

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?*

ARE RULES GOVERNING THE USE OF PRECEDENT NECESSARY?

Fabio Enrique PULIDO ORTIZ**

Resumen:

Este trabajo se ocupa de la pregunta por el carácter contingente o necesario de la regla de precedente en los ordenamientos jurídicos. Se argumenta que la regla de precedente en sentido amplio (aquella que configura el funcionamiento de los precedentes judiciales) es una norma necesaria de los sistemas jurídicos. En el trabajo se identifican tres formas (exhaustivas y excluyentes) que puede adoptar la regla de precedente: a) una regla de precedente vinculante, b) una regla de precedente como admisión, y c) una regla de precedente como rechazo. Se concluye que la forma que adopte la regla de precedente es contingente en cada ordenamiento jurídico. No obstante, bien sea por las razones conceptuales asociadas a la noción de normas de competencia o por la centralidad del principio de legalidad, lo cierto es que en aquellos ordenamientos jurídicos que no contemplen las condiciones para crear, modificar y aplicar precedentes judiciales se debe entender que existe implícitamente una regla de precedente como rechazo.

Palabras clave:

precedente judicial, regla de precedente, normas constitutivas, normas de competencia, normas prescriptivas.

* Artículo recibido el 30 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 12 de diciembre del 2021.

** Profesor Asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, Colombia. Correo electrónico: fabio.pulido@unisabana.edu.co, <https://orcid.org/0000-0002-1100-9962>. Este artículo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “la política con toga: un estudio del activismo judicial” (DER-60-2019) financiado por la Dirección General de Investigaciones de la Universidad de La Sabana. Agradezco los comentarios de los asistentes al seminario “La construcción del precedente en el *civil law*: debates, conceptos y desafíos”, y especialmente a María Beatriz Arriagada, Álvaro Núñez Baquero y Sandra Gómora Juárez por sus observaciones y críticas.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

Abstract:

This paper addresses the issue of the necessary or contingent nature of the rules governing the use of precedent in legal systems. The author argues that the rules governing the use of precedent in a broad sense (rules that define the legal operation of judicial precedent) are necessary in of legal systems. This paper identifies three different (exclusive and exhaustive) kinds of rules governing the use of precedent: a) binding rules governing the use of precedent, b) rules admitting the use of precedent and c) rules rejecting the use of precedent. It is concluded that the way the rules governing the use of precedent is established depends on each legal system. Even so, whether because of the conceptual reasons associated with the rules of competence or the centrality of the rule of law, when a legal system does not define the conditions to create, amend and apply judicial precedents, it can be said there are implicit rules rejecting the use of precedent.

Keywords:

Judicial Precedent, Rule of Precedent, Constitutive Rules, Power-Conferring Rules, Mandatory Rules.

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Tipos de normas*. III. *La regla de precedente*. IV. *¿Es necesaria la regla del precedente?* V. *Conclusión*. VI. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Existe una distinción básica entre *la regla de precedente y los precedentes judiciales* (Pulido, 2018). La regla de precedente se refiere a la norma del sistema jurídico que define el funcionamiento normativo de los precedentes judiciales. Los precedentes judiciales, por otro lado, son normas generales originadas en una decisión judicial que resultan relevantes para la toma de decisiones jurídicas futuras.¹ A manera de ejemplo, supongamos que el tribunal constitucional establece (en su *ratio decidendi*) que “no son constitucionales las sanciones disciplinarias a los abogados por conductas que no trasciendan ni afectan sus deberes profesionales”. Asumamos que en el sistema jurídico se tiene definido que la *ratio decidendi* de esas sentencias vinculan a los jueces en casos posteriores. Con base en este ejemplo, puede verse la diferencia entre el precedente judicial surgido en la *ratio decidendi* de la sentencia (*i. e.* que son inválidas las sanciones disciplinarias por conductas que no trasciendan ni afectan los deberes profesionales del abogado) y la regla de precedente que define sobre el carácter vinculante de esos precedentes.

