*. Springer.

⁹⁷ Art. 2º, § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

⁹⁸ Sobre o tema, longamente, inclusive com a exposição de critérios de admissibilidade e casuística da celebração da cláusula *choice of law*, Santos (2021, pp. 187-228).

⁹⁹ Salles (2011, p. 265).

- Aarnio, A. (1987). *The rational as reasonable - a treatise on legal justification*. D. Reidel.
- Alexy, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais* (Virgílio Afonso da Silva, trad). Malheiros.
- Amaral, G. R. (2021). Arbitragem e precedentes. In L. G. Marinoni y C. B. Leitão, *Arbitragem e Direito Processual*. RT.
- Aragão, A. S. de (2006). Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de Direito do Estado*, 1(4).
- Arguelhes, D. W., e Leal, F. (2016). Dois problemas de operacionalização do argumento de ‘capacidades institucionais’. *Revista Estudos Institucionais*. 2(1).
- Arguelhes, D. W., Leal, F. (2011). O argumento das ‘capacidades institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, (23).
- Ávila, H. (2021). *Teoria da segurança jurídica* (6a. ed.). Malheiros.
- Ávila, H. (2011). *Teoria dos princípios* (12a ed.). Malheiros.
- Barboza, E. M. Q. (2014). *Precedentes judiciais e segurança jurídica – fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. Saraiva.
- Barreiros, L. M. S. (2017). *Convenções processuais e Poder Público*. Juspodivm.
- Barros, M. A. L. L. (2016). Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública brasileira. *Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA)*, 3(1).
- Batista, A., Palermo, F. H., Pereira jr. A. (2014). “Michel Debrun em Botucaçu, 1990: o conceito de auto-organização”. *Simbio-Logias*, 7(10).
- Borges, J. S. M. (1996). *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. Malheiros.
- Cabral, A. P. (2021). *Juiz natural e eficiência: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. Thomson Reuters Brasil.
- Cabral, A. P. (2023). *Jurisdição sem decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. Juspodivm.
- Cabral, T., Navarro, X., y Zaneti jr., H. (Coord.) (2016). *Grandes Temas do CPC - Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Juspodivm.
- Cadiet, L. (2017). *Perspectiva sobre a Justiça do Sistema Civil Francês*. RT.
- Cappelletti, M., e Garth, B. (1988). *Acesso à justiça* (Ellen Gracie Northfleet, trad.). Sergio Antonio Fabris Editor.

- Debrun, M. (1996). A ideia de auto-organização. In M. Debrun, M. E. Q. Gonzales, O. Pessoa Jr. (Orgs.). *Auto-Organização: estudos interdisciplinares em filosofia, ciências naturais e humanas, e artes (Coleção CLE, Vol. 18)*. CLE/ UNICAMP.
- Debrun, M. (1997). Auto-organização e ciências cognitivas. In M. E. Q. Gonzales, C. A. Lungarzo, C. B. Milidoni (Org.). *Encontro com as ciências cognitivas* (2a. ed.). Faculdade de Filosofia e Ciências.
- Dewey, J. (1938). *Logic: the theory of inquiry*. Henry Holt and Company.
- Didier jr., F. (2020a). *Curso de Direito Processual Civil* (22a. ed.). Juspodivm v.1.
- Didier jr., F. (2020b). Intervenção de *amicus curiae* em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório. *Civil Procedure Review*, 11(2).
- Didier jr., F. (2016). Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In *Scritti in onore di Nicola Picardi*. t. II. Pacini Giuridica.
- Didier jr., F. (2021). *Sobre academia, memória e imaginação: uma vida em processo*. Memorial apresentado como pressuposto para a promoção a Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Edição do autor: Salvador.
- Didier jr., F., Braga, P. S., y Oliveira, R. A. (2023). *Curso de Direito Processual Civil* (18a. ed.). Juspodivm, v.2.
- Didier jr., F., y Cunha, L. C. (2014). *Curso de Direito Processual Civil* (12a. ed.). Juspodivm. v. 3.
- Didier jr., F., y Fernandez, L. (2024). *Introdução à justiça multiportas*. Editora Juspodivm.
- Didier jr., F., y Fernandez, L. (2023a). Justiça multiportas como um *ever-expanding system*: um ensaio sobre a abertura como característica do sistema de justiça no Brasil. In G. Mendes et al. (Org.). *Ensaio sobre Direito Constitucional, Processo Civil e Direito Civil: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim* (pp. 149-162). Editora de Direito Contemporâneo.
- Didier jr., F., y Fernandez, L. (2023b). O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores. *Revista do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte*, 3, 13-41.
- Dworkin, R. (2003). *O Império do Direito*. (Jeferson Luiz Camargo, trad.). Martins Fontes.

- Fernandez, L. (2021). *Proteção de dados pessoais no sistema de justiça multiportas: publicidade processual, cooperação judiciária e o papel do Conselho Nacional de Justiça e da Autoridade Nacional de Proteção de Dados*. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito.
- Ferraz jr, T. S. (2003). *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação* (4a. ed.). Atlas.
- Giannetti, E. *Gênio de Adam Smith ainda espanta nos 300 anos de seu nascimento*. https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2023/05/genio-de-adam-smith-ainda-espanta-nos-300-anos-de-seu-nascimento.shtml?utm_source=sharenativo&utm_medium=social&utm_campaign=sharenativo.
- Hartmann, G. K. (2021). *Competência no processo civil: da teoria tradicional à gestão judicial da competência adequada*. Juspodivm.
- Hachem, D. W. (2015). Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 15(59).
- Hayek, F. (1985). *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. v. 1: Normas e ordem*. Visão.
- Jordão, E. (2016). *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. Malheiros.
- Komesar, N. (1994). *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. University of Chicago Press.
- Lessa Neto, J. L. (2015). O Novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. *Revista de Processo*, (244).
- Macêdo, L. B. (2014). *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Juspodivm.
- Marinoni, L. G., y Cruz Arenhart, S. (2021). *Comentários ao Código de Processo Civil (artigos 294 ao 333)* (3a. ed.) RT.
- Matos, J. I., Lopes, J. M., Mendes, L. A., y Coelho, N. (2015). *Manual de gestão judicial*. Almedina.
- Mazzola, M. (2022). *Sanções premiais no Processo Civil: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial*. Editora Juspodivm.
- Mitidiero, D. (2013). *Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. RT.
- Mitidiero, D. (2012). Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. RT.
- Mitidiero, D. (2018). *Precedentes: da persuasão à vinculação* (3. ed.). RT.

- Mitidiero, D. (2023). Ratio decidendi: *quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta?* RT.
- Modesto, P. (2010). Autovinculação da Administração Pública. *Revista Eletrônica de Direito de Estado*, (24). <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=466>.
- Moreira, E. B. (2016). O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. 273.
- Navarro, T. (2023). Teoria da Justiça Multiportas. *Revista de Processo*. 343.
- Neves, M. A “desrazão” sem diálogo com a “razão”: teses provocatórias sobre o STF. <http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf>.
- Nunes, D., Bahia, A., Theodoro Jr., H. (2010). Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. 189.
- Oliveira, R. C. R. (2018). *Precedentes no Direito Administrativo*. Forense,.
- Oliveira, W. L. (2019). *Precedentes judiciais na administração pública – limites e possibilidades de aplicação*. Juspodivm.
- Peczenik, A. (2000). Certainty or coherence. *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification*. Festschrift for Aulis Aarnio. Duncker & Humblot.
- Peczenik, A. (2009). *On law and reason*. Springer.
- Salles, C. A. (2011). *Arbitragem em contratos administrativos*. Forense.
- Sanchez Badin, A. (2013). *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. Malheiros.
- Sander, F. (1978). *Varieties of Dispute Processing. Hearings Before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, Ninety-fifth Congress, Second Session on S. 957*. US Government Printing Office.
- Sander, F., e Hernandez Crespo, M. (2012). Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In R. Alves de Almeida, T. Almeida, e M. Hernandez Crespo (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Editora FGV.
- Santos, E. F. (1998). *Manual de Direito Processual Civil* (6. ed.). Saraiva. vol. 1.
- Santos, R. B. (2021). *Convenção Processual Sobre Norma Aplicável ao Mérito*. RT.

- Silva, P. C. (2009). *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra Editora.
- Silveira, B. B. (2021). *Litigiosidade repetitiva, processo e regulação: interações entre o Judiciário e o Regulador no julgamento de casos repetitivos*. Editora Juspodivm.
- Smith, A. (1983). *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas* (Luiz João Baraúna, trad.) v. 1. Abril Cultural.
- Smith, A. (2015). *Teoria dos sentimentos morais*. (Lya Luft, trad.) Martins Fontes.
- Sunstein, C., e Vermeule, A. (2003a). Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*. 101(885). <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>.
- Sunstein, C. e Vermeule, A. (2003b). Interpretative Theory in Its Infancy: a reply to Posner. *Michigan Law Review*. 101(972). <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/4/>
- Susskind, R. (2019). *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford University Press.
- Taruffo, M. (2007). Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. *Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI*, (7).
- Temer, S. (2018). Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. *Revista de Processo*. 278.
- Talamini, E. (2023) Fundamentação da sentença arbitral e devido processo. *Revista de Processo*, 344.
- Vigliar, J. M. M. (2003). *Uniformização de jurisprudência – segurança jurídica e dever de uniformizar*. Atlas.
- Watanabe, K. (2019). Cultura da sentença e cultura da pacificação. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Del Rey.
- Zaneti jr., H. (2014). *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Juspodivm.

Cómo citar

Sistema IJ

Didier jr., Fredie y Fernandez, Leandro, “Os precedentes no sistema brasileiro de justiça multiportas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 56, núm. 168, julio-diciembre de 2023, pp. 81-119. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18868>

APA

Didier jr., F. y Fernandez, L. (2023). Os precedentes no sistema brasileiro de justiça multiportas, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168), 81-119. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18868>

El modelo peruano de sistema de precedentes. Una propuesta de reconstrucción

The peruvian model of precedent system. A reconstruction proposal

Víctor García Yzaguirre¹

 <https://orcid.org/0000-0002-4662-2919>

Universidad de Girona

Correo electrónico: garciayzaguirre@gmail.com

RECEPCIÓN: 19 de enero de 2024

ACEPTACIÓN: 8 de marzo de 2024

PUBLICACIÓN: 18 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18866>

RESUMEN: El objetivo del presente artículo es formular una propuesta de análisis del modelo peruano de sistema de precedentes. Ello a efectos de: 1) ofrecer una reconstrucción que sirva como introducción al modelo peruano de sistema precedentes, y 2) ofrecer un esquema de trabajo para las diferentes dogmáticas jurídicas peruanas que les permita presentar y/o profundizar sus discusiones en materia de precedentes.

Palabras clave: precedentes, jurisprudencia, *ratio decidendi*.

ABSTRACT: The objective of this article is to formulate a proposal for the analysis of the Pe-

¹ Investigación realizada gracias al Programa UNAM-PAPIIT IN302422.

Este artículo ha sido escrito bajo el auspicio de dos proyectos de investigación. Por un lado, el Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica “La autoridad del precedente judicial. Debates teóricos y problemas prácticos”, financiado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (clave: IN302422). Por el otro, el Proyecto “Los errores en la producción y en la aplicación del derecho (EPAD)”, PID2020-114765GB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación, España.

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.

ruvian model of the precedent system. This is done with the purpose of: 1) providing a reconstruction that serves as an introduction to the Peruvian precedent system; and 2) offering a framework for various Peruvian legal doctrines to present and/or deepen their discussions on precedent matters.

Keywords: precedents, jurisprudence, *ratio decidendi*.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Rasgos generales de los sistemas de precedentes.* III. *Sistema de precedentes peruano.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la forma de comprender y estudiar la jurisprudencia en el Perú ha experimentado cambios significativos. Ello es especialmente evidente en las prácticas argumentativas de los litigantes y en la justificación de las sentencias por parte de los aplicadores del derecho en este país. En efecto, resulta ahora común que estos operadores del derecho consideren que la identificación de la premisa normativa de sus argumentaciones se sustenta de mejor manera si se emplean decisiones pasadas de determinados fueros jurisdiccionales.

Estas transformaciones se reflejan en la creación de nuevas formas de argumentación en los procesos de toma de decisiones en el ámbito jurisdiccional, en la argumentación jurídica tanto en demandas como en contestaciones, en los criterios de evaluación usados en el análisis de decisiones judiciales o actos administrativos por parte de instancias de revisión, entre otros aspectos. Todo ello se debe, en gran parte, a una progresiva implementación de un sistema de precedentes.

En este escenario, en este artículo voy a realizar una propuesta de análisis del modelo peruano de sistema de precedentes. Ello me permitirá cumplir con dos objetivos: 1) ofrecer una reconstrucción que sirva como introducción al modelo peruano de sistema precedentes, y 2) ofrecer un esquema de trabajo para las diferentes dogmáticas jurídicas peruanas que les permita presentar y/o profundizar sus discusiones en materia de precedentes.

Para estos efectos llevaré a cabo los siguientes pasos. En el segundo apartado presentaré una propuesta de categorías y distinciones que la literatura especializada suele emplear para analizar los sistemas de precedentes. Ello, a efectos explicitar las premisas teóricas que asumiré al analizar el modelo peruano. En el tercer apartado formularé el análisis de dicho modelo. Al res-

pecto, debo precisar que estudiaré, únicamente, los procesos de aplicación del derecho y jurisdicción ordinaria y constitucional.²

II. RASGOS GENERALES DE LOS SISTEMAS DE PRECEDENTES

El análisis de las características del uso de decisiones pasadas para justificar decisiones actuales³ es de suma relevancia práctica y ha captado una atención especial en tiempos recientes por parte de destacados teóricos del derecho vinculados a la tradición del *civil law*.⁴ Dentro de la literatura especializada es posible identificar múltiples propuestas sobre cómo entender, identificar y descomponer un sistema de precedentes.⁵ No es mi propósito formular, en este artículo, una propuesta nueva ni participar en el debate teórico sobre alguna de estas teorizaciones. De igual forma, no pretendo asumir una postura en la discusión sobre si cabe o no distinguir entre un modelo de precedentes de estilo *civil law* y un modelo de precedentes de estilo de *common law*.⁶ En cambio, en estas líneas identificaré el lenguaje teórico que utilizaré para realizar el estudio del modelo peruano de sistema de precedentes.

Por sistema de precedentes me refiero a todos los supuestos en los cuales la validez de las decisiones institucionales de un aplicador del derecho (personas que son competentes para determinar, de forma autoritativa, la situación jurídica de un sujeto) están condicionadas, de alguna forma, por las decisio-

² Esto supone que no analizaré jurisdicciones especiales (como, por ejemplo, la militar) ni abordaré la discusión respecto a si el arbitraje es un proceso jurisdiccional o no (ni si en los arbitrajes es posible o no identificar un modelo de sistema de precedentes). Sobre la noción de jurisdicción ver Rondini (2021).

³ Sobre este punto ver, por todos, Vío (2021).

⁴ A efectos de evidenciar este interés es relevante ver los trabajos de Gascón Abellán y Núñez Vaquero (2020), Marinorni (2013), Passanante (2018), Gómora (2018), Bustamante (2016). Cabe resaltar la discusión sobre la materia contenida en el volumen 29 de la Revista Discusiones.

⁵ Dentro de la literatura especializada cabe resaltar algunas de las principales propuestas de lenguajes teóricos para analizar los sistemas de precedentes: Núñez Vaquero (2022a), Alexander (2015), Lammond (2023), Cross y Harris (2012), Duxbury (2008), la del *Biefelder Kreis* contenida en McCormick, Summers y Goodhart (2016) y la de Chiassoni (2015). Son principales en tanto son propuestas: 1) sobre las que hay discusiones abiertas sobre su corrección o incorrección; y/o 2) que se toman como puntos de partida para elaborar nuevos argumentos.

⁶ Para una discusión sobre este punto véase Núñez Vaquero (2022a, Cap. I).

nes institucionales dictadas con anterioridad por otro aplicador del derecho o por él mismo. Paso a aclarar esta noción.

1. Decisiones pasadas y su relevancia normativa

Para aclarar qué es un sistema de precedentes y qué quiere decir modelo de sistema de precedentes partiré por identificar sus elementos y, tras ello, las relaciones posibles entre ellos.

El punto de partida para caracterizar un sistema de precedentes es la identificación de un conjunto de aplicadores del derecho cuyas decisiones deben seguir las decisiones que, o bien otros aplicadores del derecho han tomado (aquellas tomadas por aplicadores del derecho de superior jerarquía o por tener competencia para revisar sus decisiones), o bien por sus propias decisiones tomadas en el pasado (Leiter, 2023, 312). Paso a desarrollar este punto.

A. Decisiones pasadas

Entiendo por decisión pasada a toda resolución de un aplicador del derecho que determina la calificación jurídica de una acción o estado de cosas como producto de haber decidido un problema normativo.⁷ En otros términos, las decisiones pasadas aluden a actos de ejercicio de una competencia en procesos o procedimientos contenciosos o no contenciosos. Estas son, por ejemplo, las sentencias que resuelven el fondo de un proceso emitidas por el Juzgado de lo Mercantil de Torrelagunas o las resoluciones administrativas que resuelven el fondo de un procedimiento administrativo emitidas por el Tribunal Tributario y Aduanero de Valdivia.

Sobre este punto cabe resaltar que con esta definición dejo fuera a aquellos actos de aplicadores del derecho que son de mero trámite y los de tipo paralegislativo. En cuanto a estas últimas, aludo a decisiones que no han sido producto de haber resuelto una controversia contenciosa o no contenciosa, pero que son tomadas con el propósito de incidir en la forma en que se deberían resolver casos futuros. Pensemos, por ejemplo, en los Plenos No Juris-

⁷ En términos más precisos, aludo a que resuelve la pregunta sobre cuál es la calificación jurídica de un conjunto de acciones o de una acción, es decir, es un pedido para determinar si una acción, conforme al sistema jurídico, es obligatoria, prohibida, permitida o es facultativa

dicionales del Tribunal Supremo español o en las Acordadas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Argentina.

B. Precedentes

No toda decisión pasada de un aplicador del derecho cuenta como precedente. Entiendo por precedente a todas aquellas decisiones pasadas que, conforme al sistema normativo de referencia, son normativamente relevantes para los procesos de resolución de ulteriores casos individuales. Siguiendo, en parte, a Núñez Vaquero en este punto, las decisiones pasadas que cuentan como precedentes son aquellas: 1) que fueron emitidas por un órgano competente para resolver casos mediante el uso de normas procedimentales y sustantivas; 2) que a partir del contenido de la decisión pasada es posible identificar un acto de creación judicial del derecho (formula una norma nueva)⁸ la cual se denomina *ratio decidendi*, y 3) su contenido no contraviene normas de competencia.⁹

El rasgo característico de un precedente es la relevancia normativa¹⁰ de su *ratio decidendi* para determinar la validez de determinados tipos de acciones del aplicador del derecho que debe resolver un caso actual. La determinación de qué decisiones pasadas cuentan como precedentes y el tipo de relevancia normativa que poseen depende de una metanorma. Sobre este punto volveré en líneas siguientes.

Cabe anotar que esta definición supone diferenciar entre jurisprudencia y precedente. Así, entenderé por jurisprudencia al conjunto de decisiones pasadas sean estas precedentes o no. En cambio, por precedente aludo a una decisión pasada que, a razón de una metanorma, es jurídicamente relevante para la justificación de decisiones posteriores.

⁸ Sobre cómo los jueces crean derecho ver Chiassoni (2021).

⁹ Véase Núñez Vaquero (2022b). Para una aproximación diferente a cómo entender un precedente ver Iturrealde (2013).

¹⁰ Por normativamente relevante, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, refiero a que su presencia o ausencia está correlacionada a consecuencias normativas diferentes (Alchourrón y Bulygin, 2012, 150-51).

C. *Ratio decidendi*

Los precedentes, al ser un subtipo de decisión pasada, son un conjunto de enunciados lingüísticos a ser interpretados. Como tales, no todos sus fundamentos jurídicos son normativamente relevantes para casos futuros, lo será únicamente la norma formulada por el aplicador del derecho (el acto de creación judicial). Dicha norma es la *ratio decidendi* y todo aquello que no sea dicha norma será la *obiter dicta*.

En términos más precisos, la *ratio decidendi* se refiere a las normas generales y abstractas presentes en una decisión jurisdiccional que operan como premisas normativas para la resolución del caso y que serán normativamente relevantes para la resolución de otros casos. Al ser normas, son productos de interpretaciones,¹¹ en términos más precisos, son adscripciones de significado producto de un conjunto de preferencias valorativas sobre cómo interpretar y qué debería satisfacer un resultado para ser considerado correcto.¹² En cambio, la *obiter dicta* se refiere a un conjunto de interpretaciones a enunciados contenidos en los fundamentos jurídicos, pero que carecen de relevancia normativa.

Al respecto, cabe precisar que no hay razón conceptual para considerar que dentro de un precedente haya, necesariamente, una sola *ratio decidendi*. En efecto, cabe la posibilidad de haber múltiples *rationes decidendi* a causa de, por lo menos, algunas de estas situaciones: 1) en el precedente se haya formulado una cadena de inferencias interrelacionadas entre sí, lo cual supondría que la premisa normativa de un razonamiento sea la conclusión de uno previo¹³; 2) haya múltiples interpretaciones posibles del precedente que permitan postular *ratios decidendi* alternativas, o 3) se haya resuelto más de un problema normativo, lo cual podría implicar más de una *ratio decidendi*.

Una de las discusiones más intensas y largas dentro de literatura especializada es cómo identificar una *ratio decidendi*. Al respecto, para los propósitos del presente artículo es menester tomar en cuenta que los sistemas de precedentes pueden diferenciarse en dos modalidades a partir de cómo

¹¹ Sobre este punto debo señalar que estoy asumiendo una teoría no cognitivista de la interpretación. Al respecto véase Chiassoni (2019) y García Yzaguirre (2022, pp. 95-147).

¹² Para un análisis de los precedentes como fuentes de normas ver Kristjánsson (2023)

¹³ Sobre este punto véase Chiassoni (2015, pp. 39-40).

han resuelto este problema: sistemas de identificación maximizados y sistemas de identificación no maximizados.¹⁴

Por sistema de identificación no maximizado aludo a los casos en los que en el precedente no hay especificación o señalamiento de qué enunciados son relevantes para identificar la *ratio decidendi*. En este caso estaremos frente a problemas de indeterminación respecto a cómo identificar dicha norma.

Por sistema de identificación maximizado aludo a los casos en los que el aplicador del derecho debe, conforme a una metanorma, especificar, en el precedente, el conjunto de enunciados (la máxima) a partir de los cuales se identificará la *ratio decidendi*. Por ejemplo, en el *Semanario Judicial de la Federación*, entidad vinculada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, se difunden las “Tesis”, documentos que encapsulan una formulación canónica de la *ratio decidendi* de una decisión jurisdiccional emanada de la Corte Suprema o de un Tribunal Colegiado de Circuito. Al respecto, cabe hacer dos precisiones.

Por un lado, dentro de un modelo de sistemas de precedentes en los que más de un organismo es competente para dictar precedentes es posible que uno de ellos emplee un sistema de identificación maximizado y otros no. Su implementación es producto de una preferencia valorativa positivizada en una norma.

Por el otro lado, no hay una correspondencia necesaria entre *ratio decidendi* y máxima. En efecto, la máxima es una especificación de qué enunciados deberán ser interpretados por los aplicadores del derecho para identificar la norma vinculante para casos posteriores. Pero cabe la posibilidad de que dicha especificación no haya acertado con identificar los enunciados necesarios para dar con la *ratio decidendi* del precedente. En otros términos, podemos estar frente a una máxima irregular. Junto con ello, como he mencionado líneas atrás, dentro de un precedente cabe la posibilidad de que haya múltiples *rationes decidendis*, siendo el caso que la máxima no permita identificar todas ellas.

¹⁴ Tomo la expresión «maximización» de la propuesta de Nuñez Vaquero (2022b), quien la toma a partir de “máximas” del Ufficio del Massimario italiano. Sobre este punto ver el volumen 29 de la Revista Discusiones en la que se discutió sobre la conveniencia o no de esta estrategia de identificación de la *ratio decidendi*. Además, véase Aarnio (1995, pp. 86 y ss.).

D. Reglas sobre precedentes

Los sistemas normativos que contienen sistemas de precedentes son todos aquellos que poseen metanormas o reglas sobre precedentes que regulan los efectos del uso de decisiones pasadas en los procesos de resolución de problemas normativos por parte de aplicadores del derecho.¹⁵ Estas reglas sobre precedentes son de diverso tipo.

En primer lugar, las reglas de precedentes pueden operar como normas constitutivas. Dentro de las principales, cabe resaltar dos: 1) aquellas que permiten diferenciar entre decisiones pasadas que son precedente y las que no (en otros términos, permite diferenciar entre decisiones pasadas normativamente relevantes de las que no), y 2) aquellas usadas en los sistemas de identificación maximizado para determinar que un conjunto de enunciados lingüísticos son los relevantes para identificar la norma que contará como *ratio decidendi* del precedente.

En segundo lugar, las reglas de precedentes pueden operar como normas de competencia.¹⁶ Dichas normas de competencia determinan qué actos de resolución de problemas normativos de los aplicadores del derecho serán válidos.¹⁷ Dentro de las principales, cabe resaltar dos: 1) normas que atribuyen competencia a los aplicadores del derecho para realizar acciones en materia de precedentes, y 2) normas que limitan el modo en que dichas competencias pueden ser ejercidas, es decir, normas cuyo contenido opera como límite sustantivo de los posibles actos a producir interpretativamente. Empiezo por este último punto.

Las reglas de precedentes que operan como límites de competencias afectan a dos clases de sujetos. Por un lado, limitan la forma y contenido que pueden tener los precedentes. Por ejemplo, limitan las materias a ser reguladas, condiciones mínimas a ser satisfechas para su dictado, entre otras. Por otro

¹⁵ Como bien señala Álvaro Núñez Vaquero, esta regla que dota relevancia puede ser producto de una legislación expresa (está prevista en el derecho positivo), puede ser producto de un acto de construcción jurídica (sea resultado de un acto de creación judicial del derecho), o puede ser producto de una costumbre jurídica (Núñez Vaquero, 2022a, 138).

¹⁶ En este artículo no profundizaré sobre la noción de normas de competencia. Al respecto véase Ferrer Beltrán (2000).

¹⁷ Válidos en el sentido de que son actos cuya emisión y contenido satisfacen las condiciones normativamente previstas que regulan quienes están autorizados a realizarlos, qué circunstancias se deben dar para que puedan realizarlos y qué tipo de contenidos pueden tener.

lado, limitan la manera en que los aplicadores del derecho pueden ejercer sus funciones adjudicativas. Siguiendo a Núñez Vaquero, un determinado tipo de reglas de precedentes determinan que el seguimiento o no de un precedente suponga la validez o invalidez de una decisión de un aplicador del derecho (Núñez Vaquero, 2022c). Dicho de otro modo, el precedente opera de tal forma que limita el contenido de una decisión.¹⁸

En cuanto al primer punto (1), normas que atribuyen competencia a los aplicadores del derecho para realizar acciones en materia de precedentes,¹⁹ agrupo a las siguientes competencias: para dictar precedentes, para derogar precedentes (*overruling*), para crear excepciones (*distinguish*) a los precedentes, para formular máximas, entre otras. Tener competencia para dictar precedentes no implica, necesariamente, competencia para realizar las otras acciones. Que un aplicador del derecho tenga una o varias competencias en la materia dependerá de cada sistema normativo.

En tercer lugar, la obligatoriedad de los precedentes implica que los aplicadores del derecho pueden: 1) establecer normas sobre cómo es (normas constitutivas) o cómo debería ser (normas prescriptivas) el mundo, y 2) evaluar la validez de una decisión de otro aplicador del derecho mediante la verificación de si la decisión siguió las normas establecidas en 1. En este escenario, afirmar que un aplicador del derecho no puede realizar un *distinguish* a un precedente equivale a decir que, para este tipo de aplicadores, el precedente es inmodificable. En otras palabras, los jueces competentes para establecer ese precedente tienen la capacidad de dictar normas, sin que ningún otro aplicador del derecho pueda realizar distinciones.

En este sentido, la obligatoriedad de los precedentes se explica a partir de la competencia que tenga un aplicador del derecho para apartarse de él o no. Indicar que un aplicador del derecho no tiene la competencia para hacer un *distinguish* implica que todas las decisiones en las que realice esa operación

¹⁸ Cabe anotar que «seguimiento de los precedentes» es una expresión habitual, pero no necesariamente clara. Puede suponer hacer uso y mención de la *ratio decidendi*, aplicar una norma axiológicamente coherente con *ratio*, mención al precedente, entre otras. Véase Núñez Vaquero (2022a, pp. 178 y ss.). Al respecto, la determinación de qué acto contará como seguimiento del precedente dentro de un determinado modelo de sistema de precedentes dependerá, como podrá verse, de una metanorma que así lo establezca.

¹⁹ Para un elenco de posibles acciones a ser realizadas con precedentes (utilizando una terminología propia del *common law*) véase Marshall (1996). Para un elenco de argumentos que usan precedentes véase Zorzetto (2022).

pueden ser consideradas inválidas por una instancia superior (por no seguir el precedente). En cambio, afirmar que un aplicador del derecho sí es competente para hacer un *distinguish* significa que es un agente que puede usar razones adicionales para crear distinciones en las categorías con las que se clasifica el mundo o calificar normativamente una acción de manera diferente.

E. Razones para tener un sistema de precedentes

La literatura especializada suele señalar como razones justificantes para adoptar un sistema de precedentes: 1) la justicia formal, entendida como la exigencia de aplicar la misma calificación jurídica a dos casos individuales similares; 2) la predictibilidad del derecho, entendida como la posibilidad de que un destinatario del derecho pueda predecir, con un alto grado de probabilidad de éxito, cómo un aplicador del derecho calificará sus acciones u omisiones, y 3) la economía del esfuerzo, entendida como el ahorro de energía y recursos de no tener que deliberar cada problema normativo como si fuese la primera vez que se presenta. Sobre estas razones no profundizaré en el presente artículo.²⁰

2. Condiciones institucionales para los precedentes

Conforme lo señalado, que dentro de un sistema jurídico opere (o no) un sistema de precedentes depende de las normas de competencia asignadas a los aplicadores del derecho y de las condiciones de validez de las decisiones institucionales. Al respecto, uno de los elementos que mejor explica qué modelo de sistema de precedentes se ha adoptado en un determinado Estado es la forma en que están organizadas las instituciones a las que pertenecen los aplicadores del derecho y las relaciones (normativas) que hay entre ellas.

La respuesta a qué decisiones institucionales cuentan como precedente, quién puede dictar precedentes, qué relevancia normativa posee un precedente, cómo exceptuar un precedente, entre otras, requiere identificar, por lo menos, cuál es la estructura jerárquica de los aplicadores del derecho y el contenido de las normas de competencia de cada uno de ellos. En efecto, siguiendo, en parte, a Michelle Taruffo (2016), el modelo de sistema de prece-

²⁰ Sobre este punto ver Bankowski, MacCormick, Morawski y Ruiz Miguel (2016), Duxbury (2008, Cap. 5).

dentos adoptado depende de la estructura de las instituciones y las ideologías interpretativas imperantes en la comunidad de referencia.

Por ideologías interpretativas refiero a los diferentes discursos prescriptivos formulados por la dogmática de la comunidad de referencia. Ellos inciden en cómo es y cómo será una determinada práctica, en tanto, justifican mantener o cambiar los diseños institucionales vigentes, la forma de interpretar las disposiciones normativas, qué cuenta como solución correcta a un determinado problema normativo, entre otros. Dicho en breve, tener o no un sistema de precedentes (y bajo qué modelo) es el resultado de haber adoptado juicios de valor sobre el diseño institucional y sobre cómo tratar las decisiones institucionales ya tomadas.²¹

Por estructura de las instituciones refiero al conjunto de normas que determinan las competencias de un aplicador del derecho, la organización interna de la entendida a la que pertenece dicho aplicador del derecho y las relaciones que dicha organización posee con otras entidades. Paso a precisar este punto.

En primer lugar, la organización del Estado y de la jurisdicción incide en quién es competente para dictar precedentes. En términos más precisos, es imprescindible identificar qué clases de organizaciones poseen competencia para dictar precedentes. Por ejemplo, si poseen competencia para dictar precedentes los aplicadores del derecho que forman parte de entidades administrativas, si solo la poseen los aplicadores del derecho que forman parte del Poder Judicial y/o si existe o no una jurisdicción constitucional independiente del Poder Judicial (un Tribunal Constitucional) cuyos aplicadores del derecho cuentan con competencia para dictar precedentes.

En segundo lugar, es necesario analizar si el Estado ha decidido someterse o no a la jurisdicción de una entidad jurisdiccional supranacional y analizar la relación de las decisiones de esta entidad con los actos jurídicos nacionales.

En tercer lugar, la división política-administrativa del Estado y de las organizaciones competentes para dictar precedentes determinan el alcance de los precedentes. Ello supone dos puntos. Por un lado, el tipo de Estado adoptado incide en las competencias de las organizaciones a las que forman parte los aplicadores del derecho. En efecto, la manera de organizar las competencias para dictar precedentes suele ser diferente en función a: 1) si se está en un Estado unitario, un Estado federal, un Estado libre asociado u algu-

²¹ Sobre este punto véase Bustamante (2016, pp. 320-22, 338-48) y Chiassoni (2015, p. 23).

na otra figura, y 2) la división administrativa dentro del Estado, esto es, si se distribuye mediante el uso de regiones dentro del Estado, comunidades autónomas, regiones dentro de un Estado que forma parte de una Federación o de un Confederación, entre otras posibilidades. Por otro lado, es pertinente analizar si dentro de las mencionadas organizaciones competentes se emplea la división política-administrativa del Estado como forma de organizar la competencia territorial de cada aplicador del derecho o si emplea una distribución territorial propia.

En cuarto lugar, la fuerza y alcance de los precedentes está condicionada a la función y estructura de cada organización competente para dictar precedentes. En términos más precisos, dependerá: 1) si las competencias del alcance territorial son de alcance local, subnacional o nacional; 2) a la forma de distribución las instancias de discusión del problema normativo (si son de instancia única, si solo pueden ser vistas en doble instancia o si pueden ser vistas en tres o más instancias a nivel nacional), y 3) del tipo de procesos que son competentes para resolver.

En quinto lugar, la fuerza y alcance de los precedentes está condicionada a si la instancia de resolución del problema normativo lo hace mediante una Sala Plena compuesta por todos los aplicadores del derecho competentes en la materia o si la instancia se divide en paneles.

En sexto lugar, la fuerza y alcance de los precedentes está condicionada por las relaciones jerárquicas entre los diferentes tipos de aplicadores del derecho. En términos más precisos, dependerá: 1) de si un aplicador del derecho de una organización competente para dictar precedentes también es competente para revisar las decisiones de un aplicador del derecho de otra organización, y 2) de las normas que distribuyen la competencia de revisar, dentro de una misma organización, las decisiones de un aplicador del derecho de inferior jerarquía o, incluso, de superior jerarquía.²²

III. SISTEMA DE PRECEDENTES PERUANO

De acuerdo con lo visto líneas atrás, un sistema de precedente es producto de un conjunto de reglas sobre precedentes. En este contexto, un modelo

²² Este podría ser el caso, por ejemplo, de que un juez de primera instancia sea competente para revisar sentencias emitidas por la Corte Suprema a través de un tipo de proceso constitucional diseñado para resguardar el debido proceso.

de dicho sistema alude a una forma particular de diseñar dichas reglas, en especial aquellas que regulan qué decisiones previas cuentan como precedentes, quiénes pueden dictarlas y cómo usar precedentes dentro de un determinado sistema normativo.

Asimismo, como he señalado, afirmar que hay un “modelo peruano” no quiere decir que haya reglas uniformes para todos los precedentes. Los modelos suelen ser (y el caso peruano no es una excepción) una combinación de múltiples reglas sobre precedentes que determinan diferentes relaciones entre los precedentes. Dicho de otro modo, hablar de un modelo no supone uniformidad ni estandarización en la regulación.

Veamos, ahora, los rasgos generales de los precedentes extranjeros, administrativos, judiciales y constitucionales que operan en dicho país.²³

1. Precedentes extranjeros

Perú es un Estado unitario descentralizado²⁴ que opera bajo un gobierno republicano. Ello supone que sus instituciones, incluidas las jurisdiccionales, tienen competencias de alcance nacional, regional o reducido dentro de una región.

En este escenario, un conjunto de decisiones previas de un fuero jurisdiccional no nacional tiene carácter de precedente: las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Para justificar esta afirmación, la dogmática peruana²⁵ y la jurisprudencia constitucional suelen afirmar que, por mandato constitucional,²⁶ los tratados internacionales forman parte del derecho nacional y que todos los derechos reconocidos en el país deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos.

²³ Debo precisar que esta reconstrucción no será exhaustiva de todos los aplicadores del derecho competentes para dictar precedentes en el Perú. En cambio, me centraré en los escenarios más representativos del modelo peruano y que mayor impacto tienen dentro de la práctica de dicho país.

²⁴ Para un estudio sobre la materia véase García Toma (2014).

²⁵ Véase, por todos, Diego García-Sayán (2008) y García Belaunde y Palomino Manchego (2013).

²⁶ Véase el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Además, a nivel legislativo ello está previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Como bien ha señalado el Tribunal Constitucional del Perú:

al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutoria, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso [subrayado es de origen]. (STC N° 00007-2007-AI, E.J. 36)

Cabe señalar que, de manera reciente, el Tribunal Constitucional del Perú ha generado sentencias que contravienen determinados pronunciamientos de la Corte IDH.²⁷ Este apartamiento ha sido particularmente claro en la sentencia 02010-2020-PHC/TC en el que se resolvió la liberación del ex presidente Alberto Fujimori.²⁸ En dicho caso la Corte IDH emitió una resolución prescribiendo la no liberación de Fujimori, pero el Tribunal Constitucional consideró que ello no era vinculante por razones procesales.

2. Precedentes administrativos

La administración pública peruana está regulada de forma general (esto es, regulación con efectos supletorios a falta de legislación especial) por la Ley General del Procedimiento Administrativo (Ley N° 27444). Dicha ley ha expresamente señalado lo siguiente:

²⁷ En algunos supuestos, además de señalar la no vinculatoriedad, ha sido expreso en manifestar su desacuerdo respecto a la forma de interpretar el contenido protegido de los derechos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto véase STC 02653-2021-AA, E.J. 14-23.

²⁸ Alberto Fujimori fue presidente del Perú desde 1990 a 2000. En el año 1992 realizó un autogolpe de Estado. Fue condenado como autor mediato de las matanzas de Barrios Altos y La Cantuta, además de los secuestros del periodista Gustavo Gorriti y del empresario Samuel Dyer, realizó usurpación de funciones, peculado, corrupción de funcionarios mediante soborno y violación del secreto de las comunicaciones e interceptación telefónica. En el año 2017 fue indultado por razones humanitarias. Dicho indulto fue cuestionado por la Corte IDH y, posteriormente, declarado nulo por la Corte Suprema. Al respecto, el Tribunal Constitucional, finalmente, resolvió darle efectos al indulto y ordenar su ejecución inmediata.

- a) Que las decisiones jurisdiccionales son normativamente relevantes para la administración pública (artículo V.2.7 del Título Preliminar).
- b) Ha creado la competencia para que tribunales administrativos puedan emitir precedentes administrativos,²⁹ siempre que ellos agoten la vía administrativa (artículo 2.8 del Título Preliminar).

Para los efectos de este artículo paso a resaltar algunas de las consecuencias más importantes de esta regulación. En primer lugar, se ha previsto, de manera expresa, el poder para dictar precedentes en sede administrativa a tribunales administrativos. Ello supone dos cosas: 1) serán precedentes de alcance nacional para los funcionarios públicos, y 2) serán precedentes en la materia de la especialidad del tribunal, lo cual supone un criterio de validez material del contenido del precedente.

Si bien esta competencia fue reconocida en la legislación nacional, la práctica legislativa ha sido de reiterar dicha competencia al momento de crear un tribunal administrativo.

No es posible en este artículo hacer una descripción de cada uno de los tribunales administrativos peruanos. Ni una reconstrucción completa de cómo cada uno de ellos fija sus precedentes. Sin perjuicio de lo dicho, a efectos de ilustrar cómo ha sido regulada esta competencia para dictar precedentes presentaré cómo algunos de los tribunales administrativos lo han puesto en práctica.

A. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)

El INDECOPI es un organismo público adscrito al Poder Ejecutivo que posee la competencia para resolver problemas normativos en materia de propiedad intelectual, barreras burocráticas, protección de los derechos de las personas como consumidores, defensa de la libre competencia y procedimientos concursales. Respecto a cómo resuelve problemas normativos, dicha entidad se organiza en dos instancias.

Los problemas normativos son resueltos en primera instancia por una Comisión especializada en una determinada materia. Sus decisiones son re-

²⁹ Respecto a cómo la dogmática administrativista entiende la noción de precedente administrativo véase, por todos, Díez Sastre (2008).

visadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Dicho tribunal se organiza mediante salas especializadas y se reúne en Pleno. Las salas son creadas por el Consejo Directivo de la Entidad.³⁰ En cambio, el Pleno del Tribunal es competente, por mandato expreso, para emitir directivas normativas que regulan la interpretación de las salas.³¹ Conforme lo visto en la sección anterior, este tipo de actos normativos (si bien son vinculantes para todas las dependencias del INDECOPI) no cuentan como decisión previa susceptible de generar precedentes.³²

En cambio, cada sala es competente, por mandato expreso, para expedir precedentes en la materia de su competencia.³³ La manera en que esta competencia ha sido ejercida ha supuesto que, frente a una decisión previa de una sala, se deba distinguir entre: 1) decisiones previas que no cuentan como precedente, y 2) decisiones previas que cuentan como precedente. Para hacer esta distinción, las salas han tomado como práctica mencionar de manera explícita que su decisión cuenta como precedente.

Respecto a cómo identificar la *ratio decidendi*, el INDECOPI no está sometido, normativamente, a un sistema de identificación maximizado, pero desde su creación se implementó una práctica muy similar a una máxima. De manera más precisa, han adoptado tres estrategias: 1) en la primera página de la resolución prevé una sumilla en la que se hace una cita literal de los párrafos a ser usados para identificar la *ratio*; 2) dentro de los fundamentos jurídicos suelen incluir un apartado específico titulado “Precedente obligatorio” en los que redactan los textos necesarios para identificar la norma del caso, y 3) en la parte resolutive de la decisión incluyen una cita literal de los párrafos a ser usados para identificar la *ratio*.

³⁰ Véase el artículo 5.b) del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI. Esto supone que el Consejo Directivo es el órgano competente para crear instancias competentes para crear precedentes.

³¹ Véase el artículo 17.6 Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

³² Operan como actos de regulación de la interpretación. Son, conforme lo expresado líneas atrás, actos paralegislativos.

³³ Véase el artículo 14.1. del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

B. Tribunal Fiscal

El Tribunal Fiscal es un órgano dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas con competencia para resolver, en segunda instancia (y que agota la vía administrativa), problemas normativos de índole tributaria. Dicho órgano está compuesto por salas especializadas y una Sala Plena (conformada por todos los vocales del Tribunal Fiscal).

Las salas especializadas son las competentes para resolver los problemas normativos. Por mandato legislativo expreso, solo la Sala Plena es competente para emitir precedentes,³⁴ los cuales son vinculantes para las entidades públicas tributarias y para todos los integrantes de la administración tributaria. Su emisión está condicionada a los siguientes supuestos:³⁵ 1) crear uniformidad de criterios interpretativos ante resoluciones contradictorias de Salas Especializadas; 2) se haya identificado un criterio recurrente entre las Salas Especializadas,³⁶ y 3) hacer un *overruling*.

Respecto a cómo identificar la *ratio decidendi*, el Tribunal Fiscal decidió adoptar, desde el año 2000, un sistema de identificación maximizado. Ello no fue impuesto legislativamente, sino que fue una valoración propia de los integrantes de dicho Tribunal que a la fecha se mantiene. Al respecto, su estrategia de maximización es citar de forma literal, en la parte resolutoria, el fragmento de su decisión que deberá ser usado para identificar la *ratio*.

C. Tribunal de Fiscalización Laboral

El Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano dependiente de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (la cual se encuentra adscrita al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú) con competencia para resolver, en última instancia, procedimientos en materia de supervisión y fiscalización laboral. Dicho órgano está compuesto por salas y una Sala Plena (conformada por todos los vocales del Tribunal de Fiscalización Laboral).

³⁴ Véase artículo 154 del Código Tributario del Perú.

³⁵ Véase, por todos, Caller y Reyna (2013, 31-32).

³⁶ El procedimiento de identificación de un criterio recurrente ha sido expresamente regulado en el Decreto Supremo 206-2012-EF, que establece los parámetros para determinar la existencia de un criterio recurrente del Tribunal Fiscal que puede dar lugar a la publicación de jurisprudencia de observancia obligatoria

Al igual que en el caso del Tribunal Fiscal, solo la Sala Plena es competente, por norma expresa, para dictar precedentes,³⁷ los cuales son vinculantes para la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, las Autoridades Inspectivas de Trabajo de las direcciones o gerencias regionales de Trabajo y Promoción del Empleo de cada Gobierno Regional y para el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Al respecto, al igual que el Tribunal Fiscal, este fuero decidió aplicar para sí mismo un sistema de identificación maximizado. La estrategia empleada para ello es indicar en la parte resolutive de su decisión qué fundamentos jurídicos son considerados relevantes para identificar la *ratio decidendi*.

D. Tribunal Registral

El Tribunal Registral es un órgano dependiente de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (la cual se encuentra adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú) con competencia para resolver, en última instancia, los problemas normativos en materia de denegatorias de inscripción y demás actos registrales expedidos por los registradores públicos. Dicho órgano está compuesto por salas de alcance regional y una Sala Plena (conformada por todos los vocales del Tribunal Registral).

Al igual que en el caso del Tribunal Fiscal y el Tribunal de Fiscalización Laboral, solo la Sala Plena es competente, por norma expresa, para dictar precedentes.³⁸ A diferencia de los casos previos, estos precedentes de la Sala Plena no se toman como producto de haber resuelto un problema normativo en específico. La Sala Plena, mediante acuerdo, identifica criterios interpretativos formulados en alguna de las salas y les da, con el voto a favor de la mayoría de los concurrentes, carácter de precedente.

Este es un caso en el que la declaración de una decisión previa como precedente coincide (pero no se confunde) con la estrategia de identificación de la *ratio decidendi*. En efecto, el Acuerdo de la Sala Plena que declara el precedente contiene una transcripción literal de los párrafos de determinadas

³⁷ Véase artículo 15 de la Ley 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral y el artículo 22 del Decreto Supremo núm. 004-2017-TR que aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral.

³⁸ Véase artículo 26 de la Ley núm. 26366, modificada por la Ley núm. 30065 y el artículo 32 de la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos núm. 065 - 2016-SUNARP/SN.

resoluciones (expresamente identificadas) que contarán como precedentes y, a la vez, de los cuales se deberá identificar a la *ratio decidendi*.

3. Precedentes judiciales

Paso a presentar una breve reconstrucción de la estructura institucional del Poder Judicial peruano.³⁹

En primer lugar, el Poder Judicial es una entidad constitucionalmente autónoma competente para resolver problemas normativos de forma autoritativa. Para el ejercicio de sus funciones, la entidad es competente para crear circunscripciones territoriales útiles para delimitar el alcance de las competencias de cada organismo jurisdiccional. Dichas circunscripciones son denominadas distritos judiciales, las cuales no necesariamente coinciden con la división político-administrativa del país.⁴⁰ Cada distrito judicial es dirigido por una Corte Superior de Justicia.

En segundo lugar, el Poder Judicial del Perú está compuesto por los siguientes órganos jurisdiccionales: 1) Juzgados de Paz; 2) Juzgados de Paz Letrados; 3) Juzgados Especializados y Juzgados Mixtos; 4) Cortes Superiores de Justicia, y 5) Corte Suprema de Justicia. La lista aquí presentada refleja el orden jerárquico existente entre ellos de menor a mayor.

Los Juzgados de Paz son órganos jurisdiccionales a cargo de una persona elegida por su comunidad con la particularidad de que no se le exige conocer ni aplicar el derecho. Tienen competencia para emitir conciliaciones y, en caso de que no sea posible, resoluciones. Sus decisiones son impugnables ante un Juzgado de Paz Letrado.

Los Juzgados de Paz Letrados están a cargo de un juez que forma parte de la Carrera Judicial y que, por ende, debe ser ocupado por un jurista. Sus decisiones son impugnables ante un Juzgado.

Los Juzgados Especializados son órganos jurisdiccionales a cargo de juez y que poseen competencia para resolver una determinada materia (por ejemplo, Especializado en lo Civil). En cambio, los Juzgados Mixtos están a cargo de jueces competentes para resolver más de una materia (por ejemplo,

³⁹ Para un desarrollo en extenso del sistema judicial peruano véase Justicia Viva (2003).

⁴⁰ A la fecha, el Perú está dividido en 24 departamentos y 1 provincia constitucional. Para efectos judiciales, el Poder Judicial ha creado 34 distritos judiciales, lo cual se traduce (como veremos en breve en el texto principal) en 34 Cortes Superiores diferentes.

en materia civil y penal). Las decisiones de los Juzgados son impugnables ante la Corte Superior del distrito judicial al que pertenecen.

Las Cortes Superiores son órganos jurisdiccionales compuestas por Salas Especializadas o Mixtas (integradas por tres vocales) y por una Sala Plena (integrada por el total de vocales de la Corte Superior del Distrito Judicial). Es la máxima instancia de resolución de problemas normativos dentro de un distrito judicial. Sus decisiones son impugnables ante la Corte Suprema.

La Corte Suprema es un órgano jurisdiccional compuesto por Salas Especializadas o Transitorias (integradas por cinco jueces supremos) y por una Sala Plena (integrada por el total de jueces supremos de la Corte Suprema). Es la máxima instancia de resolución de problemas normativos a nivel nacional. La Corte Suprema opera como corte de casación, como corte de apelación (en aquellos supuestos en los que una Corte Superior haya operado como primera instancia) y como corte de primera instancia (en aquellos procesos en los que la Corte Suprema es la primera instancia, en cuyo caso será impugnables ante otra Sala de la propia Corte Suprema).

En tercer lugar, por mandato normativo expreso⁴¹ las salas de la Corte Suprema son competentes para dictar precedentes. Al respecto cabe hacer algunas precisiones.

- a) Suelen emplear la terminología “doctrina jurisprudencial vinculante” o “precedente obligatorio”, pero ambas expresiones aluden al concepto visto en el apartado anterior. Asimismo, para que una decisión previa cuente como precedente es necesario que la Sala así lo declare en su parte resolutive.
- b) El sistema normativo ha previsto, de forma expresa, que son precedentes de los que cabe apartarse por razones justificadas. Ello quiere decir que se le ha otorgado una competencia expresa para hacer un *distinguish* a todos los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.
- c) No se ha implementado un sistema de identificación maximizado de la *ratio decidendi*.

En cuarto lugar, algunas de las salas de la Corte Suprema poseen, además de la autorización vista en el punto anterior, una regulación especial para emitir precedentes vinculantes. Veamos estos casos:

⁴¹ Véase el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A. Precedentes de las Salas Penales

La Sala Penal de la Corte Suprema, compuesta por los jueces supremos competentes en materia penal, está expresamente autorizada a dictar precedentes que son relevantes para todos los órganos jurisdiccionales (que resuelvan problemas normativos penales). Dichos precedentes pueden ser dictados de las siguientes maneras:⁴² 1) cada Sala Penal es competente para declarar, expresamente, que su decisión cuenta como precedente obligatorio, y 2) en caso de que se identifiquen contradicciones entre precedentes de diversas salas penales, los jueces supremos pueden convocar una Sala Plena compuesta por todos los jueces supremos penales a efectos de dictar, de manera conjunta, una sentencia plenaria que resuelva qué precedente permanecerá vigente.

De manera similar a lo visto en algunos casos de precedentes administrativos, en este fuero se ha implementado un sistema de identificación maximizado de la *ratio decidendi*. La práctica de implementación ha supuesto realizar (usualmente) dos acciones: 1) identificar, en la parte resolutive, qué fundamentos jurídicos son relevantes para la identificación de la *ratio*, y 2) agregar una sumilla en que se maximiza la *ratio decidendi* del fallo.

B. Precedentes de las Salas Civiles

Los jueces supremos de la Corte Suprema, competentes en materia civil, están expresamente autorizados a dictar precedentes que son relevantes para todos los órganos jurisdiccionales (que resuelvan problemas normativos penales). Dichos precedentes pueden ser dictados, a pedido de una Sala civil, a través de un Pleno Casatorio Civil.⁴³

De esta forma, todos los jueces supremos civiles de la Corte Suprema analizarán y resolverán un problema normativo. Ello, con miras a fijar un precedente que les sea vinculante a ellos mismos y al resto de órganos jurisdiccionales civiles del Poder Judicial.

De manera similar a lo visto en algunos casos de precedentes administrativos, en este fuero no se ha implementado, de manera normativa, un sistema de identificación maximizado de la *ratio decidendi*. Sin perjuicio de ello,

⁴² Véase el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales y el artículo 433.3 del Nuevo Código Procesal Penal.

⁴³ Ver el artículo 400 del Código Procesal Civil.

la práctica ha sido maximizar el precedente mediante: 1) la identificación, en los fundamentos jurídicos, que se desarrollará el precedente vinculante, y 2) en la parte resolutoria, formular una máxima de la *ratio decidendi* del fallo.

C. Precedentes de la Sala Constitucional y Social

La Corte Suprema posee⁴⁴ una Sala Constitucional y Social Permanente y cinco salas constitucionales y sociales transitorias. En dichas salas se distribuyen los jueces supremos con competencia para resolver contenciosos administrativos, casaciones en materia de derecho laboral privado y agrario, la segunda instancia de proceso de control normativo de disposiciones infralegales (denominados en Perú como Acción Popular), recurso de casación en materia de expropiación, entre otras materias. Cada una de estas salas posee la competencia exclusiva para resolver un determinado tipo de materia.⁴⁵

Cada Sala Constitucional y Social Permanente está expresamente autorizada a dictar precedentes que son relevantes para todos los órganos jurisdiccionales (que resuelvan problemas normativos penales).

Cada Sala es competente para calificar su sentencia como “precedente vinculante”. Dicha declaración debe ser expresa y se realiza en la parte resolutoria de la decisión. El precedente tiene efectos para la propia Corte Suprema y para el resto de los órganos jurisdiccionales. Al respecto, cabe precisar que la Sala no tiene la obligación ni ha adoptado una práctica de maximizar su *ratio decidendi*.⁴⁶

En quinto lugar, las salas superiores y salas supremas han producido (y es pronosticable que lo sigan haciendo) diversos actos paralegislativos que inciden en la interpretación judicial del derecho. Dicha actividad, que no forma parte del modelo peruano del sistema de precedentes, posee (por mandato expreso) relevancia normativa.

De acuerdo con el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,⁴⁷ cada Sala Especializada de la Corte Suprema o de la Corte Superior es com-

⁴⁴ Esta información da cuenta del derecho válido en Perú para el momento en que este artículo es escrito.

⁴⁵ Por ejemplo, las controversias en materia constitucional son resueltas solo por la Sala Constitucional y Social Permanente. Agradezco a uno/a de los árbitros/as de este artículo por hacerme esta precisión.

⁴⁶ Ver el artículo 34 de la Ley núm. 27584.

⁴⁷ Cabe precisar que el efecto normativo que se describe en el texto principal tiene lugar

petente para emitir un instrumento denominado “Pleno Jurisdiccional”. En atención a dicha diferencia, en el Perú se dictan diferentes tipos de plenos jurisdiccionales en función a su alcance: distritales (emitidos por salas superiores), regionales (emitidos por comisiones compuestas por salas superiores de dos o más distritos judiciales organizadas en macro regiones), nacionales (emitidas por una comisión compuesta por representantes de cada macro región) y Supremos (emitidos por salas supremas). Los plenos supremos emitidos por las salas de la Corte Suprema son denominados acuerdos plenarios.

Los plenos jurisdiccionales se centran en responder a preguntas orientadas a guiar la interpretación judicial. A nivel de Corte Suprema, se ha regulado la competencia para emitir dichos actos en materia penal, civil y laboral.

4. Precedentes constitucionales

El Tribunal Constitucional del Perú es un órgano constitucionalmente autónomo competente para realizar: 1) el control concentrado de constitucionalidad a normas con rango de ley; 2) resolver en última y definitiva instancia los procesos de protección de derechos fundamentales; y 3) resolver en instancia única los conflictos de competencia entre entidades públicas. En extrema síntesis, es el órgano competente para resolver, de manera irrecurrible, controversias de aplicación de la Constitución.

Dicho órgano se organiza en dos salas y en una Sala Plena. De acuerdo con el mandato expreso del Nuevo Código Procesal Constitucional,⁴⁸ la Sala Plena es competente para emitir precedentes vinculantes.⁴⁹ Dichos preceden-

desde el año 2022, a razón de una modificación normativa del citado artículo 112 a través de la Ley 31591. Antes de dicha modificación normativa, no era posible identificar un consenso respecto a cuáles eran los efectos normativos de los Plenos Jurisdiccionales de las Salas de la Corte Suprema.

⁴⁸ Ver el artículo VI del Nuevo Código Procesal Constitucional.

⁴⁹ En términos del propio Tribunal Constitucional «el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homologa. El precedente constitucional tiene, por su condición de tal, efectos similares a los de una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos», Véase, STC 0006-2003-AI/TC.

tes han sido ampliamente estudiados por la dogmática constitucionalista local.⁵⁰ Sus principales características son:

En primer lugar, son normativamente relevantes para todos los funcionarios públicos, órganos jurisdiccionales y agentes privados. Ello supone que su emisión supone una modificación del estatus normativo de todas las personas dentro del territorio peruano.

En segundo lugar, para que una decisión cuente como precedente vinculante debe ser expresamente declarada como tal. Dicha declaración debe estar prevista en la parte resolutive de la sentencia.

En tercer lugar, para la identificación de la *ratio decidendi* del precedente, el Tribunal Constitucional emplea un sistema de identificación maximizado. Su estrategia es identificar y transcribir, en la parte resolutive, qué fundamentos jurídicos son relevantes para dicha tarea.

5. Rasgos generales sobre el modelo de sistema de precedentes del Perú

Lo visto en el apartado anterior permite señalar algunos rasgos generales de cómo en el Perú se ha implementado el sistema de precedentes. En primer lugar, este es un modelo diseñado con base en competencias explícitas en materia de precedentes. Ello, principalmente, de dos maneras. Por un lado, se ha regulado de forma expresa quiénes son los agentes competentes para dictar precedentes, apartarse de ellos y derogarlos. En tal sentido, es un modelo altamente positivizado.

Por otro lado, se ha regulado de manera expresa qué decisiones previas son consideradas como precedentes. En tal sentido, la práctica y regulación peruana exhibe una distinción relevante respecto a cómo tratar las decisiones pasadas. Si se trata de una decisión pasada que, en virtud de una regla sobre precedentes cuenta como precedente, esta es relevante para decisiones futuras. Ello, como se señaló en líneas anteriores, quiere decir que opera como condición de validez de la decisión.⁵¹ El ejemplo más resaltante de este

⁵⁰ Rodríguez (2007), Grandez (2007), Landa (2010), García Yzaguirre y Sar (2013).

Cabe anotar que uno de los aspectos menos teorizados por la dogmática peruana y que ha despertado mucha intriga es si los integrantes del Poder Judicial son competentes o no para realizar un *distinguishing* a los precedentes vinculantes. Sobre este punto en particular véase García Yzaguirre (2021).

⁵¹ Como fue señalado líneas atrás, siempre cabe la posibilidad de realizar un *distinguish* a

punto es el no seguimiento de un precedente vinculante del Tribunal Constitucional por parte de aplicadores del derecho administrativos o judiciales, en cuyo caso la decisión podría ser revocada por tal razón. En cambio, si la decisión pasada no cuenta como precedente, ella no es relevante para determinar la validez de la decisión.

En segundo lugar, la regulación expresa en materia de quienes son los aplicadores del derecho competentes para dictar precedentes tiene una relación directa con el alcance y contenido de los precedentes. Por un lado, el alcance del precedente está determinado en cuanto si la autoridad tiene competencia regional o nacional. Por otro lado, el contenido del precedente está directamente condicionado en las materias para las que es competente resolver dicha autoridad.

Este punto permite poner de relieve que, en Perú, los precedentes se encuentran jerarquizados en función a la autoridad competente para revisar la decisión. En efecto, un precedente administrativo no es relevante para un aplicador del derecho judicial, pero sí lo es a la inversa.

En tercer lugar, en el Perú hay un alto grado de compromiso con adoptar un sistema de identificación maximizado de la *ratio decidendi*. Dicho sistema ha sido implementado mediante la práctica y, en algunos casos, por mandato legislativo. Máximas que, además, deben estar publicadas en el Diario Oficial El Peruano y en las páginas web de la entidad a la que pertenece el aplicador del derecho emisor del precedente.

Esta implementación del sistema de identificación maximizado ha generado tres resultados a ser puestos de relieve: 1) las diferentes dogmáticas jurídicas suelen considerar como un tema pacífico el cómo identificar la *ratio decidendi*; 2) la formulación de las máximas ha supuesto que la descripción de los hechos del caso individual que generó el precedente no sea relevante para determinar el seguimiento del precedente, y 3) el estudio de los precedentes se centre, principalmente, en el estudio de las máximas.

En cuarto lugar, a nivel judicial los ideales que se aspiran con un modelo de sistema de precedentes han sido concretizados, principalmente, con una (incentivada) práctica de emitir actos paralegislativos.

En quinto lugar, los compromisos internacionales del Estado peruano han generado que, dentro del país, las decisiones previas de la Corte IDH cuenten como precedentes para todos los órganos jurisdiccionales.

efectos de evitar la invalidez de la decisión. Sobre este punto me remito a García Yzaguirre y Kersic (en prensa).

IV. CONCLUSIONES

El sistema de precedentes peruano, a partir de una serie de reformas implementadas en las últimas décadas, se caracteriza principalmente por:

- a) El otorgamiento expreso de la competencia para dictar precedentes a aplicadores del derecho en sede administrativa, judicial y en el Tribunal Constitucional.
- b) El uso habitual de precedentes en la argumentación de las decisiones jurisdiccionales.
- c) La explicitación de qué párrafos, dentro de una sentencia, cuentan como relevantes para identificar la *ratio decidendi* del precedente.
- d) Dotar de fuerza vinculante, en sede interna, a la jurisprudencia de la Corte IDH.

V. REFERENCIAS

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos*. Astrea.
- Alexander, L. (2015). La vinculación del precedente, su alcance y su fuerza: un breve análisis acerca de sus posibilidades y sus virtudes. En C. Bernal Pulido y Th. Bustamante (Coord.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (159-178), Externado de Colombia.
- Aarnio, A. (1995). *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*. Fontamara.
- Bankowski, Z., MacCormick, N., Morawski, L. y Ruiz Miguel, A. (2016) Rationales for precedent. En N. MacCormick, R. Summers, y A. Goodhart, (Coords.) *Interpreting precedents* (581-502), Routledge.
- Bustamante, T. (2016). *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*. Ediciones Legales.
- Caller, M. y Reyna, R. (2013). Los precedentes en nuestro ordenamiento jurídico: su regulación y emisión en materia tributaria. *Revista Themis*, 64, 19-35.
- Chiassoni, P. (2021). Creación judicial del derecho. *Revista Cubana de Derecho*, 21(1), 144-84.
- Chiassoni, P. (2019). *Interpretation without truth*. Springer.
- Chiassoni, P. (2015). La filosofía del precedente: análisis conceptual y reconstrucción racional. En C. Bernal Pulido y Th. Bustamante

- (Coords.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (21-66), Externado de Colombia.
- Cross, R., y Harris, J. W. (2012). *El precedente en el derecho inglés*, Marcial Pons.
- Díez Sastre, Silvia (2008). *El precedente administrativo: Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons.
- Duxbury, Neil (2008). *The nature and authority of precedent*, Cambridge University Press.
- Ferrer Beltrán, J. (2000). *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Marcial Pons.
- García Belaunde, D. y Palomino Manchego, J. (2013). El control de convencionalidad en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, 18, 223-241.
- García-Sayán, D. (2008). Justicia interamericana y tribunales nacionales. *Anuario de Derecho Constitucional Comparado*, 14, 377-98.
- García Toma, V. (2014). *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Adrus.
- García Yzaguirre, V. (2022). *Excepciones implícitas e interpretación. Una reconstrucción analítica*. Palestra.
- García Yzaguirre, V. (2021). Jueces que se apartan de los precedentes vinculantes del tribunal constitucional: una propuesta de reconstrucción. *Anuario Peruano de Derecho Constitucional*, 1, 403-21.
- García Yzaguirre, Víctor y Kersic, Marin (en prensa). ¿Deberían todos los aplicadores del derecho ser competentes para ponderar? Una discusión pendiente.
- García Yzaguirre, J. y Sar, O. (2013). La dinámica de la jurisprudencia y los precedentes vinculantes. En E. Álvarez y O. Sar (Eds.), *Reporte de jurisprudencia. Precedentes y jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional* (59-120), Adrus.
- Gascón Abellán, M. y Núñez Vaquero, Á. (Eds.) (2020). *La construcción del precedente en el Civil Law*, Atelier.
- Gómora, S. (2018). *Un análisis conceptual del precedente judicial*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Grández, P. (2007). Las “peculiaridades” del precedente constitucional en el Perú. En P. Grández y E. Carpio (Comps.), *Estudios al Precedente Constitucional* (79-106), Palestra.
- Iturralde, V. (2013). Precedente judicial. *Eunomía*, 4, 194-201.
- Justicia Viva (2003). *Manual del sistema de justicia peruano de justicia*. Instituto de Defensa Legal.

- Kristjánsson, H. D. (2023), Elements of Precedent. En T. Endicott, H. Kristjánsson, y S. Lewis (Coord.), *Philosophical Foundations of Precedent* (75-88), OUP.
- Landa, C. (2010). Los precedentes constitucionales: el caso del Perú. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 14, 193-233.
- Lammond, G. (2023). The Doctrine of Precedent and the Rule of Recognition. En T. Endicott, H. Kristjánsson, y S. Lewis (Coord.), *Philosophical Foundations of Precedent* (21-34), OUP.
- Leiter, B. (2023). Some realism about precedent. En T. Endicott, H. Kristjánsson, y S. Lewis (Coords.), *Philosophical Foundations of Precedent* (312-20), OUP.
- MacCormick, N., Summers, R., y Goodhart, A. (Coords.) (2016). *Interpreting precedents*. Routledge.
- Marshall, Jeffrey (1996). Trentatré cose che si possono fare con i precedenti. Un dizionario di common law, *Ragion Pratica*, 6, 29-35.
- Marinoni, Luiz (2013). *Precedentes obligatorios*. Palestra.
- Núñez Vaquero, Á. (2022a). *Precedentes: una aproximación analítica*. Marcial Pons.
- Núñez Vaquero, Á. (2022b). Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes. *Revista Discusiones*, 29(2), 31-75.
- Núñez Vaquero, Á. (2022c). Constitutive Rules of Precedent. *Revus, Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 46, 1-17.
- Passanante, L. (2018). *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli Editore.
- Rodríguez, R. (2007). El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos. En P. Grández y E. Carpio (Comps.), *Estudios al Precedente Constitucional* (15-78), Palestra.
- Rondini, P. (2021). *Organización de la jurisdicción en Chile. Análisis y bases de discusión para un nuevo diseño institucional*. Tirant lo Blanch.
- Taruffo, M. (2016). Institutional factors influencing precedents. En N. MacCormick, R. Summers, y A. Goodhart (Coords.). *Interpreting precedents* (437-60), Routledge.
- Vío, J. (2021). La práctica de citar sentencias pasadas como de Precedente en Chile. En A. Núñez Vaquero, M. Arriagada Cáceres y I. Hunter Ampuero (Comps.), *Teoría y práctica del precedente* (279-302). Tirant lo Blanch.
- Zorzetto, S. (2022). Argumentos jurídicos y precedentes jurisprudenciales. un experimento de sociología judicial entre la práctica y la teoría. *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, 16, 85-128.

Cómo citar

Sistema IJ

García Yzaguirre, Víctor, “El modelo peruano de precedentes. Una propuesta de reconstrucción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 56, núm. 168, julio-diciembre de 2023, pp. 121-149. <https://doi.org/0.22201/ijj.24484873e.2023.168.18866>

APA

García Yzaguirre, V. (2023). El modelo peruano de precedentes. Una propuesta de reconstrucción, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168), 121-149. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18866>

Los precedentes judiciales en el derecho constitucional colombiano

*Judicial precedentes in colombian constitutional law*¹

Fabio Enrique Pulido Ortiz

 <https://orcid.org/0000-0002-1100-9962>

Universidad de La Sabana. Colombia

Correo electrónico: fabio.pulido@unisabana.edu.co

RECEPCIÓN: 20 de enero de 2024

ACEPTACIÓN: 13 de abril de 2024

PUBLICACIÓN: 18 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18869>

RESUMEN: La regla de precedente es la norma de los sistemas jurídicos que define el funcionamiento normativo de los precedentes judiciales. Los precedentes judiciales son normas generales y abstractas originadas en una decisión judicial. Tomando como ejemplo la forma como se ha configurado la regla de precedente en el derecho constitucional colombiano, el objetivo de este artículo es analizar diferentes tipos de precedentes judiciales y, en este contexto, precisar la noción de *ratio decidendi*. El trabajo distingue entre precedente judicial en sentido amplio que refiere a las normas generales y abstractas de origen judicial que, en virtud de la regla de precedente, son obligatorias o vinculantes, y el precedente judicial en estricto sentido que designa a la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales. Luego se analiza el precedente en estricto sentido explicando los modelos de construcción de la *ratio decidendi*, su configuración como norma jurídica y los elementos para su identificación.

¹ Investigación realizada gracias al Programa UNAM PAPIIT IN302422.

Este artículo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “Modernización del proceso de creación de normas” (DER-84-2021) financiado por la Dirección General de Investigaciones de la Universidad de La Sabana.

Agradezco los comentarios y sugerencias de María José Ortiz, Aura Velazquez Quitian, Dary Riveros, José David Velandia, Daniela Álvarez y Madelin Ramos.

Se enmarca también en el proyecto de investigación 2204/PI/22 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.

Palabras clave: precedentes judiciales, *ratio decidendi*, *stare decisis*, tribunales constitucionales.

ABSTRACT: The rule of precedent is the norm of legal systems that defines the normative functioning of judicial precedents. Judicial precedents are general and abstract norms originating from a judicial decision. Taking as an example the way in which the rule of precedent has been configured in Colombian constitutional law, the objective of this article is to analyze different types of judicial precedents and, in this context, to clarify the notion of *ratio decidendi*. The work distinguishes between judicial precedent in the broad sense that refers to the general and abstract norms of judicial origin that, by virtue of the rule of precedent, are mandatory or binding; and the judicial precedent in the strict sense that designates the *ratio decidendi* of judicial decisions. Then the precedent in the strict sense is analyzed, explaining the models of construction of the *ratio decidendi*, its configuration as a legal norm, and the elements for its identification.

Keywords: judicial precedents, *ratio decidendi*, *stare decisis*, constitutional courts.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los precedentes judiciales en amplio sentido.* III. *Precedente en estricto sentido: la ratio decidendi de las sentencias.*

I. INTRODUCCIÓN

En los ordenamientos jurídicos actuales, especialmente en aquellos que establecen un control judicial de la Constitución, los precedentes judiciales desempeñan un papel central en la interpretación y adjudicación constitucional (Núñez Vaquero y Fernández Cruz, 2021; Magaloni, 2001; Taruffo, 2007; Bernal Pulido, 2006). En el derecho constitucional colombiano, por ejemplo, los precedentes judiciales son una fuente de normas jurídicas vinculantes en el ejercicio del control constitucional y, en general, para la aplicación de la Constitución.²

Por supuesto que en el desarrollo del precedente constitucional en Colombia se han presentado diferentes problemas teóricos y prácticos. Uno de ellos radica en establecer qué es lo que constituye el precedente judicial. Al tratar este asunto, la doctrina y la jurisprudencia sostienen que el precedente judicial corresponde a la *ratio decidendi* de las sentencias. En efecto, lo co-

² Sobre la importancia del precedente en el derecho constitucional colombiano véase, entre otros, La importancia de los precedentes judiciales constitucionales ha sido tratada, entre otros, por López (2006 y 2016), Bernal Pulido (2006), Lancheros Gámez (2012); Sarmiento-Erazo, J (2012) Pulido Ortiz, F (2018).

mún es que se formulen argumentos justificatorios sobre la vinculación de la *ratio decidendi*³ y se propongan metodologías para reconstruirla.⁴

Sin embargo, esta forma de abordar la pregunta de que constituye el precedente judicial presenta dos problemas. Por un lado, existen una serie de normas de origen judicial que son conceptualmente distintas de la *ratio decidendi*. Estas normas no pueden ser explicadas ni reconstruidas con base en las herramientas desarrolladas a la luz del concepto de *ratio decidendi*. Por otro lado, persisten las dudas acerca de qué es la *ratio decidendi* y los criterios para su identificación. Al respecto siguen abiertas preguntas como ¿cuál es la forma en que se crea o construye la *ratio decidendi*? ¿Qué tipo de norma es la *ratio decidendi*? ¿Son reglas o son principios? ¿Cuál es la relación entre la *ratio decidendi* y los textos de las decisiones judiciales? ¿Son relevantes las palabras empleadas en los textos judiciales para identificar la *ratio decidendi*?

En este orden de ideas, el objetivo de este artículo es caracterizar la configuración de lo que constituye el precedente en el derecho constitucional colombiano. Se argumentará que el precedente judicial está constituido por un conjunto complejo de normas de origen judicial que, a su vez, constituyen diferentes tipos de precedentes judiciales. Por lo mismo, se defenderá que es un error reducir la explicación del precedente a la noción de *ratio decidendi*. Se explicará, además, que en la tarea de caracterizar la *ratio decidendi* se deben elucidar las diferencias y relaciones entre la construcción (o creación) de la *ratio decidendi*, su configuración como norma jurídica y los criterios para su identificación.

II. LOS PRECEDENTES JUDICIALES EN AMPLIO SENTIDO

La teoría del precedente judicial ha propuesto distinguir entre la regla de precedente y los precedentes judiciales. La regla de precedente es la norma de los sistemas jurídicos que define el funcionamiento normativo de los precedentes judiciales. A su vez, existe una regla de precedente obligatoria y/o vinculante cuando exige el seguimiento de los precedentes y/o cuando condiciona

³ La Corte Constitucional colombiana suele justificar el carácter vinculante de los precedentes judiciales en los principios de buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima, igualdad y la autoridad interpretativa de los órganos de cierre (Corte Constitucional, sentencias SU354 de 2017 y C-621 de 2015)

⁴ Véase López (2006 y 2016).

la validez de ciertas decisiones jurídicas al seguimiento de los precedentes.⁵ Los precedentes judiciales, por otro lado, son normas generales y abstractas originadas en una decisión judicial y que, de conformidad con la regla de precedente, pueden vincular u obligar.⁶

En relación con los precedentes judiciales se puede marcar la diferencia entre precedente en sentido amplio y en sentido estricto. El precedente judicial en sentido amplio designa a todas las normas generales, abstractas y de origen judicial que, de conformidad con la regla de precedente, son constitutivas de precedentes judiciales.⁷ El precedente judicial en estricto sentido designa a la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales. La *ratio decidendi* corresponde a la regla de derecho en la que el juez (implícita o explícitamente) fundamenta su decisión, esto es, la norma que de acuerdo con el razonamiento del juez sirve de base normativa para justificar el *decisum* (Garner, 1999). En otras palabras, la *ratio decidendi* es la norma jurídica general y abstracta que es en efecto aplicada por el juez para justificar la decisión (Twining, W. y Miers, D. 2010).

La idea principal que se quiere marcar con esta distinción es que existen distintos tipos de normas de origen judicial que pueden generar precedentes judiciales. En otras palabras, si existen distintas normas que son conceptualmente distintas de la *ratio decidendi* pero que también pueden ser constitutivas de precedentes judiciales en amplio sentido, entonces es un error reducir la teoría y la práctica del precedente a la noción de *ratio decidendi*. En efecto, como se presentará en las siguientes líneas, en el derecho colombiano son fuente de precedentes judiciales en sentido amplio la doctrina probable, la cosa juzgada constitucional y las órdenes dispuestas en las sentencias de tutela con efectos *inter pares* e *inter comunis*.

⁵ La regla de precedente es vinculante en el sentido que se constituyen en una condición necesaria para la validez de los actos de los operadores jurídicos y es obligatoria cuando prescribe cierta acción, esto es obliga o prohíbe su realización. Sobre la importancia de esta distinción en la explicación de la regla de precedente véase Arriagada (2021) y Núñez (2021).

⁶ Sobre el particular véase Núñez Vaquero (2016) y Pulido-Ortiz (2021)

⁷ Las normas son generales cuando su destinatario es una clase de personas. Las normas son abstractas cuando su contenido se refiere a un acto o acción hipotéticos, *i.e.* tipos o clases de acciones que se espera que ocurran. Por otro lado, una norma es vinculante en el sentido que se constituyen en una condición necesaria para la validez de los actos de los operadores jurídicos y es obligatoria cuando prescribe cierta acción, esto es obliga o prohíbe su realización (Pulido Ortiz, 2022). Sobre la importancia de esta distinción en la explicación de la regla de precedente véase Arriagada (2021) y Núñez (2021).

1. La doctrina probable

La doctrina probable (también conocida como jurisprudencia constante o doctrina legal) es una figura nacida en los sistemas jurídicos de la tradición continental (*civil law*) que se refiere al conjunto de tesis interpretativas realizadas por los órganos de cierre cuando de forma reiterada o constante definen cómo se debe entender una norma jurídica.⁸

En el derecho colombiano la doctrina probable vincula a los jueces en el sentido que para poder apartarse deben “exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión” (artículo 7o. del Código General del Proceso). Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que los jueces pueden apartarse de la doctrina probable siempre que argumenten que su posición es mejor en términos legales y constitucionales. En este sentido, las decisiones que no cumplan con esta carga argumentativa son nulas por desconocer la doctrina probable (Corte Constitucional, sentencia C-621-15).

Ahora bien, ¿qué constituye a la doctrina probable? Para responder esta pregunta, debe recordarse que las decisiones judiciales están conformadas por dos partes principales: la parte resolutive (o *decisum*) que contiene la decisión del caso y las órdenes dadas por el juez o tribunal, y la parte considerativa (o considerandos) en la que se presentan los argumentos para justificar el *decisum*. Así las cosas, la doctrina probable está constituida por aquellas tesis interpretativas que de forma reiterada son sostenidas por los órganos de cierre en sus considerandos

Entre la doctrina probable y el precedente judicial en estricto sentido (*i.e.* la *ratio decidendi*) existen importantes diferencias. La doctrina probable, como se dijo, está conformada por los criterios establecidos por los órganos de cierre sobre la forma en que se debe interpretar una disposición jurídica. La *ratio decidendi*, por otro lado, está constituida por las reglas jurídicas que el juez efectivamente emplea para resolver el problema jurídico y llegar a la decisión. Para la Corte Constitucional “la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial”, mientras que la *ratio decidendi* “establece reglas sobre la apli-

⁸ En los sistemas jurídicos de la tradición continental, la doctrina probable suele ser considerada como un criterio auxiliar para ilustrar el contenido de la ley pero que no vincula a los operadores jurídicos (Ruiz y Laporta, 1997; Von y Parisi, 2006).

cación de las normas en casos específicos y afecta por lo tanto aquellos hechos o situaciones efectivamente resueltas por el juez en el *decisum* (Corte Constitucional, sentencia C-621 de 2015). La *ratio decidendi* si bien no está contenida explícitamente en la parte resolutive de la decisión resulta inescindible de la decisión y de las órdenes dadas por el juez o tribunal (Corte Constitucional, Sentencia C-737 de 2001).

En resumen, la diferencia entre la doctrina probable y la *ratio decidendi* se encuentra en que la primera establece reglas sobre cómo interpretar las disposiciones jurídicas, mientras que la segunda establece reglas para resolver ciertos problemas jurídicos. Veamos un ejemplo. La Corte Constitucional ha desarrollado una según la cual las leyes que regulan el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses de los servidores públicos de elección popular no pueden aplicarse mediante analogía a casos que no estén previstos en ellas. Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias C-546 de 1993, C-028 de 2006, C-903-2008 y C-101 de 2018.

En un caso específico, el Consejo de Estado tuvo que resolver el siguiente problema jurídico: un integrante de una asamblea departamental, con investigaciones abiertas en la contraloría, participó en la elección del nuevo contralor. En la sesión se advirtió que aquellos integrantes de la asamblea que tuviesen investigaciones abiertas en la contraloría debían declararse impedidos por el conflicto de intereses que surge al elegir al funcionario encargado de esas investigaciones. Por estos hechos se inició en contra del asambleísta un proceso de pérdida de investidura por la violación del régimen de conflicto de intereses. El asambleísta argumentó que su participación en la elección del contralor fue mediante voto secreto y que el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso) establece que no hay conflicto de intereses cuando “el congresista participa en la elección de otros servidores públicos mediante el voto secreto”. En la *ratio decidendi* de la sentencia, el Consejo de Estado indicó que “las disposiciones contenidas en el Reglamento Interno del Congreso están referidas exclusivamente a los congresistas” puesto que “esta norma fue dictada con el propósito de delimitar el alcance del conflicto de intereses para los congresistas, sin hacer extensiva su regulación a todos los servidores públicos de elección popular” y, en consecuencia, declaró la pérdida de investidura del asambleísta por violación del régimen de conflicto de intereses.⁹

⁹ Consejo de Estado (2021). Sentencia núm. 85001-23-33-000-2020-00016-02 de Consejo de Estado (sección primera) del 18-03-2021

De acuerdo con esto, la tesis interpretativa de la Corte Constitucional constituye una doctrina probable en tanto está conformada por criterios acerca de la interpretación de las normas sobre el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, mientras que la *ratio decidendi* del Consejo de Estado establece una regla sobre cómo resolver un problema jurídico.

2. La cosa juzgada constitucional

El principio de cosa juzgada implica que la decisión judicial es definitiva sobre el problema jurídico. Es decir que, en virtud del principio de la cosa juzgada, el *decisum* no puede ser discutido mediante recursos procesales y el asunto resuelto no puede volver a ser planteado en un nuevo proceso judicial (Calaza, 2009). En estas condiciones, la cosa juzgada constitucional implica que el *decisum* de las sentencias de la Corte Constitucional es definitivo.

Para comprender el principio de cosa juzgada constitucional debe subrayarse que las sentencias de la Corte Constitucional resuelven dos tipos de asuntos: *a)* mediante las sentencias de tutela resuelve asuntos concretos sobre la protección de los derechos fundamentales, y *b)* mediante las sentencias de constitucionalidad resuelve asuntos abstractos en las que define la constitucionalidad de leyes, normas con fuerza de ley y reformas constitucionales. Ahora bien, el valor de cosa juzgada es distinto según se trate de cada una de esas sentencias. Por un lado, los dispositivos establecidos en las sentencias de tutela tienen, en principio, efectos *inter-partes*, es decir, vinculan u obligan sólo a las partes del proceso (como veremos más adelante, existen importantes excepciones al respecto). Por otro lado, los dispositivos (decisiones y órdenes) definidos en el *decisum* de las sentencias de constitucionalidad tienen efectos *erga omnes*, esto es, son abstractos y generales.¹⁰

En relación con esto último, la Corte Constitucional señala que las sentencias de constitucionalidad tienen valor de cosa juzgada constitucional en el sentido que sus decisiones sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma tienen carácter definitivo e inmutable (Corte Constitucional, sentencia C-259-15). En efecto, el artículo 243 de la Constitución colombiana establece que “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccio-

¹⁰ Sobre las diferencias entre efectos *erga omnes* e *inter-partes* véase Martínez-Caballero (2010) y Pulido Ortiz (2011).

nal hacen tránsito a la cosa juzgada constitucional”. El mismo artículo agrega que “ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

Como puede verse, la cosa juzgada constitucional de las sentencias de constitucionalidad tiene dos tipos de efectos. Por un lado, en los casos en que la Corte Constitucional concluye que la norma es inconstitucional, la decisión puede tener como efecto la inexecutable de la norma, es decir, su expulsión del ordenamiento jurídico.¹¹ En estos casos, además, las autoridades no pueden reproducir ni aplicar nuevamente el contenido declarado inexecutable. Por otro lado, en aquellos casos en que la Corte Constitucional concluye que la norma es constitucional, el efecto de la decisión es la executable de la norma, esto es, su conservación en el ordenamiento jurídico. En tal caso, además, se genera la imposibilidad jurídica de demandar la norma nuevamente.¹²

Con base en estas nociones, la Corte Constitucional ha diferenciado entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La cosa juzgada formal aparece “cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es objeto de una nueva demanda, o cuando una norma con un texto exactamente igual a uno anteriormente examinado por la Corte es nuevamente demandada por los mismos cargos”. Por otra parte, la cosa juzgada material ocurre “cuando la disposición demandada

¹¹ La Corte Constitucional ha reconocido excepciones a esta regla. La doctrina de la inconstitucionalidad diferida implica que “una sentencia de inconstitucionalidad diferida, o de constitucionalidad temporal, es aquella por medio de la cual el juez constitucional constata que la ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, por la sencilla razón de que la expulsión automática de la disposición ocasionaría ‘una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales’, por lo cual el Tribunal Constitucional establece un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada” (Corte Constitucional, sentencia C-737 de 2001).