En este orden de ideas, el artículo se ocupa de la pregunta sobre qué significa contar con una regla de precedente y si esa norma es necesaria o contingente en los ordenamientos jurídicos. En primer lugar, se sostiene que la regla de precedente en sentido amplio (*i. e.* aquella norma que configura el funcionamiento de los precedentes judiciales) es una norma necesaria en los ordenamientos jurídicos.

¹ En palabras de Núñez Vaquero, los precedentes judiciales son aquellas decisiones jurisdiccionales que contienen una norma general relevante para la justificación de otras decisiones jurisdiccionales (2021, p. 335). De una forma más restringida, los precedentes judiciales han sido entendidos como “la regla de decisión contenida en la sentencia, su *ratio decidendi*, que expresa la interpretación o concreción del Derecho que se lleva a cabo en la resolución del caso y que constituye una guía para resolver casos futuros sustancialmente iguales” (Gascón, 2020 p. 167).

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

En segundo lugar, se identifican tres formas (exhaustivas y excluyentes) que puede adoptar la regla de precedente en sentido estricto: *a)* una regla de precedente vinculante, *b)* una regla de precedente como admisión y *c)* una regla de precedente como rechazo. Se subraya que la forma que adopte la regla de precedente en sentido estricto es contingente en cada ordenamiento jurídico. Se finaliza argumentando que, bien sea por las razones conceptuales asociadas a la noción de normas de competencia o por la centralidad del principio de legalidad, lo cierto es que en aquellos ordenamientos jurídicos que no contemplen las condiciones para crear, modificar y aplicar precedentes judiciales se debe entender que existe implícitamente una regla de precedente como rechazo.

II. TIPOS DE NORMAS

Los ordenamientos jurídicos están compuestos por dos tipos de normas: normas prescriptivas (*v. gr.* la norma que obliga a usar mascarilla) y normas constitutivas (*v. gr.* la norma jurídica que establece las condiciones para realizar un testamento). Las normas prescriptivas son aquellas que se encargan de dirigir la acción, exigiendo o permitiendo la realización (o no realización) de determinados tipos de acción. Así, la prohibición de consumir bebidas alcohólicas en espacio público, la obligación de presar servicio militar o la facultad de transitar por las vías públicas son ejemplos de este tipo de normas. Las normas constitutivas, por otra parte, son aquellas que definen ciertos estados de cosas, y dentro de las cuales resultan fundamentales aquellas que establecen las condiciones para la identificación, creación y aplicación de otras normas. Son ejemplos de normas constitutivas las normas civiles que definen las condiciones para realizar testamentos, o las normas constitucionales que establecen las condiciones para hacer leyes o reformas constitucionales.²

En la explicación de las normas prescriptivas es indispensable diferenciarlas de las normas sancionatorias. Una cosa es que el dere-

² Esta distinción ha sido planteada, con diferencias en detalles que no resultan relevantes para este trabajo, en Hart (1994) y Von Wright (1963).

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

cho exija una conducta (*v. gr.* la obligación de usar mascarilla) y otra distinta que el derecho contemple sanciones como estrategia para motivar a los individuos a cumplir con el deber (*v. gr.* una multa, el arresto o, incluso, sanciones positivas o premios). Las normas prescriptivas son normas conceptualmente independientes de las normas sancionatorias, por lo que es posible una acción prescrita sin una sanción (Raz, 1990). Por el contrario, las normas que establecen sanciones tienen una dependencia conceptual y justificatoria con las normas prescriptivas. Para que exista una sanción por realizar la conducta Φ es porque existe una prescripción de no realizar Φ . Por lo tanto, no tiene sentido afirmar que existe una sanción jurídica por hacer Φ si no existe una norma prescriptiva que exige no hacer Φ (Pulido, 2019).