¹² Debe aclararse que la Corte Constitucional diferencia entre la cosa juzgada constitucional absoluta y la relativa: la cosa juzgada es absoluta “cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia”; y es relativa “cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad” (Corte Constitucional, sentencia C-332 de 2013).

reproduce el mismo sentido normativo de otra norma que ya fue examinada por la Corte” (Corte Constitucional, Sentencia C-393 de 2011).

La Corte Constitucional ha entendido que tiene la competencia para fijar los efectos de los fallos y, en consecuencia, delimitar el alcance de la parte resolutive de sus sentencias (Corte Constitucional, sentencias C-007 de 2016 y C-332 de 2013). Mediante las técnicas de modulación de los fallos, la Corte Constitucional busca que, a pesar de la existencia de una afectación a la Constitución, la respuesta no se reduzca a una simple exequibilidad o inexecutable de la norma (Corte Constitucional, sentencia SU230 de 2015). Las sentencias de la Corte Constitucional, en función de las modulaciones de los contenidos normativos de los fallos, pueden ser: *a)* sentencias interpretativas o condicionadas y *b)* sentencias integradoras.¹³

Para explicar la modulación de sentencias, se suele emplear la tradicional distinción entre disposición normativa y norma. La disposición normativa es el texto establecido por una autoridad jurídica en alguna de sus fuentes. La norma, por su parte, es el significado de ese texto. En relación con las leyes es posible trazar la misma distinción, es decir la ley como disposición (texto normativo) y la ley como norma (contenido normativo formulado por la disposición). Es posible que la norma o normas creadas por la ley sean todas inconstitucionales. En tal caso, el tribunal constitucional debe declarar su inconstitucionalidad y, en consecuencia, expulsar (declarar inexecutable) tanto a la disposición como a las normas.

Sin embargo, existen situaciones en las que una disposición legal formula, por una parte, normas constitucionales, y por la otra, normas inconstitucionales. En estos contextos los tribunales constitucionales pueden elegir conservar las normas constitucionales y expulsar las inconstitucionales, manteniendo intacta la disposición jurídica. Es así como mediante las sentencias interpretativas o condicionadas lo que hace el tribunal es definir dentro de las distintas normas creadas en una disposición jurídica cuáles son inconstitucionales y cuáles son constitucionales. Es decir, las sentencias interpretativas expulsan del ordenamiento jurídico una norma o conjunto de normas creadas por una disposición jurídica, pero no lo hacen respecto de todas ellas, y tampoco expulsa la disposición (Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006).

¹³ Sobre la modulación de las sentencias en la Corte Constitucional véase Solano González (2013), Martínez-Caballero, A. (2010) y Olano (2004).

Una de las funciones de las disposiciones normativas consiste determinar las propiedades que se consideran jurídicamente relevantes, es decir, establecer el conjunto de propiedades que definen el caso regulado y la solución jurídica prevista. Ahora bien, en los ordenamientos jurídicos que contemplan control constitucional judicial de las leyes, corresponde a los jueces constitucionales establecer si las normas están o no conformes con la Constitución. Sin embargo, en algunos eventos, los tribunales constitucionales consideran que una disposición constitucional es inconstitucional no por lo que dice sino por lo que no dice, es decir, por las propiedades normativas que debió definir (Díaz Revorio, 2000).

En esos eventos la Corte Constitucional dicta dos tipos de decisiones: las sentencias aditivas y las sentencias sustitutivas. Las sentencias aditivas, en lugar de declarar la inconstitucionalidad de la disposición, agregan un contenido normativo nuevo a la disposición, a saber, el contenido que a juicio del tribunal debió contener la disposición jurídica para ser constitucional. Las sentencias sustitutivas declaran la inconstitucionalidad de una parte de la disposición jurídica y la reemplazan por un nuevo texto jurídico de tal forma que el contenido normativo formulado por esa nueva disposición se adecue a los contenidos constitucionales exigidos (Corte Constitucional, sentencia C-325 de 2009.).

Obsérvese que en las sentencias aditivas y sustitutivas los tribunales formulan nuevas disposiciones jurídicas que se integran a las disposiciones legales estudiadas en el juicio de constitucionalidad. Por lo tanto, son decisiones que formulan normas generales y abstractas y que, en virtud de los efectos *erga omnes*, son vinculantes para todos los operadores jurídicos. En las sentencias interpretativas, si bien es cierto que no se crean nuevas normas, también lo es que la decisión de la Corte Constitucional define con valor de autoridad cuál es la interpretación de la disposición jurídica que resulta vinculante para los operadores jurídicos.

En definitiva, en virtud de la cosa juzgada constitucional, las decisiones y órdenes dictadas por la Corte Constitucional son fuente de normas generales y abstractas. Por lo mismo, las sentencias de constitucionalidad son constitutivas de precedente judicial en amplio sentido.¹⁴

¹⁴ En este punto es necesario alertar sobre una cuestión. La Corte Constitucional desarrolló la distinción entre cosa juzgada explícita y cosa juzgada implícita. La cosa juzgada explícita se refiere a lo comprendido en la parte resolutive de la respectiva sentencia. La cosa juzgada implícita se refiere a aquellos apartes de las consideraciones de la Corte que constituyen la

3. Los efectos *inter partes* e *inter comunis*

Las sentencias de tutela, como se dijo antes, resuelven asuntos concretos al revisar “las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales” (artículo 241 de la Constitución colombiana). Los dispositivos establecidos en las sentencias de tutela tienen, en principio, efectos *inter partes*, es decir, que vinculan u obligan sólo a las partes del proceso. Sin embargo, la Corte Constitucional sostiene que, en ciertos casos, y con el fin de asegurar la supremacía de la Constitución, sus sentencias de tutela pueden “ir más allá del simple efecto *inter partes*” y otorgarle al *decisum* efectos *inter partes* o efectos *inter comunis* (Corte Constitucional, sentencia SU-783 de 2003).

De acuerdo con la Corte Constitucional se pueden aplicar efectos *inter partes* a sus decisiones en aquellas circunstancias en las que existe un marco normativo que causa la violación de derechos constitucionales. En ese contexto, según la Corte Constitucional se debe evitar la proliferación de casos contrarios a la Constitución disponiendo “que la resolución que ha dado al asunto debe ser asumida en los casos que, sin integrar necesariamente una misma comunidad, son o llegarán a ser semejantes” (Corte Constitucional, sentencia SU349 de 2019).

Veamos un ejemplo. El Decreto 216 de 2021 creó el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos. Este estatuto definió que, para regular la situación en el país, los migrantes deben obtener un permiso por protección temporal (PPT). Por otro lado, el artículo 12 del mismo Decreto establece como requisito para el otorgamiento del permiso “[n]o tener en curso investigaciones administrativas migratorias”. En la Sentencia T -100 de 2023, la Corte Constitucional conoció el caso de una pareja de migrantes venezolanos que debieron huir de su país “porque su vida e integridad corría peligro”. Al resolver el caso, la Corte Constitucional consideró que el requi-

razón de la decisión, y que guardan unidad de sentido con la parte resolutive de la sentencia (Corte Constitucional, sentencias Sentencia C-037-1996, C-774 de 2001 y C-028 de 2006). Como puede verse, la cosa juzgada implícita corresponde a la *ratio decidendi* de las sentencias lo cual genera dos consecuencias: primero, en tanto la *ratio decidendi* forma parte del contenido de la cosa juzgada entonces todas las sentencias de constitucionalidad son implícitamente condicionadas (sobre el entendido de que, como veremos, todas las sentencias tienen una *ratio decidendi*). Segundo, se confunde el valor de la cosa juzgada constitucional y el precedente en sentido estricto constituido por la *ratio decidendi* de las sentencias.

sito de “no tener en curso investigaciones administrativas migratorias” contradice la finalidad del permiso que “consiste en regularizar el estatus de los migrantes venezolanos que se encuentran en nuestro país en situación irregular”. Por lo tanto, para la Corte, el “requisito castiga la condición de irregularidad que a través del” permiso “se pretende superar”. Según la Corte, “el ingreso o permanencia irregular de un extranjero en Colombia” es una “circunstancia común a todos los solicitantes del” permiso pues es “en razón a su condición de irregularidad” que los solicitantes “quieren obtener este documento y regularizar así su situación migratoria” (Corte Constitucional, sentencia T-100 de 2023).

En aplicación de estas consideraciones, la Corte Constitucional decidió proteger los derechos de los accionantes y, en consecuencia, no aplicar el requisito. Pero, además, entendió que los accionantes en el proceso “no son las únicas personas que se han visto afectadas por las referidas normas”. Concluyó que resultaba “necesario otorgarle efectos *inter pares* a la decisión”. Así las cosas, decidió “otorgar efectos *inter pares* a la decisión de inaplicar las normas[...] que consagran el requisito de «no tener en curso investigaciones administrativas migratorias» para acceder al Permiso por Protección Temporal”. Agregó que los “efectos se aplican a todos los migrantes venezolanos cuya situación particular se enmarca en los presupuestos de los casos analizados” en la sentencia (Corte Constitucional, sentencia T-100 de 2023).

Por otro lado, las sentencias con efectos *inter comunis* se caracterizan porque las decisiones y órdenes vinculan a quienes fueron parte del proceso y a quienes forman parte del mismo problema jurídico que originó la sentencia pero que no hicieron parte del proceso (Corte Constitucional, Auto 208 de 2006.). La Corte Constitucional argumenta que, con fundamento en el derecho a la igualdad entre los accionantes “y aquellas que a pesar de encontrarse en la misma situación no tienen la calidad de accionantes, es preciso que la decisión del juez de tutela sea uniforme y tenga los mismos efectos para unos y otros” (Corte Constitucional, sentencia T-946 de 2011). Mediante los efectos *inter comunis*, la Corte Constitucional extiende los efectos de las decisiones a personas que no acudieron a “la acción de tutela en calidad de accionantes” pero “se encuentran en las mismas condiciones de éstos” (Corte Constitucional, sentencia T-189 de 2016).

Veámoslo con otro ejemplo. Una ciudadana de bajos recursos interpuso acción de tutela contra una empresa electrificadora y las autoridades del municipio ante la negativa de la prestación del servicio de energía eléctri-

ca. La empresa argumentó que no podía realizar la conexión eléctrica al inmueble porque no existe la infraestructura suficiente para hacerlo. La Corte Constitucional decidió proteger los derechos de la demandante argumentando que el municipio tiene la obligación de “proporcionar el servicio de energía eléctrica para satisfacer las necesidades básicas de la accionante y los residentes de la urbanización” (Corte Constitucional, T-189-2016).

Al definir las órdenes, la Corte Constitucional observó que “la accionante no [era] la única persona afectada” por la falta del servicio público de energía eléctrica. En la misma situación se encontraban toda la comunidad del barrio de la accionante. La Corte Constitucional concluyó que en ese caso debía emitir una orden para proteger, no sólo a la demandante, “sino a todas las personas y familias que se encuentren viviendo en la urbanización” (Corte Constitucional, T-189 de 2016). En consecuencia, ordenó al municipio y a la Electrificadora desarrollar las obras necesarias para asegurar el suministro de energía eléctrica a toda la urbanización”.

III. PRECEDENTE EN ESTRICTO SENTIDO: LA *RATIO DECIDENDI* DE LAS SENTENCIAS

El precedente judicial en estricto sentido está constituido por la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales.¹⁵ En el derecho colombiano, la Corte Constitucional ha definido que la *ratio decidendi* de sus sentencias “en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-292 de 2006). La *ratio decidendi*, como se dijo antes, está constituida por la regla de derecho en la que el juez (implícita o explícitamente) fundamenta su decisión. Es, con otras palabras, la norma que en el razonamiento judicial sirve de base normativa para justificar la decisión.

Ahora bien, es posible diferenciar dos sentidos en los que se usa la noción de *ratio decidendi*. En un primer sentido, la *ratio decidendi* se emplea para referirse a la premisa normativa que resulta necesaria para la justificación de la decisión judicial, y que, por tanto, otorga unidad a la relación entre el problema jurídico y la parte resolutive (Twining, W. y Miers, D. 2010). En un segundo

¹⁵ De hecho, en diferentes sistemas jurídicos se entiende por precedente judicial a la *ratio decidendi* de ciertas decisiones judiciales (Núñez-Vaquero 2022).

sentido, la *ratio decidendi* se refiere a la norma jurídica que, en el proceso de justificación de una decisión judicial (o de un conjunto de ellas) es construida por el juez (o jueces) y que en virtud de la regla de precedente debe ser seguida por los operadores jurídicos en casos posteriores (Sierra Sorockinas, 2016).

A pesar de que existe una evidente relación entre los dos sentidos. En efecto, no toda *ratio decidendi* (en el primer sentido) corresponde a la creación de normas jurídicas generales y, por tanto, no es constitutiva de *ratio decidendi* en el segundo sentido. En muchas sentencias judiciales el contenido de la *ratio decidendi* corresponde a lo previamente establecido en el derecho vigente. Es decir que, en estos casos, la premisa normativa que sirvió de fundamento para la decisión corresponde a una norma del derecho vigente. Para que esta noción de *ratio decidendi* (i.e. la premisa normativa que sirve de fundamento necesario para la decisión) sea constitutiva de precedentes judiciales debe ser el caso que el juez construya una norma que sirva de premisa normativa para su decisión.

Es verdad que la construcción o creación judicial de normas generales y abstractas suele asociarse a la carga de justificación de las providencias. Según este argumento, el proceso de toma de decisiones requiere como condición necesaria el uso de una premisa normativa general y abstracta. De acuerdo con esto, cuando por alguna razón el derecho resulta indeterminado respecto a un asunto específico, el juez debe construir una norma general que sirva de fundamento a su decisión (Bulygin, 2003; 2005). Al afirmar que los jueces construyen normas jurídicas no significa que lo hacen *ex nihilo*. Cuando los jueces crean normas jurídicas recurren a principios morales que justifican una práctica jurídica específica o extienden la aplicación de normas a cuestiones no reguladas.

Sin embargo, y como ya se explicó, la creación judicial de normas jurídicas vas más allá de la construcción de normas necesarias para la justificación de la decisión. La doctrina probable, las decisiones de las sentencias con valor de cosa juzgada constitucional *erga omnes* y las órdenes de las sentencias con efectos *inter pares* e *inter comunis* son ejemplos de construcción judicial de normas generales y abstractas pero que no están asociadas directamente con la carga de justificación de las decisiones.

Por otro lado, al sostenerse que los jueces crean normas jurídicas generales y abstractas como presupuesto de la justificación de sus decisiones judiciales, no significa, necesariamente, que tales normas vinculen en casos posteriores. Para que esto ocurra, el ordenamiento jurídico debe recono-

cer una regla precedente que exija que casos posteriores se resuelvan según las normas jurídicas creadas por los jueces en casos precedentes. En este orden de ideas, no toda *ratio decidendi* (en sentido de la premisa normativa construida en la justificación judicial) son constitutivas de precedentes en estricto sentido (*i.e.* no todas las sentencias tienen la capacidad de crear *ratio decidendi* en el segundo sentido). Para que los jueces puedan crear *ratio decidendi* en el segundo sentido, el ordenamiento jurídico debe reconocer la regla de precedente obligatoria y/o vinculante, esto es, debe definir que la *ratio decidendi* de las sentencias tiene valor o fuerza vinculante.

En síntesis, la *ratio decidendi* es la norma jurídica general y abstracta que en el proceso de justificación de una decisión judicial (o de un conjunto de ellas) es construida por el juez como premisa necesaria para justificar la decisión. Por lo mismo, el precedente judicial en estricto sentido designa a la *ratio decidendi* de las sentencias que, de acuerdo con la regla de precedente son fuente de ese tipo de precedentes.

1. La construcción de la *ratio decidendi*

La construcción de la *ratio decidendi* puede ser descrita a partir de dos modelos: el modelo “*common law*” y el modelo “legislativo”. En el modelo “*common law*”, la *ratio decidendi* es producto de la lenta y constante revisión de los hechos normativos en cada proceso y decisión judicial. La *ratio decidendi*, según este modelo, tiene una estrecha relación con las situaciones concretas de la vida real que son llevadas para que sean resueltas por los jueces. Este modelo confía en la capacidad de las decisiones judiciales de depurar las respuestas en cada uno de los casos que los jueces resuelven. Por ello, entiende que la *ratio decidendi* se construye caso por caso mediante el ajuste de las reglas que justifican un tipo o forma de responder a los problemas jurídicos (Levi, 1948).

El modelo del *common law* entienden que la autoridad judicial de crear precedentes judiciales se basa en la experiencia compartida de los jueces al resolver situaciones de la vida real. Por lo mismo, la *ratio decidendi* está conformada por las razones que de forma progresiva y acumulada ofrecen los jueces como justificación para la resolución de los casos. Este modelo entiende que la *ratio decidendi* no se vincula a los términos empleados en los textos de las decisiones judiciales sino a las razones que subyacen a la forma en que los jueces deciden los casos (Magaloni, 2011).

Por otro lado, en el modelo *legislativo* la construcción de la *ratio decidendi* no tiene diferencias radicales con la creación de normas que realizan otros órganos jurídicos como los parlamentos o las autoridades administrativas. De acuerdo con este modelo, en la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales, los jueces (en particular los órganos de cierre) crean normas de contenido general que regulan casos genéricos a partir de las cuales resuelven el caso concreto (Komarek, 2013).

En el modelo “legislativo” subyace un ideal jerárquico de la autoridad judicial. Según este ideal, los precedentes son concebidos como pronunciamientos autoritativos que se proponen la creación de normas generales y abstractas. La *ratio decidendi*, por tanto, es formulada en el texto de la decisión judicial como resultado de la intención del juez de crear una norma general y abstracta que sirva para responder el problema jurídico (Komarek, 2013). En consecuencia, la *ratio decidendi* en el modelo legislativo depende del lenguaje empleado en las decisiones judiciales, o sea que las normas jurídicas generales y abstractas que constituyen los precedentes son, en este caso, formuladas mediante un texto de manera similar a como opera en la formulación legislativa del derecho (Tiersma, 2013).

Debe subrayarse que los modelos *common law* y *legislativo* no son descripciones ni exhaustivas ni excluyentes de los ordenamientos jurídicos reales. Son una modelización de los ideales regulativos y explicativos de la forma como se fundamenta la construcción de los precedentes judiciales. De hecho, en el mismo ordenamiento jurídico pueden convivir distintas formas de entender los precedentes judiciales que, a su vez, puede asociarse o bien al modelo del *common law*, o bien al modelo *legislativo*.

Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana entiende que la construcción de la *ratio decidendi* puede realizar de dos maneras. Por un lado, afirma que la *ratio decidendi* de las sentencias de la Sala Plena Corte Constitucional son reglas mediante las cuales justifica, no sólo determinadas decisiones, sino la forma correcta de aplicar la Constitución a casos concretos. Según la Corte Constitucional, la *ratio decidendi* de sus sentencias son determinaciones que “resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta” (Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011). En varias de las decisiones de la Corte Constitucional se encuentra un apartado específico en el que consigna el texto en el que formula la regla que constituye la *ratio decidendi*. En unos casos define expresamente

cuál es su *ratio decidendi* (Corte Constitucional, sentencia SU380-2021) y en otros casos incluye un apartado específico en el que define a manera de conclusión la regla que constituye la *ratio decidendi* (Corte Constitucional, sentencia T-419-2023).

Por otro lado, la Corte Constitucional ha identificado una segunda forma de construir la *ratio decidendi* denominada *jurisprudencia en vigor*. De acuerdo con esta idea, las salas de revisión de la Corte Constitucional construyen la *ratio decidendi* a través de la continua solución de casos concretos gracias a la cual se va delineando una regla que, en virtud de la regla de precedente, vincula a los operadores juicios (Corte Constitucional, sentencia C-621 de 2015). Por lo tanto, la construcción de la *ratio decidendi* depende de la existencia “de una línea jurisprudencial establecida por la Corte”, de forma tal que diferentes decisiones judiciales han delineado las razones “que permite inferir criterios mínimos de alguna manera reiterados por la Corte en cuanto al alcance de las normas constitucionales aplicables en lo relativo a la solución de controversias planteadas” (Corte Constitucional, Auto A208 de 2006)

Como puede verse, mientras que la construcción de *ratio decidendi* de las sentencias de la Sala Plena se acerca al modelo *legislativo*, la construcción de la jurisprudencia en vigor se acomoda mejor al modelo del *common law*.

2. La *ratio decidendi* como norma jurídica

En la explicación del concepto de *ratio decidendi* resulta indispensable establecer qué tipo de norma es una *ratio decidendi*. En relación con este tema, la teoría del precedente ha propuesto tres modelos:¹⁶

- 1) El *modelo de principios* sostiene que la *ratio decidendi* está constituida por las razones (los principios) que justifican las decisiones. Según esto, en la *ratio decidendi* el juez articula razones o principios morales que son los que en definitiva constituyen el precedente.
- 2) El *modelo de reglas* plantea que la *ratio decidendi* está constituida por las reglas jurídicas construida en sentencias judiciales anteriores para justificar las decisiones. Para este modelo, los precedentes judiciales son reglas jurídicas que no dependen (*i.e.* se independizan) de las razones que justifican las decisiones judiciales.

¹⁶ La formulación y explicación de estos modelos puede verse en: Alexander y Sherwin (2007, pp. 27-50).

- 3) El *modelo de resultados* propone que el hecho de que una decisión judicial se haya tomado en determinado sentido es constitutivo de una razón para decidir de la misma manera los casos futuros. Este modelo sostiene, en definitiva, que el seguimiento de precedentes se limita a la comparación del caso precedente con el actual, a fin de establecer si son similares en sus aspectos desde el punto de vista normativo. Solo cuando, en efecto, los casos sean similares, existe el deber de seguir la *ratio decidendi*.

En relación con estos modelos de *ratio decidendi*, deben hacerse tres observaciones. En primer lugar, resulta problemático concebir el modelo de resultados como un modelo independiente de los modelos de reglas y de principios. En efecto, la operación de comparar hechos depende de la definición de los criterios (reglas o principios) que le sirven de fundamento para calificarlos como relevantes o irrelevantes. En otras palabras, para concluir que los hechos del caso precedente son o no similares al caso actual, es necesario recurrir a un parámetro normativo independiente de los hechos. Pero ese parámetro o bien corresponde a la formulación de las reglas disponibles en las providencias judiciales precedentes (*i.e.* la explicación de la forma como operan los precedentes corresponde al modelo de reglas); o bien a los principios que justifican la solución del caso (*i.e.* la explicación de los precedentes corresponde al modelo de principios).

En segundo lugar, la definición del modelo de *ratio decidendi* es una cuestión contingente pues depende de cómo la regla de precedente se implementa en cada ordenamiento jurídico. En el caso del ordenamiento jurídico colombiano, la *ratio decidendi* se ha concebido principalmente desde el modelo de reglas. Para la Corte Constitucional “la *ratio* es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución” (Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006). En palabras de la Corte Constitucional, la *ratio decidendi* “corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto” que “se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella”.¹⁷ En suma, de acuerdo con la Corte Constitucional la *ratio decidendi* de sus precedentes está constituida por la regla que ha creado para definir cómo resolver los problemas jurídicos.

¹⁷ Esta definición de *ratio decidendi* ha sido empelada por la Corte Constitucional en las sentencias, T-170 de 2015, T-292 de 2006 y T-217 de 2013,

Veamos un ejemplo. En la sentencia SU-250 de 1998 se definió que se violan los derechos al debido proceso y a la defensa de un notario desvinculado sin motivación alguna. Luego, en la sentencia T-800 de 1998, la Corte Constitucional resolvió que no se puede desvincular sin motivación a una auxiliar de enfermería y definió que está prohibido desvincular a un “empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. En la Sentencia C-734 se reiteró que “la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere de motivación” a diferencia de los cargos de carrera administrativa en los que, aun en los casos de provisionalidad, “la discrecionalidad se restringe”. Posteriormente, en la Sentencia T-610 de 2003, la Corte Constitucional tuteló la situación de la empleada provisional de un hospital definiendo que “la motivación de un acto administrativo se consagra como una garantía para el administrado”. Una vez consolidado ese precedente, la Corte Constitucional ha aplicado de forma consistente la siguiente regla: “la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable —so pena de vulnerar el debido proceso—, pues éstos no se equiparan a funcionarios de libre nombramiento y remoción”.¹⁸

3. Elementos para identificar la *ratio decidendi*

Para la Corte Constitucional colombiana, como acaba de verse, la *ratio decidendi* es una regla. Una cuestión distinta, como también se explicó, es la forma en que se construye esa regla. En las sentencias de la Corte Constitucional se observa una combinación del modelo *legislativo* con el modelo del *common law*. En relación con el primero, existen decisiones de la Corte Constitucional en las que se encuentra un apartado específico en el que consigna el texto en el que formula la regla que constituye la *ratio decidendi*. Pero existen también decisiones en las que no se ofrece ninguna indicación acerca de lo que constituye la *ratio decidendi*. También se señaló que el concepto de jurisprudencia en vigor se emplea para referirse a la construcción de la *ratio decidendi* a través de una línea de decisiones que, poco a poco, decantan la jurisprudencia en vigor.

¹⁸ En la sentencia T- 916 de 2013, la Corte Constitucional muestra como esa regla ha sido reiteradamente aplicada.

En este orden de ideas, existen decisiones judiciales en las que la identificación de la regla jurídica que constituye la *ratio decidendi* de los precedentes judiciales de la Corte Constitucional no es una tarea sencilla. Para estos casos, se debe recordar que la *ratio decidendi* la constituye la regla que la Corte Constitucional aplica para resolver un problema jurídico y, de ser el caso, emitir ciertas órdenes en el *decisum*. Por ello, el problema jurídico es un elemento central del análisis que sirve de conector entre los hechos, la *ratio decidendi* y la parte resolutive.

En otras palabras, el problema jurídico es el elemento que aglutina las diferentes partes de la decisión judicial y que sirve de criterio hermenéutico fundamental para la identificación de la *ratio decidendi* (Corte Constitucional, 2012). El *problema jurídico* es el asunto o caso en el que se requiere una respuesta sobre la aplicación del derecho y en el que existen formas diferentes y excluyentes de solucionarlo. Por lo dicho, para identificar la *ratio decidendi* indispensable reconstruir el problema jurídico efectivamente resuelto en la decisión judicial.

Veamos ahora los elementos de los problemas jurídicos de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana, diferenciando entre las sentencias de constitucionalidad y las sentencias de tutela.¹⁹ Las sentencias de constitucionalidad tienen los siguientes elementos: (L) el legislador; (N) el acto normativo demandado y (C) el parámetro constitucional.

En cuanto a la identificación de (L) se debe precisar la autoridad jurídica que dictó la norma demanda. Así, por ejemplo, se debe diferenciar si la cuestión obedece a la competencia del legislador genérico (ordinario y extraordinario) o si, por el contrario, el asunto debe ser analizado desde el punto de vista del legislador ordinario (Congreso) o extraordinario (presidente). Incluso debe precisarse si es un caso de reforma constitucional y quién es la autoridad que hace parte del problema (el pueblo, el Congreso de la Repúbli-

¹⁹ En lo que sigue se ha dejado de lado la presentación de los asuntos o problemas procedimentales. Por asuntos procedimentales nos referimos a aquellos en que las Cortes estudian para poder conocer el asunto de fondo. Típicamente son casos competenciales y procesales. En las sentencias de constitucionalidad abstracta, por ejemplo, son asuntos procedimentales los referidos a la competencia de los tribunales para conocer asuntos abstractos, la cosa juzgada o inhibiciones. Por su parte, para los casos concretos, los asuntos procedimentales serán aquellos relacionados con las autoridades judiciales competentes para resolver acciones de tutela, problemas relacionados con la procedibilidad de esta acción (*v. gr.* la procedibilidad del amparo contra particulares) o problemas en su trámite. En estos casos los identificadores se relacionan con el tema procedimental o formal que se discute.

ca o una Asamblea Constituyente). La identificación del (N) acto normativo consiste en la precisión en torno al acto normativo demandado o revisado (se refiere al contenido de una norma demandada o revisada de oficio, a una determinada interpretación de esta o a la forma en que fue creada). Por último, (C) el parámetro constitucional es la norma (regla o principio) bajo la cual se evalúa si (N) es constitucional o no. Así, en términos generales el problema tiene la siguiente estructura: ¿puede L establecer N sin violar C? o ¿viola L la norma C al establecer N?

Por otro lado, para la identificación de los problemas jurídicos de las sentencias de tutela resulta indispensable recurrir a los hechos relevantes. Como se sabe, en estos casos la Corte Constitucional juzga si determinada actuación u omisión de una autoridad (y en determinadas circunstancias un privado) viola o amenaza un derecho fundamental. En este orden de ideas, para la definición del problema jurídico se tienen en cuenta los siguientes elementos: (A) autoridad demandada; (X) acción u omisión que presuntamente vulneran o amenazan el derecho fundamental); (D) el derecho fundamental involucrado y (P) la persona afectada en la situación. Así, en términos generales el problema jurídico de las sentencias de tutela tiene la siguiente estructura: ¿viola A el derecho D de P al hacer (o no hacer) X?

Como se ha dicho, el problema jurídico es la herramienta indispensable para identificar la *ratio decidendi*. En casos dudosos, identificar la *ratio decidendi* corresponde a la reconstrucción de la pauta normativa que utilizó el juez para responder al problema jurídico planteado. Para la reconstrucción de la *ratio decidendi* corresponde al intérprete responder a la pregunta planteada en el problema jurídico y señalar, además, el “porqué” de la respuesta de conformidad con los argumentos expuestos por la autoridad judicial. La reconstrucción de la *ratio decidendi* exige, además, que ese porqué sea la regla que utilizó el juez para darle respuesta al problema jurídico.

Esta operación se dirige a mostrar que existe un hilo que explica de forma suficiente la relación entre el problema jurídico, la *ratio decidendi* (la regla) y la decisión (incluyendo las órdenes dadas por el juez). Veamos un ejemplo. En la sentencia C-001/18, la Corte Constitucional debió resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2267 del Código Civil Colombiano. El artículo demandado definía como obligaciones del posadero ser “responsable del daño causado, o del hurto o robo cometido por los *sirvientes* de la posada”. En la demanda se argumentó que el uso del término “sirvientes” es denigrante y discriminatorio. Así las cosas, la Corte Consti-

tucional debió resolver el siguiente problema jurídico: ¿puede el legislador emplear el término “sirvientes” sin vulnerar el derecho a la igualdad y dignidad humana? La decisión de la Corte Constitucional fue declarar inexecutable la expresión “sirvientes”. De acuerdo con esto, la *ratio decidendi* de esa providencia es que el legislador no puede emplear el término “sirvientes” sin vulnerar el derecho a la igualdad y dignidad humana porque el empleo de términos que tengan una connotación peyorativa respecto de las personas está prohibido por la Constitución.

Por último, suele ser de gran utilidad para comprender con mayor detalle la sentencia describir los eventuales salvamentos o aclaraciones de voto. La diferencia fundamental entre el salvamento de voto y la aclaración de voto es que en el primero el juez está en desacuerdo con la parte resolutive y, en el segundo, en desacuerdo con las razones de la decisión. Por ello, en este apartado se debe precisar claramente el sentido en el que se salva o aclara el voto. En el caso de un salvamento de voto debe indicarse el sentido de la decisión que propone el juez. En el caso de la aclaración de voto se deben precisar el tipo de argumento sobre el cual el juez o magistrado que aclara no está de acuerdo. Resulta especialmente ilustrativo señalar si la razón de la aclaración obedece a una discusión sobre el contenido de la *ratio decidendi*.

IV. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se argumentó que los jueces pueden crear distintos tipos de normas generales y abstractas que, a su vez, constituyen diferentes tipos de precedentes judiciales. En el caso del derecho colombiano son constitutivas de precedentes judiciales las normas originadas en la doctrina probable, la cosa juzgada constitucional, las órdenes de sentencias con efectos *inter pares* e *inter comunis* y la *ratio decidendi* de las sentencias. Al demostrarse que existen distintos tipos de normas de origen judicial que son constitutivas de precedente judicial, se concluye que es un error reducir la explicación y justificación del precedente judicial basadas en la noción de *ratio decidendi*. Por otro lado, un desafío central de la jurisprudencia y de la doctrina en el derecho colombiano es caracterizar con mayor detalle los criterios de identificación de los precedentes judiciales. Para ello resulta fundamental profundizar en la explicación de las relaciones entre las formas de construcción de los precedentes y los tipos de normas que lo constituyen.

V. REFERENCIAS

- Arriagada Cáceres, M. (2021). Las dos caras del precedente vinculant. En A. Núñez Vaquero et al., *Teoría y práctica del Precedente* (pp. 361-396), Tirant lo Blanch.
- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (21). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/493>
- Bulygin, E. (2003). Los jueces ¿crean derecho?. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (18), 13.
- Bulygin E. (2005). Creación y aplicación del derecho. En F. Atria, E. Bulygin, J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez y J. Ruiz Manero, *Lagunas en el derecho*. Marcial Pons.
- Calaza, S. (2009). *La cosa juzgada*. Wolters Kluwer.
- Colombia (1991). Constitución Política de Colombia.
- Colombia (1992). Ley 5ª de 1992 (reglamento del Congreso).
- Colombia (2012). Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).
- Colombia (2021). Ley Decreto 216 de 2021.
- Colombia (1887). Ley 57 de 1887 (Código Civil Colombiano).
- Consejo de Estado (2021). Sentencia núm. 85001-23-33-000-2020-00016-02 de Consejo de Estado (sección primera) del 18-03-2021.
- Corte Constitucional de Colombia (1993). Sentencia C-546-1993.
- Corte Constitucional de Colombia (1996). Sentencia C-037-1996.
- Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia C-737- 2001.
- Corte Constitucional de Colombia (2001b). Sentencia C-774 de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia (2001c). Sentencia C-836-2001.
- Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia SU-783 de 2003.
- Corte Constitucional de Colombia (2006a). Sentencia C-028 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia (2006b) Auto 208 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia (2006c). Sentencia T-292 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia (2006). Sentencia C-038 de 2006
- Corte Constitucional de Colombia (2006d). Sentencia T-1039-2006.
- Corte Constitucional de Colombia (2006e). Sentencia T-583 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia C-903-2008.
- Corte Constitucional de Colombia (2009). Sentencia C-325 de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-393 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-539 de 2011.

- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia T-946 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia (2012). Sentencia T-830 de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia (2013). Sentencia C-332 de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencias T-170 -2015.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia SU-230 de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia C-354 de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia C-621-2015.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia C-284-2015.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia C-259-2015.
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-007 de 2016.
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia T-189 de 2016.
- Corte Constitucional de Colombia (2017). Sentencias SU - 354 de 2017.
- Corte Constitucional de Colombia (2017). Sentencia C-001 de 2018.
- Corte Constitucional de Colombia (2018). Sentencia C-101 de 2018.
- Corte Constitucional de Colombia (2018). Sentencia SU349 de 2019.
- Corte Constitucional de Colombia (2021). Sentencia SU380-2021.
- Corte Constitucional de Colombia (2023). Sentencia T-100 de 2023.
- Corte Constitucional de Colombia (2023). Sentencia T-419-2023.
- Díaz Revorio, F.J. (2000). Interpretación constitucional y sentencias interpretativas. En *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 1799-1824.
- Komarek, J. (2013). Reasoning with previous decisions: beyond the doctrine of precedent. *American Journal of Comparative Law*, 61(1).
- Lancheros-Gómez, J. (2012). El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional. *Dikaion*, 21(1). <https://www.redalyc.org/pdf/720/72024685006.pdf>
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis.
- López, D. (2016). *Eslabones del derecho*. Legis
- Magaloni, A (2001). *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. McGraw-Hill Interamericana de España
- Martínez-Caballero, A. (2010). Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2(1), 9-32. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/177> .

- Núñez Vaquero, Á. (2016). “Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (39). <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.08>
- Núñez Vaquero, A. (2021). ¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s). En A. Núñez Vaquero et al., *Teoría y práctica del precedente* (pp. 329-360), Tirant lo Blanch.
- Núñez Vaquero, Á., y Fernández Cruz, J. (2021). Creación, derogación y aplicabilidad de precedentes: a propósito de los precedentes constitucionales chilenos sobre el nasciturus. *Derecho PUCP*, (86). <https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.202101.009>
- Levi, E. (1948). An Introduction to Legal Reasoning. *University of Chicago Law Review*, (15).
- Olano, H. (2004). Tipología de nuestras sentencias Constitucionales. *Vniversitas*, (108), pp. 571-602.
- Pulido Ortiz, F. E. (2011). Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. *Prolegómenos*, 14(27). <https://doi.org/10.18359/prole.2411>.
- Pulido Ortiz, F. (2018). Jueces y reglas: la autoridad del precedente judicial. En *Jueces y reglas: la autoridad del precedente judicial*. Universidad de La Sabana.
- Pulido Ortiz, F. (2022). *El derecho y sus normas*. Temis.
- Ruiz Miguel, A. y Laporta, F. (1997). Precedent in Spain. En N. MacCormick y R. Summers (Eds.), *Interpreting Precedents*. Ashgate/Dartmouth, 259-291.
- Sarmiento Erazo, J. P. (2012). Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia, ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho? *Opinión jurídica*, 11(22). <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/560/506>
- Solano González, E. (2013). La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En *Teoría constitucional y políticas públicas* (pp. 521-). Universidad del Externado de Colombia.
- Sierra Sorockinas, D. (2016). El precedente: un concepto. *Revista derecho del Estado*, (36). <https://doi.org/10.18601/01229893.n36.09>
- Taruffo, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente Revista Jurídica*. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>
- Tiersma, P. (2013). *The Textualization of Precedent*. *Notre Dame L. Rev.*
- Von, V.y Parisi, F. (2006). Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. *International Review of Law and Economics*, (26). <https://doi.org/10.1016/j.irle.2007.01.005>

Cómo citar

Sistema IJ

Pulido Ortiz, Fabio Enrique, “Los precedentes judiciales en el derecho constitucional colombiano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 56, núm. 168, julio-diciembre de 2023, pp. 151-176. <https://doi.org/0.22201/ijj.24484873e.2023.168.18869>

APA

Pulido Ortiz, F. E. (2023). Los precedentes judiciales en el derecho constitucional colombiano, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168), 151-176. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18869>

La construcción de una cultura jurídica para el precedente: desafíos y soluciones¹

Building a legal culture for precedent: challenges and solutions

Florencia Ratti Mendaña

 <https://orcid.org/0000-0002-9058-8957>

Universidad Católica Argentina. Argentina

Correo electrónico: florenciaratti@uca.edu.ar

RECEPCIÓN: 22 de enero de 2024

ACEPTACIÓN: 4 de mayo de 2024

PUBLICACIÓN: 18 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18872>

RESUMEN: El trabajo describe ciertas prácticas deficientes en la aplicación del precedente — con especial énfasis en Argentina— y propone mecanismos de mejora. Para ello, parte de las siguientes premisas: (1) el precedente puede asumir diversas particularidades de funcionamiento en cada sistema jurídico (incluso su aplicación y su valor pueden variar dentro de un mismo sistema y hasta dentro de un mismo tribunal), pero (2) existen prácticas de aplicación actual del precedente que contradicen los fines específicos a los que se orienta el respeto por las decisiones pasadas (seguridad jurídica, igualdad, economía procesal). Con respecto a estas prácticas, se postula que la regulación normativa del precedente es insuficiente para reencauzar su uso, y que es necesaria la concomitante modificación de ciertas actitudes forenses, así como la adquisición de habilidades específicas. Entre las soluciones necesarias, se destaca la capacitación de los diversos operadores jurídicos como propuesta transversal.

Palabras clave: precedente, desafío, sentencia, redacción, capacitación, abogado, juez, enseñanza.

ABSTRACT: This paper describes some deficient practices in the application of precedent —focusing on Argentina— and offers ways to change. It departs from the following premises: (1) precedent can work differently within legal systems (in fact, its application and its value can vary within the same system or even within the same court), but (2) there are practices of current application of precedent that contradict the specific purposes of respect for past decisions

¹ Investigación realizada gracias al Programa UNAM-PAPIIT IN302422.

Becaria posdoctoral UNA-CONICET. Este artículo se enmarca también en el proyecto IUS “La sentencia como precedente: metodología y aplicación práctica” (Res. VRI PI 5/2022).

(legal certainty, equality, procedural economy). As far as those practices are concerned, the thesis is that normative regulation of precedent is insufficient to improve them, and that the modification of certain forensic attitudes is necessary. Some possible solutions are identified, among which training of diverse legal subjects stands out.

Keywords: precedent, challenges, opinions, judge, case method.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Identificación de desafíos en el uso del precedente en Argentina y propuesta de soluciones.* III. *Conclusión.* IV. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

“No hemos sido adiestrados para el análisis de jurisprudencia”, decía Genaro Carrió con referencia a los abogados argentinos, formados en la tradición del *civil law* (Carrió, 1987, p. 74). Se trata de un diagnóstico confirmado por diversos especialistas en el área (Garay, 2013, p. 28; Legarre, 2016; Binder, 2020, pp. 9-12, Ahumada, 2020, p. 17). Así y todo, el precedente está cobrando fuerza en los ordenamientos jurídicos de tradición continental. De modo que parece indispensable comenzar a “adiestrarnos” en su uso.

El reconocimiento de fuerza al precedente en sistemas de *civil law* o en sistemas híbridos —como el argentino (Legarre y Handy, 2021; Saba, 2022, pp. 255-256)— está a la orden del día, tanto en reformas normativas y constitucionales como en el propio discurso de cortes superiores (Ratti, 2020a), e incluso en proyectos y obras académicas. De un modo u otro, en todos los ordenamientos jurídicos occidentales se está prestando atención a la necesidad de respetar o, al menos, considerar de algún modo lo anteriormente resuelto.

Cuando hablamos de precedente nos referimos a la necesidad de resolver determinados conflictos —en lo que aquí interesa, jurídicos— con una mirada hacia el pasado; es decir, teniendo en cuenta cómo han sido resueltos, con anterioridad, esos conflictos u otros similares (Cross y Harris, 1991; Garay, 1997). Uno de los fundamentos del respeto por el precedente judicial es la necesidad de certeza en el derecho. Por eso el principio de *stare decisis* —corazón de la doctrina del precedente en el *common law* que, en su versión completa, enuncia *stare decisis et non quieta movere* (mantener las cosas como están y no alterar el orden ya establecido)— exige, en cierta forma y con algunos matices, que los casos similares reciban la misma respuesta (Legarre y Rivera, 2006, pp. 109-124).

En aquella última frase —“los casos similares deben ser resueltos de modo similar”— hallamos otro de los bastiones sobre los cuales se asienta la doctrina del precedente: la igualdad jurídica.² Tal concepto de igualdad es más amplio que la igualdad ante la ley, porque asume que no basta con la isonomía consagrada en el texto normativo (en la propia norma), sino que es necesario que esa norma sea aplicada de igual modo por los tribunales. En otras palabras, que no se generen desigualdades arbitrarias a la hora de su aplicación. Con razón, Bidart Campos decía que “[n]o hay nada tan inconstitucional como aplicar la misma ley en casos semejantes haciendo de esa ley interpretaciones desiguales” (Bidart Campos, 2001).

En este trabajo se parte de la hipótesis de que, para alcanzar los fines que sustentan el precedente, no es suficiente con la incorporación de su regulación expresa, sino que ella debe estar acompañada del desarrollo de una cultura jurídica determinada. Esta cultura incluye prácticas y habilidades necesarias para una aplicación adecuada del precedente, que sean acordes con los fines que el precedente está destinado a cumplir y coherentes con los valores que fundan una doctrina del precedente.

Ahora bien, la afirmación de que es preciso desarrollar una cultura jurídica acorde al precedente no implica que exista un único modo de usar precedentes, que deba ser replicado con exactitud en cada sistema jurídico. Por el contrario, se reconoce que el precedente asume diversas particularidades en algunas dimensiones de su funcionamiento en los diferentes sistemas jurídicos —incluso, dentro de un mismo sistema, en los distintos tribunales—. Tales particularidades se relacionan, muchas veces, con el contexto historiográfico de ese ordenamiento. Pero la premisa central que inspira este trabajo es que existen algunas prácticas en su aplicación que no permiten alcanzar aquellos fines a los que está destinado (seguridad, igualdad jurídica).

En algunas dimensiones de la aplicación del precedente, por ende, no puede haber espacio para la discrecionalidad o para la elección normativa.³ Y, aún más, en esos casos se vuelve necesario modificar las apreciaciones

² Existen otros fines que también justifican el respeto por el precedente, como la economía procesal o eficiencia judicial, la colegialidad, la coherencia y la autoridad o el orden jerárquico de los tribunales. Aquí, sin embargo, nos basta con mencionar esos dos valores para distinguir adecuadamente las prácticas de uso del precedente que coadyuvan a su consecución de aquellas que colisionan con ellos.

³ Algunas de estas prácticas tienen origen en una equivocada conceptualización del precedente (Gómora Juárez, 2018). En este trabajo, no me enfocaré en hallar la razón de estas prác-

y prácticas de los operadores jurídicos —o el punto de vista interno— acerca de qué es y cómo se usa un precedente. Pues, de lo contrario, la institución simplemente no cumple con su cometido.⁴

Conviene trasladar tal postulación teórica a un ejemplo concreto, a fin de aclarar la hipótesis propuesta. La dimensión estructural del precedente es aquella que indica la cantidad de decisiones judiciales que configuran, en determinado sistema jurídico, un precedente con cierto valor para la toma de decisiones futuras. La dimensión objetiva, por su parte, es la que proporcióna, dentro de una sentencia, la distinción entre *holding* —esa razón necesaria, indispensable que fue decisiva en la resolución del caso— y los *dicta* —aquello mencionado a mayor abundamiento—. En virtud de esta distinción, tradicionalmente se le otorga más valor al primero que al segundo a la hora de aplicar esa sentencia como precedente (Ratti, 2020a, pp. 82-84).

Dentro de la dimensión estructural es igual de legítimo —y en ambos casos acorde con la finalidad del precedente— que en un determinado ordenamiento se considere suficiente una sola sentencia para tener por configurado el precedente (el modelo llamado “precedente individual obligatorio”) como que se requieran más sentencias en un mismo sentido (como, por ejemplo, el modelo mexicano de reiteración ininterrumpida de una determinada cantidad de sentencias en un mismo sentido para que esto suceda (que regía para la Corte Suprema hasta la reforma de 2021 y rige ahora en algunos tribunales inferiores) (Soberanes Díez, 2023, p. 410). Si bien es posible debatir acerca de las ventajas o desventajas de uno u otro sistema, en última instancia, ambos son —bien utilizados— potencialmente idóneos para alcanzar el objetivo del sistema de precedentes.

En cambio, dentro de la dimensión objetiva, no es admisible que a toda la sentencia se le atribuya valor de precedente por igual, sin distinción de la

ticas, sino en explicitarlas y en proponer soluciones empíricas que promuevan su erradicación. Desde luego, muchas de esas soluciones, en especial la capacitación, tendrán como punto de partida una adecuada conceptualización del precedente.

⁴ Para ello, desde luego, se asume que el modo de conocer algo —en este caso, el precedente— es a través de sus causas y que la práctica adecuada (buena) de ese algo es aquella que tiende a su finalidad y que, por ende, no lo aleja de ella. El corolario necesario de esto es que, si bien se reconoce a la experiencia como punto de partida fundamental para el conocimiento de esa institución, su naturaleza y fines son independientes de las apreciaciones subjetivas de los aplicadores; quienes, precisamente, pueden estar utilizándola de modo incorrecto. El abordaje propuesto, entonces, no es meramente descriptivo, pues supone la valoración de las prácticas en función de si alcanzan o no con la finalidad del precedente.

regla que emana del caso, frente a lo dicho al pasar y sin relación con el nuevo pleito. De igual modo, no sería legítima la aplicación de un precedente a hechos completamente ajenos o distintos de aquellos que ocasionaron su dictado. Estas son prácticas que atentan directamente contra los objetivos de la doctrina del precedente, en especial aquel que manda a resolver de modo similar los casos similares.

En otras palabras, si permitiéramos que se extraiga una regla de la sentencia que poco o nada tiene que ver con el caso y que se le atribuya a esa regla valor de precedente, tal objetivo no parece cumplirse. Por el contrario, ello menoscaba la lógica misma del precedente, que se erige en torno a la similitud de casos y, además, confiere al juez el poder de dictar reglas con independencia o por fuera del caso que activó su competencia, algo que atenta contra la esencia del poder judicial.

Ejemplos similares pueden encontrarse en otras dimensiones del precedente: es admisible que los precedentes tengan un valor o fuerza diverso en los diversos sistemas jurídicos o, incluso, precedentes de distintos tribunales dentro de un sistema. El valor puede variar desde el extremo de la obligatoriedad absoluta hasta el del precedente meramente ilustrativo, pasando por precedentes que admiten ciertas excepciones a su obligatoriedad. Ello sucede en lo que se conoce como dimensión de la eficacia del precedente y sus grados (Ratti, 2020a, pp. 98-101). Sin embargo, no es legítimo que, dentro de la dimensión de variación del precedente (Ratti, 2020a, pp. 89-93) se abandone o derogue un precedente sin siquiera explicitar ese abandono o sin brindar un fundamento que lo justifique.

En los primeros supuestos, las prácticas de los operadores ayudan — dentro del espacio de discrecionalidad existente — a moldear la doctrina del precedente en determinado sistema o tribunal. En las otras dimensiones, las prácticas que se oponen de lleno al espíritu del precedente deben ser abandonadas.

En aquel marco, este trabajo se propone, por un lado, explicitar cuáles son los principales desafíos que enfrenta el precedente y, por el otro, proponer soluciones para la construcción de una cultura jurídica que acompañe adecuadamente su buen uso. Esta labor se llevará a cabo con especial énfasis en el ordenamiento argentino —que es con el que la autora se encuentra más familiarizada—. En futuras investigaciones, sus conclusiones podrán expandirse hacia diversos ordenamientos regionales en los que se observan —al menos desde la superficie— inconvenientes u obstáculos semejantes. De allí

que, prudencialmente, se incluyen referencias a otros sistemas en los que los especialistas han detectado escenarios similares al argentino.

Al momento de proponer soluciones, se mirarán atentamente la doctrina del precedente y las prácticas forenses de algunos países del *common law* en los que la autora ha focalizado su investigación en los últimos años.

II. IDENTIFICACIÓN DE DESAFÍOS EN EL USO DEL PRECEDENTE EN ARGENTINA Y PROPUESTA DE SOLUCIONES

El análisis del uso del precedente por parte de la Corte Suprema argentina confirma mucho de lo que se ha expuesto en el acápite anterior. En efecto, dicho tribunal le otorga cada vez más relevancia al precedente en su discurso teórico, pero subsisten en sus sentencias ciertas prácticas inconciliables con el respeto por lo resuelto en casos análogos (Ratti, 2020b; Ratti, 2021a).

Algunos ejemplos básicos de esas prácticas defectuosas que se han identificado se relacionan con el modo en que se redactan las sentencias, con la ausencia de explicitación de los hechos y, en un orden más sistémico, con el acceso a las decisiones judiciales. En este primer nivel, no se trata específicamente del modo de usar el precedente, sino de ciertos presupuestos que deben darse en el ordenamiento jurídico para que el precedente pueda usarse bien.

En un segundo nivel, se ubican otros hábitos incompatibles con el buen uso del precedente, que sí tienen que ver directamente con el modo en el que aplica un precedente en un caso futuro. Me refiero aquí a la invocación de precedentes que poco o nada tienen que ver con el caso que se está resolviendo, a la deficiente fundamentación de los cambios de criterio o la oscura invocación de disidencias como si se trataran de decisiones del tribunal. Finalmente, si bien se ha incrementado la conciencia sobre la necesidad de unidad y coherencia en el discurso judicial, los mecanismos existentes no siempre son eficaces para alcanzar tal objetivo. Muchas veces, eso sucede por que los jueces son reticentes a utilizarlos.

A continuación, entonces, se identifican y explicitan los principales desafíos que enfrenta el adecuado uso del precedente en Argentina, y se proponen soluciones o instrumentos de mejora.

1. La publicidad y el acceso a las sentencias

La publicidad de las sentencias es uno de los presupuestos imprescindibles para un sistema de precedentes. Esto supone que el texto del fallo sea (1) publicado íntegra e inmediatamente al dictado de la sentencia; (2) accesible, en lo posible, de manera gratuita y (3) en un formato digital amigable.

Las sentencias de la Corte Suprema argentina se han publicado en formato papel desde el primer día, gracias a la constante iniciativa y labor incansable de los secretarios del tribunal (Ratti, Calderone, 2023, pp. 49-55), influenciados por las prácticas estadounidenses en la materia (Garay, 2019, p. 274).

El advenimiento de la informática y los avances tecnológicos han dado lugar a mejoras superlativas en el acceso a la sentencia, que se condensan en el sitio oficial del máximo tribunal.⁵ De modo que, en Argentina, desde la doctrina del precedente, no es la publicidad en sí lo que puede cuestionarse —al menos cuando de la Corte Suprema se trata—, sino el modo en el que se publican. Con relación a esto, es posible realizar algunas mejoras.

A. El formato

En la actualidad, la publicación de sentencias de la Corte argentina se realiza tanto desde un sistema impreso —a través de la célebre colección *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*— como digital —a través de la página *web* del tribunal—. A su vez, todos los tomos de la colección se encuentran digitalizados y publicados en el sitio oficial. No obstante, en muchos de ellos se han omitido el índice de causas y el índice temático que los volúmenes contienen al final (Ratti y Calderone, 2023, p. 51), lo que obstaculiza la búsqueda para el lector digital.

Asimismo, el formato en el que son publicados los tomos (de miles de páginas) en ocasiones no permite la búsqueda por palabras. Otra desventaja es que el sistema exige descargar el tomo entero para poder acceder a la sen-

⁵ <https://www.csjn.gov.ar/>. A decir verdad, esto es así pura y exclusivamente a nivel de la Corte Suprema, pues en las instancias inferiores hay muchísimo que mejorar respecto de la publicidad de las sentencias. El sitio *web* del Centro de Información Judicial (<https://www.cij.gov.ar/inicio.html>) no funciona correctamente y los mecanismos de búsqueda no son amigables. No existe la posibilidad de efectuar una búsqueda por voces específicas ni de visualizar previamente la sentencia sin necesidad de descargarla en el ordenador. Además, sólo se encuentran disponibles las sentencias dictadas a partir del año 2013.

tencia que se busca, para lo cual, una vez descargado, habrá que *scrollar* hasta encontrar, entre miles de páginas, la página inicial del fallo buscado.

Con todo, en la página de la Corte se ofrecen diversos criterios de búsqueda de sentencias (así como de acuerdos y resoluciones del tribunal), y diferentes bases de datos (fallos completos, sumarios o fallos destacados). En lo que a este trabajo interesa, en la base de datos de sumarios, algunos aparecen destacados con un recuadro colorado bajo el título “Núcleo del fallo”. No obstante, no se indica si ese núcleo constituye el *holding* y, a la luz del análisis de ejemplos concretos (y dada la multiplicidad de sumarios que se califican como “núcleo del fallo” en cada sentencia), difícilmente pueda arribarse a tal conclusión.

Recientemente, al acceder al fallo completo, se ha incluido un hipervínculo a una “reseña” del caso: una suerte de resumen,⁶ que se asemeja al *syllabus* norteamericano. Esa reseña se publica asimismo en la sección “Novedades” del sitio oficial y es elaborada por la Secretaría de Jurisprudencia del tribunal.

También se han incorporado diversas herramientas digitales, entre las que se destacan: la colocación de hipervínculos para acceder a los precedentes que son citados a lo largo de la sentencia, y la indicación, en la columna izquierda de la página de acceso al fallo completo, de los fallos que son citados en esa sentencia, así como de aquellos que citan esa sentencia (con hipervínculos de acceso a tales decisiones). De este modo, el tribunal ofrece al lector, a través de esta última información, un primer panorama acerca de la interacción entre precedentes, que puede resultar muy útil a la hora de reconstruir la línea jurisprudencial, y un atajo para su búsqueda digital.

Finalmente, se advierte un esfuerzo, por parte de la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte tendiente a sistematizar la profusa jurisprudencia del tribunal en ciertos tópicos de trascendencia. Ello se realiza a través de la publicación digital de “Notas” y “Suplementos”,⁷ muchos de los cuales realizan una suerte de reconstrucción de líneas jurisprudenciales relevantes, con hipervínculos a las sentencias mencionadas. El desafío es aquí para el operador, quien no debería contentarse con revisar y citar el suplemento

⁶ Por ejemplo, véase en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7923594&cache=1702673214023>, la reseña del caso “Álvarez, Martín Lucero c/ Moscatelli, Emanuel Guillermo y otro s/ daños y perjuicios”, del 14 de diciembre de 2023.

⁷ <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/suplementos/inicia>

en cuestión, sino emplearlo como punto de partida para un posterior estudio de la jurisprudencia allí reseñada.

B. Los sumarios

Desde el primer tomo de la colección oficial, por iniciativa del secretario Antonio Tarnassi, se ha consolidado la práctica de anteceder la publicación de la sentencia con un sumario (Ratti y Calderone, 2023, p. 51). Este se publica tanto en el volumen impreso como en el digital.

La existencia del sumario —que aún persiste— puede generar confusiones con el *holding* de la sentencia. Sin adentrarse en las ventajas y desventajas de la publicación de sumarios o en su conexión con un sistema de institucionalización de la redacción del *holding* (Núñez, 2022), se advierte que, en el caso argentino, difícilmente los sumarios representan en la actualidad algo parecido al *holding* de un caso. Pues si bien el estudio de las primeras épocas de la Corte evidencia que aquellos eran pocos y muy breves, y que se redactaban como la conjunción de los hechos del caso con la decisión de la Corte (Ratti y Calderone, 2023, p. 51) —un formato, si se quiere, adecuado para la formulación del *holding*—; en los últimos tiempos la cantidad de sumarios por sentencia ha proliferado (al compás de la extensión de las sentencias). Hoy día, más que la identificación de la(s) regla(s), los sumarios parecen ser un resumen del fallo o una transcripción de algunas partes de él. En la mayoría de los casos, además, ni siquiera se incorporan los hechos del caso.

Más aún, muchas veces esos sumarios consisten en meras reproducciones de considerandos con argumentos secundarios, coadyuvantes, o simplemente auxiliares, que de nada valen para la extracción del *holding*. También es común hallar sumarios de las disidencias o de los votos concurrentes, que, aunque así lo indican entre paréntesis, prestan a confusión al operador jurídico: este puede pensar que es posible extraer la regla del caso de un sumario correspondiente a una disidencia.

Por último, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos —en los que la sentencia aparece precedida del *syllabus*— en Argentina no se indica expresamente que el sumario no forma parte de la sentencia ni que es redactado por un empleado del tribunal y no por los jueces de la Corte. Así las cosas, el operador jurídico argentino invoca habitualmente sumarios al citar jurisprudencia en sus escritos como si se tratara de la única parte relevante de la sentencia y muchas veces parece invocarse el sumario sin leer la sen-

tencia, lo que obstaculiza y oscurece la aplicación de esa sentencia como precedente. El hecho de que exista —en el sitio oficial, debajo de cada sumario— un botón con el símbolo de “comillas”, que permite copiar directamente el sumario con la cita de la sentencia en cuestión, favorece estas prácticas problemáticas. Esta tentación se ve parcialmente contrarrestada por la función “Ver contexto”, que le permite al lector, mediante un *click*, acceder al considerando del que se extrae el sumario. Digo parcialmente, pues, en definitiva, el buen uso del sumario dependerá nuevamente de la formación del operador; este decidirá si lo utiliza adecuadamente, como un medio de aproximación a la sentencia, o inadecuadamente, en reemplazo de la lectura del fallo completo.

C. Posibles mejoras

En este escenario, cabe mencionar algunas mejoras referidas al modo de publicar la sentencia que podrían implementarse en Argentina, sobre la base de la experiencia canadiense. Allí, a través de la página del *Canadian Legal Information Institute (CanLII)*⁸, no sólo se puede acceder gratuita e ilimitadamente a todas las sentencias de la Suprema Corte de Canadá y de los tribunales inferiores, sino que además la página contiene múltiples funciones relevantes para la aplicación de precedentes. Una característica fundamental del reporte de sentencias judiciales es la indicación, antes de la transcripción del texto de la sentencia, de cada precedente que se ve afectado por ella, señalando expresamente si es dejado sin efecto (*overruled*), si es interpretado o si es aplicado.

A su vez, el sitio ofrece, a la derecha de cada uno de los párrafos de la sentencia, un *link* que permite: (1) acceder a todos los casos posteriores en los que ese párrafo fue citado (basta hacer *click* en la viñeta, para ser trasladado a una página que enumera y brinda acceso a cada una de las sentencias donde fue citado el párrafo en cuestión); (2) copiar la cita concreta de ese párrafo, de modo que, si un abogado está redactando su demanda y quiere invocar específicamente ese apartado del precedente que está leyendo, le bastará copiar y pegar una cita que ya está armada, con indicación incluso del párrafo o considerando que está citando. Esto no es un dato menor: justamente un error frecuente entre abogados y jueces del *civil law* (cuanto menos, en Argentina) es citar precedentes sin indicación de la página, el considerando o el

⁸ <https://www.canlii.org/en/>.

voto invocado. Tal omisión, en ocasiones, se traduce en graves errores, como la cita de un precedente atribuido al tribunal sin indicación de que, en realidad, lo invocado pertenece a una disidencia (y, por ende, el precedente del tribunal resuelve exactamente lo contrario a lo que se invoca).

2. La redacción, estructura y contenido de las sentencias

Algunos de los aspectos que hacen al formato ideal de sentencias para ser aplicadas como precedentes son su extensión y la organización de su contenido. En la actualidad, cada vez es más común que los tribunales de cierre emitan sentencias de un centenar de páginas. La extensión no sólo dificulta el hallazgo del *holding*, sino que favorece la extrapolación de principios abstractos contenidos en el fallo: siempre es posible encontrar, en cientos de páginas, algún principio que justifique lo que queremos afirmar. La jurisprudencia se convierte así en un cajón de sastre en el que cualquiera encuentra el pedazo de tela que le permite remendar su caso (Binder, 2017, p. 10).

En cuanto a la organización del contenido de la sentencia, también hay mucho para trabajar. La sentencia que va a ser aplicada como precedente debe estar organizada de modo tal que permita, con cierta facilidad, identificar los hechos, la cuestión planteada, y el *holding*. En especial en un sistema como Argentina, en que la Corte Suprema exige que “las expresiones generales empleadas en [sus] decisiones se tomen “en conexión con el caso en el cual se usan”.⁹

Lo cierto es que el formato en el que se escriben las sentencias en Argentina no es propicio para el uso de esa decisión como precedente y las prácticas de citas en la jurisprudencia son desprolijas, asistemáticas y poco claras (Ratti, 2022).

En la mayoría de los casos, es prácticamente imposible reconstruir la plataforma fáctica de un caso a partir de la mera lectura de la sentencia del máximo tribunal (Mosmann, 2016; Oteiza, 2007; Grosman, 2010, p. 53). Otras veces, la Corte directamente remite a la relación de los hechos que hace, por ejemplo, el procurador general. Ello impide identificar, a partir de la propia voz del tribunal, cuáles son los hechos que considera relevantes.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Municipalidad de la Capital c/Isabel A. de Elortondo”, 14/04/1888, *Fallos*: 33:162; Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Freire Díaz, Manuel Santos y otros/defraudación”, 19/03/2019, *Fallos*: 342:278, entre muchos otros.

Aquellas omisiones o imprecisiones responden, en gran medida, a que los jueces escriben las sentencias para las partes, que tienen ante sí todo el expediente y fácilmente pueden llenar los vacíos que el juez deja en ella.

Cuando se logran identificar los hechos, ello resulta algo parecido a armar un rompecabezas: las piezas fácticas se encuentran desperdigadas accidentalmente por diversos considerandos de las sentencias; a veces, incluso, en distintos votos. Y no es inusual que un voto concurrente o una disidencia desarrolle los hechos con más precisión que el voto de la mayoría.

Aquello obstaculiza seriamente la delimitación de una plataforma fáctica específica en cuyo marco deba aplicarse la decisión de la Corte. Favorece, en consecuencia: (1) el uso del precedente a partir de la extrapolación de principios abstractos contenidos en él (sin una adecuada identificación de la *ratio*) y (2) la aplicación del precedente a plataformas fácticas que nada tienen que ver con la que originó la decisión.

Por lo demás, tampoco las firmas de los ministros se colocan, dentro del formato de la sentencia, en un orden y con una disposición que permita fácilmente identificar quién firma el voto mayoritario y quién emite un voto por separado. Ninguna de las sentencias de la Corte argentina contiene un índice. Finalmente, el uso de lenguaje performativo en las disidencias, en la que los ministros escriben como si su voto minoritario fuera el de la mayoría (Vitetta, 2022) tampoco facilita el adecuado uso de esa sentencia como precedente.

Algunas experiencias comparadas muestran un escenario diverso. En una sentencia del tribunal superior canadiense y, en general, de cualquier tribunal del *common law*, se advierte otro estilo: suele tratarse de una narración carente de formalidades innecesarias y, en líneas generales, de fácil comprensión (Vitetta, 2023).

En muchos casos, las sentencias se asemejan a una obra académica, con títulos, subtítulos y, a veces, hasta un índice o tabla de contenidos. La Suprema Corte de Canadá, por ejemplo, suele incluir, en su primer título, algunos párrafos introductorios en los que explica lo que hará a lo largo de la sentencia y adelanta su estructura, en una suerte de resumen o *abstract* de lo que el lector encontrará en el cuerpo de la decisión judicial.

Los títulos y subtítulos que dividen la sentencia son, asimismo, funcionales a la aplicación de la decisión judicial desde la perspectiva del precedente. En muchos casos, los hechos [*facts*] constituyen el primer título, y allí el tribunal describe con rigurosidad cuál es la plataforma fáctica relevante [*material*

facts]. Si bien la Suprema Corte canadiense, por tratarse del máximo tribunal, resuelve cuestiones de derecho y no de hecho y prueba, se preocupa igualmente por dejar expresamente detallado el escenario fáctico sobre el cual expedirá su decisión.

Es que, por supuesto, la base del sistema del precedente consiste en que la decisión anterior tiene incidencia sobre el caso posterior únicamente si los hechos de este último poseen una similitud o analogía relevante respecto de los que se analizaron al momento de dictar el precedente. De allí que, formular con claridad cuál es la plataforma fáctica sobre la cual trabaja y resuelve el tribunal, será un aspecto crucial para que luego esa decisión judicial pueda ser aplicada en casos análogos (o para, precisamente, alegar que no debe ser aplicada porque hay una distinción fáctica).

Otro título que suele contener la sentencia de la Suprema Corte de Canadá es la *issue*, que se traduce como “cuestión planteada” o “cuestión presentada”. Aquí, la Corte delimita cuál es el interrogante jurídico que el tribunal deberá resolver. Esta información, junto con la plataforma fáctica, es clave para la identificación de la *ratio decidendi* o *holding*, pues normalmente esta última será la respuesta a la cuestión presentada en el marco de los hechos presentados.

Esto, que puede parecer un simple aspecto formal en la toma de decisiones judiciales, se vuelve, en realidad, un presupuesto para el adecuado funcionamiento de una doctrina del precedente. Pues, para poder aplicar y seguir un precedente, primero, es necesario comprenderlo e identificar los escenarios fácticos sobre los que extiende su relevancia.

En suma, para una eficiente aplicación del precedente, se requiere no sólo un cambio en el estilo, la estructura y la redacción de la sentencia, sino un cambio más profundo respecto de quiénes son los receptores de una sentencia judicial.

Desde ese lugar, es necesario repensar el formato y el contenido de nuestras sentencias. Si una sentencia va a ser utilizada como precedente, entonces el abogado que la lea en el futuro, el juez al que se le pide que aplique ese precedente, necesitan saber con precisión cuáles fueron los hechos relevantes en ese caso concreto. Sólo así van a poder argumentar por qué existe una similitud suficiente con el caso que tienen ante sí, que permite aplicar la regla de ese precedente o por qué hay una semejanza relevante que amerita que el precedente no sea aplicado.

3. Capacitación

La capacitación es una de las cuatro dimensiones del funcionamiento de un sistema judicial, por medio de la cual se asume “el trazado y ejecución de estrategias para que los actores del sistema aprehendan las exigencias y destrezas que les impone el sistema en el que se desempeñan” (González y Cooper, 2017, p. 12).

El principal desafío con el que se enfrenta el adecuado uso del precedente en sistemas que pertenecen a la tradición jurídica del *civil law* (o híbridos) es, justamente, la escasa capacitación de los operadores jurídicos en las técnicas de aplicación de un precedente. Con buen juicio, se ha afirmado que el talón de Aquiles de los métodos del *civil law* es la ausencia relativa de habilidades en el análisis de casos (Scalia y Gutman, 1997, p. 102). Y no faltan quienes consideran que la carencia de habilidades relacionadas al uso del precedente constituye un verdadero obstáculo a ciertas reformas normativas que incorporan el instituto; justamente, por el cambio abrupto que esto significa respecto de la enseñanza que han recibido los operadores jurídicos (Negrete Cárdenas, 2022, p. 100 y ss.).

Con frecuencia, la importancia de los hechos en el uso de jurisprudencia es prácticamente ignorada (Cueto Rúa, 1982; Carrió, 1987; Garay 2013), se extraen e invocan párrafos aislados de sentencias, sin el debido análisis de la plataforma concreta en la que la decisión fue tomada o sin reflexionar sobre si ese párrafo constituye la *ratio* del caso o se trata, más bien, algo dicho a mayor abundamiento (y, por ende, se otorga a ambas cosas la misma fuerza).

Fuera de la tradición jurídica del *common law*, los operadores jurídicos hemos sido educados para aplicar normas abstractas, métodos deductivos y argumentos dogmáticos. La aplicación del precedente, por el contrario, exige un método decisionista, la prudencia jurídica aplicada al caso concreto que se tiene aquí y ahora, el hallazgo de similitudes y disimilitudes entre casos específicos y la argumentación en torno a esas similitudes.

Desde luego, no se trata de promover un optimismo pedagógico (Marensi, 2002, p. 27), que postule que la capacitación es la respuesta a todos los problemas y desafíos del precedente judicial. Por el contrario, existen (y en este trabajo se han desarrollado) varias y diversas aristas sistémicas, institucionales y normativas que deben conjugarse para que el sistema de precedentes funcione.

Pero lo que sí parece indispensable es reconocer que existe un déficit en la capacitación de los operadores jurídicos en las técnicas de implementación del precedente, así como admitir que, como sostenía Oliphant, tal formación es un componente irremplazable para la consecución del éxito en la práctica de usar decisiones pasadas. Él creía, precisamente, que una profunda reorganización de la enseñanza jurídica era la clave para contrarrestar la desviación del *stare decisis* que percibía en su época (Oliphant, 1928, p. 78).

La capacitación que exige la adecuada implementación de la doctrina del precedente es, en varios países de la región, una necesidad de “capacitación por cambio”, de acuerdo con la clasificación propuesta por Marensi (2002, p. 36). Es que la inclusión del precedente en el razonamiento y decisión judiciales implica, para muchos operadores jurídicos, la modificación de “la forma en que tradicionalmente se realiza el trabajo”. Aunque también es posible encuadrar esta necesidad de capacitación como aquellas que surgen “por incorporación” (Marensi, 2002, p. 36), por cuanto se incluyen nuevas tareas en la labor de los operadores jurídicos (como, por ejemplo, la búsqueda del precedente aplicable, la incorporación de la plataforma fáctica en las sentencias, la extracción del *holding*).

En Argentina, en rigor, no es posible afirmar que exista un cambio institucional concreto, puesto que nuestra Corte Suprema ha abrazado la idea de precedente y la necesidad de dar respuestas similares a casos similares desde sus comienzos (probablemente, debido a la influencia estadounidense). Aunque esta práctica, lamentablemente, no ha evolucionado ni adquirido, a lo largo de los años, la sofisticación necesaria en los tribunales que permita decir que en nuestro país rige el *stare decisis* (Garay, 2019, p. 288; Ratti, 2020b, pp. 587-588). La necesidad de capacitación parece darse, entonces, más que por la introducción de un fenómeno ajeno a la tradición, por discrepancia entre aquellos resultados esperados por parte los operadores jurídicos al aplicar el precedente, de los finalmente obtenidos (Marensi, 2002, p. 36, Ratti, 2021a).

Es decir que el hecho de que Argentina posea una tradición histórica en el uso del precedente —o, al menos, en su retórica—, la coloca en una situación distinta de la de otros países regionales en los que el precedente vinculante ha sido recientemente incorporado como institución a través de profundas modificaciones normativas o jurisprudenciales. Pues el impacto de una reforma facilita la concientización sobre la necesidad inmediata de capacitación en su implementación. En cambio, la inexistencia de un hito insti-

tucional que implemente un instituto nuevo torna difícil cambiar prácticas deficientes que desde hace mucho tiempo acompañan el uso del precedente en un país al que el precedente no le es totalmente ajeno.

En las últimas décadas, se ha ido avanzando en la incorporación de capacitación en la materia, aunque no de forma homogénea en todos los países ni siquiera en la misma medida en circunscripciones o instituciones educativas de un mismo país (Pozas Loyo y Negrete Cárdenas, 2023, p. 130). En lo que sigue, se procurará identificar espacios que se beneficiarían del desarrollo de líneas de capacitación en torno al uso del precedente.

A. Capacitación universitaria

El tópico del precedente ha despertado, en especial en ciertos países, una creciente oferta de cursos especializados sobre el tema y ha provocado la incorporación de materias específicas para el análisis jurisprudencial en las currículas de las facultades de Derecho.

Tan solo por brindar algunos ejemplos del impacto del tópico en el área académica, vale mencionar que, en el 2021, la Asociación Civil de Estudios Constitucionales organizó la Diplomatura Iberoamericana “Aspectos prácticos de la Teoría Constitucional. Argumentación, Interpretación Constitucional y el Valor del Precedente”.

Asimismo, el Centro de Estudios de Actualización en Derecho (CEAD) de México ha organizado un Diplomado en “Precedente judicial. Estudio comparado y técnicas de aplicación”. La misma línea sigue, en Argentina, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y Penales (INECIP) que ha proyectado —y continúa haciéndolo— la realización de diversos cursos sobre precedente. Y en la mayoría de las especializaciones de derecho constitucional se observa la inclusión de al menos una asignatura sobre precedente.

Por último, es de destacar la labor de capacitación en torno al precedente llevada a cabo por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de México, que se perfila como una institución académica “clave para consolidar una cultura de respeto por el precedente judicial” (Zaldívar, 2021, p. XXIV). Aquel ha desarrollado un Seminario Permanente sobre precedente judicial y diversas mesas de análisis de sus famosos cuadernos de jurisprudencia, en los que se compilan líneas jurisprudenciales sobre temas constitucionales. Así, un estudio reciente postula que los problemas en la

adaptación de la enseñanza al instituto del precedente persisten en ese país. En especial, se destaca una profunda divergencia de nivel y de método educativo en las múltiples instituciones formativas, en un contexto de desigualdad social, y ante la falta de regulación y estandarización de la calidad educativa y de la formación de los operadores jurídicos (Negrete Cárdenas, 2022, p. 100 y ss.; Pozas Loyo y Negrete Cárdenas, 2023, p. 130).

Sin perjuicio de los esfuerzos mencionados, subsiste hoy día un vacío en la enseñanza universitaria en lo que se refiere al uso del precedente y también una falta de formación docente para el dictado de estas prácticas. Aún impera el modelo de “enseñanza enciclopedista”, en el que los alumnos están llamados a “memorizar normas” (Bonilla Maldonado, 2013, p. 283; Binder, 2016; González y Cooper, 2017: 15; Prats, en García y Castro Delgado, 2021, p. 25; Saba, 2022, p. 255; Pozas Loyo y Negrete Cárdenas, 2023; Ríos García, 2023). En mayor o menor medida, sigue arraigada la “educación jurídica formalista”, que “gira en torno al enciclopedismo curricular, el memorismo y el conceptualismo” (Bonilla Maldonado, 2013, p. 262) y que posiciona como elemento principal de estudio al tratado (Bonilla Maldonado, 2013, p. 278), que se focaliza únicamente en el análisis de la ley (Bonilla Maldonado, 2013, p. 279). En ese marco, la identificación del *holding* de una sentencia se encara “con la lógica del derecho legislado”: como si se tratara de buscar un principio general”, sin las técnicas necesarias que la analogía casuística exige (Ahumada, 2020, p. 25).

Al menos en Argentina, son pocas las asignaturas en las que los profesores complementan los contenidos teóricos con el análisis jurisprudencial. Incluso en supuestos en los que se contempla el análisis de sentencias entre los contenidos de la materia, los alumnos, por lo general, carecen de herramientas para leerlas, interpretarlas, comentarlas y, mucho menos, para criticarlas. Leer una sentencia no es lo mismo que leer un manual de estudio o un artículo de doctrina. Mucha más destreza exige la lectura de una sentencia en clave de precedente; esto es, ya no para comprender o examinar el caso concreto, sino para proyectarlo a situaciones futuras.

Además, la incorporación periódica de precedentes en la explicación de temáticas de parte del docente supone una previa lectura e intervención activa de los estudiantes. No es una novedad que los sistemas del *civil law* ostentan serios problemas en torno a estas cuestiones. Al menos desde la experiencia de años en el taller de análisis de jurisprudencia en Argentina se comprueba cuán infrecuente es que los alumnos lean las sentencias indica-

das para participar y debatir activamente en clase, aun cuando muchos profesores lo exijan y evalúen.

Tampoco es habitual que el profesor se detenga en el análisis o en la explicación específica acerca de cómo identificar la *ratio* de un caso o cómo distinguir un hecho relevante de uno que no lo es. Como resultado, el alumno no sabe enfrentarse a una sentencia, y normalmente se encuentra con decisiones de más de un centenar de páginas, sin saber quién vota primero y quién después, quién firma el voto, qué valor tiene esa opinión del procurador general que suele aparecer antes de la sentencia de la Suprema Corte (y que muchas veces hasta confunden con la propia decisión de la Corte).

Y si bien existen profesores dispuestos a implementar cambios en la currícula —o que ya lo han hecho—, la cuestión es: ¿quién capacita a los docentes, en quienes también están arraigadas ciertas técnicas o prácticas que constituyen usos inapropiados de la jurisprudencia? Es necesario pensar, entonces, en mecanismos internos de capacitación, en la producción de guías y manuales sobre las diferentes temáticas, en la promoción de reuniones y seminarios docentes de debate y discusión sobre estos temas.

En el *common law*, los alumnos conocen el precedente y comienzan a aprender a utilizarlo desde el “día uno” de su experiencia universitaria. Inmediatamente se les enfrenta con los mismos problemas jurídicos que los tribunales resuelven en sus estrados y se les incita a reflexionar, debatir y aplicar soluciones anteriores para resolverlos.

En efecto, se ha dicho que “el método del caso americano tiende a enseñar derecho a los futuros abogados tal y como se le enseña a nadar a los niños: arrojándolos inmediatamente al agua” (Lambert; Wasserman, 1929, p. 3). Este modelo de educación permite que los estudiantes se familiaricen con cuestiones y prácticas esenciales en la aplicación del precedente: cómo identificar la plataforma fáctica y, dentro de ella, los hechos que han sido considerados relevantes para el tribunal al momento de resolver; cómo argumentar a partir de esos hechos para justificar una distinción entre un caso y otro; cómo identificar la *ratio* en una decisión y desligarla de todo aquello que no ha sido indispensable para resolver. El fichaje de sentencias, habitualmente, se realiza mediante la identificación de ciertas cuestiones en la decisión judicial, que responden a la abreviatura IRAC (*issue, rule, analysis, conclusion*).

El cambio que se postula a nivel educativo no es radical: no se trata de abandonar las bondades del sistema continental ni de desconocer las virtudes y hábitos pedagógicos de cada país. Se trata, más bien, de afrontar

el hecho de que los precedentes, más allá del valor que se les otorgue, son utilizados en el mundo jurídico y, por ende, los alumnos de Derecho necesitan recibir la formación adecuada para utilizarlos.

Por otro lado, si bien la formación universitaria en técnicas de uso del precedente es indispensable, es en la misma medida inútil —al menos a corto plazo— si no se acompaña de la formación profesional simultánea de los operadores jurídicos. Ocasionalmente, el estudiante que adquirió o comienza a adquirir herramientas en su carrera de grado podrá ser un motor en la implementación de esas herramientas en su espacio de trabajo, un motor de cambio. Pero, en la generalidad de los casos, sucederá que se encontrará con una estructura que va hacia otro lado, impermeable a las nuevas técnicas que en la universidad le están enseñando. Por ende, o no podrá aplicarlas o tendrá que enfrentarse al desafío de ser quien “lucha contra el sistema”, lo cual no le resultará nada atractivo si quiere conservar su empleo.

Piénsese en la resistencia que, por ejemplo, ocasionaría aquel pasante al que se le confió el despacho de un número si propusiera salirse del eje —un abandono de las plantillas (o planchas) de resoluciones— o el recientemente ingresado al juzgado que pretendiera instrumentar un cambio en la redacción de la sentencia o en el modo de relatar los hechos. Más bien es dable pensar que estará tentado a evitar la disrupción y adaptarse a las prácticas y rutinas que el órgano habita desde tiempos inmemoriales.

Le asiste razón a Binder cuando afirma que

[g]eneralmente el ingresante (al Poder Judicial) está más que dispuesto a tirar por la borda todo lo que pudo haber aprendido —mal o bien— dentro de las escuelas de Derecho para absorber lo más pronto posible las rutinas, los trámites y los “secretos” de la organización a la que ingresó. Él intuye —no sin razón— que su estabilidad laboral y su éxito dependerán mucho más de ese conocimiento y de su capacidad de adaptarse a él y admitirlo como la cultura oficial. (Binder, 2005, p. 86)

De allí que sea muy difícil promover un cambio únicamente “de abajo hacia arriba”; este debe ser, cuanto menos, bidireccional.

A simple vista, resulta entonces imprescindible que la necesidad de cambio sea reconocida y promovida por quien ostenta, en el órgano judicial, cierto poder para llevarlo adelante. No basta con que los jóvenes sean formados en las nuevas prácticas. Lo conveniente sería entonces que se implementa-

sen capacitaciones simultáneas en todas las instancias y para todos los roles del ejercicio de la abogacía (formación de grado, posgrado, colegios de abogados y escuelas judiciales).

B. Escuelas judiciales. El rol del juez y el modo de fundar sentencias

Es dable suponer que, en Argentina, el poder judicial, integrado por personas formadas en el mismo modelo educativo al que se hizo referencia más arriba, también carece, en líneas generales, de herramientas necesarias para aplicar rigurosamente un precedente. De hecho, muchas veces el abordaje preciso de los precedentes por parte de ciertos órganos judiciales se debe a uno de los jueces o funcionarios judiciales que integra el órgano realizó sus estudios de posgrado en algún país del *common law*.

Por lo demás, el estudio sobre cómo funcionan —y cómo deberían funcionar— las escuelas judiciales no ha sido demasiado profundo en la región, y mucho menos en Argentina. No existen investigaciones que analicen y promuevan el rol de las escuelas judiciales en la instauración de la doctrina del precedente. Precisamente, este es uno de los vacíos que este trabajo pretende llenar.

El Centro de Justicia de las Américas ha desarrollado un estudio interesante sobre capacitación judicial y escuelas judiciales en América Latina, del que es posible extraer soluciones para la capacitación sobre precedente judicial (González y Cooper, 2017). No obstante, llama la atención que Argentina ni siquiera fue parte del estudio. A pesar de que la Escuela Judicial de la Nación figura en el listado de instituciones invitadas a participar (González y Cooper, 2017, p. 99), es una de las instituciones que no dieron respuesta (González y Cooper, 2017, p. 100).

En primer lugar, aquel estudio evidenció que la práctica en la región es que las necesidades de capacitación sean identificadas por los propios involucrados, es decir, por los alumnos (González y Cooper, 2017, pp. 36-44). En este sentido, es habitual que se les proporcionen cuestionarios, donde manifiesten sus intereses y preferencias en relación con la capacitación que desean recibir.

Tal abordaje endémico de las necesidades de capacitación podría, sin embargo, resultar inútil en casos en los que las prácticas distorsionadas están arraigadas: en primer lugar, porque el protagonista de la práctica se encuen-

tra tan inmerso en ella que podría no ser capaz de identificar su desviación o su falencia. La experiencia de capacitación en diversas escuelas judiciales y universidades o centros educativos de la región, así como en el desarrollo de diversos proyectos de investigación sobre el precedente judicial (en los que han intervenido miembros de la judicatura), muestra que los funcionarios judiciales y magistrados se sorprenden al recibir los contenidos técnicos y específicos sobre uso del precedente y se sienten identificados al visualizar ejemplos concretos de prácticas erradas en el uso de la jurisprudencia.

Lo mismo sucede cuando los capacitadores forman parte del mismo grupo que los capacitados. Se ha señalado que la capacitación endogámica (en nuestro caso, de jueces a jueces) favorece el aislamiento de la institución y su impermeabilidad a los problemas concretos que enfrentan los justiciables (Marensi, p. 33; Davini, 1995.). Además, la endogamia facilita la manipulación ideológica de un instituto, con la consecuente oferta de cursos plagados de contenidos “de moda” o convocantes, pero sin la enseñanza técnica requerida. Finalmente, la convocatoria de los capacitadores debe ser lo más abierta posible, a fin de que, a la hora de la selección, no prevalezcan las amistades académicas o profesionales, sino la *expertise* del capacitador. Una solución a estos obstáculos podría ser un sistema de licitación abierta, en el que potenciales capacitadores ofrezcan sus cursos.

En segundo lugar, muchas veces desde el terreno del Poder Judicial se manifiesta resistencia a la introducción de los cambios exigidos por la doctrina del precedente. De este modo, sería improbable que los propios actores que rehúsan el cambio sean quienes identifiquen una necesidad de capacitación favorable a ese cambio.