Para ejemplificar esta explicación, imaginemos la siguiente situación: un decreto expedido en el marco de la emergencia causada por el covid-19 establece que “es obligatorio usar mascarilla en todos los lugares públicos”, y que “quien incumpla esta prohibición será multado con hasta 60 días de salarios mínimos legales vigentes”. En este ejemplo, es sencillo distinguir entre (1) el deber creado en la ley, a saber: la obligación de usar mascarilla, y (2) la sanción, en este caso la multa. Por lo dicho, existe una separación conceptual entre (1) y (2). Imaginemos que el gobierno ha decidido ahora que quien incumpla con la obligación tendrá una prisión de cuatro a cinco años (es decir, deroga la multa y establece la prisión como sanción). Al modificar (2), *i. e.* al derogar la multa y crear la pena de prisión, no está modificando (1). En otros términos, si bien es cierto que se está modificando la sanción, el deber continúa siendo el mismo: usar mascarilla. Supongamos ahora que la sanción (*i. e.* la pena de prisión) es declarada inconstitucional por el tribunal constitucional, quien, además, tiene competencia para expulsar del ordenamiento jurídico a las normas inconstitucionales. Pues bien, ese tribunal, en efecto, declaró inconstitucional esa norma por considerarla desproporcionada y, en consecuencia, la expulsó del ordenamiento jurídico.

Como se ve, la expulsión de la norma que establece la sanción no es una condición ni necesaria ni suficiente para argumentar que no existe la obligación legal de usar mascarilla. De hecho, a pesar de que la sanción esté derogada, no significa que ahora esté permitido

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

no usar mascarilla. Es más: las autoridades de policía podrán continuar exigiéndole a los transeúntes que usen la mascarilla o podrán establecerse restricciones al acceso a ciertos lugares para aquellos que no usen la mascarilla. Estas decisiones no serían válidas en caso de que no existiera el deber de usar mascarilla. En este orden de ideas, en la explicación de las normas prescriptivas es necesario diferenciar entre el fundamento de la exigencia de determinadas conductas y las eventuales sanciones que puede disponer el ordenamiento jurídico para motivar el cumplimiento de esas exigencias. Ni la explicación de las sanciones se puede reducir a la explicación de los deberes ni los deberes se pueden reducir a la explicación de sanciones.

Desde luego que existen importantes relaciones entre las normas prescriptivas y las normas sancionatorias. Sin embargo, las sanciones jurídicas no pueden ser conceptualizadas como un elemento necesario de las prescripciones jurídicas. En realidad, son las normas que establecen sanciones las que dependen de la existencia de normas prescriptivas. Existe, eso sí, una relación justificatoria: la existencia de un deber jurídico debe formar parte de la justificación de la existencia de una sanción jurídica. Aun cuando un deber no sea una razón suficiente para la existencia de una sanción, la existencia de una sanción supone un deber que tiene la capacidad de justificar la sanción.

Por otro lado, como se mencionó antes, las normas constitutivas son aquellas que definen o posibilitan ciertos estados de cosas, y dentro de las cuales resultan fundamentales aquellas que establecen las condiciones para la identificación, creación y aplicación de normas (Bulygin, 1992). Las normas constitutivas no prescriben acciones (*i. e.* no obligan ni prohíben acciones), sino que se encargan de definir ciertos estados de cosas (*v. gr.* la definición de adulto o de mayorías parlamentarias) o de posibilitar la realización de actos (*v. gr.* una reforma constitucional o los estatutos de una sociedad comercial). Ahora bien, las normas constitutivas cumplen distintas funciones. En primer lugar, todos los sistemas jurídicos contemplan una norma (o, si se quiere, una serie de normas) que definen las condiciones básicas de validez. En otros términos, los ordenamientos jurídicos contienen sus propios fundamentos de validez (norma

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

denominada por Hart con el nombre “regla de reconocimiento”). Simplificando la cuestión, diríamos —por ejemplo— que la regla de reconocimiento en Colombia establece que es derecho válido lo que la Constitución disponga o autorice: la norma N es derecho colombiano si y solo si a) es dispuesta por la Constitución, o b) esté conforme a las condiciones de validez definidas por la Constitución.