El diagnóstico inicial en Argentina —aunque aún no existe un estudio empírico que lo compruebe— sugiere que la mayoría de los jueces no perciben el problema: confían en que hacen uso regular de la jurisprudencia y que ese uso es adecuado. Entre quienes lo perciben, muchos no están de acuerdo con los cambios que pretenden implementarse (consideran que una mayor deferencia hacia el precedente podría poner en peligro su “libertad de criterio” o independencia judicial (Ratti, 2021b) y, por ende, no se muestran solícitos a cambiar sus prácticas. Con todo, la experiencia en capacitación sobre precedente llevada adelante hasta aquí arroja que, una vez presentado el contenido en las diversas instituciones, este es recibido con beneplácito y buena predisposición.

La existencia de reticencias en la implementación de nuevas técnicas vuelve indispensable un estadio posterior a la capacitación: la evaluación del impacto del aprendizaje en el trabajo concreto de esos funcionarios (idealmente, a través de fiscalizadores expertos). No se trata de someter a los jueces a una evaluación de contenidos posterior a cada curso —lo que ha sido señalado como contraproducente en temas de capacitación judicial—, sino de medir de algún modo el cambio concreto que la realización de ese curso tuvo en sus prácticas.

Por lo demás, en cuanto a las prácticas judiciales y habilidades que los jueces deben adquirir en un sistema de precedentes, es indudable que este último impacta directamente en el razonamiento judicial. Es decir, en sistemas que reconocen cierta deferencia al precedente, este adquiere, tanto en el proceso de toma de decisión de un juez como en la explicitación de esa toma de decisión, un valor si no relevante, sí central.

Si el precedente es vinculante, se transforma en la fuerza centrífuga de la sentencia, en el primer argumento a partir del cual debe discurrir su desarrollo. Esto exige, en países ajenos a la cultura jurídica del precedente, el reemplazo de la argumentación deductiva, dogmática, principialista, por una argumentación autoritativa, es decir, por la invocación de un precedente que vincula y, en todo caso, si procede, la justificación de su apartamiento.

En términos simples, el juez debe cambiar el chip, ya no puede decir: “estos son todos los argumentos que tengo para resolver el caso como lo estoy resolviendo y, además, hay un precedente cuya decisión comparto que así lo dispone”. Por el contrario, debe decir: “este es el precedente vinculante que me veo obligado a aplicar y, en todo caso, si estoy en desacuerdo, dejo constancia de mi opinión en contrario, pero lo aplico igual”.

El precedente se vuelve entonces el punto de partida ineludible de la toma de decisiones, sea para aplicarlo o para justificar debidamente su inaplicación. En el primer caso, la argumentación deberá tener como eje la similitud suficiente entre los casos que permite aplicar el precedente. En el segundo caso, la argumentación partirá de que existe una diferencia fáctica relevante que no permite aplicar el precedente o bien que existen razones de peso (identificando cuáles) que exigen modificarlo.

Así las cosas, no es admisible que en el sistema donde se incorporan precedentes vinculantes, luego no se los invoque o simplemente se los deseche porque no se está de acuerdo con ellos, como a veces sucede en la Corte Suprema argentina o en tribunales inferiores que aplican el precedente de la

Corte. La carga argumentativa, frente a un precedente al que se le ha dotado de cierta fuerza, se agrava para quien pretenda apartarse de él. Así incluso lo ha reconocido la propia Corte.¹⁰

C. Capacitación profesional. El rol del abogado litigante

Cuando se habla de capacitación en la aplicación del precedente judicial, las miradas suelen posarse exclusivamente en los dos sujetos a los que ya me he referido: en primer lugar, sobre el funcionario judicial, pues se lo visualiza como el único (o principal) responsable en el hallazgo y en la aplicación del precedente. En segundo lugar, se pone el foco en la currícula universitaria, y se promueve un modelo de enseñanza que incorpore, en el estudiante de Derecho, las técnicas necesarias para el correcto uso del precedente.

Este abordaje deja fuera un sujeto protagónico —quizá el más protagónico— en el escenario del precedente: el abogado litigante. Sobre él recae la responsabilidad primaria e inmediata de, en primer lugar, entrevistar al cliente para identificar los hechos relevantes del caso (Bonilla Maldonado, 2013, p. 288) y, en segundo lugar, hallar el precedente aplicable y asesorar a su cliente de conformidad con él. En efecto, sólo si el abogado aconseja sabiamente a su cliente no ir a juicio frente a un precedente adverso a su postura, se alcanza el objetivo de reducir litigios al que tiende el precedente.

Sobre la base de los precedentes, el abogado debe estar en condiciones de aconsejar a su cliente si es o no viable ir a juicio, qué posibilidades de éxito tendrá. Y, en un sistema consolidado de precedentes dentro de una economía estable, si se tratase de un reclamo pecuniario debería poder anticipar, aproximadamente, cuál es el monto esperable que conseguirá.

Con esa información, el cliente puede decidir cuándo resulta conveniente alcanzar un acuerdo por medios alternativos al juicio. Las partes, pudiendo prever qué precedente se aplicará y teniendo una sólida base de probabilidad de acierto al predecir quién resultará vencedor y qué monto se regulará, deberían mostrarse predisuestas a negociar. El presumiblemente perdedor, estará dispuesto a pagar un monto algo menor del que se vería obligado a pagar en juicio, mientras que, quien esté en mejor posición para ganarlo, tendrá

¹⁰ CSJN, 11/02/2014, “Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/EN – JGM s/amparo ley 16986”, *Fallos*, 337:47, considerando 7°; Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Apoderados de la Alianza Frente Patriota Bandera Vecinal Distrito Buenos Aires (art. 71 bis ley 26.215) s/ aportes públicos”, 18/02/2020, *Fallos*: 343:42.

interés en aceptar un monto menor del que recibiría en los estrados judiciales, pero indudablemente mayor del que implicaría restar al monto del juicio todos los costos en que incurriría si decidiese litigar).

Si el caso llegara a juicio, el abogado es responsable no sólo de invocar adecuadamente ese precedente ante el juez, sino de ofrecer su interpretación, de extraer su *holding*, de justificar por qué la situación de su cliente es análoga a la que alcanza el precedente. Es él quien busca, presenta y argumenta ante el juez cuáles son los precedentes con los que el caso debería ser resuelto y por qué. O, si fuera el caso, debe justificar por qué el precedente que perjudica a su cliente no es análogo al caso presente o bien cuáles son las causas —si existen— para derogarlo.¹¹

Tan es así que, en la cultura del *common law*, se reconoce que el *stare decisis* no es simplemente una regla para el juez, sino un marco intelectual —*intellectual framework*— para el abogado (Pin y Genova, 2018, p. 240): una serie de reglas, ideas y creencias que conllevan un abordaje específico del derecho, de la litigación y de la decisión judicial.

Aunque podría pensarse que el advenimiento tecnológico ha vuelto innecesaria esta labor del abogado de informar al juez sobre los precedentes aplicables, se señala que esta persiste justamente porque forma parte de una narrativa jurídica en la que el abogado juega un rol fundamental en el planteamiento de la cuestión en el contexto de los precedentes y en la presentación de estos ante el juez (Pin y Genova, 2018, pp. 242 y 254).

La aplicación adecuada del precedente exige una labor puntillosa de los abogados, quienes, lejos de invocar un listado de sentencias, son los encargados de convencer al juez de que los precedentes favorecen a su cliente o de que, aquel que lo desfavorece, debe ser abandonado. Como sostiene Couso, el abogado debería ser el custodio del sistema del precedente, pero ello no parece estar “incorporado en la cultura de los profesionales del derecho” (Couso, en Díaz y Castro Delgado, 2021, p. 125).

En suma, no es el juez quien, al recibir la demanda y contestación (o el recurso) debe salir a buscar el precedente aplicable en el mar de jurisprudencia. Por supuesto que puede hacerlo si así lo considera necesario; pero, en primera instancia, son las partes las que deben acercarle a él no sólo el pre-

¹¹ Esto tiene un corolario necesario, relevante para este trabajo: que el juez debe hacerse cargo de aquellos precedentes que los abogados han invocado como aplicables, y no pueden simplemente ignorarlos, como muchas veces sucede en Argentina. En esta línea, véase Pin y Genova (2018, p. 255).

cedente aplicable, sino el desarrollo de su interpretación y de su aplicación al caso actual.

Es más, en el *common law* la normativa coloca a cargo del abogado que invoque incluso aquellos precedentes que sean aplicables, aunque desfavorezcan a su cliente. En efecto, muchos códigos de conducta indican que el abogado debe invocar ante el tribunal todo aquel precedente que sea *on point* (es decir, que sea aplicable a la plataforma fáctica del caso) y que no hubiera sido mencionado por el oponente.

En Canadá, por ejemplo, es deber del letrado invocar todos los precedentes vinculantes aplicables al caso en cuestión, sea o no favorable a su pretensión. En Ontario, esta regla se encuentra contenida en el artículo 5.1-2 de las *Rules of Professional Conduct*,¹² que dispone: “En litigio, el abogado no debe [...] (i) abstenerse deliberadamente de poner en conocimiento ante el tribunal todo precedente vinculante que el abogado considere que es directamente aplicable y que no haya sido mencionado por un oponente”.¹³

Las demás provincias canadienses poseen disposiciones similares. De hecho, el código modelo de conducta profesional sanciona a los abogados que deliberadamente incumplen con ese deber.

En lo que a Inglaterra respecta, las reglas de conducta también prevén que los abogados “tomen los recaudos razonables para asegurarse que el tribunal tiene ante sí todos los precedentes relevantes y las previsiones normativas” (BSB Handbook, 2023, Part 2, Rule C3.4).

En la misma línea, en Estados Unidos se coloca en cabeza del abogado la mención de precedentes que son directamente adversos a la posición del cliente, siempre que el oponente no los hubiera citado (ABA, Model Rules of Professional Conduct, Rule 3.3). Este deber ha sido ampliamente interpretado por los tribunales y analizado por la doctrina (Irion, 2011).

Algo similar sucede en Australia (Australian Solicitors Conduct Rules, 17.2.3 y 29.12.2), en Nueva Zelanda (Lawyers and Conveyancers Act (Lawyers: Conduct and Client Care, 2008, 13.11) y en Irlanda (Code of Conduct for the Bar of Ireland, 2023, 5.19). En este último caso, la re-

¹² Se puede acceder al texto completo en: <https://lso.ca/about-lso/legislation-rules/rules-of-professional-conduct/complete-rules-of-professional-conduct> (última visita el 10 de diciembre de 2023).

¹³ When acting as an advocate, a lawyer shall not [...] (i) deliberately refrain from informing the tribunal of any binding authority that the lawyer considers to be directly on point and that has not been mentioned by an opponent.

gla prevé, exclusivamente para los casos civiles, que los abogados informen al tribunal “cualquier precedente relevante sobre un punto de derecho y, particularmente, todo precedente vinculante o norma aplicable de la que tenga conocimiento y que considere resulte aplicable, sea que resulte a favor o en contra de su postura”.

El abogado que incumple con estos deberes puede ser sometido a sanciones meramente simbólicas o a un llamado de atención. Pero, principalmente, ese llamado de atención de un juez sobre una omisión o falta en la invocación de un precedente aplicable produce un desprestigio o una desconfianza en el profesional en cuestión (Pin y Genova, 2018, p. 258).

Sin embargo —como indica la frase que encabeza este trabajo—, esto no se da en Argentina; y me atrevería a decir que el diagnóstico es extensible a la región o a países pertenecientes a la tradición continental. De hecho, en el mismo sentido, respecto de América Latina, se manifiestan diversos académicos especialistas en precedente como Romero, Couso y Prats (Díaz y Delgado Castro, 2021, p. 125). Y lo mismo sucede con relación a Europa (Pin y Genova, 2018, p. 253). En efecto, Taruffo enumeraba diversos tipos de “abuso de citación” de jurisprudencia, que van desde la citación de largos elencos de decisiones para impresionar al lector; la omisión de decisiones contrarias, la citación de decisiones irrelevantes para el caso tratado, hasta la citación de sentencias inexistentes (Taruffo, 2007, p. 93).

En contra de lo afirmado se señala que, por ejemplo, en Chile “está en la cultura de los abogados” seguir la regla del precedente vertical (Palacios y Jovel en Díaz y Castro Delgado, 2021, p. 122). Pero así también, en esa línea, se afirma que “los abogados invocan mucho los precedentes” y que “[e]l tribunal tiene que evaluar si es aplicable o no es aplicable” (Jovel, en Díaz y Castro Delgado, 2021, p. 122). En realidad, si bien esta última afirmación describe precisamente lo que suele suceder por estos lares —comúnmente se invoca una parva de precedentes o se inserta, en medio del escrito, una enumeración de sentencias sin un mínimo análisis de su aplicación—, no es así como funciona correctamente el precedente.

Ante este escenario, es de extrema importancia apuntalar la formación del abogado, brindar cursos y ofrecer capacitación constante en el uso del precedente y en la interpretación de los *leading cases* de los tribunales supremos. Es crucial para el funcionamiento adecuado del sistema de precedentes que el abogado de matrícula esté familiarizado con las técnicas y habilidades básicas para la aplicación de precedentes.

D. Producción científica

Ninguna capacitación puede llegar a buen puerto si no se acompaña de material científico que desarrolle la teoría básica y que incorpore los ejercicios necesarios para poner en práctica esa teoría. Con el material básico adecuado, se dinamiza la capacitación, se fomenta el surgimiento de nuevos capacitadores y se evitan esfuerzos individuales simultáneos para la preparación de programas.

En Argentina, algunos investigadores y docentes del área han dado los primeros pasos en este sentido. Así, Sacristán —a cargo hace más de diez años del Taller de Doctrina y Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora— advirtió la necesidad de crear un *Manual de Doctrina y Jurisprudencia* (Sacristán, 2013) que sentara las bases para la comprensión de las diversas tradiciones jurídicas, del razonamiento judicial plasmado en la sentencia y de la importancia del precedente en el *common law* y en el *civil law*. El *Manual* incluyó parte del desarrollo teórico que debe acompañar el análisis práctico de sentencias e incluye, al final de varios capítulos, ejercicios de aplicación.

En la misma línea, Flores llevó adelante, junto con otros autores, la redacción de libros de casos a fin de que sus alumnos de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Tucumán realizaran un análisis crítico de los *leading cases* de la Corte Suprema (Flores, 2019).

En la Universidad Católica Argentina, se ha puesto en funcionamiento desde el año 2022 un Observatorio de Jurisprudencia a fin de analizar sentencias en clave de precedente.

No pueden omitirse, por otra parte, los aportes de Gordillo —en el tomo VI de su *Tratado de derecho administrativo* (Gordillo, 2012), dedicado a “El método en Derecho”— y los de Miller, Gelli y Cayuso, en su célebre *Constitución y poder político* (Miller, Gelli y Cayuso, 1987).

Desde la perspectiva teórica, las obras de Garay (2013) y de Legarre (2016) son los cimientos ineludibles del estudio del precedente en la Corte Suprema. Recientemente, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales ha inaugurado, junto con la editorial Ad-hoc, una colección de libros exclusivamente dedicada al precedente, que ya ha dado dos frutos: la traducción al español de textos clásicos sobre el precedente judicial (Ahumada, 2020) y un libro colectivo que analiza los últimos avances de la Corte Suprema en torno al precedente (Ahumada, 2022).

El problema es que los esfuerzos académicos hasta aquí realizados parten del supuesto de que el alumno sabe leer una sentencia. Por esa razón, no existe en Argentina un texto de grado que incorpore la explicación del método de fichaje de casos ni el desarrollo ejemplificativo de aquellos aspectos que integran una ficha de análisis jurisprudencial, que son los que se pretende que el alumno recabe.

Por ejemplo, si bien muchas veces se pretende que el estudiante describa los hechos del caso o que identifique la *ratio decidendi* a partir de la lectura de ciertas sentencias relevantes, no se le explica que no todos los hechos que aparecen en la sentencia son relevantes o que existen múltiples mecanismos para la identificación del *holding*. Esta enseñanza, que los docentes hemos venido impartiendo informalmente en clase durante años, merece ser receptada en un manual que, a su vez, incorpore herramientas para el docente.

En otros países también se han desarrollado obras metodológicas para el análisis jurisprudencial y se ha renovado el interés y la difusión de obras relacionadas con el precedente. Uno de los ejemplos más actuales y resonantes es el de López Medina, quien propone un análisis dinámico de la jurisprudencia constitucional de Colombia (López Medina, 2016). En su obra, el referido autor desarrolla una conceptualización de esa metodología, aplicable a cualquier tribunal, que sirve de base para la enseñanza del método de construcción de líneas jurisprudenciales. Otro ejemplo interesante es la reedición, por parte del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de México, de la obra de Magaloni sobre el precedente judicial (Magaloni, 2021), así como la publicación de un libro exclusivamente dedicado al tema (Verastegui, 2022).

Ahora bien, de cara a la formación de los operadores jurídicos argentinos, si bien el aprendizaje del análisis jurisprudencial puede valerse —especialmente, en su aspecto dogmático o teórico— de una obra foránea, resultará más fructífero si los ejemplos y casos prácticos son tomados del ordenamiento jurídico al que el operador pertenece. En este contexto, es preciso desarrollar material de estudio que aborde, tanto teóricamente como con ejercicios prácticos, la incorporación de las siguientes habilidades:

- a) Lectura de sentencias judiciales desde la doctrina del precedente y aplicación de decisiones del pasado a situaciones del presente.
- b) Conocimiento de la terminología relacionada con el precedente y de su complejo y particular desarrollo en el ordenamiento jurídico argentino, a partir del estudio de decisiones judiciales concretas.

- c) Técnicas para aplicar una decisión judicial a un caso similar, que incluyen:
 - 1) la identificación de la cuestión presentada;
 - 2) la distinción entre hechos relevantes e irrelevantes;
 - 3) la delimitación de la regla que emana de una sentencia (*holding*) y su diferenciación con aquello que, en principio, no vincula (*obiter dictum*).
- d) Identificación de argumentos para fundar u oponerse a la aplicación de un precedente.
- e) Identificación de argumentos para fundar u oponerse al cambio o derogación de un precedente.

Esta propuesta exige abandonar la tradicional idea de la capacitación como mera entrega de información de carácter normativo o doctrinal (Binder, 2016, González y Cooper, 2017, p. 15), para orientarla a materias y técnicas de enseñanza que pongan a prueba la efectiva interiorización y aplicación de las habilidades de aplicación del precedente judicial.

III. CONCLUSIÓN

Muchos ordenamientos jurídicos, en el último tiempo, han avanzado en el reconocimiento del precedente (incluso de ciertos precedentes vinculantes) como herramienta fundamental del Estado de derecho, con miras a la consagración de la seguridad jurídica y de la igualdad. No obstante, es necesario preocuparse no sólo por la introducción normativa o jurisprudencial del precedente, sino por la promoción de los cambios necesarios en la cultura jurídica que acompañen dichos cambios normativos. De lo contrario, el resultado es la extrapolación de un instituto como el precedente judicial que deriva en un uso inadecuado de aquel, por cuanto no permite acceder a los fines o fundamentos tenidos en mira al implementarlo.

Existen, en esa línea, desafíos de diversa índole a la hora de incorporar seriamente una doctrina de precedente en un sistema jurídico de raíz continental o híbrido. Algunos de esos desafíos que este trabajo identifica son: 1) el acceso a las sentencias, pero también el modo en el que ellas se publican, y la función que cumplen ciertos elementos que las acompañan como, en el caso argentino, los sumarios; 2) la redacción y la estructura de las sentencias, especialmente en orden a la omisión de piezas indispensables para su aplicación posterior como precedente, por ejemplo, los hechos del caso; 3) la falta de técnicas primarias para la aplicación adecuada de un precedente judicial.

A lo largo de estos párrafos se proponen algunas soluciones, tales como la incorporación, en la publicación de las sentencias, de las herramientas digitales necesarias para operar con ellas desde la perspectiva del precedente (desde la búsqueda por palabras hasta el hipervínculo a los precedentes invocados o la indicación de qué precedentes se ven afectados por esa decisión).

A su vez, se promueve un cambio en el estilo y la estructuración de la sentencia, que permita identificar fácilmente los hechos del caso y extraer su regla. Esto, a fin de promover un adecuado razonamiento analógico que permita discernir si el precedente resulta o no aplicable a un caso futuro.

Finalmente, se destaca con vehemencia la necesidad de capacitación en las técnicas de aplicación del precedente. En este punto, además de proponer la capacitación judicial y la modificación del método de enseñanza universitaria, se enfatiza la necesidad de capacitación dirigida a un sujeto habitualmente olvidado a la hora de promover la cultura del precedente: el abogado litigante. Se evidencian las responsabilidades y cargas que este tiene —o debería tener— en la identificación, interpretación y aplicación del precedente.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Ahumada, C. (trad.) (2020). *Obligatoriedad de la Jurisprudencia. Seis lecturas sobre el precedente*. Ad-Hoc
- Ahumada, C. (coord.) (2022). *La Corte Suprema y los precedentes obligatorios*. Ad-Hoc
- American Bar Association (2023). *Model Rules of Professional Conduct*. https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/ (última visita el 10 de diciembre de 2023)
- Australian Solicitors Conduct Rules (2021). <https://lawcouncil.au/files/pdf/2023%20Nov%20%20ASCR%20website%20version.pdf>
- Bar Standard Board (BSB) (2023). *Handbook*. <https://www.barstandards-board.org.uk/for-barristers/bsb-handbook-and-code-guidance/the-bsb-handbook.html>
- Bidart Campos, G. J. (2001). La jurisprudencia obligatoria. *La Ley* 2001-F-1492

- Binder, A. M. (2005). Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión jurídica y la uniformidad de la carrera judicial. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 3(5), 85-116
- Binder, A. M. (2016). Retos de la enseñanza superior frente a las nuevas tendencias del derecho procesal penal. *Contra la Inquisición*, tomo 2. Ad-Hoc.
- Binder, A. M. (2017). *Derecho procesal penal. T. III*. Ad-Hoc.
- Binder, A. M. (2020). Presentación. En C. Ahumada (trad.). *Obligatoriedad de la Jurisprudencia. Seis lecturas sobre el precedente*. Ad-Hoc.
- Bonilla Maldonado, D. E. (2013). El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica. En H. Olea Rodríguez (Ed.). *Derecho y pueblo mapuche. Aportes para la discusión*. Universidad Diego Portales.
- Carrió, G. R. (1987). *Recurso de amparo y técnica judicial* (2a. ed.). Abeledo Perrot.
- Cross, R., y Harris, J. W. (1991). *Precedent in English Law* (4a. ed.). Clarendon Press.
- Cueto Rúa (1982). *Fuentes del Derecho*. Abeledo Perrot.
- Code of Conduct for the Bar of Ireland (2023). <https://www.lawlibrary.ie/about/governance/code-of-conduct/>
- Díaz García, L. I. y Delgado Castro, J. (2021). El *civil law* frente al precedente judicial vinculante: diálogos con académicos de América Latina y Europa. *Derecho PUCP*, (87).
- Flores, O. et al. (2019). *Un método crítico de enseñanza y aprendizaje del Derecho*. Cátedra de Derecho Constitucional “C” Año Académico 2019, <https://docer.com.ar/doc/s01s010>
- Garay, Alberto (1997). El precedente judicial en la Corte Suprema. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, (2).
- Garay, A. (2013). *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*. Abeledo Perrot.
- Gómora Juárez, S. (2018). *Un análisis conceptual del precedente judicial*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- González, L. y Cooper, J. (2017). *Capacitación Judicial en América Latina. Un estudio sobre las prácticas de las Escuelas Judiciales*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).
- Gordillo, A. (2012). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas* (2a. ed.). Fundación de Derecho Administrativo.
- Grosman, S. (2010). El maximalismo en las decisiones de la Corte Suprema. *La Ley Suplemento Constitucional*, agosto, 53.

- Irion, Susan J. (2011). How to deal like professional with adverse legal authority. *Litigation*, 37(2), 49-53.
- Lawyers and Conveyancers Act (Lawyers: Conduct and Client Care) 2008, <https://www.legislation.govt.nz/regulation/public/2008/0214/latest/whole.html#DLM1437803>
- Lambert, Edouard; Wasserman, Max J. (1929). The Case Method in Canada and the Possibilities of its Adaptation to the Civil Law. *Yale Law Journal*, XXXIX(1), 1-21
- Legarre, Santiago (2016). *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Ábaco.
- Legarre, S., y Handy, C. (2021). A Civil Law State in a Common Law Nation, A Civil Law Nation with a Common Law Touch: Judicial Review and Precedent in Louisiana and Argentina. *Tulane Law Review*, 95(3), 1-43.
- Legarre, S. y Rivera, J. C. (h.) (2006). Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 109-124.
- López Medina, Diego (2006). *El Derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (2ª ed.). Legis.
- Magaloni, Ana M. (2021). *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Marensi, I. (2002). Un nuevo enfoque pedagógico para la capacitación judicial en América Latina. *Revista Sistemas Judiciales* N°1, ¿Crisis en la capacitación judicial?, CEJA-INECIP, 25-41.
- Miller, J. M.; Gelli, M. A. y Cayuso, S. (1987). *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*. Astrea.
- Mosmann, M. V. (2016). El precedente judicial en Argentina. *Revista de Derecho Público*, 2016-I, 205-226.
- Negrete Cárdenas, M. R. (2022). *El precedente judicial en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: Un estudio crítico con motivo de la reforma judicial 2021*. Universidad Nacional Autónoma de México
- Oliphant, H. (2020). Un regreso al *stare decisis*. (Carolina Ahumada, trad.). *Obligatoriedad de la Jurisprudencia. Seis lecturas sobre el precedente*. Ad-Hoc, 47-90.
- Oteiza, E. (2007). El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, VI(10), 157-215
- Pin, Andrea y Genova, Francesca M. (2018). The Duty to Disclose Adverse Precedents: The Spirit of the Common Law and Its Enemies. *The Yale Journal of International Law*, 44(2), 239-280.

- Pozas Loyo, A., y Negrete Cárdenas, M. R. (2023). La nueva jurisprudencia por precedentes: ¿un reto para la enseñanza jurídica en México?. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, núm. especial*, 115-154. <https://revistaderecho.posgrado.unam.mx/index.php/rpd/article/view/285>
- Ratti, Florencia; Calderone, Sofia (2023). Un legado en tomos: la publicidad de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ayer y hoy. En S. Calderone, y J. B. Cañón (dirs.). *El Derecho. Edición Especial “La Corte Suprema. 160 años de jurisprudencia”*, 46-57.
- Ratti, F. S. (2022). “Buenas prácticas en el uso de fuentes y citas en sentencias judiciales”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 52(136), 288-317. DOI: 10.18566/rfdcp.v52n136.a12
- Ratti, F. S. (2021a). La argumentación de la Corte Suprema argentina sobre cambio de precedente: del dicho al hecho... En J. P. Lionetti de Zorzi, y H. M. Lell (eds.), I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”. EdUNLPam.
- Ratti, F. S. (2021b). La independencia judicial y el precedente vinculante: una tensión aparente. *Revista de la Facultad*, Universidad Nacional de Córdoba, 141-172.
- Ratti, F. S. (2020a), Dimensiones del precedente judicial: Una metodología de estudio de la doctrina del precedente”, *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 11(1), 75-107, <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/4755>
- Ratti, F. S. (2020b). El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Revista Jurídica Austral*, 1(2), 585-626.
- Ríos García, O. L., 2023, “El precedente judicial en México: retos y problemáticas”, *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, disponible en <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/el-precedente-judicial-en-mexico-retos-y-problematicas/>
- Saba, Roberto (2022). El precedente constitucional en Argentina. En Verástegui, Alejandra M., (coord.) (2022). *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*. Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 249-295
- Sacristán, E. B. (Dir.) (2013). *Manual de Jurisprudencia y Doctrina*. La Ley.
- Scalia, A., y Gutman, A. (1997). Comment. En A. Scalia y A. Gutman (Eds.). *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton University Press.
- Soberanes Díez, J. M. (2023). La jurisprudencia en la reforma judicial mexicana de 2021. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana*

- na de Derecho Constitucional*, 1(49), 391-422. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2023.49.18589>
- Verástegui, A. M. (coord.) (2022). *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*. Suprema Corte de Justicia de la Nación
- Vitetta, M. (2022). Performatives in Argentine Supreme Court Dissents: A Jurilinguistic Proposal for Civilian Change based on the American Common Law. *Journal of Civil Law Studies*, (14), 35-57.
- Vitetta, M. (2023). Los jueces como narradores: inspiraciones del *common law*. *Sexto Cuaderno de Derecho Judicial Comparado*, 87-92.
- Zaldívar, Arturo (2021). Informe anual de labores 2021, del Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, https://www.scjn.gob.mx/tercerinformezaldivar/pdf/Informe_Completo_PJF_MP_2021.pdf

Cómo citar

Sistema IJ

Ratti Mendaña, Florencia, “La construcción de una cultura jurídica para el precedente: desafíos y soluciones”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 56, núm. 168, julio-diciembre de 2023, pp. 177-210. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18872>

APA

Ratti Mendaña, F. (2023). La construcción de una cultura jurídica para el precedente: desafíos y soluciones, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168), 177-210. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18872>

Sobre la autoridad del precedente en España: materiales para una aproximación interdisciplinar¹

*On the authority of precedent in Spain:
materials for an interdisciplinary approach*

Josefa Dolores **Ruiz Resa**

 <https://orcid.org/0000-0002-2209-0751>

Universidad de Granada. España

Correo electrónico: jruiizr@ugr.es

RECEPCIÓN: 25 de enero de 2024

ACEPTACIÓN: 12 de abril de 2024

PUBLICACIÓN: 18 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18878>

RESUMEN: Este trabajo se dirige a analizar y justificar una aproximación interdisciplinar a la autoridad del precedente judicial en España, partiendo de la premisa de su carácter poliédrico. La aproximación interdisciplinar garantiza su comprensión integral y sistémica, que ha de dar cuenta también del carácter situado y encarnado del conocimiento judicial. Esto se consigue con la articulación de estudios jurídicos, aportados principalmente desde líneas teórico-metodológicas que hemos denominado dogmático-jurídicas, jurídico-analíticas, histórico-jurídicas y genealógicas y socio-jurídicas. El trabajo, que implica una reflexión de carácter epistemológico, se basa en una investigación documental de los estudios sobre el tratamiento jurídico del valor vinculante de los precedentes judiciales en España y sobre los contextos organizacionales y socio-culturales en que se producen.

Palabras clave: interdisciplinariedad, precedente judicial, derecho español, separación de poderes, fuentes del derecho, doctrina jurisprudencial.

ABSTRACT: This paper analyses and justifies an interdisciplinary approach to the authority of judicial precedent in Spain, based on the premise of its multifaceted nature. The interdisciplinary approach guarantees its integral and systemic understanding, which must also account for the situated and embodied nature of judicial knowledge. It is achieved by the articulation of legal studies, provided mainly from theoretical-methodological lines that we have called dogmatic-legal, legal-analytical, historical-legal and genealogical and socio-legal. The work, which implies an epistemological reflection, is based on a documentary research of studies on

¹ Investigación realizada gracias al Programa UNAM-PAPIIT IN302422.

the legal treatment of the binding value of judicial precedents in Spain and on the organisational and socio-cultural contexts in which they are produced.

Keywords: interdisciplinarity, judicial precedent, spanish law, separation of powers, sources of law, judicial doctrine.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Estatuto jurídico básico del valor vinculante de las decisiones judiciales en España.* III. *Los estudios teóricos sobre el valor vinculante de las decisiones judiciales en España: una propuesta de revisión del estado del arte.* IV. *Hacia un enfoque interdisciplinar sobre la autoridad del precedente judicial.* V. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este trabajo es reflexionar sobre la conveniencia de una aproximación interdisciplinar a la autoridad del precedente judicial en España, a tenor de su carácter poliédrico. Con esta aproximación —y tal sería la hipótesis aquí avanzada—, se garantiza su comprensión integral y sistémica, que ha de dar cuenta también del carácter situado y encarnado de todo conocimiento humano, incluido el judicial, lo que se consigue con la articulación de estudios jurídicos dogmáticos, analíticos, histórico-genealógicos, políticos y socio-culturales en torno al valor del precedente.

La oportunidad de esta reflexión, de carácter epistemológico, se plantea en el marco de un proyecto de investigación sobre el valor vinculante del precedente judicial, pero coincide con un debate, no sólo académico sino también ciudadano, acerca de la politización de la justicia y la judicialización de la política, motivado por una serie de decisiones judiciales, adoptadas a lo largo de los últimos dos decenios, con impacto en la política. Aunque en las siguientes páginas no se abordará directamente este debate, su existencia — que ilustra un preocupante proceso de deslegitimación de las instituciones — sirve para respaldar la necesidad de tener en cuenta que las relaciones entre Poder Judicial, Poder Legislativo y Poder Ejecutivo y la consideración que de ellas se tiene en el seno de las instituciones, partidos políticos y opinión pública del país dejan su impronta en el tratamiento jurídico y doctrinal del precedente judicial en España.

Desde el punto de vista de su estructura, el artículo analiza los estudios jurídicos sobre el valor vinculante del precedente judicial; análisis con el que se busca identificar los marcos teórico-metodológicos básicos y los pro-

blemas que habitualmente se abordan al respecto. En este sentido, se han identificado cuatro líneas principales: la dogmático-jurídica, la teórico-jurídica, la histórico-jurídica y genealógica (basada en el método histórico-filosófico de Foucault) y la socio-jurídica. Los resultados del análisis permiten concluir que individualmente consideradas, estas aportaciones solo muestran un aspecto parcial de la autoridad del precedente; de ahí la necesidad de un enfoque interdisciplinar como forma más eficiente de lograr una comprensión integral y sistémica de la misma.

Pero antes de abordar estas cuestiones, a las que se dedican los epígrafes 2 y 3, se aludirá brevemente, en el epígrafe 1, al tratamiento jurídico del precedente en el derecho español, en la medida en que su fragmentariedad y ambigüedad han suscitado muchos de los problemas abordados desde los estudios jurídicos, lo que permitirá a su vez una mejor comprensión de sus hallazgos. En todo caso, se atenderá sólo a su regulación constitucional y legal así como a la más representativa doctrina jurisprudencial recaída sobre su propio valor vinculante.

Desde el punto de vista metodológico, este trabajo se basa en una investigación de carácter documental con la que se ha accedido a los textos que componen el estado del arte al respecto. Se han recopilado y seleccionado los textos más relevantes, siguiendo sus propias referencias bibliográficas y hemerográficas, así como consultando los registros documentales de la biblioteca de la Universidad de Granada y la base de datos Dialnet.² Se ha elegido esta base de datos porque permite acceder a un mayor número de publicaciones especializadas en español sobre derecho español,³ muchas de las cuales no aparecen consignadas en bases de datos como Scopus o WOS, por no estar en formato electrónico o por aparecer en publicaciones indexadas en ellas. Por lo demás, en esta selección se han tenido en cuenta sólo libros y artículos de revistas realizados por juristas.

En cuanto al periodo temporal considerado en esta selección, discurre desde la década de los ochenta del siglo pasado (tras la aprobación en diciembre de 1978 de la Constitución actual) hasta el presente. Dado el número ingente de registros, no se han tenido en cuenta los estudios de precedentes

² <https://dialnet.unirioja.es/>

³ Los términos de búsqueda, realizada de agosto a diciembre de 2023, han sido [precedente judicial], [poder judicial], [fuentes del derecho], [recurso de casación], [ideología política de los jueces], [asociaciones de jueces].

judiciales recaídos sobre asuntos específicos, aun a riesgo de dejar pasar reflexiones teóricas generales de interés que pudieran también incluir.

El acceso y síntesis de lo que vamos a considerar aquí como el estatuto jurídico básico del precedente judicial en España se ha realizado teniendo también en cuenta ese estado del arte. Para ello se han tomado como referentes dos hitos jurídicos sucedidos en el siglo XIX, por cuanto condicionan la configuración presente del precedente judicial en España: se trata de la creación del Tribunal Supremo en la Constitución de 1812 y de la organización del sistema de fuentes español en el Código Civil de 1889 (éste, aún en vigor). Son textos normativos que marcan expresamente la conformación institucional y jurídica de España como un Estado-nación (y ciertamente, la Constitución de Cádiz es el primer texto jurídico que alude a la nación española), lo que pasa por la delimitación y sometimiento del Poder Judicial a la soberanía estatal y su derecho. La consideración de estos textos jurídicos permite señalar la presencia de ciertas dinámicas y conflictos de poder en la conformación de España como Estado-nación, entre los que cabe señalar los intentos por fortalecer el derecho de la monarquía (la ley) a costa del derecho producido por otras instituciones o grupos que venían ostentando poder normativo (la costumbre, los principios generales del derecho, la doctrina legal, la jurisprudencia). No extraña que en este contexto de conflictos y luchas socio-políticas persistentes, la regulación del recurso de casación lo convierta tanto en el pilar de la unificación y subordinación de los jueces al derecho estatal como en la misma fisura por la que esa unificación y subordinación puede seguir siendo cuestionada y debilitada.

Finalmente, precisaremos qué se va a entender por precedente judicial en este trabajo, para lo cual, se asume la definición propuesta por Núñez Vaquero. Se ha elegido esta definición por estar basada en el análisis previo que él realiza de muy diversos conceptos y concepciones del precedente, y por la cual “es más conveniente entender aquellas decisiones judiciales, dotadas de relevancia para la decisión de casos posteriores que contienen una norma general” (Núñez Vaquero, 2022a, p. 130). En cuanto a la concepción de interdisciplinariedad, se entenderá por ella una articulación formalizada de saberes en los que se reorganizan parcialmente sus ámbitos (Champeil-Desplats, 2014, pp. 340-350; Champeil-Desplats, 2024).

II. ESTATUTO JURÍDICO BÁSICO DEL VALOR VINCULANTE DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN ESPAÑA

1. Regulación contenida en textos constitucionales y legislativos

Puede decirse que, con carácter general, esta regulación converge con el tratamiento habitual que se le da en los sistemas de derecho civil. En todo caso, hay algunos estudios que apuntan a prácticas jurídicas que otorgan un valor al precedente próximo al que se le da en el *Common Law* (Fernández Segado, 2015).

Los hitos más importantes que sientan las bases de su tratamiento jurídico expreso hasta la Constitución de 1978, la cual marca otro importante cambio en relación con el valor vinculante de las decisiones de los tribunales, son la creación del Tribunal Supremo, en los artículos 259 y 261 de la Constitución de Cádiz de 1812, su exclusión de la primera regulación de las fuentes del derecho español, en el Código Civil de 1889.⁴ Mientras tanto, el Tribunal Supremo quedaba erigido en tribunal superior del resto de tribunales en la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial del 15 de septiembre de 1870, donde se dispuso que ningún otro tendría el título de supremo.

Pues bien, en el artículo 6o. del Código Civil de la versión de 1889, artículo ubicado dentro del Título Preliminar (*De las Leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación*) se disponía lo siguiente:

El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes [sic en mayúscula], incurrirá en responsabilidad.

Cuando no haya Ley [sic en mayúscula] exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho.

El artículo venía a consagrar el imperio de la ley, en línea con los sistemas jurídicos de su tiempo (especialmente el francés, en cuyo código civil se inspiraba el español), y no le otorgaba a las decisiones de los tribunales ningún lugar entre el derecho aplicable para resolver los puntos controvertidos.

⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889.

dos. Sin embargo, no era una práctica inusual tener en cuenta las decisiones de otros tribunales para decidir un caso.

Parecía que los miembros de la comisión de codificación no habían tenido en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la cual seguía en vigor, había reconocido la competencia para resolver los recursos de casación o recursos de anulación de las sentencias de todos los tribunales superiores (1010), dadas, entre otros, “contra Ley ó [sic] *contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales*” (art. 1012⁵). En los artículos siguientes (1014, 1016, 108, 1025, 1049, 1062) se utilizaba la expresión “doctrina legal” para referirse a la posibilidad y características de los recursos de casación sobre sentencias contrarias a la ley y a la doctrina legal, término que se utilizaría también en la ley de 1870 cuyos artículos 278 y 280 confirmaban la competencia del Tribunal Supremo para conocer aquellos recursos de queja por violación de ley o de doctrina legal así como los recursos de casación por infracción de ley o doctrina legal. Aunque se dice que al inicio se distinguía entre jurisprudencia y doctrina legal, de manera que esta estaría conformada por los comentarios u opiniones de jurisconsultos a las que se diera fuerza de ley, con el tiempo se sostuvo que no había diferencia sustancial o relevante. En todo caso, como recordaba Falcón y Tella (2010, p. 74), también la interpretación jurisprudencial la crea.

La regulación cambió con la reforma en 1974 del Título Preliminar del Código Civil, la cual afectaba al sistema de fuentes. Este quedaba reestructurado en el artículo 1o,⁶ donde además se hacía referencia a la función

⁵ Énfasis añadido.

⁶ “1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada. [...]

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado».

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

de la jurisprudencia, si bien no estaba incluida entre las fuentes del derecho español. En ese artículo se consagraba que las fuentes del derecho español eran (y siguen siendo) por orden de jerarquía, la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, y se atribuía una función de complementación del sistema jurídico a la jurisprudencia reiterada solamente del Tribunal Supremo al interpretar las fuentes jurídicas. Como se seguía obligando a los jueces a resolver siempre los asuntos que conocieran (apartado 7), el recurso a todas las fuentes y al complemento de la jurisprudencia será inevitable. Parece que la comisión de codificación no contempló la posibilidad de que a través de esta obligación pudiera juridificarse cualquier asunto no contemplado por las fuentes del derecho español, dando entrada así a la creación judicial del derecho (o tal vez sí contempló esa posibilidad). En cualquier caso, este artículo que consagra el imperio de la ley y parece culminar el proceso que conduce al predominio del Estado sobre otras posibles fuentes del derecho (que aunque no elimina, las supedita a él), contiene también los elementos para difuminarla. La ausencia de la jurisprudencia entre las fuentes expresas del derecho no eliminó el carácter vinculante de las decisiones de algunos tribunales en la resolución de casos, ya que entran a escena de la mano de la referencia a los principios generales del derecho, cuya decantación suele ser una tarea de la interpretación judicial, y también de la mano de la función de complemento del ordenamiento jurídico, a través de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo. En cualquier caso, la reiteración no siempre se ha dado en la identificación de esas doctrinas, en cuanto que la práctica judicial ha determinado que algunas especialmente influyentes descansen en una sola sentencia.

Tras la Constitución de 1978,⁷ el cambio más significativo es la atribución de valor vinculante que se hace en su articulado a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; también se produce un reajuste del valor complementario de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través de su doctrina reiterada en la interpretación y aplicación correcta del derecho y sus funciones de casación, para garantizar uniformidad y corrección, conforme a esa doctrina, en el desempeño de los tribunales inferiores.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hay que estar a los artículos 161.1 a), 164.1 de la Constitución; 38 y 40 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁸ y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judi-

⁷ BOE núm. 311, de 29/12/1978.

⁸ Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, BOE núm. 239, de 05/10/1979.

cial.⁹ Vienen a decir que tiene valor general vinculante y que no es precisa reiteración de sus decisiones, emitidas en los términos establecidos en esas leyes, como condición de su vinculación, por lo que estaríamos propiamente ante un precedente, en todos los sentidos. No obstante, se cuestiona que sea propiamente un precedente judicial, ya que se discute la naturaleza jurisdiccional de este tribunal, que no se integra en el Poder Judicial. En cualquier caso, no se les reconoce tampoco de manera expresa el carácter de fuente del derecho, aunque su labor se equipare a la de un legislador negativo —como lo caracterizaba Kelsen, en cuyo modelo de tribunal constitucional se inspira el español—. Tampoco ejerce de instancia revisora de las decisiones de otros tribunales o del Tribunal Supremo, y los recursos de amparo que se planteen contra la actuación de órganos jurisdiccionales habrán de tener como motivo la vulneración de algún derecho fundamental. Sobre la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se aparte de sus propios precedentes, el artículo 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece un procedimiento especial que somete la decisión al Pleno (Laporta, 1997, pp. 269-270).

En cuanto al tratamiento del valor normativo vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el artículo 117 de la Constitución dispone los principios de independencia judicial y sometimiento exclusivo al imperio de la ley de jueces y magistrados; en la misma línea, los artículos 12 y 176.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No obstante, el artículo 12 de esta ley compatibiliza un control judicial de la aplicación e interpretación judicial por la vía de recursos como el de casación, por medio de los cuales también se garantizan otros fines del Estado de derecho (Rosado Iglesias, 2006, pp. 111-113).

El cambio de sistema político trajo sucesivas reformas del recurso de casación. Actualmente, la casación y otros recursos de revisión se dirigen fundamentalmente a revisar sentencias en las que haya sospecha de infracción legal o constitucional, y para unificar doctrina.

En el ámbito civil, el recurso de casación está regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil.¹⁰ Tras la última modificación (por el Real Decreto-ley 5/2023, del 28 de junio, el cual ha traído cambios para todos los órdenes jurisdiccionales), el artículo 477, relativo a los motivos de este recurso en el orden civil, además de prever la participación de los Tribunales Superio-

⁹ Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 02/07/1985.

¹⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 08/01/2000

res de Justicia de las Comunidades Autónomas en la resolución de recursos de casación en sus ámbitos competenciales, dispone que:

[...] 2. El recurso de casación habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que *concurra interés casacional*. No obstante, podrá interponerse en todo caso recurso de casación contra sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo, aun cuando no concurra interés casacional.

3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la resolución recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas sobre las que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. [...]

4. La Sala Primera [Sala de lo Civil del Tribunal Supremo] o, en su caso, las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, podrán apreciar que existe interés casacional notorio cuando la resolución impugnada se haya dictado en un proceso en el que la cuestión litigiosa sea de interés general para la interpretación uniforme de la ley estatal o autonómica. Se entenderá que existe interés general cuando la cuestión afecte potencial o efectivamente a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.¹¹

Como puede apreciarse, a través de este artículo parece que se busca condicionar la valoración del interés casacional del recurso contra una sentencia —y por lo tanto, su aceptación a trámite y resolución final— a la infracción de ley que se aprecie en ella, y no sólo que sea contraria a la doctrina jurisprudencial, pero la redacción del artículo (reformado por partes a lo largo de los últimos 20 años), que incluye ulteriores requisitos y excepciones, no permite llegar a una comprensión concluyente del mismo.¹²

En el ámbito penal, donde el principio de legalidad tiene una aplicación más rigurosa, lo que limita el rol de la jurisprudencia para resolver vacíos legales (artículos 1-4 del Código Penal en vigor¹³), la Ley de Enjuiciamien-

¹¹ La cursiva es mía.

¹² En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido considerando imprescindible el requisito de la infracción de ley (por ejemplo, en las sentencias 108/2017, de 17 de febrero, 399/2017, de 27 de junio, 91/2018, de 19 de febrero, 570/2021, de 26 de julio)

¹³ Ley Orgánica, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24/11/1995.

to Criminal¹⁴ sólo incluye entre los motivos de casación la “infracción de ley y quebrantamiento de forma” (artículo 847), tras la modificación introducida por la Ley 41/2015, del 5 de octubre. En el ámbito penal, el recurso de casación por unificación de doctrina sólo se da en materia penitenciaria y en lo relativo a la responsabilidad penal de menores, según se dispone en el artículo 42 de la Ley Orgánica de la responsabilidad penal de los menores,¹⁵ la disposición adicional 5^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el ámbito contencioso-administrativo hay que estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 88 y ss.), y en la Ley 29/1998, del 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,¹⁶ y en el orden social, a la Ley reguladora de la jurisdicción social¹⁷ (arts. 218-228). Cabe reseñar que una reforma de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (por Ley Orgánica 7/2015, del 21 de julio) derogó algunos artículos relativos a la casación en este ámbito, entre ellos el 100, que otorgaban valor general vinculante a las sentencias del Tribunal Supremo que resolvían recursos de casación en interés de ley y preveía su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE), que es el medio de publicación de las leyes en España, lo que a juicio de la doctrina administrativista suponía otorgarles carácter legislador (Domenech Pascual, 2013, p. 5). Previsiones similares se encontraban en el artículo 101, también derogado, en relación con los recursos resueltos en su ámbito competencial por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

En cualquier caso, se proyectaron dos cambios normativos jurídicos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que luego decayeron, dirigidos a reconocer expresamente el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: concretamente, el Proyecto de Ley de 2006, que reformaba el artículo 5o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el Anteproyecto de Ley de 2014, donde se preveía la reforma del artículo 32, y que al respecto establecía que la

¹⁴ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid núm. 260, de 17/09/1882

¹⁵ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. BOE núm. 11, de 13/01/2000

¹⁶ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. BOE núm. 167, de 14/07/1998

¹⁷ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. BOE núm. 245, de 11/10/2011.

doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo “será de obligada aplicación, para todos los jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional” (Pérez Daudí, 2021 p. 6; Rosado Iglesias, 2006, pp. 119-123).

El recorrido básico por el tratamiento constitucional y legislativo sigue mostrando, pues, la persistencia de una dialéctica no resuelta entre poderes e instituciones del estado.

2. El valor vinculante de las decisiones judiciales en España según la propia doctrina jurisprudencial

La propia jurisprudencia española, tanto la emanada del Tribunal Supremo como la proveniente del Tribunal Constitucional, se ha referido al valor vinculante general de la jurisprudencia. Cada una de ellas goza a su vez de un diferente valor vinculante general, según el tenor literal de la Constitución y otras leyes, literalidad que no obstante ha requerido interpretación jurisprudencial.

Así, la jurisprudencia al respecto del Tribunal Constitucional considera que no le corresponde revisar el derecho aplicado por los órganos jurisdiccionales (jueces y tribunales integrados en el poder judicial). En el caso de recursos de amparo por la vulneración de algún derecho fundamental en la actuación judicial que condujo a la sentencia, el Tribunal Constitucional puede atender al principio de seguridad jurídica —como valor protegido por la vinculación a la jurisprudencia previa—, pero no como motivo de interposición del recurso sino porque como “valor que ha de informar el ordenamiento jurídico y presidir la conducta de los poderes públicos, muestra relación con derechos fundamentales y puede invocarse junto a ellos”; principalmente, con la igualdad en la aplicación judicial de la ley (artículo 14, CE), con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24, CE), y con el principio de legalidad penal (artículo 25.1, CE) (sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, 62/1982; 133/1987; 119/1988; 12/1989; 133/1989; 150/1989, de 25 de septiembre, 196/1991) (Rosado Iglesias, 2006, pp. 87-88).

Según el Tribunal Constitucional, compete a otros órganos controlar la unificación jurisprudencial en pos de la seguridad y la igualdad jurídica, en los términos permitidos por la Constitución (artículo 117), es decir, respetando la independencia judicial y única sumisión al “imperio de la ley”.

Pero el afán por conciliar ambos principios ha llevado al Tribunal Constitucional a sentencias poco claras: las que parecen otorgar un valor vinculante

a la jurisprudencia del Tribunal Supremo para los órganos jurisdiccionales inferiores (Sentencia 246/1993, Sentencia 17/1995) y las que niegan que estos órganos estén vinculados por aquella jurisprudencia emanada en la resolución de recursos de casación por infracción de ley o doctrina legal (Sentencia 41/1986, en el mismo sentido Sentencia 160/1993) (Rosado Iglesias, 2006, pp. 90-91). “La directa vinculación a la ley y al derecho no puede quedar rota por una absoluta vinculación a los precedentes que nuestro ordenamiento jurídico no establece y que la Constitución no exige”, según indicaba la sentencia del Tribunal Constitucional 125/1986 (Rosado Iglesias, 2006, p. 114) y años después la seguía manteniendo en la sentencia 37/2012 del 19 de marzo (Pérez Daudí, 2021, pp. 8-9).

En cuanto al autoprecedente, la doctrina del Tribunal Constitucional establece que un órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer una fundamentación suficiente y razonable (sentencia 49/1982; citada por Gascón Abellán 1993 p. 68); lo que se justifica como una forma de garantizar la igualdad jurídica en su significación de igualdad en la aplicación de la ley (Gascón Abellán, 1993, pp. 64 y 65).

Por lo que se refiere al valor de sus propios precedentes, cabe tener en cuenta que el Tribunal Constitucional se considera a sí mismo como un órgano de naturaleza mixta, política y jurisdiccional, según se indica en las sentencias del 31 de marzo de 1981, y del 5 de abril de 1984 (Falcón y Tella, 2010, pp. 78 y 79), lo que sin duda acerca la consideración de sus decisiones, sin que tengan que ser reiteradas, a la del precedente en los sistemas del *stare decisis*.

Respecto a lo indicado sobre el valor vinculante de la jurisprudencia por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, este conecta al principio de seguridad jurídica el valor vinculante de la jurisprudencia que “ha fijado una determinada interpretación legal”, y que “debe ésta ser mantenida, en aras de la certidumbre y seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto no se demuestre de modo indubitado, la antinomia de ella con el verdadero contenido de la ley” (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1994). También señala la vinculación al autoprecedente, que le alcanza a él mismo (por ejemplo, la sentencia 57/1985, del 29 de abril, considera que el Tribunal Supremo está vinculado a sus precedentes interpretativos), y del que sólo puede apartarse de forma razonada y justificada (Rosado Iglesias, 2006, p. 89).

En todo caso, el propio Tribunal Supremo ha reconocido (sentencia 927/2007, remitiéndose a otra sentencia de 2 de febrero de 1994) que en virtud del principio de independencia judicial, y a tenor de los cambios sociales y legales producidos, es legítimo que una sentencia de un órgano jurisdiccional inferior se separe de la doctrina del Tribunal Supremo (Pérez Daudí, 2021 p. 7). En definitiva, el Tribunal Supremo español dispone al respecto lo que Taruffo (2018, 17) explicaba de la siguiente forma: el juez no está obligado por un precedente, sólo está obligado a justificar su decisión cuando no lo haga (citado por Pérez Daudí, 2021, pp. 8-9).

III. LOS ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE EL VALOR VINCULANTE DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN ESPAÑA: UNA PROPUESTA DE REVISIÓN DEL ESTADO DEL ARTE

1. Estudios dogmático-jurídicos

Las contribuciones reunidas bajo este epígrafe ilustran, en su abordaje principal del asunto, un enfoque dogmático-jurídico. De manera muy resumida, consideramos aquí que este corresponde al modelo tradicional de ciencia jurídica del derecho, según la denominación de Eisenmann (2002, p. 68), cultivada por los juristas desde lo que Hart (1962) llamó punto de vista interno: este representa la perspectiva de conocimiento que adoptan quienes se hallan sometidos en su estudio por las normas jurídicas. En palabras de Eisenmann (2002, p. 75), desde esta teoría los juristas “reproducen el texto de las disposiciones legislativas, exponen las dificultades de interpretación [...], las interpretaciones propuestas por los autores, los argumentos que condenan las unas e imponen o recomiendan las otras; después indican la interpretación dada, por ejemplo, por los tribunales y según los casos, aprueban o critican su empleo”. Para Alexy (2001, pp. 240 y 241), la dogmática jurídica realiza tareas que dan estabilidad y universalidad al propio derecho, lo cual involucra a su vez tareas de descripción del derecho vigente, de análisis sistemático y conceptual, de elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos y de atribución de sentido a las reglas del derecho.

Las referencias y reflexiones sobre aspectos sociopolíticos o culturales o de política legislativa que puedan incorporar no se basan en investigaciones (empíricas o teóricas) desarrolladas en esos mismos trabajos sino en informa-

ciones tomadas de estudios realizados por otras personas o de observaciones y experiencias cotidianas propias de sus autores.

De manera general, los estudios reunidos bajo esta etiqueta se han ocupado básicamente de problemas ligados a la dimensión normativa e institucional de las decisiones judiciales y a las implicaciones y condicionamientos sociopolíticos relacionados con la legitimidad de la creación judicial del derecho y su impacto sobre el principio de separación de poderes. Las categorías del análisis han sido habitualmente, más que la de precedente, las de jurisprudencia o doctrina jurisprudencial, fuentes del derecho, poder judicial, los tribunales específicos que emiten sentencias susceptibles de constituir jurisprudencia vinculante para las decisiones de otros tribunales (especialmente Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional), y los recursos de revisión (especialmente de casación) que abren los procesos para adoptarlas.

De manera más específica, se ubican aquí los estudios en torno al Título Preliminar del Código civil en particular y a las fuentes del derecho español en general (sobre todo entre iusprivatistas, aunque no únicamente¹⁸), estudios que a partir de 1978 se conectan con la división de poderes y reparto de competencias que trae la Constitución aprobada ese año, y con lo dispuesto por el derecho comunitarios tras la entrada de España en la UE (fundamentalmente entre iuspublicistas, aunque no únicamente). Se acompañan de reflexiones sobre la legitimidad constitucional y política del valor general vinculante de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, con referencia a los principios constitucionales que así se garantizan y sus conflictos con otros — por ejemplo, igualdad, legalidad y seguridad versus independencia judicial—. ¹⁹

¹⁸ Por ejemplo, son numerosos los estudios dedicados a este asunto por los civilistas Díez-Picazo, Gullón Ballesteros, Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida y Luna Serrano y López Vilas, a los que se unen los de Ogayar Ayllón [Magistrado del Tribunal Supremo], De la Vega Benayas, Lalaguna [Magistrado del Tribunal Constitucional] (citados por García-Berrio Hernández (2006) y Rosado Iglesias (2006)). Cabe también incluir los trabajos de los civilistas Blasco y Gasco (2000), O'Callaghan (2001) y López Vilas (2002) [estos dos últimos, también Magistrados del Tribunal Supremo]; y los procesalistas Montero Aroca [Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana] et alii (2019) y Tapia Fernández (2017); y el trabajo del Abogado del Estado Orozco Muñoz (2011).

¹⁹ Por ejemplo, los trabajos de constitucionalistas como De Otto (1987), López Guerra (1997, 2000), Martínez Alarcón (2004), Fernández Segado (2006 y 2013), conocedor del sistema constitucional estadounidense y los *judicial reviews*; Rosado Iglesias (2006, 2022); o el administrativista Domenech (2013), de quien cabe resaltar que complementa su análisis dogmático-jurídico sobre la creación judicial del derecho a través del (ya desaparecido) recurso de casación

Tras la Constitución de 1978, además de ampliarse el análisis al valor vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional, también se debate sobre su naturaleza política, jurisdiccional o mixta.²⁰

La presencia de los valores e ideologías personales o de asociaciones de los jueces en los sistemas de selección y formación para la carrera judicial son asuntos que se abordan también desde el estudio dogmático jurídico de su regulación, prestando atención también a los principios constitucionales que inspiran el tratamiento jurídico de las decisiones judiciales y las relaciones entre poderes del Estado.²¹

También se han producido estudios sobre el lugar de la jurisprudencia de los tribunales europeos en el sistema de fuentes español²² y, más recientemente, se están dando estudios sobre el impacto que el uso de tecnologías basadas en la IA tienen en la detección y uso de precedentes en España.²³

A estos estudios de tipo dogmático-jurídico contribuyen no sólo juristas docentes-investigadores del ámbito universitario, sino también los jueces y magistrados de carrera, así como algunos otros profesionales del derecho. Estos trabajos se reúnen en revistas editadas por el propio Poder Judicial como, por ejemplo, *Estudios de Derecho Judicial*, publicada entre 1995 y 2009, y con algunos números dedicados monográficamente al valor vinculante de la

regulado en el artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con una reflexión sobre su dimensión político-económica, a través de la teoría del análisis económico del derecho; los penalistas Gómez Benítez (1995); el constitucionalista Ferreres Comella (1995 y 2002); y también los procesalistas Montero Aroca (2001) y Nieva Fenoll y Oteiza (2019).

²⁰ Debate principalmente entre iuspublicistas, referenciado por Falcón y Tella (2010, pp. 77-79). En todo caso, recuérdese que el propio Tribunal Constitucional se atribuye a sí mismo una naturaleza mixta.

²¹ Por ejemplo, López Guerra (2005), quien resalta la importancia de pluralidad ideológica en los tribunales, ante la existencia de esta diversidad de ideologías; Montero Aroca y Alvarado Velloso (2011) sobre ideología y proceso civil; Soriano García (2012), sobre normativa de nombramiento de jueces, respecto de lo que aboga que tenga una dimensión estrictamente jurídica y al margen de las interferencias de las ideologías políticas de las asociaciones; Garrido Carrillo (2014), sobre los derechos de participación política de los jueces; Polizzi y Gherardi (2023) con un estudio comparado al respecto entre España e Italia.

²² Por ejemplo, García Roca y Nogueira Alcalá (2017); Rodríguez-Izquierdo Serrano (2017); López Guerra (2015 y 2020).

²³ Por ejemplo, el procesalista Pérez Daudí (2021), que considera esta aplicación muy complicada ante la falta de uniformidad en la jurisprudencia española sobre un mismo asunto y lo que él valora como “[e]l fracaso de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo” mediante el recurso de casación y la nula eficacia de la figura de los procedimientos testigos (pp. 16 y 19).

jurisprudencia y a la casación.²⁴ En esta revista y sobre estos temas son reseñables las aportaciones de los magistrados del Tribunal Supremo: Peces Morate, Maza (que sería también Fiscal General del Estado desde 2016 hasta 2018, fecha de su fallecimiento), Campos Sánchez-Bordona, Desdentado Bonete o Xiol Ríos.²⁵ También jueces de otros tribunales como Martínez Moya, Vilar Badía (juez de vigilancia penitenciaria), y Sánchez Ugena (presidente de la Audiencia Nacional).

De la misma manera se recogen trabajos sobre este asunto en otras publicaciones del Poder Judicial, como la revista denominada *Poder Judicial* (de 1986 a 1996)²⁶ y su continuadora, la *Revista del Poder Judicial* (de 1997 a 2013).²⁷ También cabe citar las aportaciones publicadas por la revista de la asociación de jueces llamada *Jueces para la Democracia* (la revista lleva el mismo nombre si bien la asociación se llama ahora *Juezas y Jueces para la Democracia*, siguiendo la normativa sobre usos no sexistas del lenguaje). La revista fue creada

²⁴ El número 34 (2001) dedicado a *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*; el número 87 (2006), dedicado a *La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de La doctrina del TC y vinculación de la jurisprudencia del TS*; el número 101 (2006), dedicado a *Los recursos de casación y apelación en el orden penal*; el número 150 (2008) 155, dedicado a *Recursos en el proceso penal: recursos en la fase de instrucción, recurso contra sentencias, etc.*; el número 155 (2009) dedicado a *Derecho penal europeo y Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*.

²⁵ Son muy destacadas las aportaciones de Xiol Ríos sobre valor vinculante de la jurisprudencia consideradas de gran interés por la doctrina científica académica y judicial (por ejemplo, Xiol Ríos, 2007), y también es reseñable su trabajo conjunto con el profesor de derecho constitucional Ferreres Comella (Ferreres Comella y Xiol Ríos, 2009). Hay que recordar además que se debe a Xiol Ríos la edición para su publicación del libro póstumo del profesor de derecho constitucional Ignacio de Otto sobre el poder judicial (1989), uno de los primeros intentos por aportar desde el constitucionalismo democrático (inexistente hasta entonces en la historia de España) un análisis de su estatuto jurídico.

²⁶ En esta revista es reseñable, por ejemplo, un artículo de Xiol Ríos (1986) sobre precedente judicial y Tribunal Constitucional; o el número extraordinario 11, dedicado al Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la sociedad, con trabajos sobre legitimidad y control democráticos del Poder Judicial, sus relaciones con el Tribunal Constitucional y las implicaciones de la organización del Estado en autonomías.

²⁷ Con artículos como los de Lousada Arochena (2002) [Magistrado del TSJ Galicia] sobre doctrina de casación en el ámbito social; de Bacigalupo Zapater (2006) [Magistrado del Tribunal Supremo] sobre modelos de casación penal; Saavedra Ruiz, 2011 [Magistrado del TS] sobre el Tribunal Supremo como tribunal de casación; Moliner Tamborero (2012) [Magistrado del TS] sobre el valor vinculante de las sentencias de casación por unificación de doctrina.

en 1986, y ha venido publicando también trabajos sobre asociacionismo profesional judicial y el impacto de sus ideologías en la carrera judicial.²⁸

2. Estudios desde la teoría del derecho

En este ámbito destacan, en primer lugar, las aportaciones realizadas desde la teoría jurídica analítica. Como se dijo, estas son las aportaciones que de manera expresa aluden a la categoría precedente, y se dan más frecuentemente en el ámbito de los estudios de filosofía jurídica. Aportan una teoría jurídica general del precedente que sirva de marco conceptual y metodológico para la investigación jurídica al respecto.

En tal sentido, este enfoque asume los postulados básicos de la filosofía analítica, entre ellos, la importancia de la claridad en el uso del lenguaje y el rigor en la argumentación, por lo que sus objetivos y metodologías para alcanzarlos tienen que ver con el análisis de estos usos y su evaluación conforme a unos modelos y propiedades que giran en torno a criterios como su racionalidad lógico-formal (Rodríguez, 2021).

Los estudios sobre precedente aquí considerados se han ocupado no sólo del valor normativo-institucional de las decisiones judiciales, sino también de su valor persuasivo y de la estructura y evaluación desde criterios de racionalidad formal de la argumentación que las justifica. Inciden pues en el carácter del precedente como norma y como argumento, lo que se aborda desde el análisis de los enunciados en que se expresan.

La influencia en sus autores de los postulados y métodos de la teoría jurídica analítica latina, interpelada en los últimos años por cambios jurídicos sobre el valor del precedente (por ejemplo, en México o Brasil) y la también influencia de reconocidos analíticos del ámbito del *common law* (por ejemplo Raz y MacCormick) donde el precedente es fuente jurídica y por lo tanto

²⁸ Pueden citarse los trabajos de Manzana Laguarda (1992) sobre la casación contencioso-administrativa; Cuéllar González-Serrano (1993) [profesor de derecho procesal], sobre la casación en el proceso civil; Rivero Ortega (1997) [profesor de derecho administrativo], sobre la casación como control de las decisiones judiciales; Vecina Cifuentes (2001 y 2006) [profesor de derecho procesal] también sobre la casación en la nueva ley de enjuiciamiento civil y la casación en lo penal; Hernández García (2006) [Magistrado del Tribunal Supremo] sobre autprecedente; o Calvo Rojas (2014) [Magistrado del TS], sobre doctrina judicial vinculante según algunas de las reformas legales proyectadas.

tema recurrente de estudio, son elementos que han de tenerse en cuenta para entender la atención prestada a la categoría precedente.

Entre las aportaciones más relevantes están los trabajos de dos pioneras en la investigación analítica del precedente en España, las profesoras Gascón Abellán²⁹ e Iturralde Sesma,³⁰ a los que se suman más adelante los de Moral Soriano,³¹ Núñez Vaquero³² o algún trabajo de García Amado.³³

Además del enfoque analítico, también hay otros estudios sobre el precedente, provenientes del ámbito de la filosofía del derecho que, desde marcos teóricos distintos al analítico, han analizado los asuntos de su legitimidad, los conflictos entre principios constitucionales concernidos por el valor de la jurisprudencia y de la conveniencia o no de un sistema de fuentes jurídicas que incluya el precedente judicial: por ejemplo, los trabajos de Laporta (1997), Ruiz Miguel y Laporta (1997), Ollero Tassara (2005 y 2009) [quien ha sido también magistrado del Tribunal Constitucional de 2012 a 2021], García-Berrio (2006), Igartúa Salaverría (2006), Falcón y Tella (2010), Garrido Gómez (2011) o Beloso Martín (2018).

En ocasiones, los enfoques implican o se implican en estudios comparativos; por ejemplo, Ruiz Miguel y Laporta (1997), en el contexto del estudio comparado sobre el precedente dirigido por McCormick y Summer (1997); Moral Soriano (2002), que analiza el precedente judicial en el sistema jurídico español, holandés y alemán; y Falcón y Tella (2010), que compara los sistemas anglosajón (distinguiendo aquí entre el derecho inglés, estadounidense y escocés) y continental (con una referencia más extensa a España) con el derecho romano.

Aunque sean trabajos que corresponden a décadas anteriores, son de interés también para la configuración de una teoría jurídica general del precedente los trabajos de algunos civilistas sobre la jurisprudencia; trabajos que parecen inspirados en la tradición de los estudiosos del derecho común (privado) de elaborar desde el mismo una teoría general del derecho, común a todas las ramas del ordenamiento jurídico.³⁴ Así, y por lo que se refiere

²⁹ Gascón Abellán (1993, 2011, 2020).

³⁰ Iturralde Sesma (1995a, 1995b, 2013a, 2013b, 2015, 2016).

³¹ Moral Soriano (2000, 2002, 2020).

³² Por ejemplo Núñez Vaquero (2016, 2018, 2020a, 2020b, 2020c, 2021, 2022a, 2022b y 2022c).

³³ García Amado (2012).

³⁴ En todo caso, civilistas como Federico de Castro, elaboraron sus tratados de Derecho

a trabajos anteriores a la reforma del Código Civil de 1974 sobre fuentes jurídicas, cabe citar los trabajos de dos profesores de derecho civil, que también fueron magistrados presidentes del Tribunal Supremo español, sobre creación judicial del derecho: Clemente de Diego (1925) y Castán Tobeñas (1934).³⁵ Este último sostuvo que a los jueces corresponde llevar a cabo una función reestructuradora del derecho. También es reseñable, en la línea de una teoría jurídica del precedente, el trabajo del profesor de derecho civil Puig Brutau (1951). Corresponde a una época anterior a la reforma del sistema de fuentes de 1974 pero constituye uno de los antecedentes del estudio del precedente en España, en la época reciente. El texto de Puig Brutau está inspirado en los trabajos de reconocidos integrantes de las corrientes realistas estadounidenses (Cardoso, Frank, Pound), de cuyas obras fue traductor al español y gran conocedor. La importancia de su trabajo aparece reconocida a nivel nacional e internacional, como se muestra por ejemplo en las diversas referencias que Josef Esser hace de él en su estudio sobre la elaboración jurisprudencial del derecho a través de la formulación de principios (Esser, 1961).

Con posterioridad a la reforma de 1974 sobre el sistema de fuentes jurídicas son reseñables los trabajos de otros civilistas como Ogayar Ayllón (1975), magistrado del Tribunal Supremo, Calvo Vidal (1992) y, más recientemente, el trabajo ya mencionado de López Vilas (2002), también magistrado del Tribunal Supremo.

3. Estudios histórico-jurídicos y genealógicos

La investigación histórico-jurídica sobre el Poder Judicial, su organización y sus relaciones con otros poderes a lo largo de los siglos XIX y XX, no ha sido tan abundante (Pérez Trujillano, 2022). Entre los que se han dado cabe citar los de Martínez Pérez y López (1992); Aparicio (1995); Clavero (1992; 2005). En algunos de ellos se ha prestado también atención a la lucha entre los gremios profesionales de los juristas, especialmente los considerados doctos, y los poderes legisladores y gubernamentales, lo cual resulta de gran

civil reconociendo expresamente la influencia de obras que pueden considerarse características de una teoría iusnaturalista del derecho en España, como fue el *Tratado de las Leyes y de Dios legislador*, de Francisco Suárez (1548-1617). Esta pregnancia iusnaturalista de su obra fue analizada por el notario y profesor de filosofía del derecho Vallet de Goytisolo (1983 y 1998).

³⁵ Castán tiene otros trabajos sobre fuentes del derecho solo en relación con el derecho privado (Castán Tobeñas, 1940).

interés a tenor de la aportación de profesores a la doctrina jurisprudencial, como magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y de la aportación de jueces y magistrados a la doctrina científica.

En todo caso, se apunta a la necesidad de una investigación historiográfica que vaya más allá de la historia institucional (Aragoneses, 2018); especialmente para evitar la asunción acrítica de que el cambio de Constitución y leyes a partir de 1978 cambia automáticamente la cultura jurídica de sus operadores jurídicos, de autoritaria a democrática (Clavero, 2014). Esto implica adoptar un punto de vista de carácter genealógico, que descubra las luchas de poder que subyacen a la institución judicial (denominada habitualmente como *la justicia*) de la España contemporánea.

En esta línea de investigación más genealógica, son reseñables las investigaciones en torno al Tribunal Supremo del profesor de derecho constitucional Francisco J. Bastida (1986) sobre el pensamiento político que se trasluce en la sentencias del Tribunal Supremo durante el franquismo (1986), el estudio de Pérez Ruiz (1987) sobre el predominio de una argumentación más moral que técnico-jurídica en sus argumentaciones; o el estudio sobre el catedrático de Derecho Civil y presidente del Tribunal Supremo durante el franquismo, José Castán Tobeñas realizado por el profesor de historia del derecho Serrano González (2001). También es reseñable el estudio sobre jueces y franquismo del profesor de filosofía del derecho Fernández-Crehuet (2011).

4. Estudios socio-jurídicos

Estos se orientan sobre todo a conocer la presencia de valores e ideologías personales, sociales u organizacionales que pueden influir en la actividad jurisdiccional.

En esta línea cabe aludir a la incursión de algunos juristas en el ámbito de los estudios de opinión sobre el Poder Judicial español, con la llegada del sistema de 1978, como fue el caso de los constitucionalistas Ruiz-Rico y Vera Padial (1988), en un estudio empírico sobre la imagen de los jueces, no en la ciudadanía sino entre los otros operadores jurídicos. Aquel trabajo, que sus autores inscriben en el campo de la sociología jurídica, fue publicado en el *Anuario de Filosofía del Derecho*. Ruiz-Rico y Vera Padial contrastan la imagen popular habitual que tiene en la ciudadanía el juez español, como una persona de convicciones conservadoras, con la percepción que tienen en-

tre otros operadores jurídicos, los cuales parecen no prestar atención a estos valores y más bien a la dimensión técnico-jurídica de estas decisiones.

También son de interés las informaciones que proveen los estudios empíricos sobre las asociaciones de jueces y sus ideologías políticas y valores socioculturales. Como en el caso anterior, se suelen inscribir en una perspectiva sociológico-jurídica (por ejemplo, Añón et al., 1988 y, más recientemente, Castillo Ortiz y Martín Iborra, 2015). Estos estudios también se ocupan de su impacto en la formación, selección y nombramiento de magistrados para tribunales superiores, como el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional (es decir, tribunales con competencia para producir precedentes judiciales).

Cabe incluir también entre estos estudios los desarrollados por el Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza³⁶ y los del Grupo de investigación Antígona, de la Universidad de Barcelona.³⁷ Integrados y dirigidos por profesorado de Filosofía del Derecho y de otras ramas del conocimiento jurídico y social, estos trabajos abordan con enfoque socio-jurídico, el estudio de sentencias, también sentencias vinculantes del Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas y del Tribunal Constitucional, recaídas en relación con leyes concretas, como las relativas al tratamiento de la violencia de género o a la igualdad efectiva de mujeres y hombres (leyes, en fin, cuya interpretación y aplicación judicial evidencia conflictos entre los valores y fines de aquellas y los de los jueces).

5. Resultados

Aunque las diversas formas que se han detectado en el análisis de los trabajos considerados suelen estar determinadas por la rama de conocimiento jurídico desde la que se hace, pueden reunirse según el enfoque predominante adoptado.

Así, el enfoque dogmático-jurídico, que es el más extendido, se ocupa de la regulación (constitucional, legislativa y jurisprudencial) del valor vinculante de las decisiones judiciales, lo que involucra el análisis de cuestiones como su carácter de fuente de derecho, la organización de la institución judicial (formación, acceso y asociacionismo entre jueces; organización, funcionamiento, estructura y gobierno del Poder Judicial y sus relaciones con los otros

³⁶ <https://sociologiajuridica.unizar.es/presentacion>

³⁷ <https://antigona.uab.cat/>

poderes del Estado) y el ejercicio de la actividad jurisdiccional que conduce a estas decisiones. La tradicional especialización de estos estudios por ramas del ordenamiento jurídico dificulta una visión comprensiva del valor vinculante de las decisiones judiciales. A pesar de esa compartimentalización, es común en ellos el análisis comparatista entre culturas jurídicas del *common law* y del derecho civil, en general o atendiendo a sistemas específicos de una y otra.

Como se ha venido indicando, la categoría precedente no es habitual en los estudios dogmático-jurídicos, a diferencia de lo que ocurre en los estudios de teoría jurídica, especialmente, de teoría jurídica analítica. Los trabajos enmarcados en ella se desarrollan principalmente a partir del cambio de sistema político en 1978. Aplican las categorías de análisis lógico-racional basadas en la filosofía analítica a la tipología de normas jurídicas que regulan el precedente y a la argumentación que expresa y justifica el precedente judicial.

El enfoque histórico/genealógico y el enfoque socio-jurídico no abordan tampoco el estudio de las decisiones vinculantes de los jueces desde la categoría precedente y son minoritarios entre juristas. El primero atiende a los orígenes y transformaciones en el tiempo de la institución judicial y su normativa jurídica, prestando atención también a su personal, formas de acceso, organización y procedimientos involucrados en la producción de precedentes, y a las luchas de poder que se manifiestan en las prácticas discursivas y no discursivas con las que se produce el precedente y su contexto normativo y organizacional. En cuanto al enfoque socio-jurídico, investiga empíricamente las ideologías políticas, los condicionamientos debidos al sexo, raza o clase social de los jueces así como las formas de acceso, funcionamiento, organización y estructura del Poder Judicial, y la propia cultura organizacional.

Por otra parte, muchos de los estudios considerados —y con independencia de su enfoque teórico-metodológico dominante— han surgido ante cambios o proyectos de cambio legislativo que supusieran alguna modificación sobre el valor general de las decisiones judiciales: la reforma del sistema de fuentes del Código Civil; la aprobación de la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, así como las reformas o proyectos de reformas de estas leyes (como los de 2006 y 2014 respecto de la ley del poder judicial) y de las leyes de enjuiciamiento civil y criminal y de los procedimientos contencioso-administrativo y social, y el ingreso de España en la Unión Europea.

También es común a todas estas aportaciones la consideración del precedente como una decisión judicial de un órgano jurisdiccional, que es relevan-

te para la adopción de otra decisión; las distinciones básicas entre precedente vertical y horizontal, y el uso del vocablo precedente, para aludir a una decisión, y del vocablo jurisprudencia, para aludir a 2 o más. No obstante, es común y frecuente el intercambio entre estos vocablos o su indiferenciación bajo el vocablo “doctrina”, que es el que también se usa habitualmente en la regulación legal.

No es infrecuente tampoco que quienes elaboran estos estudios se pronuncien a favor o en contra de considerar las decisiones judiciales como fuentes de derecho a resultas del análisis de su regulación existente, de la consideración de que el trabajo judicial tiene siempre este carácter, esté o no reconocido *de iure*, o de la defensa del principio de división de poderes.³⁸

Y en fin, es destacable que las aportaciones encontradas no sólo vienen de la academia (facultades de derecho y otros centros de investigación científica) sino también de magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. De esta manera, los jueces no solo emiten doctrina jurisprudencial sino que también producen doctrina científica. Igualmente hay que tener en cuenta que algunos de los estudios considerados provienen de miembros de la academia (profesorado de facultades de derecho perteneciente al cuerpo de catedráticos de universidad) que han sido magistrados del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional o de Tribunales de Justicia de Comunidades Autónomas. Estamos, pues, ante una cierta simbiosis entre academia y órganos creadores de precedentes, en lo que se refiere a la producción teórica sobre precedente, ilustrativa de la retroalimentación constante entre la práctica y la teoría del derecho.

³⁸ Así, y según recuerda García-Berrio Hernández (2006), antes de la reforma del Código Civil de 1974, no la consideraban fuente del derecho De Castro, Vilar Badía, Anglada Viladerbó; y sí la consideraban como tal Pérez Gonzáles (que fue Ministro de Franco), Puig Peña (civilista pero también penalista, fiscal inicialmente represaliado tras la guerra civil, luego reintegrado), Clemente de Diego y Demófilo de Buen Lozano (republicano, exiliado a México). Tras la reforma de 1974, están a favor de otorgarle carácter de fuente de derecho Ogayar Ayllón, De la Vega Benayas y Lalaguna, y en contra, Díez-Picazo, Gullón Ballesteros, Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Calvo Vidal y Albaladejo García. También estaba en contra el catedrático de derecho civil y magistrado del Tribunal Supremo O’Callaghan (2001). En el ámbito civilista, es reseñable también la posición a favor de Puig Brutau (1951). También a favor de su consideración como fuente de derecho se ha pronunciado el filósofo del derecho Laporta (1997).

IV. HACIA UN ENFOQUE INTERDISCIPLINAR SOBRE LA AUTORIDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Como se ha indicado, las aportaciones teóricas que abordan el precedente judicial parecen orientarse principalmente a tratamientos de tipo dogmático-jurídico o bien se llevan a cabo desde una teoría jurídica analítica. Estas aproximaciones muestran aspectos ineludibles para el análisis, comprensión y evaluación crítica del precedente y su autoridad, como son los relacionados con una concepción racional abstracta y formal del derecho (de su producción, interpretación y aplicación), pero entonces queda sin tratar lo pre- o i-racional (en tanto que) no reconducible a las categorías de análisis derivadas de esa concepción racional: es el caso de los conflictos de poder, las relaciones de dominación que subyacen a la autoridad racional y jurídico-normativa del precedente y a su valor persuasivo, o su interrelación con los contextos en que se generan; es decir, no dan cuenta de la situacionalidad y corporeidad de las cogniciones que producen precedentes.

En este sentido, la autoridad actual que tiene el precedente judicial en España no puede considerarse sólo desde esa concepción de la racionalidad, y sin tener en cuenta, por ejemplo (y por ceñirnos simplemente a los acontecimientos vividos en los últimos 100 años), la ausencia de cultura democrática en la sociedad española y sus instituciones, o el elitismo de quienes emiten los precedentes: un colectivo de sabios o doctos que hacen *doctrina*, vengan de la academia o de la carrera judicial, y al que han tenido acceso prohibido o restringido, hasta las últimas décadas del siglo XX, los miembros de colectivos tradicionalmente discriminados. Se trata además de circunstancias que impactan, a través de los precedentes, en la misma textura y legitimidad del sistema jurídico, impacto que no se suspende porque se haga abstracción de aquellas cuando se aplican los modelos/categorías jurídico-normativas y lógico-rationales para analizar y evaluar la autoridad (normativa, lógico-argumentativa) de los precedentes judiciales. También debería considerarse, en el contexto de los tradicionales conflictos entre juristas doctos que conocen el derecho y legisladores que lo crean sin tener ese conocimiento docto, qué implicaciones tiene que miembros de los tribunales que crean precedentes teoricen sobre esta institución jurídica, y que profesorado que teoriza sobre esta institución también es o ha sido miembro de estos tribunales.

La producción de precedentes judiciales implica un proceso cognitivo complejo, y para su comprensión debe tenerse en cuenta que el estadio actual

del conocimiento científico empírico sobre los procesos de cognición de los humanos, en tanto que seres vivos, está poniendo de manifiesto que no emanan de racionalidades abstractas (*res cogitans*), independientes del mundo y los cuerpos (*res extensa*). Por el contrario, están generados por cogniciones que hay considerar como situadas, encarnadas e interrelacionadas con otras y con el contexto en que se adoptan.

La cognición es *enactiva*, según la caracterización propuesta por los biólogos Varela et al. (1992), siguiendo a su vez los estudios de otro biólogo, Humberto Maturana; es decir, consiste en una acción ya que el mundo no existe independientemente de la forma en que un organismo lo hace emerger mediante sus acciones en él. La cognición está anclada a través del cuerpo, lo que la vuelve también situacional. Descansa, como también pusieron de manifiesto el lingüista Lakoff y el filósofo Johnson (1993), en estructuras preconceptuales y no-proposicionales que la imaginación organiza a partir de nuestra experiencia corporal, dando así sentido a nuestras experiencias en el mundo y posibilitando que podamos compartir significados. Esto implica que también hay que tener en cuenta cómo se manifiesta en la producción de precedentes judiciales la pertenencia a una comunidad política, a una clase social, a una cultura organizacional y popular, o circunstancias como el sexo o la raza de sus autores, puesto que no sólo no puede separarse nada de eso de nuestros modos de conocimiento sino que constituyen precisamente aquello que los activa.

Si aplicamos esta premisa al estudio jurídico de los precedentes judiciales en España, habrá que tener en cuenta las investigaciones que aportan información sobre la enacción que lleva a los precedentes judiciales. Así, aunque estudios sociológicos que se vienen haciendo desde la década de los años setenta del siglo pasado señalan que los jueces españoles reflejan el pluralismo de la sociedad española y que no es un colectivo endogámico (Toharia, 1974a, 1974b, 1987, 1989, 1990b, 2003, 2005), no cabe ignorar tampoco la depuración y represión de jueces y otros operadores jurídicos que se llevó a cabo durante los primeros años de la dictadura (Lanero, 1995, 1996, 2009a, 2009b y 2015). Esto obliga a investigar con más detenimiento hasta qué punto persiste su acervo autoritario y tradicionalista en la institución judicial, tras un férreo control de tantos años sobre la afinidad ideológica de sus miembros, y cuál es su impacto en la producción de precedentes.

Por otra parte y como se vio, hay otros estudios que muestran la mayor presencia de asociaciones profesionales de signo conservador, tradicionalista

y católico (Castillo y Medina, 2015). Esta ideología se ha puesto de manifiesto en temas sensibles como la memoria histórica y la justicia transicional (Aguilar, 2013), mientras que varias investigaciones han mostrado que los magistrados conservadores del Tribunal Supremo son más proclives a resolver recursos de manera más favorable para los empleadores, y que las ideologías políticas y no sólo los razonamientos técnico-jurídicos están muy presentes en las decisiones de recursos en lo contencioso administrativo o relativos a delitos de terrorismo (respectivamente, Garoupa et al., 2022; Dalla Peregrina et al., 2017; Garoupa et al., 2023).