El segundo tipo de normas constitutivas son las normas de competencia (o reglas que confieren potestades); esto es, las normas que establecen las condiciones para proferir válidamente actos jurídicos. En estos términos, las normas de competencia hacen posible la producción de actos válidos. En este punto conviene subrayar una estipulación terminológica. El término “acción” se emplea para referirse a los comportamientos que son regulados por las reglas primarias (fumar, usar cinturón de seguridad, matar a una persona, circular con vehículos de tracción animal, etcétera). Por su parte, el término “acto” se refiere a los comportamientos (y sus productos) que son posibles gracias a las reglas de competencia. A diferencia de las normas prescriptivas que exigen acciones (*v. gr.* si una norma establece la prohibición de fumar, entonces existe una razón que exige no fumar), las normas de competencia son razones que hacen posible la realización de determinados actos; esto es, comportamientos destinados a crear, cambiar o aplicar normas; *v. gr.* leyes, contratos, decretos, reformas constitucionales o decisiones judiciales (Ferrer-Beltrán, 2000).

Las normas de competencia, por tanto, establecen las condiciones de validez de los actos normativos. Por lo mismo, un acto normativo (como hacer una ley, un contrato o dictar una sentencia) es válido siempre que se cumplan las condiciones definidas en la norma de competencia. Así las cosas, si un operador jurídico no cumple con las condiciones definidas en las normas de competencia, entonces sus actos no son válidos. Por ejemplo, si la Constitución le otorga la competencia a la Corte Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y expulsarlas del ordenamiento jurídico mediante sentencia aprobada por la mayoría absoluta de sus miembros, entonces, si esa Corte no cumple con ese requisito su acto es inválido. Así las cosas, es fácil entender que los ordenamientos jurídicos no sólo exigen u obligan *acciones* (*i. e.* mediante normas prescriptivas),

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

sino que constituyen la validez de ciertos *actos normativos* al cumplimiento de las condiciones definidas en las normas de competencia. Las normas de competencia, por tanto, resultan fundamentales en los sistemas jurídicos, entre otras cosas, porque el ejercicio válido de los poderes o potestades de sus autoridades están vinculados al cumplimiento de ellas. Estas normas, en definitiva, configuran y hacen posible el ejercicio válido de esos poderes (Ferrer-Beltrán, 2000).

En los sistemas jurídicos existen dos tipos principales de normas de competencia: las normas de cambio y las normas de adjudicación (Hart, 1994). Las normas de cambio son las normas que establecen las condiciones para crear, modificar o derogar otras normas. Son, en otras palabras, normas que posibilitan que determinados individuos puedan realizar actos para introducir nuevas reglas, modificarlas o expulsarlas. Veamos un ejemplo: el artículo 150 de la Constitución colombiana consagra que “[c]orresponde al Congreso hacer las leyes”, y por medio de ellas puede “[e]xpeditar códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”. Las normas de adjudicación, por otra parte, son normas de competencia que establecen las condiciones de validez de los actos jurídicos para aplicar las normas con valor de autoridad. Un caso paradigmático de estas normas son las que constituyen la función judicial. Así, por ejemplo, es una regla de adjudicación la norma que define la competencia para resolver las demandas de inconstitucionalidad en contra de actos reformativos de la Constitución en Colombia. De conformidad con el artículo 241 de la Constitución colombiana, corresponde a la Corte Constitucional “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución... sólo por vicios de procedimiento en su formación”.

Existen otro tipo de normas constitutivas que se limitan a definir conceptos jurídicos correlacionando entre distintos estados de cosas, supuestos o casos (Alchourron y Bulygin, 1974). Este tipo de normas se pueden denominar como “normas conceptuales”. En el Código Civil colombiano existen varios ejemplos de estas normas. El artículo 34 define que el infante o niño es “todo el que no ha cumplido siete años”; es impúber “el que no ha cumplido catorce años”;

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

adulto, el que ha cumplido dieciocho años y “menor de edad, el que no ha llegado a cumplirlos”. Obsérvese que esa norma no prescribe acciones; tampoco define competencias ni establece (por lo menos directamente) condiciones de validez. Lo que hace esa norma es definir correlaciones entre ciertos términos jurídicos (*v. gr.* impúber) y determinados estados de cosas (ser humano menor de catorce años y mayor de siete años). No sobra advertir que la función de estas normas es darle precisión conceptual a los términos que son empleados en el ordenamiento jurídico para formular normas. Así, por ejemplo, gracias a que existe una norma conceptual que define quién es mayor de edad, sabemos quiénes son los seres humanos que tienen capacidad para realizar ciertos actos jurídicos. Asimismo, en la caracterización de la regla de precedente podemos encontrar también algunos ejemplos de normas conceptuales, como la que define qué se entiende por “precedente vertical”.