No puede tampoco desatenderse a la circunstancia de que fue a partir de 1966 cuando a las mujeres se les permitió acceder plenamente a la carrera judicial, y que el acceso a estudios universitarios como los jurídicos era muy difícil para las personas de bajas rentas. Aunque algunas investigaciones (García de León y García Cortázar, 1996) revelaron que el acceso a la universidad de personas de clases bajas y de mujeres no muestra un incremento notable hasta la década de los ochenta, en la actualidad, la carrera judicial cuenta con más mujeres que hombres. Sin embargo, hay estudios que muestran cómo esta proporción no se refleja en el ejercicio de las magistraturas en tribunales que emiten precedentes, donde son menos, y a pesar de que la normativa española prevé la paridad.³⁹ Tales datos evidencian menos pluralidad y diversidad de la prevista normativamente.

La comprensión de la autoridad del precedente en toda su complejidad requiere adoptar un enfoque interdisciplinar en su estudio. Esta aproximación interdisciplinar podría articularse desde una filosofía del derecho que recupere su vocación clásica de tronco común disciplinar a partir de un programa de investigación sistémico (que seguramente desaprobaría Joseph Raz,⁴⁰ entre otros filósofos del derecho). En cualquier caso, las posibilidades de tal propuesta y su justificación habrán de abordarse, por razones de espacio, en otro trabajo.

³⁹ Entre los estudios que ponen de manifiesto esta paradoja están Gómez Bahillo et alii, 2016; Montalbán Huertas, [Magistrada del Tribunal Constitucional], 2018; Ruiz Resa, 2020; Blay Gil y González Sánchez, 2022.

Los niveles de acceso y promoción de las mujeres en la carrera judicial se pueden consultar a través de las estadísticas anuales que realiza el propio Consejo General del Poder Judicial: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Estructura-demografica-de-la-Carrera-Judicial/>

⁴⁰ Por ejemplo, Raz, 1982.

V. REFERENCIAS

- Aguilar, P. (2013). Jueces, represión y justicia transicional en España, Chile y Argentina. *Revista internacional de sociología*, 71(2), 281-308.
- Alexy, R. (2001), *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Añón, M. J., Bea, E., López, C., De Lucas, J., Vidal, E. (1988). Las asociaciones profesionales de jueces en el ámbito de la Administración de Justicia (jueces, magistrados y fiscales). *Anuario de Filosofía del Derecho*, 5, 155-194.
- Aparicio, M. A. (1995). *El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*. Universitat de Barcelona.
- Aragoneses, A. (2018). La justicia española frente al espejo de su historia. *Jueces para la democracia*, 93, 35-49.
- Bacigalupo Zapater, E. (2006). Los modelos jurídicos de la casación penal. *Revista del Poder Judicial*, 19, 297-319
- Bastida, F. J. (1986). *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*. Ariel.
- Belloso Martín, N. (2018). Del precedente judicial a los precedentes obligatorios: ¿ventaja o amenaza para los tribunales inferiores? *Revista Electrónica de Direito Processual*, 19(3), 591-626
- Blasco y Gascó, F. (2000). *La norma jurisprudencial. (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*. Tirant Lo Blanch
- Blay Gil, E. & González Sánchez, I. (2022). The glass ceiling in the Spanish Judiciary: explanatory hypotheses based on the magistrates' experiences. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 20(2). <https://doi.org/10.46381/reic.v20i2.673>
- Calvo Rojas, E. (2014). La denominada “doctrina judicial vinculante” en el Anteproyecto de Ley de 2006. *Jueces para la Democracia*, 80, 24-32
- Calvo Vidal, F. M. (1992) *La Jurisprudencia, ¿fuente del Derecho?* Lex Nova.
- Castán Tobeñas, J. (1934). *La formulación judicial del derecho (jurisprudencia y arbitrio de equidad)*. Reus.
- Castán Tobeñas, José (1940). Orientaciones modernas en materia de fuentes del derecho privado. En *Libro homenaje al profesor Don Felipe Clemente de Diego*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- Castillo Ortiz, P. J. y Medina Iborra, I. (2015) El asociacionismo de las profesiones jurídicas en España: análisis de la lógica asociativa de jueces, fiscales y abogados. *Revista española de derecho constitucional*, 105, 109-167.

- Champeil-Desplats, V. (2024). Una reflexión sobre los métodos inter-disciplinares en la ciencia jurídica. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 58, 7-20.
- Champeil-Desplats, V. (2014). *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. Dalloz.
- Clavero Salvador, B. (1992). La gran innovación: Justicia de Estado y Derecho de Constitución. En J. M. Scholz (Coord.). *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España* (pp. 169-188). Vittorio Klosterman.
- Clavero Salvador, B. (2005). *El orden de los poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Trotta
- Clavero Salvador, B. (2014). *España, 1978. La amnesia constituyente*. Marcial Pons.
- Clemente de Diego, F. (1925). *La jurisprudencia como fuente del derecho. Reus*
- Cuéllar González-Serrano, N. (1993). Los fines de la casación en el proceso civil. *Jueces para la Democracia*, 19, 55-61.
- Dalla Pellegrina, L., Garoupa, N. & Gómez-Pomar, F. (2017). Estimating judicial ideal points in the Spanish Supreme Court: The case of administrative review. *International Review of Law and Economics*, 52, 16-28
- De Otto, I. (1987). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel
- De Otto, I. (1989). *Estudios sobre el Poder Judicial*. Ministerio de Justicia.
- Domench Pascual, Gabriel (2013). Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva. *InDret* 1, enero, pp. 1-37.
- Eisenmann, Ch. (2002). El problema de la naturaleza y los fines de la enseñanza del Derecho. En F.J. Laporta (Ed.), *La enseñanza del derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6.
- Esser, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Bosch.
- Falcón y Tella, M. J. (2010). *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*. Marcial Pons.
- Fernández-Crehuet, F. (2011). *Jueces bajo el franquismo: once historias (y una nota sobre la depuración de funcionarios judiciales)*. Comares.
- Fernández Segado, F. (2006) Los overruling de la jurisprudencia constitucional. *Foro*, 3, 27-92.
- Fernández Segado, F. (2013). Las mutaciones jurisprudenciales de la constitución. *Revista de las Cortes Generales*, 90, 7-88.

- Fernández Segado (2015). Un precedente remoto de la judicial review: el control judicial de la legislación de las colonias americanas. *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 19, 129-167.
- Ferreres Comella, V. (1995) *Vinculación del juez a la ley penal*. Consejo General del Poder Judicial.
- Ferreres Comella, V. (2002). *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*. Civitas.
- Ferreres Comella, V. & Xiol Ríos, J. A. (2009), *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Fundación Colegio Jurídico Europeo.
- García Amado, J. A. (2012). Sobre el precedente judicial como argumento y como norma. En M. Otero Parga (Ed.). *Tópica retórica y dialéctica en la jurisprudencia. Estudios en homenaje a Francisco Puy*. Universidad Santiago de Compostela, 163-176.
- García de León, M. A., y García de Cortázar, M. (1996). Universidades y universitarios (1970-1990), *Revista de Educación, Número Extraordinario*, 89-107.
- García-Berrio Hernández, T. (2006). La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación. *Foro Nueva Época*, 4, 127-152.
- García Roca, F. J., & Nogueira Alcalá, H. (2017). El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante. En García Roca, F. J., y E. Carmona Cuenca (Eds.). *¿Hacia una globalización de los derechos?: el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (pp. 71-132). Thomson Reuters Aranzadi.
- Garrido Carrillo, F. J. (2014). Los derechos de participación política de jueces y magistrados. *Revista general de derecho constitucional*, 19.
- Garrido Gómez, I. (2011). El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad. *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, 4, 27-48.
- Garoupa, N., Gómez-Pomar, F., y Segura, A. (2022) Ideology and Career Judges: Reviewing Labor Law in the Spanish Supreme Court. *Journal of institutional and theoretical economics*, 178(2), 170-190
- Garoupa, N., Gómez Pomar, F., Segura, A. & Canudas, S. (2023). Punishing terrorists in the Spanish Supreme Court: has ideology played any role? *European Journal of Law and Economics*, 56, 1–21. <https://doi.org/10.1007/s10657-023-09776-7>
- Gascón Abellán, M. (1993). *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Tecnos.

- Gascón Abellán, M. (2011). Racionalidad y (auto)precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del auto-precedente. *Teoder*, 10, 132-148
- Gascón Abellán, M. (2020). Motivo de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función? En M. Gascón Abellán, y A. Núñez Vaquero (Eds.). *La construcción del precedente en el civil law* (pp. 165-190). Atelier.
- Gómez Bahillo, C., Elboj-Saso, C. & Marcén-Muñoz, C. (2016). Feminización de la judicatura española. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, 70, 199-226.
- Gómez Benítez, J. M. (1995). Seguridad jurídica y legalidad penal. En C. Jiménez Villarejo (Ed.). *Vinculación del juez a la ley penal* (pp.155-166). Consejo general del Poder Judicial.
- Hart, H. L. A. (1962). Definición y Teoría de la Ciencia Jurídica. En *H. L. A. Hart: Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*. Depalma.
- Hernández García, J. (2006). Método decisional y vinculación al propio precedente: notas de urgencia a propósito de la sentencia del pleno de sala de los Penal del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2006. *Jueces para la Democracia*, 55, 3-7
- Igartúa Salaverría, J. (2006). El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 40, 59-78.
- Iturralde Sesma, V. (1995a). El precedente en el *common law*. Civitas.
- Iturralde Sesma, V. (1995b). Las decisiones judiciales como fuente del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 12, 401-424
- Iturralde Sesma, V. (2013a). Precedente judicial. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 194-201
- Iturralde Sesma, V. (2013b) Razonamiento a partir de precedentes. En J. López Hernández, F. Navarro Aznar, Fernando & J. R. Torres Ruiz (Dirs.). *Estudios en homenaje al profesor Alberto Montoro Ballesteros* (pp. 757-767). Ediciones de la Universidad de Murcia.
- Iturralde Sesma, V. (2015). El precedente como una fuente de interpretación (perspectiva desde el derecho continental). En C. Bernal Pulido & T. Bustamante (Coords.). *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Externado de Colombia, 231-259.
- Iturralde Sesma, V. (2016). Igualdad en la aplicación de la ley, precedente y universalidad. En J. A. García Amado (Coord.). *Razonar sobre derechos* (pp. 263-284). Tirant Lo Blanch.

- Lakoff, G. & Johnson, M. (1993). *Philosophy in the Flesh: The Embodied Mind and its Challenge to Western Thought*. Basic Books.
- Lanero, M. (1995). Proyectos falangistas y política judicial (1937-1952): dos modelos de organización judicial del nuevo estado. *Investigaciones históricas: Época moderna y contemporánea*, 15, 353-372;
- Lanero, M. (1996). *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Lanero, M. (2009). La depuración de la magistratura y el ministerio fiscal en el franquismo (1936-1944). *Jueces para la democracia*, 66, 39-57.
- Lanero, M. (2009). De jueces y docentes: reflexiones sobre las lógicas y los tiempos de la depuración administrativa. En J. Cuesta Bustillo (Coord.), *La depuración de funcionarios bajo la dictadura franquista (1936-1975)* (pp. 139-159). Fundación Francisco Largo Caballero.
- Lanero, M. (2015). La inacabable posguerra: depuración de funcionarios en los años cincuenta. El caso de jueces y fiscales. *Letra Internacional*, 121, 83-103.
- Laporta San Miguel, F. J. (1997). Vindicación del precedente judicial en España. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 267-278.
- López Guerra, L. (1997). Legitimidad democrática del juez. *Cuadernos de derecho público*, 1, 43-76.
- López Guerra, L. (2000). La fuerza vinculante de la jurisprudencia. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 442, 1-4.
- López Guerra, L. (2005). La paradoja del poder judicial. Algunas consideraciones respecto del caso español. En L. Aguiar de Luque (Coord.), *Constitución, Estado de las autonomías y justicia constitucional (Libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)* (pp.181-190). Tirant lo Blanch.
- López Guerra, Luis (2015). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. En A. Gimeno Sendra y Regueiro García (Coords.), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales* (pp. 21-44). Universitas.
- López Guerra, L. (2020). Los efectos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el ordenamiento jurídico español. En M. Elósegui Intxaso, C. Morte Gómez, A. M. Mengual i Mallol & G. Cano Palomares (Coords.), *Construyendo los Derechos Humanos en Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa* (pp. 215-230). Tirant Lo Blanch.

- López Vilas, R. (2002), *La Jurisprudencia y su función complementaria del Ordenamiento jurídico*. Civitas.
- Lousada Arochena, F. (2002). La prohibición de concurrencia de los convenios colectivos en la doctrina de casación. *Revista del Poder Judicial*, 66, 641-675.
- MacCormick, N. & Summers, R. S. (Eds.) (1997). *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (pp. 259-292). Dartmouth Publishing-Ashgate Publishing.
- Manzana Laguarda, R. (1992). La casación contencioso-administrativa: una urgencia injustificada. *Jueces para la Democracia*, 15, 18-20
- Martínez Alarcón, M. L. (2004). *La independencia judicial*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Martínez Pérez, F. & López, R. (1992). Los magistrados del Tribunal Supremo 1838-1848: una aproximación prosopográfica a la “justicia moderada”. *Jueces para la Democracia*, 13, 32-46.
- Moliner Tamborero, G. (2012). Fuerza vinculante de las sentencias de casación: referencia especial a las dictadas en unificación de doctrina. *Revista del Poder Judicial*, 93.
- Moral Soriano, L. (2000) Los precedentes del Tribunal Supremo: el acercamiento de la jurisprudencia a la teoría del precedente. *Revista del Poder Judicial*, 57, 119-154.
- Moral Soriano, L. (2002). *El precedente judicial*. Marcial Pons.
- Moral Soriano, L. (2020). Precedente extranjero ¿Diálogo o discurso? En M. Gascón Abellá & A. Núñez Vaquero (eds.). *La construcción del precedente en el civil law* (pp. 237-256). Atelier.
- Montalbán Huertas, I. (2018) La igualdad efectiva de las mujeres en el Poder Judicial. En A. Ventura Franch & S. García Campá (Eds.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007* (pp. 817-841). Thomson Reuters Aranzadi.
- Montero Aroca, J. (2001). *Los principios políticos del nuevo proceso civil*. Tirant Lo Blanch.
- Montero Aroca, J. & Alvarado Velloso, A. (2011). *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos: Moción de Valencia (2006), Declaración de Azul (2008)*. Tirant Lo Blanch.
- Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S., y Calderón Cuadrado M. P. (2019). *Derecho Jurisdiccional*. Tirant Lo Blanch.
- Nieva Fenoll, J. & Oteiza, E. (eds.) (2019). *La independencia judicial: un constante asedio*. Marcial Pons.

- Núñez Vaquero, A. (2016) Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis. *Doxa*, 39, 127-156.
- Núñez Vaquero, A. (2018). Precedente en materia de hechos. *Revista de Derecho*, 31(1), 51-78
- Núñez Vaquero, A. (2020a). Problemas abiertos de la publicación de precedentes. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 43, 104-129.
- Núñez Vaquero, A. (2020b). ¿Violan los precedentes la independencia judicial interna? *Revista de Derecho PUCP*, 84, 303-336.
- Núñez Vaquero, A. (2020c). La relevancia de los hechos para la interpretación (analógica) de precedentes. En M. Gascón Abellá & A. Núñez Vaquero (Eds.). *La construcción del precedente en el civil law* (pp. 81-106). Atelier.
- Núñez Vaquero, A. (2021). Derogación y abandono de precedentes: un marco teórico conceptual sobre la dinámica de precedentes. En M. J. Ariza Colmenarejo (Dir.). *Revisión del sistema de fuentes y su repercusión en el Derecho Procesal*. Dykinson.
- Núñez Vaquero, A. (2022a). *Precedentes. Una aproximación analítica*. Marcial Pons.
- Núñez Vaquero, A. (2022b). Constitutive Rules of Precedent. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 46, 1-17. <https://doi.org/10.4000/revus.8560>
- Núñez Vaquero, A. (2022c) Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes. *Discusiones*, 29, (2).
- O'Callahan, X. (2001). Problemática de la jurisprudencia de la sala de lo civil del Tribunal Supremo. *Estudios de Derecho Judicial*, 34, 383-409.
- Ogayar y Ayllón, T (1975). *Creación judicial del Derecho*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- Ollero Tassara, Andrés (2005). Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ollero Tassara, Andrés (2009) ¿Jueces críticos o ingenieros sociales? En F. Gutiérrez-Alviz & J. Martínez Lázaro (Coords.) *La función y los poderes del juez en una sociedad democrática* (pp. 217-238). Consejo General del Poder judicial.
- Orozco Muñoz, M (2011). *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Aranzadi-Thomson Reuters.
- Pérez Daudí, V. (2021). El precedente judicial. La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto. *Revista General de Derecho Procesal*, 54, 1-30.
- Pérez Ruiz, C. (1987). *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*, Tecnos.

- Pérez Trujillano, R. (2022). La gran olvidada: la justicia española de los siglos XIX y XX como problema de conocimiento histórico. *Revista de historiografía* 37, 379-412. <https://doi.org/10.20318/revhisto.2022.6246>.
- Polizzi, G. E. & Gherardi, S. (2023). La influencia de las asociaciones judiciales en los nombramientos de los altos cargos de la judicatura: ¿un mal o una oportunidad? Una comparación entre las experiencias italiana y española. *Revista de las Cortes Generales*, 115, 289-344.
- Puig Brutau, J. (1951). *La jurisprudencia como fuente de derecho*. Bosch.
- Raz, J. (1982). La naturaleza institucional del Derecho. En *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. UNAM
- Rivero Ortega, R. (1997). ¿Quién custodia a los custodios? Casación y motivación como garantía de control de las decisiones judiciales. *Jueces para la Democracia*, 28, 37-40
- Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría analítica del Derecho*. Marcial Pons.
- Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2017). La posición de las sentencias del tribunal de justicia de la unión europea en el sistema constitucional de fuentes. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 483-514.
- Rosado Iglesias, G. (2006). Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia. *Cuadernos de Derecho Público*, 28, 83-123.
- Rosado Iglesias, G. (2022) La autonomía judicial en España. El Consejo General del Poder Judicial. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 72(282), 271-292. <http://10.22201/fder.24488933e.2022.282.81942>
- Ruiz Miguel, A. & Laporta San Miguel, F. J. (1997). Precedent in Spain. En N. McCormick, & R. S. Summers (Eds.). *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (pp. 259-292). Dartmouth Publishing-Ashgate Publishing.
- Ruiz Resa, J. D. (coord.) (2020) *Informe científico sobre mujeres y las profesiones jurídicas en la Andalucía contemporánea. Niveles de acceso, promoción y autopercepción del desempeño profesional*. Fundación Pública Andaluza Centro de Estudios Andaluces.
- Ruiz-Rico, J. J. & Vera Padial, M. (1988). Juez, Poder Judicial y Administración de Justicia en la elite jurídica española. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 5, 125-154
- Saavedra Ruiz, J. (2011). Tribunal Supremo/tribunal de casación. *Revista del Poder Judicial*, 91, 4-11
- Serrano González, A. (2001). *Un día en la vida de José Castán Tobeñas*. Tirant Lo Blanch.

- Soriano García, J. E. (2012). *El poder, la administración y los jueces (a propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial)*. Iustel.
- Tapia Fernández, I. (2017) ¿El Tribunal Supremo legislador? (el valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera). *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2, 21-80.
- Tarruffo, M. (2018). *Aspectos del precedente judicial*. Coordinación Editorial.
- Toharia, J. J. (1974a). Modernización, autoritarismo y administración de justicia en España. *Cuadernos para el Diálogo*.
- Toharia, J. J. (1974b). Notas sobre el origen social de la judicatura española. *Sistema: revista de ciencias sociales*, 7, 101-122.
- Toharia, J. J. (1987) ¡Pleitos tengas!: Introducción a la cultura legal española. Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Toharia, J. J. (1989). El juez español: quince años después. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 3, 345-364.
- Toharia, J. J. (1991). La ideología política de los jueces. *Psicología Política*, 2, 7-20.
- Toharia, J. J. (2003). Sistema judicial y cultura jurídica en España (1975-2000). En H. Fix-Zamudio, L. M. Friedman, & R. Pérez Perdomo (Eds.). *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización* (pp. 305-359). Consejo General del Poder Judicial.
- Toharia, J. J. & García de la Cruz Hierro, J. J. (2005). *La justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*. Consejo General del Poder Judicial.
- Vallet de Goytisolo, J. B. (1983). El profesor Federico de Castro y el Derecho Notarial. *Anuario de Derecho Civil*, 36(4), 1685-1726.
- Vallet de Goytisolo, J. B. (1998). El concepto del derecho en los maestros De Diego, Castán Tobeñas y Castro Bravo. *Anuario de Derecho Civil*, 57(3), 5-20.
- Varela, F., Thompson, E. & Rosch, E. (1992). *De cuerpo presente. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana*. Gedisa.
- Vecina Cifuentes, J. (2001). Los recursos de casación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *Jueces para la Democracia*, 40, 53-60.
- Vecina Cifuentes, J. (2006). Observaciones urgentes a la proyectada reforma de los recursos de apelación y casación en el orden penal. *Jueces para la Democracia*, 55, 50-74.
- Xiol Ríos, J. A. (2007). El valor vinculante de la jurisprudencia. *Estudios de Derecho Judicial*, 133, 413-457.

Xiol Ríos, J. A. (1986). El precedente judicial, una creación del Tribunal Constitucional. *Poder Judicial*, 3, 25-40.

Cómo citar

Sistema IJ

Ruiz Resa, Josefa Dolores, “Sobre la autoridad del precedente en España: materiales para una aproximación interdisciplinar”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 56, núm. 168, julio-diciembre de 2023, pp. 211-246. <https://doi.org/0.22201/ijj.24484873e.2023.168.18878>

APA

Ruiz Resa, J. D. (2023). Sobre la autoridad del precedente en España: materiales para una aproximación interdisciplinar, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168), 211-246. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18878>

La relevancia normativa de las tesis aisladas y las tesis de jurisprudencia¹

Normative relevance of tesis aisladas and tesis de jurisprudencia

Mario Armando Sandoval Islas

 <https://orcid.org/0009-0000-4212-8158>

Universidad de Génova. Italia

Correo electrónico: 312269021@derecho.unam.mx

RECEPCIÓN: 20 de enero de 2024

ACEPTACIÓN: 12 de abril de 2024

PUBLICACIÓN: 18 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18870>

RESUMEN: En este ensayo defenderé el argumento de que las tesis aisladas y de jurisprudencia no son meros documentos de difusión y tienen una relevancia normativa en el sistema jurídico mexicano. Para defender este argumento utilizaré diversos parámetros. Primero, existen competencias expresas hacia órganos jurisdiccionales para la creación de tesis. Segundo, hay disposiciones que indican que las tesis de jurisprudencia son de aplicación obligatoria. Asimismo, existe jurisprudencia que señala que las tesis aisladas tienen fuerza persuasiva. Tercero, se regula un procedimiento para discutir y aprobar las tesis como documentos independientes de los precedentes. Cuarto, la votación que se da en diversas tesis evidencia que no son meros documentos de difusión. Finalmente, en la realidad, las tesis son utilizadas para fundar resoluciones o incluso revocar decisiones jurisdiccionales. El hecho de que las tesis tengan relevancia normativa genera, a su vez, diversas ventajas y problemáticas que vale la pena reflexionar. **Palabras clave:** precedentes, *ratio decidendi*, regla del precedente, identificación institucional de *rationes decidendi*, tesis de jurisprudencia, tesis aisladas.

ABSTRACT: In this essay, I will assert that “tesis aisladas” and “tesis de jurisprudencia” transcend mere informational documents and hold normative relevance within the Mexican legal system. To substantiate this claim, I will employ various parameters. Firstly, jurisdictional bodies possess the authority to generate these “tesis.” Secondly, legal provisions mandate the application of “tesis de jurisprudencia.” Additionally, case law dictates that “tesis aisladas” carry persuasive weight. Thirdly, there exists a structured process for the discussion and endorsement

¹ Investigación realizada gracias al Programa UNAM-PAPIIT IN302422.

of these “tesis” as independent documents from precedents. Fourthly, the voting patterns observed in numerous “tesis” underscore their substantive nature. Finally, these “tesis” serve as foundational support for legal resolutions and even have the potential to overturn jurisdictional decisions. The normative relevance of these “tesis” engenders both advantages and challenges warranting further examination.

Keywords: precedents, *ratio decidendi*, rule of precedent, institutional identification of *ratio decidendi*, tesis de jurisprudencia, tesis aisladas.

SUMARIO: I. Introducción. II. Conceptos clave en la teoría del precedente. III. Conceptos en el sistema de precedentes mexicano. IV. La relevancia normativa de las tesis en el sistema jurídico mexicano. V. Conveniencias y problemáticas de un sistema de tesis. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

En abril de 2023 se llevó a cabo una mesa de análisis en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte, denominada “El papel de las tesis en el sistema de jurisprudencia por precedentes” (SCJN, 2023b).² La dinámica consistió en que la moderadora planteaba diversos problemas y cuatro personas expertas los discutían. Uno de esos problemas llamó mi atención, ya que se les preguntó si consideraban que las tesis son vinculantes y tienen algún valor normativo. O, por el contrario, si consideraban que las tesis son meros documentos de difusión, y lo que en realidad vincula es la *ratio decidendi* contenida en la sentencia.

El planteamiento es interesante por diversos motivos. ¿Es suficiente que un órgano jurisdiccional aplique una tesis para la solución de un conflicto o necesariamente tiene que hacer una revisión de la sentencia para identificar y aplicar la *ratio decidendi*? Con justas razones las tesis han sido objeto de críticas (Magaloni, 2011, p. 2; Negrete, 2022, p. 19; López, 2022, pp. 234 y 235). Es una realidad que las tesis no siempre reflejan la *ratio decidendi* (Gómora, 2022, p. 106; Camarena, 2018, p. 115) y con frecuencia son utilizadas para definir conceptos. Además, es común que los órganos jurisdiccionales utilicen las tesis y omitan la revisión de la sentencia. Esto evidencia que en la práctica

² En dicha mesa de análisis participaron Alejandra Martínez Verástegui como moderadora y como comentaristas Álvaro Núñez Vaquero, Sandra Gómora Juárez, Gladys Morales e Ivonne Ávalos.

del precedente en México se utilicen tesis que, en realidad, no son aplicables para la solución de determinados casos.

Por otra parte, la Suprema Corte ha señalado que las tesis únicamente tienen efectos publicitarios (Tesis: P. LXIV/97, 1997). Asimismo, ha indicado que, en caso de duda, se debe dar preferencia a la *ratio* del precedente sobre la tesis (Tesis: P. LXXXI/95 (9a.), 1995).³ En este sentido, a partir de la reforma de 2021 se establece en la Constitución (1917)⁴ que la *ratio decidendi* contenida en la sentencia es de aplicación obligatoria. Es decir, podría parecer que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de revisar la sentencia para identificar y aplicar la *ratio decidendi*.

Sin embargo, tal y como se demostrará en páginas siguientes, también existen diversos argumentos para considerar que las tesis son de aplicación obligatoria o persuasiva. En este ensayo trataré de determinar, con base en diversos parámetros, si las tesis tienen alguna relevancia normativa o si, por el contrario, son meros documentos de difusión. Mi hipótesis es que las tesis sí tienen una relevancia normativa en el sistema jurídico mexicano.

Mis objetivos son los siguientes. En primer lugar, estableceré un marco teórico con conceptos fundamentales de la teoría del precedente. Posteriormente, trataré de explicar el sistema de precedentes mexicano⁵ bajo dichos conceptos fundamentales. Después, defenderé la idea de que las tesis son documentos que identifican la *ratio decidendi* de un precedente y tienen relevancia normativa. Finalmente, enunciaré algunas ventajas y desventajas de tener un sistema de tesis.

³ Se hace referencia a la tesis cuando es objeto de una contradicción, es decir, cuando resulta confusa o contraria al propio precedente, se debe preferir este último.

⁴ El artículo 94 en su párrafo 12 indica lo siguiente:

“Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas”.

⁵ Existe una diferencia entre sistema y orden jurídico (Bulygin, 2015). En este ensayo hago referencia al sistema jurídico mexicano a partir de las reformas en materia de precedentes de 2021.

II. CONCEPTOS CLAVE EN LA TEORÍA DEL PRECEDENTE

1. Función jurisdiccional

La función jurisdiccional es una actividad esencial del Estado que consiste en resolver controversias entre particulares; entre particulares y autoridades, y entre estas últimas (Fernández, 2022, p. 227). La función jurisdiccional se lleva a través de procedimientos en los que las autoridades toman distintas decisiones jurisdiccionales, por ejemplo, admiten demandas, desechan pruebas, dictan sentencias, etcétera.⁶ Las decisiones jurisdiccionales se caracterizan porque se contestan planteamientos con base en disposiciones normativas (Ovalle, 2016, pp. 134 y 135).

Ahora bien, ciertas decisiones jurisdiccionales⁷ pueden considerarse como precedentes siempre y cuando reúnan algunas cualidades. Por ahora, vale la pena aclarar que no solamente una sentencia puede ser considerada como precedente. En efecto, la sentencia es un tipo de decisión jurisdiccional que resuelve una controversia. Sin embargo, existen diversas decisiones jurisdiccionales, como los acuerdos o los cumplimientos de sentencias, que han dado origen a precedentes.

2. Precedente y *ratio decidendi*

Para efectos de este trabajo de investigación un precedente es una decisión jurisdiccional. Para que una decisión jurisdiccional cuente como precedente

⁶ El concepto de jurisdicción debe explicarse, hoy en día, bajo una coherencia constitucional. Es decir, resulta reduccionista explicar a la jurisdicción centrada en los actos procesales (Andrés, 2015, p. 80). En efecto, la jurisdicción tiene que ser explicada tomando en cuenta el control constitucional de actos y normas, así como la garantía y protección de derechos humanos.

⁷ En la teoría general del proceso existen discrepancias acerca de las notas distintivas de la jurisdicción. Por ejemplo, se ha cuestionado si la jurisdicción implica, necesariamente, la existencia de controversias. Asimismo, se ha cuestionado si es posible que se ejerza la jurisdicción cuando se contesta a simples planteamientos que no entrañan conflicto alguno. En este ensayo me limito a señalar que cuando se ejerce la jurisdicción se contestan pretensiones con base en disposiciones normativas. De esta manera los precedentes son decisiones jurisdiccionales y no quedan excluidas, por ejemplo, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana o los expedientes varios de la Suprema Corte mexicana. En otro texto me ocuparé de estudiar si es posible que todos los precedentes pueden ser considerados decisiones jurisdiccionales.

debe contener una o más *rationes decidendi*. En un precedente el órgano jurisdiccional crea al menos una norma que es relevante para la solución de casos futuros (Núñez, 2022, p. 130). Esa norma es llamada *ratio decidendi* y constituye un elemento indispensable de un precedente. Sin embargo, no utilizo la palabra precedente como sinónimo de *ratio decidendi*. En mi opinión, un precedente no contiene única y exclusivamente la *ratio*. Un precedente puede contener más elementos, por ejemplo, presupuestos procesales, *obiter dicta*, una norma individual que resuelve el conflicto, entre otros (Bulygin, 2021, p. 385).

Una decisión jurisdiccional que no contenga una o más *rationes decidendi* no cuenta como precedente. Por ejemplo, en la doctrina se ha referido que si los órganos jurisdiccionales retoman un precedente y únicamente citan y aplican su *ratio decidendi*, entonces no se crea un precedente. Asimismo, se dice que las decisiones jurisdiccionales en las que solamente se apliquen textualmente las disposiciones creadas por el legislador no cuentan como precedentes (Marinoni, 2013, pp. 251 y 252; Zanetti, 2015, pp. 435 y 436).⁸

En un precedente la autoridad jurisdiccional crea una o más normas las cuales son llamadas *rationes decidendi*. ¿Cómo son creadas estas normas por el órgano jurisdiccional? A través de la interpretación.⁹ En todo precedente se hace un ejercicio de interpretación y se crean normas. En la doctrina se ha señalado que, mientras que la disposición es un enunciado normativo, la norma es el significado que el intérprete le atribuye a la disposición. La operación intelectual que lleva de la disposición a la norma es, precisamente, la interpretación. La interpretación tiene como objeto a la disposición y su resultado es la norma (Guastini, 2014, p. 77 y 78). En un precedente se hace una interpretación y se crea una o más normas que tienen relevancia

⁸ Estas dos ideas dependen de cuál teoría de la interpretación se adopte.

⁹ Se ha discutido mucho acerca de qué actividad es la interpretación jurisdiccional. En la doctrina se han constatado al menos tres teorías. La teoría cognitiva indica que la interpretación es un acto de conocimiento. Así, el intérprete descubre el verdadero y correcto significado de las disposiciones. Por su parte, la teoría realista toma en serio la equívocidad y la vaguedad del lenguaje de las disposiciones. Para el realismo, antes de la interpretación no existe algún significado objetivo en las disposiciones, sino que todas son susceptibles de interpretaciones distintas y los intérpretes son libres de atribuirles cualquier significado. Finalmente, la teoría ecléctica postula que hay casos fáciles en los que la interpretación significa conocimiento de las disposiciones y casos difíciles en los que el juez sí interpreta y crea normas (Guastini, 2012, pp. 190-192; Chiassoni, 2019, pp. 191-197; Sitala, 2000, pp. 4 y 5).

para la solución de casos futuros. Esa norma es, para efectos de este ensayo, la *ratio decidendi*.¹⁰

Una *ratio decidendi* es, precisamente, una norma general y abstracta contenida en un precedente y que es relevante para la solución de casos futuros (Núñez, 2022, p. 106; Pulido, 2021, p. 14).¹¹ La *ratio* es una norma abstracta y general porque no regula a personas o conductas particulares. Es decir, una norma es general si regula a una clase de supuestos de hecho (Guastini, 2017, p. 46) y es abstracta si regula a una clase de sujetos. Ahora bien, la *ratio* es una norma que está dotada de relevancia para la solución de casos futuros. Es decir, no sólo tiene *eficacia* entre las partes de un proceso, sino que ayuda y es utilizada para la solución de casos futuros (Núñez, 2022, p. 220-224). Que una *ratio decidendi* tenga relevancia puede significar que es obligatoria o vinculante. Sin embargo, como se abordará posteriormente, existen otras formas en las que se puede manifestar la relevancia de una *ratio*. La norma que establece la relevancia de una *ratio* se llama regla del precedente.

3. Regla del precedente y relevancia normativa

Si una *ratio decidendi* está dotada de relevancia es porque otra norma, llamada regla del precedente, así lo establece (Núñez, 2022, p. 131). La relevancia puede estar contenida en reglas, estándares y principios, que dan algún tipo de *cualidad* a las *rationes*. La relevancia puede manifestarse de muy diversas maneras. Pongo dos ejemplos. Una *ratio decidendi* puede ser obligatoria y/o vinculante para otras autoridades jurisdiccionales.

La regla del precedente puede indicar que una *ratio* es vinculante si constituye una condición necesaria para la validez de ciertas decisiones jurisdiccionales. En otras palabras, la *ratio* es vinculante en tanto condiciona la validez de determinadas decisiones jurisdiccionales a su aplicación. Si se desconoce y no se aplica la *ratio* se tiene como consecuencia la nulidad de la decisión ju-

¹⁰ El concepto de *ratio decidendi* ha sido tratado de diversas formas. Se ha afirmado que la *ratio* es un criterio jurídico, el principio o los fundamentos que justifican la decisión (Gascón, 2015, p. 68). También se ha indicado que la *ratio* es una regla jurídica que determina la solución del caso (Schauer, 2012, p. 55). Incluso, muchas veces se suele incluir el elemento vinculante o persuasivo en el concepto de *ratio decidendi* (MacCormick, 2017, p. 252). Hago notar que Schauer se refiere al *holding* y señala que es similar pero no idéntico a la *ratio decidendi*.

¹¹ Pulido Ortiz identifica a los precedentes como las normas generales y abstractas, en la medida en que sus destinatarios son una clase de personas y casos hipotéticos.

risdiccional. Por otra parte, la regla del precedente puede prescribir que una *ratio* es obligatoria cuando exige su aplicación. Es decir, se exige la realización de una conducta consistente en aplicar la *ratio*. En caso de que no se aplique la *ratio* se tiene como consecuencia una sanción, como respuesta al no seguimiento de la prescripción (Pulido, 2021, pp. 11 y 25; Arriagada, 2021, p. 78).

Ahora bien, las dos manifestaciones de relevancia enunciadas no son las únicas. ¿De qué otras maneras se puede manifestar la relevancia de una *ratio decidendi*? Probablemente esta pregunta sea la más complicada de responder en la teoría del precedente. Pero de una cosa estoy seguro y es que reducir la relevancia de las *rationes* en los sistemas jurídicos a si son obligatorias o persuasivas, es una descripción simple y alejada de la realidad.¹²

Hay una cuestión que debemos tener en cuenta si queremos entender la relevancia de las *rationes decidendi*. La relevancia no necesariamente proviene de disposiciones escritas. Hay sistemas jurídicos que contienen reglas que expresamente indican, por ejemplo, que ciertas *rationes* son de aplicación obligatoria. Sin embargo, en los sistemas jurídicos también esas reglas pueden existir de facto. Es decir, a pesar de que no haya reglas escritas, los jueces en la práctica pueden considerar a ciertas *rationes* como vinculantes y obligatorias (Kristjánsson, 2023, p. 88).¹³

Existen en la doctrina una gran cantidad de propuestas acerca de cómo se manifiesta la relevancia de las *rationes decidendi*.¹⁴ En mi opinión, es suma-

¹² Durante el ejercicio profesional he observado que la *ratio* de un precedente se aplica por diversas razones. Por ejemplo: 1) porque es obligatorio aplicarla, 2) porque no aplicarla podría generar una sanción, 3) porque de no aplicarla se anularía la decisión jurisdiccional, 4) porque aplicarla ayuda a tener una mejor fundamentación en la decisión jurisdiccional, 5) porque, a pesar de no ser obligatoria ni vinculante, sí fue creada por un órgano jurisdiccional de superior jerarquía en el poder judicial, 6) porque se quiera superar a otra *ratio decidendi*.

¹³ Kristjánsson refiere que no es suficiente la descripción de los precedentes como vinculantes o persuasivos. En su opinión, los precedentes pueden ser vinculantes en diferentes maneras. Desde que haya un deber institucional hasta el hecho de que una persona o institución siga el precedente bajo el principio de igualdad.

¹⁴ Por ejemplo, Pierluigi Chiassoni (2015) ha descrito ocho diversas formas: 1) sistemas de relevancia prohibida, 2) sistemas de relevancia argumentativa muy débil, 3) sistemas de relevancia argumentativa débil, 4) sistemas de relevancia argumentativa fuerte, 5) sistemas de vinculación débil, 6) sistemas de vinculación fuerte, 7) sistemas de vinculación muy fuerte, 8) sistemas de relevancia discrecional (p. 56). Este autor hace una reconstrucción de los tipos de relevancia a partir de una crítica hacia otros cuatro modelos tradicionales de relevancia: 1) obligatorias y vinculantes, 2) persuasivas de facto, 3) justificativas de forma complementaria y 4) guías meramente ilustrativas (Chiassoni, 2015, p. 53). Otros autores, como Álvaro Núñez

mente complicado proponer un modelo que explique todo tipo de relevancias de las *rationes decidendi* en un sistema jurídico. En todo caso, es oportuno analizar caso por caso. Considero que para saber la relevancia de cada *ratio decidendi* necesitamos observar, al menos, lo siguiente:

- Las disposiciones legisladas que la dotan de relevancia (si es que existen disposiciones legisladas).
- Cómo razonan las autoridades jurisdiccionales al momento de aplicarla.
- Las consecuencias de aplicar o no aplicar la *ratio decidendi*.

En efecto, un primer paso sería analizar las disposiciones escritas. Podríamos observar que, en un sistema jurídico, se regulan diversos requisitos para la creación de *rationes* y generalmente se pone énfasis en las autoridades jurisdiccionales que las crean, el tipo de procedimiento a través del cual se crean y las votaciones alcanzadas. Algunas *rationes* son creadas por votaciones unánimes y por las cortes supremas. Otras *rationes* son creadas por consensos mayoritarios, pero no unánimes. Otras más son creadas por los órganos jurisdiccionales inferiores en las estructuras del Poder Judicial. Hay sistemas jurídicos, como el mexicano, que establecen que ciertas *rationes* tienen que ser reiteradas cierto número de veces para ser vinculantes, pero no podemos afirmar que en tanto no se reiteren carecen de total relevancia. Todas estas cuestiones pueden estar reguladas en disposiciones escritas. Dependiendo de si se cumplen o no los requisitos mencionados, la relevancia de las *rationes* puede variar.

Ahora bien, una cosa son las disposiciones escritas y otra lo que las autoridades jurisdiccionales resuelvan en la realidad. Puede suceder, por ejemplo, que los órganos jurisdiccionales apliquen *rationes* que ni siquiera estén dotadas de relevancia por disposiciones legisladas. Tal sería el caso de las *rationes* creadas por órganos jurisdiccionales de primera instancia (Duxbury, 2008, p. 91)¹⁵ que, de acuerdo con cierto derecho legislado, no serían ni obligatorias ni vin-

(2022) han optado por un solo requisito, afirmando que una *ratio* tiene relevancia normativa si su presencia justifica en mayor medida una decisión jurisdiccional. En otras palabras, el seguimiento de *rationes* sería una condición *contribuyente* para la validez de otras decisiones (p. 199).

¹⁵ Neil Duxbury hace notar que la fuerza normativa o vinculante no es una propiedad de la *ratio decidendi*. En efecto, señala que pueden existir decisiones de cortes inferiores con una *ratio decidendi*. La fuerza del precedente no se reduce a la *ratio decidendi*. En todo caso el *stare decisis* es otro principio.

culantes, pero que en la realidad pueden ser utilizadas con frecuencia para la solución de conflictos (Taruffo, 2007, pp. 93 y ss).¹⁶ De lo anterior concluyo que la relevancia de una *ratio* también puede estar dada por normas de facto.

Asimismo, para saber la relevancia de las *rationes decidendi* hay que observar las consecuencias de aplicarlas o no. Quizá el derecho legislado indique que de no aplicarse una *ratio* se tenga que anular la decisión jurisdiccional, pero en la realidad no haya consecuencia alguna. Incluso, en la práctica puede suceder que, a pesar de que una *ratio* tenga únicamente fuerza persuasiva de acuerdo con las disposiciones legisladas, en la realidad su no aplicación traiga aparejada la nulidad de la decisión.

En mi opinión, es complicado establecer qué tipo de relevancia tiene una *ratio* observando únicamente el derecho legislado. La realidad es que en muchos sistemas jurídicos se crean una cantidad considerable de precedentes y muchas veces las disposiciones legisladas quedan *rebasadas*. Además, la aplicación de una gran cantidad de *rationes* hace que en ocasiones haya discrepancia entre la relevancia dada por las disposiciones y la relevancia que, de hecho, les dan los órganos jurisdiccionales. Quizá las disposiciones escritas sean el comienzo del estudio, pero habría que analizar *ratio* por *ratio* y su aplicación dentro de un sistema jurídico para determinar su relevancia.

4. Identificación institucional de *rationes decidendi*¹⁷

La identificación institucional de *rationes decidendi* es un mecanismo a través del cual un órgano de carácter público indica en un documento cuál es la *ra-*

¹⁶ Taruffo realizó diversas reflexiones en cuanto a la *fuera* del precedente. En primer lugar, el precedente vertical depende de la estructura judicial. De esta manera, los precedentes de cortes supremas tienen autoridad sobre los tribunales inferiores. El precedente horizontal se da entre órganos del mismo nivel, pero esto depende de la cualidad del precedente. El autor pone otros ejemplos como el autoprecedente o el precedente como ejemplo, destacando la fuerza que pueden tener los precedentes internacionales o de jurisdicciones diversas. O incluso, los precedentes creados por los tribunales inferiores que influyen a sus pares. Esta situación evidencia que es complicado proponer un modelo de relevancia normativa de precedentes en los sistemas jurídicos.

¹⁷ En mi opinión, Álvaro Núñez Vaquero ha realizado una valiosa contribución al tema de la identificación institucional de *rationes decidendi* desde la teoría analítica del derecho. Esto es una herramienta útil para las personas que operan en sistemas jurídicos, como el mexicano, en los que existe toda una tradición de identificación institucional de *rationes decidendi*.

tio decedendi de un precedente.¹⁸ Es decir, algunos órganos tienen competencia para, en primer lugar, identificar *rationes decidendi* y, en segundo lugar, crear normas en las que expresen cuál es la *ratio*. Los documentos en los que se puede hacer la identificación pueden ser diversos. La *ratio* puede ser identificada y puesta en: 1) el propio precedente, 2) en otras decisiones jurisdiccionales, 3) en un documento de carácter normativo diferente al precedente, y 4) en documentos que no tienen carácter normativo (Núñez, 2022, pp. 272, 273, 280 y 281).¹⁹

Por otra parte, es posible que un órgano tenga competencia para identificar *rationes decidendi* pero tales identificaciones no tengan ningún tipo de valor normativo. Por ejemplo, existen dependencias académicas, como los centros constitucionales de España, Perú, Chile y México²⁰ que hacen este tipo de identificaciones, pero no tienen ningún tipo de relevancia normativa (Núñez, 2022b, p. 46). Sin embargo, la situación cambia si en los sistemas jurídicos se otorgan competencias expresas a órganos jurisdiccionales para realizar estas identificaciones (Bustamante, 2010, p. 146).²¹ Asimismo, estos documentos pueden tener algún tipo de relevancia dada por otras normas.

¹⁸ Riccardo Guastini (2014) describió un proceso similar. Para este autor, interpretar una sentencia consiste en analizar y extraer la *ratio decidendi*. Se identifica y se formula la norma general de la que se ha inferido la decisión. Aunque el autor también reconoce que la *ratio* es una norma que puede estar expresa o tácitamente en la sentencia (p. 259).

¹⁹ La identificación institucional de *rationes* está relacionado con uno de los principales problemas en la teoría del precedente: ¿cómo se identifica la *ratio decidendi* de un precedente? Una de las posiciones más conocidas es que la *ratio decidendi* depende y se identifica de acuerdo con los hechos materiales del caso (Goodhart, 1959, p. 118). Sin embargo, también se ha señalado que los hechos no pueden explicar las razones por las que un tribunal resuelve de un modo u otro (Schauer, 2012, pp. 50 y 51). En efecto, existen *rationes decidendi* que son producto de procedimientos jurisdiccionales en donde no se analizan hechos materiales. Por ejemplo, en el control concentrado de constitucionalidad de normas no se analizan hechos materiales, sino únicamente un proceso legislativo que culmina, se sospecha, con una norma que no guarda concordancia con la Constitución.

²⁰ El Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte mexicana ha publicado una serie de libros en los que recoge precedentes. En estos libros se identifican a las *rationes decidendi* y a pesar de que no tienen relevancia normativa son utilizados por órganos jurisdiccionales para identificar precedentes. Asimismo, a través de estos libros se recopilan líneas jurisprudenciales.

²¹ Thomas Bustamante ha descrito a las sùmulas brasileras como un resumen relativamente autoritativo que es aprobado por la Suprema Corte. En este sentido, refiere que las sùmulas tienen un parecido con las *massimas* italianas. Los tribunales tienen sus repertorios de sùmulas y los juristas les suelen atribuir un valor autoritativo.

Por ejemplo, pueden ser de aplicación obligatoria. También, pueden existir sistemas jurídicos en los que se utilicen estos documentos para el planteamiento y solución de controversias.²²

Así como propuse algunos parámetros para saber la relevancia de una *ratio decidendi*, también considero que esos parámetros ayudan para descifrar la relevancia de un documento que identifica una *ratio decidendi*:

- Analizar las disposiciones legisladas.
- Observar cómo el documento de identificación es usado y aplicado por órganos jurisdiccionales.
- Analizar las consecuencias de aplicar o no aplicar el documento de identificación institucional de las *rationes*.

III. CONCEPTOS EN EL SISTEMA DE PRECEDENTES MEXICANO

En México, los precedentes pueden ser creados por los órganos jurisdiccionales de las entidades federativas y del Poder Judicial de la Federación. En efecto, nada impide que juzgados, tribunales y salas constitucionales de las entidades federativas creen precedentes cuyas *rationes* sean utilizadas por otros órganos jurisdiccionales de la misma entidad.²³ Sin embargo, en este trabajo

²² No se ha explorado suficientemente si la identificación institucional de *rationes* preserva los valores que un sistema de precedentes busca proteger. Las razones que justifican un sistema de precedentes pueden ser muy variadas. Se ha afirmado que la obligación de seguir precedentes se justifica con bases morales, aun y cuando no existan disposiciones expresas que obliguen a ello. Así, la justificación del precedente estaría fundada en la igualdad, estabilidad y fiabilidad. Esta justificación moral también limitaría la discrecionalidad de los jueces (Lewis, 2023, p. 10) ya que el seguimiento y aplicación de precedentes salvaguarda valores como la independencia e imparcialidad judicial. Cuando los precedentes no son seguidos y aplicados se sospecha que los jueces resuelven influenciados por factores ilegítimos (Baltrimas, 2016, p. 54).

Un sistema de identificación institucional de *rationes* puede preservar, anular o maximizar los valores que busca proteger un sistema de precedentes dependiendo de su incorrecto o correcto funcionamiento. En la teoría del precedente, la identificación de *rationes decidendi* es un tema poco explorado. En países como Perú, Brasil, Italia y México, se desarrollan este tipo de identificaciones en la práctica (Núñez, 2022, p. 44 y ss). Incluso, muchas veces las autoridades jurisdiccionales acuden a la revisión y aplicación de estos documentos y no propiamente a los precedentes.

²³ Tal sería el caso de la Sala Constitucional de la Ciudad de México, autoridad que, de hecho, tiene competencia para crear un tipo de jurisprudencia para la entidad. Ver el artículo

me voy a centrar en los precedentes que son creados única y exclusivamente por el Poder Judicial de la Federación.

Como es de conocimiento público, en 2021 se dieron una serie de reformas constitucionales y legales en las que se establecieron diversas reglas para el funcionamiento del precedente en México. En la Constitución, en la Ley de Amparo, en leyes orgánicas y en diversos acuerdos se introdujeron diversos conceptos que vale la pena distinguir y analizar bajo el marco teórico propuesto anteriormente.

1. Razones que justifican la decisión

De una interpretación de la Constitución (1917), de la Ley de Amparo (2013) y de diversos acuerdos generales de la Suprema Corte (2019 y 2021), sostengo que las *rationes decidendi* de los precedentes del Poder Judicial de la Federación son definidas como las razones que justifican las decisiones. Además, parece que el legislador reguló los elementos que debe contener una *ratio decidendi*. En efecto, de una interpretación del artículo 218 de la Ley de Amparo puedo concluir que algunas *rationes decidendi* están compuestas por lo siguiente:

- Hechos relevantes.
- El criterio jurídico que resuelve el problema.
- La justificación expuesta por el tribunal para adoptar el criterio.

Ahora bien, no debemos confundir a las razones que justifican la decisión con el concepto de *tesis*, el cual se explicará posteriormente. Por otra parte, he mencionado que las *rationes decidendi* en un sistema jurídico pueden estar dotadas de diferentes tipos de relevancia. Algunas *rationes* pueden ser obligatorias, otras persuasivas, otras vinculantes, etcétera. Considero que es un error afirmar que en el sistema jurídico mexicano todas “las razones que justifiquen la decisión” de los precedentes del Poder Judicial de la Federación son obligatorias y vinculantes para otras autoridades jurisdiccionales. Como ya he mencionado, las razones por las que dichas *rationes* no son obligatorias ni vinculantes pueden ser muy diversas.

35 de la Ley Orgánica de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México (2019).

2. Jurisprudencia

Hay *rationes decidendi* de precedentes del Poder Judicial de la Federación que son llamadas, en su conjunto, jurisprudencia. Defino a la jurisprudencia como el conjunto de *rationes decidendi*,²⁴ creadas por algunos órganos del Poder Judicial de la Federación, que son de aplicación obligatoria y vinculante para ciertos órganos jurisdiccionales.²⁵

Asimismo, las reglas del sistema jurídico mexicano regulan al conjunto de *rationes* llamado jurisprudencia y prevén, al menos, las siguientes cuestiones:

- Para cuáles autoridades es obligatoria la jurisprudencia.
- Qué autoridades pueden crear jurisprudencia.
- Desde qué momento es obligatoria la jurisprudencia.
- En dónde está contenida la jurisprudencia.
- En dónde se puede consultar la jurisprudencia.
- Los tipos de jurisprudencia que pueden crearse dependiendo del procedimiento y de las autoridades jurisdiccionales.²⁶

En mi opinión, la jurisprudencia única y exclusivamente está contenida en precedentes y no en tesis. La Constitución, la Ley de Amparo y los Acuerdos de la Suprema Corte, constantemente hacen referencia a la expresión “las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias...”.

²⁴ Marina Gascón ha referido que la jurisprudencia es una regla contenida en la sentencia, es decir, su *ratio decidendi*. Esta regla expresa la interpretación del derecho y constituye una guía para casos futuros. La autora señaló que hay escritores, entre los que se encuentra Taruffo, que entienden al precedente y a la jurisprudencia como cosas distintas. Sin embargo, la distinción parece que se refiere al *modus operandi* de la jurisprudencia en sistema del *civil law*, una caótica red de interpretaciones abstractas y parciales de la ley que dificulta un papel uniformador (Gascón, 2020, p. 167).

²⁵ De acuerdo con el artículo 94 de la Constitución (1917), la jurisprudencia es creada por órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación.

²⁶ Dependiendo de la autoridad y del tipo de procedimiento, el nombre de la jurisprudencia será distinto, a saber: 1) jurisprudencia por precedentes obligatorios, 2) jurisprudencia por reiteración y 3) jurisprudencia por contradicción de criterios. Asimismo, no se desconoce la jurisprudencia que puede crear el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la cual se regula, entre otras disposiciones, en el artículo 214 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (2021).

De manera que, como se abordará posteriormente, es un error confundir a la jurisprudencia con una tesis de jurisprudencia.

Ahora bien, considero que el legislador no fue preciso al redactar que las *rationes* están contenidas en sentencias. En efecto, la sentencia es una decisión jurisdiccional que resuelve una controversia (Ovalle, 2016, p. 135), pero sostengo que las *rationes decidendi* pueden estar contenidas, no sólo en sentencias, sino en diversas decisiones jurisdiccionales. Existen innumerables decisiones jurisdiccionales que no son sentencias y que contienen jurisprudencia. Tal sería el caso de los recursos que dan lugar a diversas instancias, las admisiones de demandas o los propios cumplimientos de sentencia.

Por otra parte, he referido que la jurisprudencia es un conjunto de *rationes* obligatorias y vinculantes. En este sentido, la jurisprudencia es *obligatoria* en la medida en que, si un determinado órgano jurisdiccional no la aplica, puede recibir una sanción.²⁷ Además, la jurisprudencia es *vinculante* en el sentido de que, de no aplicarse u observarse en una determinada decisión jurisdiccional, ésta puede ser anulada o invalidada por un órgano superior.

Finalmente, quiero insistir en que, además de las *rationes* llamadas jurisprudencia también existen *rationes* de precedentes del Poder Judicial de la Federación que no son llamadas jurisprudencia y que no son obligatorias ni vinculantes. Es decir, también hay precedentes que contienen razones que justifican la decisión (*ratio decidendi*), pero dichas razones pueden tener otro tipo de relevancia normativa.

3. Tesis aisladas y de jurisprudencia

Las tesis existen en nuestro orden jurídico desde hace más de un siglo. Su regulación y aplicación han ido cambiando a través del tiempo (Sánchez, 2020, p. 405). Actualmente, las tesis aisladas y de jurisprudencia se utilizan para distintos fines en la práctica del derecho mexicano. Las personas que litigan las citan en las demandas; los órganos jurisdiccionales las utilizan para fundamentar sentencias; ministras y ministros de la Suprema Corte las leen durante las sesiones públicas para defender sus argumentos; incluso, las tesis son utilizadas en la enseñanza del derecho como documentos de carácter conceptual. En este trabajo me voy a centrar en la regulación y aplicación *actual* de las tesis.

²⁷ Véase el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (2021).

Una tesis es un documento que identifica la *ratio decidendi* de un precedente creado por algún órgano jurisdiccional del Poder Judicial de la Federación. La estructura de las tesis está regulada en el artículo 218 de la Ley de Amparo (2013). Vale la pena hacer la siguiente distinción: de acuerdo con el legislador, la estructura de las *rationes decidendi* no es igual que la estructura de las tesis. En efecto, las tesis contienen elementos que, por supuesto, no forman parte de las *rationes decidendi*. Tal sería el caso del rubro y los datos de identificación. Además, si observamos a las tesis publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* contienen otros datos que tampoco son parte de la *ratio* de un precedente. Tal sería el caso de la fecha de su publicación. También vale la pena señalar que existen dos procedimientos jurisdiccionales que no dan lugar a tesis. Así, desde hace años se estableció que los procedimientos jurisdiccionales llamados acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales no dan origen a tesis (Acuerdo General Número 19/2013).

Como se demostrará posteriormente, una tesis de jurisprudencia puede resultar de aplicación obligatoria y vinculante. Sin embargo, la tesis no es en sí misma la jurisprudencia contenida en el precedente. Cuando se crea una tesis, una autoridad identifica la *ratio* y la pone en otro documento. Pero de esto no podemos concluir que la tesis de jurisprudencia y la jurisprudencia contenida en el precedente sean lo mismo. De hecho, puede suceder y sucede con frecuencia, que la jurisprudencia (verdadera y correcta) del precedente no se vea reflejada en la tesis de jurisprudencia. O, dicho en otras palabras, puede suceder que las autoridades encargadas de identificar la *ratio* se equivoquen y terminen extrayendo del precedente *obiter dicta*, es decir, cuestiones accesorias (Camarena, 2018, p. 111 y 115).

También puede suceder que la *ratio* verdadera y correcta del precedente sí se vea reflejada en la tesis. Sin embargo, dado que existe todo un procedimiento de creación de las tesis, sostengo que son documentos independientes de los precedentes. Por lo tanto, no podemos confundir a la jurisprudencia como *ratio* de un precedente y a una tesis de jurisprudencia como el documento que identifica la *ratio* del precedente. Así como hay diversas reglas que regulan a la jurisprudencia, también hay diversas reglas que regulan a las tesis y que establecen, al menos, lo siguiente:

- Qué estructura y contenido tienen las tesis.
- Quién puede crear una tesis.
- El procedimiento a través del cual se crean las tesis.

- Desde qué momento son obligatorias u orientadoras las tesis.
- En dónde se pueden consultar las tesis.

Ahora bien, las cosas se complican más si tomamos en cuenta que también existen las llamadas tesis aisladas. Estas tesis también identifican la *ratio decidendi* de un precedente. Sin embargo, la *ratio* contenida en ese precedente no es obligatoria ni vinculante para otras autoridades jurisdiccionales, sino que, de acuerdo con el derecho escrito, es únicamente orientadora. Con todo, no debemos confundir a la *ratio* no obligatoria del precedente con el documento llamado tesis aislada que la identifica.

Esta explicación pone de manifiesto dos cosas. En primer lugar, en el sistema jurídico mexicano existen varios tipos de relevancia para diferentes tipos de *rationes decidendi* contenidas en precedentes. Las razones por las que una *ratio* de un precedente no es obligatoria ni vinculante pueden ser variadas. Por ejemplo: no se alcanzó la votación requerida o no han tenido la reiteración necesaria. En segundo lugar, las tesis aisladas también identifican una *ratio* de un precedente. Pero al identificar una *ratio* no obligatoria ni vinculante, el documento se llama tesis aislada y no tesis de jurisprudencia.

En suma:

- Si se identifica a una *ratio* de un precedente que es obligatoria y vinculante el documento que se crea se llama tesis de jurisprudencia.
- Si se identifica a una *ratio* de un precedente que no es obligatoria ni vinculante, pero sí orientadora, el documento que se crea se llama tesis aislada.

Por otra parte, es común que en la cultura jurídica mexicana se utilice la palabra jurisprudencia para referirse a una tesis de jurisprudencia. Esto es un error, ya que, al regularse todo un procedimiento de creación, así como competencias expresas para ciertas autoridades, las tesis son documentos independientes de las *rationes* de los precedentes. Además, como se demostrará a continuación, las tesis, de acuerdo con diversas reglas del sistema jurídico, tienen relevancia como documentos independientes del precedente.

IV. LA RELEVANCIA NORMATIVA DE LAS TESIS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

1. Competencia para crear tesis

De acuerdo con el artículo 218 de la Ley de Amparo (2013), hay tres autoridades que tienen competencia para crear tesis: la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos Regionales de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito. Es decir, las mismas autoridades que votan el precedente con su respectiva *ratio* son las encargadas de discutir y aprobar la tesis. No se desconoce que distintas secretarías y la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte intervienen en el procedimiento de creación, teniendo la facultad de realizar observaciones (Acuerdo General número 17/2019; Acuerdo General 1/2021).

Parece dudoso que se tenga que regular un procedimiento de discusión y aprobación, así como competencias expresas hacia órganos jurisdiccionales, para crear meros documentos de difusión. En este sentido, las tesis sí que se diferencian de otros documentos de divulgación que también publica la Suprema Corte. En años recientes, a través de redes sociales, se publican documentos de divulgación pocas horas después de que se votan los precedentes. A diferencia de las tesis, no existen competencias expresas hacia órganos jurisdiccionales para crear estos documentos de difusión.

2. Carácter obligatorio y vinculante de las tesis de jurisprudencia

Las tesis de jurisprudencia son de aplicación obligatoria. Esta aseveración la sustento con dos disposiciones escritas, a saber: los puntos Sexto (numeral 18) y Noveno del Acuerdo General 1/2021 del Pleno de la Suprema Corte, los cuales utilizan las siguientes expresiones:

- “[...] aplicación obligatoria de las tesis jurisprudenciales” (Acuerdo General 1/2021).
- “Se considerará de aplicación obligatoria un criterio jurisprudencial a partir del lunes hábil siguiente, al día en que la tesis jurisprudencial o la sentencia cuyas razones constituyan jurisprudencia, sea publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*” (Acuerdo General 1/2021).

La segunda transcripción, incluso, da a entender que en el género “criterio jurisprudencial” se contemplan las especies de 1) tesis jurisprudencial y 2) sentencia cuyas razones constituyan jurisprudencia. Esta situación hace suponer que los órganos jurisdiccionales tienen discrecionalidad para aplicar, o bien la *ratio decidendi* contenida en el precedente o el documento llamado tesis de jurisprudencia que identifica a dicha *ratio decidendi*.

3. Carácter orientador de las tesis aisladas

El carácter “orientador” de las tesis aisladas se ha establecido en la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación y en la práctica del derecho. Por ejemplo, la Segunda Sala de la Corte ha indicado que el artículo 94 de la Constitución únicamente hace referencia a la obligatoriedad de la jurisprudencia y, por lo tanto, las tesis aisladas no pueden invocarse como derechos adquiridos. Incluso, se ha afirmado que es *dable* pero no obligatorio que los órganos jurisdiccionales utilicen las tesis aisladas y los precedentes de las que provienen (Tesis: 2a./J. 195/2016 (10a.), 2017). Por otra parte, un Tribunal Colegiado también ha indicado que, a pesar de que las tesis aisladas no tienen un carácter obligatorio y/o vinculante de acuerdo con el artículo 217 de la Ley de Amparo, lo cierto es que tienen un grado orientador e incluso “persuasivo” (Tesis XXX.2o.3 K (11a.), 2022).

4. Procedimiento de creación de tesis

Los procedimientos para crear tesis han sido regulados en la Ley de Amparo y en diversos acuerdos de la Suprema Corte (2013, 2019, 2021). Incluso, recientemente, la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2021) publicó un manual didáctico en el que señala, entre otras cosas, los pasos que se siguen en el procedimiento de creación de las tesis.

La Suprema Corte, los Plenos Regionales y los Tribunales Colegiados tienen distintos procedimientos para la elaboración de tesis. No es objeto de este trabajo de investigación detallar cada uno de esos procedimientos, por lo que se invita a la persona lectora a revisar el Acuerdo General 17/2019 de la Suprema Corte (2019). Ahora bien, de acuerdo con la experiencia que obtuvo en la Suprema Corte y con base en los acuerdos ya citados, me importa resaltar las siguientes cuestiones:

- En el procedimiento de creación de tesis participan autoridades jurisdiccionales y no jurisdiccionales.
- Las autoridades no jurisdiccionales tienen diversas facultades, como realizar observaciones y correcciones a las tesis propuestas y aprobadas por los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, quien tiene la “última palabra” es el órgano jurisdiccional.
- En el caso de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados, se pueden formular las propuestas de tesis junto con los proyectos de los precedentes. Sin embargo, esto es discrecional, por lo que puede suceder (y sucede la mayoría de las veces) que los proyectos de tesis se elaboren después de que se vota el precedente.
- Entre que se vota un precedente y se aprueba su respectivo engrose existe un lapso que puede tardar varios meses o años. Hasta que se aprueba el engrose del precedente se tiene la facultad de elaborar “el proyecto definitivo de tesis”. Este proyecto se distribuye entre los integrantes del órgano jurisdiccional y existe otro tiempo de reflexión acerca del contenido de las tesis propuestas. Finalmente se discuten, votan y publican.
- Las tesis son discutidas y votadas en sesiones distintas que las sesiones en las que se votan los precedentes. En mi experiencia, el lapso entre una sesión y otra puede durar meses.
- Las sesiones para discutir y aprobar tesis en la Suprema Corte son privadas. La sociedad no conoce los argumentos para incluir o no incluir partes del precedente en la tesis.

5. ¿Qué se discute cuando se votan las tesis?

Después de que se propone un proyecto la tesis se vota en una sesión privada. ¿Qué es lo que se discute antes de que se apruebe y publique una tesis? En primer lugar, si las tesis fueran meros documentos de difusión, la discusión se tendría que centrar simplemente en si se publica o no se publica la tesis. De esta manera, se podría argumentar, por ejemplo, que la *ratio* reflejada en la tesis propuesta ya se refleja en otra tesis. Por lo tanto, se votaría en contra de la publicación. También se podría argumentar, con fundamento en el artículo 218 de la Ley de Amparo, que no existe un criterio relevante que amerite la creación de una tesis. Es decir, de acuerdo con el marco teórico propuesto al inicio, no se habría creado una *ratio* relevante para la solución de otros asuntos. De esta manera, se tendría que votar en contra de la publi-

cación. Sin embargo, en mi experiencia en la Suprema Corte estos escenarios no se llevan a cabo.

Las tesis que son publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* reflejan la votación del precedente. Pero, en la Suprema Corte, ministras y ministros pueden advertir que las tesis contienen consideraciones que no compartieron desde la votación del precedente. En estos casos no se refleja exactamente la votación del precedente, sino que se remarca que se está a favor o en contra de las consideraciones reflejadas en las tesis. Se ponen algunos ejemplos extraídos del *Semanario Judicial de la Federación*:

- El Ministro “[...]formuló voto concurrente en el que se separa de algunas consideraciones contenidas en la presente tesis.” (Tesis: 1a./J. 207/2023 (11a.), 2023).
- El Ministro “[...]votó en contra del sentido, pero a favor de las consideraciones contenidas en esta tesis[.]” (Tesis: P. I/2019 (10a.), 2020).
- “unanimidad de cuatro votos en relación con el criterio contenido en esta tesis” (Tesis: 2a./J. 56/2022 (11a.), 2022).

Esta situación evidencia que sí se hace una reflexión respecto del contenido de la tesis. El problema es que dicha reflexión se centra en si la tesis contiene consideraciones por las que se votaron a favor o en contra en el precedente. Sin embargo, considero que la reflexión y discusión se debe centrar en si se identifica correctamente la *ratio decidendi*. Es decir, el momento para expresar si se está a favor o en contra de la *ratio* se da en la votación del precedente. Pero considero que cuando se discute una tesis se debe analizar si la misma refleja o no refleja la *ratio decidendi*.

De acuerdo con mi experiencia en la Suprema Corte, previo a la aprobación de las tesis, existe la oportunidad de hacer comentarios respecto de si se tienen que agregar o quitar partes del precedente. En efecto, previo a la sesión se distribuyen notas entre los equipos de las y los ministros, con sugerencias respecto a lo que se tiene que modificar. En mi opinión, el procedimiento de discusión y votación de tesis es perfectible. Las autoridades que tienen competencia para crear tesis deben discutir seriamente si la *ratio* se identifica o no correctamente.

6. Aplicación real de las tesis y consecuencias

El uso constante de tesis aisladas y de jurisprudencia evidencian su relevancia en el sistema jurídico mexicano. En la inmensa mayoría de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación las tesis son utilizadas para fundar decisiones jurisdiccionales. Desde los juzgados de primera instancia hasta en el Pleno de la Suprema Corte, el uso y utilización de tesis es evidente.

Asimismo, es frecuente que, la Suprema Corte cite y aplique tesis aisladas y de jurisprudencia cuando revoca decisiones jurisdiccionales de los tribunales colegiados. Tomemos como ejemplo el amparo directo en revisión 5336/2022 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2023).²⁸ En un estudio preliminar acerca de lo que resolvió el Tribunal Colegiado, en materia de defensa adecuada penal, la Corte hizo la siguiente reflexión: “Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que ese pronunciamiento puede ser contrario a la jurisprudencia 1a./J. 26/2015 (10a.) y a la tesis aislada 1a. CCCLXXV/2015 (10a.) de esta Primera Sala[...]” (SCJN, 2023, pp. 9 y 10).

En esta decisión jurisdiccional, la Primera Sala transcribió la tesis de jurisprudencia y la tesis aislada referentes al tema de defensa adecuada. Cabe señalar que, ya en el estudio de fondo sí se retomaron consideraciones del precedente del cual se originó la tesis de jurisprudencia, pero no del precedente del cual se originó la tesis aislada.

Por otra parte, en el mismo amparo se hizo una reflexión para no estudiar diversos temas que no se consideraron de constitucionalidad y posteriormente, se aplicaron tesis aisladas y de jurisprudencia para justificar esa decisión. Cabe aclarar que no se retomaron consideraciones directamente de los precedentes que originaron las tesis. Este tipo de prácticas son comunes, tanto en las salas de la Corte como en el Pleno, sobre todo cuando se analizan presupuestos procesales. Es decir, las tesis son utilizadas como documentos con relevancia normativa para fundar decisiones jurisdiccionales.

²⁸ Salvo la materia penal, dicha decisión jurisdiccional la escogí al azar. Y al igual que dicha decisión, en la Segunda Sala y en el Pleno de la Corte se realiza la práctica descrita.

V. CONVENIENCIAS Y PROBLEMÁTICAS DE UN SISTEMA DE TESIS

En el uso y aplicación de precedentes un problema central es la identificación de la *ratio* (MacCormick, 1987, p. 157 y 158)²⁹ o la jurisprudencia en el precedente. Si los órganos jurisdiccionales no pueden identificar la *ratio* entonces la finalidad de un sistema de precedentes no se puede alcanzar. Para que la *ratio* pueda ser usada y aplicada en el futuro es necesario una claridad en el precedente. Los jueces y los juristas deben poder individualizar con facilidad la *ratio* (Gascón, 2020, pp. 177 y 178). En este sentido, la identificación de *rationes decidendi* y su eventual fijación en un documento puede representar ventajas.

Las tesis son documentos, generalmente cortos, que pueden ser conocidos y difundidos fácilmente. A esto hay que agregarle que, si se tiene un buen entrenamiento para buscar tesis en el *Semanario Judicial de la Federación*, encontrar *rationes* para la solución de casos concretos puede resultar sencillo. Además, los sistemas de identificación institucional de *rationes* pueden tener ventajas si tomamos en cuenta que, en la mayor parte de países, los órganos jurisdiccionales, principalmente los de menor jerarquía, se encuentran rebasados por la cantidad de trabajo (Núñez, 2022b), de manera que analizar precedentes con cientos de páginas puede resultar una tarea complicada.

Otras de las razones por las que sería conveniente un sistema de identificación institucional es que, en el proceso de creación del documento se podría tener una deliberación y discusión acerca de cuál es la *ratio correcta* de un precedente. Esta situación resultaría positiva si tomamos en cuenta que en la mayoría de los precedentes no se enuncia expresamente la *ratio*, lo que lleva a que posteriormente los órganos jurisdiccionales interpreten el precedente y extraigan diversas *rationes decidendi*, muchas veces resultando incorrecta la identificación y aplicación de ellas.

La identificación institucional de *rationes decidendi* también puede significar problemas muy serios. En primer lugar, los órganos jurisdiccionales pueden identificar incorrectamente la *ratio decidendi*, lo que puede dar lugar a que, para la solución de conflictos, se apliquen documentos que contengan *obiter*

²⁹ MacCormick señala que es una cuestión controvertida si se puede encontrar una *ratio* en un precedente. Hay teorías que describen a la *ratio* como algo que se puede identificar y hay otras teorías escépticas que la describen como una referencia ilusoria, que finalmente, son lo que el operador desea. El autor opta por una teoría formal.

dicta (Taruffo, 2007, pp. 88 y ss).³⁰ Esta situación provoca que en el funcionamiento de precedentes se trabaje con una *ratio* viciada de origen. Incluso, sucede que la tesis que no refleja la *ratio* va trazando a través del tiempo una línea jurisprudencial (Gómora, 2022, p. 106).

Otra de las desventajas es que, muchas veces las cortes supremas llegan a una decisión con razonamientos muy variados por parte de los jueces. Esta situación tornaría imposible plasmar en un documento la *ratio decidendi*. En otras palabras, se puede tener una mayoría suficiente para la resolución, pero no para la fijación de una *ratio* porque pueden existir diversas razones en los votos de los jueces (Marinoni, 2022, pp. 84 y ss).³¹

En la práctica del precedente en México y como una cuestión adversa al uso de las tesis se encuentra el “copia y pega”. Se copia y pega la tesis sin realizar ninguna operación analítica de la *ratio* empleada para la justificación de la decisión (Gómora, 2022, p. 110). Esta práctica es constante en el funcionamiento de precedentes en México. Es común encontrar, tanto en demandas como en decisiones jurisdiccionales, diversas tesis copiadas y pegadas que no van acompañadas de un razonamiento para el planteamiento o solución de conflictos.

En mi opinión, el sistema de tesis puede tener buenos resultados siempre y cuando los operadores sepan identificar correctamente la *ratio decidendi*. Debido a que la cantidad de precedentes creados por el Poder Judicial de la Federación es altísima, existe una gran dificultad para conocerlos. Las partes

³⁰ Taruffo realizó diversas críticas a las *massimas* italianas creadas por la Corte de Casación. Al analizar las diferencias entre el precedente y la jurisprudencia, el autor refirió que, esta última se usa de forma causal, confusa, desordenada e irracional. Para resolver asuntos, se escogen numerosas sentencias o *massimas* sin ningún criterio y se piensa que entre más se citen se fundamenta mejor. Además, el autor describe un fenómeno parecido al mexicano, ya que describe a las *massimas* como enunciaciones en pocas frases, por lo que la recolección de jurisprudencia se parece a una recolección de normas, un poco más detallada que los códigos. Asimismo, el autor critica que los textos que constituyen jurisprudencia no incluyan los hechos. Estas descripciones, sin duda, se asemejan a las tesis mexicanas que se creaban hace pocos años.

³¹ Marinoni se ha posicionado en contra de las llamadas tesis o sùmulas que identifican institucionalmente las *rationes*. Este autor afirmó que para establecer las razones de una sentencia se tiene que identificar cómo los juzgadores se posicionaron. En opinión del autor, independientemente de que se alcance un consenso en la decisión existe una dificultad para fijar en un documento la *ratio decidendi*. Una decisión plural tiene consenso en el resultado, pero es incapaz de establecer una sola *ratio decidendi*.

que litigan y los propios órganos jurisdiccionales acuden a las tesis para conocer las *rationes* de los precedentes.

Además, para aprobar tesis se tiene que llevar a cabo un procedimiento serio de discusión acerca de si se identifica correctamente la *ratio decidendi*. Antes, las tesis se utilizaban para plasmar conceptos, por lo que me parecen adecuadas las críticas que se han hecho en este sentido. Sin embargo, actualmente se regula en la Ley de Amparo que las tesis tienen que reflejar la *ratio decidendi* del precedente. Muchas veces los operadores no son conscientes de que se está aprobando un documento con relevancia normativa, el cual será utilizado para la fundamentación de decisiones jurisdiccionales. Sólo a través de una adecuada capacitación, los operadores tendrán las habilidades necesarias para identificar correctamente la *ratio* de un precedente.

VI. CONCLUSIONES

La hipótesis que se señaló al inicio del ensayo fue que las tesis aisladas y de jurisprudencia no son meros documentos de difusión, sino que tienen una relevancia normativa, es decir, pueden ser persuasivas, vinculantes, obligatorias, etcétera. La hipótesis ha sido confirmada con diversos argumentos. En primer lugar, el hecho de que existan competencias expresas y un procedimiento para crear tesis pone en duda que se traten de meros documentos de difusión. Por otra parte, el Acuerdo General 1/2021 establece que las tesis de jurisprudencia son de aplicación obligatoria. Además, la propia Suprema Corte se ha encargado de establecer una relevancia normativa hacia las tesis aisladas. Asimismo, en la práctica del precedente en México se aplican las tesis para la solución de conflictos o incluso, como en el ejemplo puesto en este ensayo, se revocan decisiones jurisdiccionales por no seguir tesis aisladas y de jurisprudencia.

Sin embargo, el hecho de que las tesis posean relevancia y sean utilizadas para la solución de conflictos representa otros problemas. Es una realidad que muchas tesis no reflejan la *ratio decidendi* de los precedentes. Además, con frecuencia los órganos jurisdiccionales copian y pegan las tesis sin realizar reflexiones y razonamientos acerca de por qué son aplicables. El hecho de que las tesis tengan relevancia normativa ha provocado un exceso de confianza hacia estos documentos. Se piensa que por copiar y pegar tesis se argumenta mejor.

Si pretendemos que un sistema de tesis funcione correctamente debemos de tomarnos con suficiente seriedad lo que son, es decir, documentos que identifican la *ratio decidendi* de un precedente y que tienen relevancia para la solución de casos futuros. Asimismo, resulta indispensable un entrenamiento hacia los operadores para que puedan identificar correctamente la *ratio decidendi*. Finalmente, el proceso de creación y discusión de tesis tiene que perfeccionarse, de manera que se discuta seriamente si se identifica o no la *ratio decidendi*. Esta última reflexión cuestiona si, además de la votación del precedente, se tiene que reflejar la votación de si se está a favor o en contra de la identificación de la *ratio decidendi*.

VII. REFERENCIAS

- Acuerdo General Número 19/2013, de veinticinco de noviembre de dos mil trece, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se regula la difusión del Semanario Judicial de la Federación vía electrónica, a través de la página de internet de este Alto Tribunal.
- Acuerdo General número 17/2019, de veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Acuerdo General número 1/2021, de ocho de abril de dos mil veintiuno, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se determina el inicio de la Undécima Época del Semanario Judicial de la Federación, y se establecen sus bases.
- Andrés Ibáñez, P. (2015). *Tercero en discordia jurisdicción y juez del Estado constitucional*. Trotta.
- Arriagada Cáceres, M. y Núñez Vaquero, A. (2021). ¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia? Un examen desde la teoría analítica del derecho. *Revista Ius et Praxis*, 27(1). 75-94.
- Baltrimas, J. (2016). Legal Precedent and Innovation. *International Network of Doctoral Studies in Law, 4º International Conference of Phd Students and Young Researchers*.
- Bulygin, E. (2015). Time and validity. *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press.
- Bulygin, E. (2021). Sentencia judicial y creación de derecho. En C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Trotta.

- Bustamante, T. and Godoi Bustamante, E. (2010). Constitutional Courts as 'Negative Legislators': The Brazilian Case. *Revista Jurídica Piélagus*, 9,137-156.
- Camarena González, R. (2018). La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En C. Bernal Pulido, R. Camarena González y A. Martínez Verástegui (Eds.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Chiassoni, P. (2015). La filosofía del precedente: análisis conceptual y reconstrucción racional. En C. Bernal Pulido y T. Bustamante (Eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Universidad Externado de Colombia.
- Chiassoni, P. (2019). *El problema del significado jurídico*. Fontamara.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).
- Duxbury, N. (2008). *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press.
- Fernández Ruiz, J. (2022). *Poder Judicial*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6824-el-poder-judicial>
- Gascón Abellán, M. (2015). La racionalidad y el (auto) precedente: breves consideraciones sobre el fundamento y las implicaciones de la regla del auto-precedente. En C. Bernal Pulido y T. Bustamante (Eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Universidad Externado de Colombia.
- Gascón Abellán, M. (2020). Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función?. En M. Gascón Abellán y Á. Núñez Vaquero (Coord.), *La construcción del precedente en el Civil Law*. Atelier.
- Gómora Juárez, S. (2022). Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes: casos de la vida real. *Discusiones*, 29(2), 95-117. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2022.3618>
- Goodhart, A. L. (1959). The Ratio Decidendi of a Case. *The Modern Law Review*, (22), 117-124. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.1959.tb02164.x>
- Guastini, R. (2012). *Interpretación, Estado y Constitución*. ARA Editores y Ediciones AXEL.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Político y Constitucionales de Madrid.
- Guastini, R. (2017). *Las fuentes del derecho fundamentos teóricos* (2a. ed.). Legales Ediciones.

- Kristjánsson, H. (2023). Elements of precedent. En T. Endicott, H. Kristjánsson, y S. Lewis (Eds). *Philosophical Foundations of Precedent*. Oxford UP. <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0007>
- Lewis, S. (2023). On the Nature of Stare Decisis. En T. Endicott, H. Kristjánsson, y S. Lewis (Eds). *Philosophical Foundations of Precedent*. Oxford UP. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4059625>
- Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2013).
- Ley Orgánica de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México (2019).
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (2021).
- López Medina, D. (2022). Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica. La transformación de la “jurisprudencia” tradicional en el “precedente” contemporáneo: hacia una historia regional entrelazada de las fuentes del derecho en América Latina. En A. Martínez Verástegui (coord.), *Teoría y práctica del precedente judicial en iberoamérica*. Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/teoria-y-practica-del-precedente-judicial-en-iberoamerica>
- MacCormick, N. (1987). Why Cases have rationes and what these are?. En L. Goldstein, *Precedent in Law*, Clarendon Press Oxford.
- MacCormick, N. (2017). *Retórica y Estado de derecho una teoría del razonamiento jurídico*. Palestra.
- Magaloni, A. L. (2011). *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*. <http://hdl.handle.net/11651/1324>
- Marinoni, L. (2013). *Precedentes Obligatorios*. Palestra Editores.
- Marinoni, L. (2022). Ratio decidendi: Otras formas de identificación. *Discusiones*, 29(2), 77-94. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2022.3442>
- Marshall, G. (2016). What is binding on a precedent. En D. N. MacCormick, R. S. Summers, y A. L. Goodhart, *Interpreting Precedents*. Taylor & Francis Group.
- Negrete Cárdenas, M. R. (2022). *El precedente judicial en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Un estudio crítico con motivo de la reforma judicial 2021*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6974-el-precedente-judicial-en-la-jurisprudencia-de-la-suprema-corte-de-justicia-de-la-nacion-un-estudio-critico-con-motivo-de-la-reforma-judicial-2021>

- Núñez Vaquero, A. (2022). *Precedentes: una aproximación analítica*. Marcial Pons.
- Núñez Vaquero, A. (2022b). Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes. *Discusiones*, 29(2), 31-75. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2022.3174>
- Ovalle Favela, J. (2016). *Teoría General del Proceso* (7a. ed.). Oxford.
- Pulido Ortiz, F. B. (2021). La regla del precedente, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 34(2), 9-28. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-09502021000200009>
- Sánchez Gil, R. (2020). El precedente judicial en México. Fundamento constitucional y problemas básicos. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(43), 377-432. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2020.43.15189>
- Sitala, R. (2000). *A Theory of Precedent From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Bloomsbury.
- Schauer, F. (2012). *Thinking like a lawyer, a new introduction to legal reasoning*, Harvard University Press.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2021), *Manual para la elaboración de tesis*, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala (2023), Versión pública del Amparo Directo en Revisión 5336/2022.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (20 de abril de 2023b). Mesa de análisis El papel de las tesis en el sistema de Jurisprudencia por precedentes 20 04 23 [Archivo de Vídeo]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=d6TFzcpbjhE&t=1954s>
- Taruffo, M., (2007), “Precedente y jurisprudencia”, *Precedente. Revista Jurídica*. Tesis: P. LXXXI/95 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octubre de 1995, t. II, p. 81. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/200298>
- Tesis: P. LXIV/97 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, mayo de 1997, t. V, p. 166. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/198709>
- Tesis: 1a./J. 207/2023 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, noviembre de 2023. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027792>
- Tesis: P. I/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, enero de 2020, t. I, p. 562. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2021412>
- Tesis: 2a./J. 56/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octubre de 2022, t. III, p. 2242. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2025360>
- Tesis: 2a./J. 195/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, enero de 2017, t. I, p. 778. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013380>

Tesis XXX.2o.3 K (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, diciembre de 2022, t. III, p. 2649. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2025623>
Zaneti jr., H. (2015). *El valor vinculante de los precedentes teoría de los precedentes normativos formalmente vinculantes*. Raguél.

Como citar

Sistema IJ

Sandoval Islas, Mario Armando, “La relevancia normativa de las tesis aisladas y las tesis de jurisprudencia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 56, núm. 168, julio-diciembre de 2023, pp. 247-275. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18870>

APA

Sandoval Islas, M. A. (2023). La relevancia normativa de las tesis aisladas y las tesis de jurisprudencia, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168), 247-275. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18870>

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 autprecedente 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 autprecedente no podría existir sin el conocimiento público de las decisiones, aparte de su autor. Esto es así salvo en el caso residual del autprecedente 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 autprecedente 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 t_0 , cuya *ratio decidendi se recoge* en una decisión en t_1 . 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 delineen 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>