III. LA REGLA DE PRECEDENTE

Los precedentes judiciales son normas generales originadas en una decisión judicial que resultan relevantes para la toma de decisiones jurídicas. La regla de precedente, por otro lado, es la norma de los ordenamientos jurídicos cuya función es definir las condiciones para identificar, dictar y seguir los precedentes judiciales. En realidad, la regla de precedente es un complejo de normas en las que resultan básicas una serie de normas constitutivas sobre las competencias para la creación y aplicación de los precedentes judiciales. Álvaro Núñez Vaquero (2021) ha sido quien mejor ha subrayado sobre la naturaleza constitutiva de la regla de precedente. La regla de precedente no implica la prescripción de acciones, sino la definición de condiciones de validez sobre la creación, seguimiento y aplicación de los precedentes judiciales.

Ahora bien ¿es la regla de precedente una norma necesaria o contingente de los sistemas jurídicos?, y ¿no puede la regla de precedente contemplar prescripciones? Para responder estas preguntas, diferenciaré en lo que sigue entre *regla de precedente en sentido amplio* y *regla de precedente en sentido estricto*. En sentido amplio, la

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

regla de precedente se refiere a la norma del sistema jurídico que configura el funcionamiento de los precedentes. Por otro lado, la regla de precedente en sentido estricto se refiere las distintas formas (exhaustivas y excluyentes) que puede adoptar esa norma en cada ordenamiento jurídico. En sentido estricto, la regla de precedente puede adoptar tres formas fundamentales: *a)* una regla de precedente vinculante, *b)* una regla de precedente como autorización, y *c)* una regla de precedente como rechazo. Estas formas de regla de precedente son exhaustivas, toda vez que agotan las posibilidades de regulación de la relevancia de los precedentes judiciales en el ordenamiento, y son excluyentes, porque en caso de que sea verdad que exista una de esas reglas resultaría contradictoria, al mismo tiempo, una de las otras formas de regla de precedente para el mismo tipo de precedentes judiciales.

a) La regla de precedente vinculante. La regla de precedente es vinculante en el sentido que al establecer que los precedentes judiciales se constituyen en una condición de validez de los actos de los operadores jurídicos. En desarrollo de esta idea, resulta fundamental diferenciar entre i) el carácter vinculante, y ii) el carácter obligatorio de los precedentes judiciales. En palabras de María Beatriz Arriagada, los precedentes judiciales son vinculantes siempre que se constituyan en condición necesaria para la validez de un acto (paradigmáticamente una decisión judicial). En tanto el precedente judicial obligatorio se constituye en condición necesaria de la validez de un acto, no seguir el precedente judicial es una condición suficiente para la invalidez de los actos vinculados (Arriagada, 2021).

Ahora bien, afirmar la existencia de una regla de precedente vinculante no es condición suficiente para concluir que existe una regla de precedente obligatorio (en otras palabras, sostener el carácter vinculante del precedente no implica que el precedente sea obligatorio). Las normas constitutivas, como se dijo antes, definen las condiciones de validez de los actos (*v. gr.* de las decisiones judiciales). La consecuencia de incumplir estas condiciones es la invalidez del acto. Por lo tanto, la regla de precedente es vinculante en tanto condiciona la validez de ciertos actos (Núñez, 2021). Afirmar que la regla de precedente es obligatoria significa otra cosa: la prescrip-

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

ción de realizar una acción por parte de los sujetos obligados. Mientras que el carácter vinculante de la regla de precedente apunta a las condiciones de validez de los actos (*v. gr.* una decisión judicial), lo obligatorio apunta a la acción del individuo (*v. gr.* un juez) que debe realizar ese acto.

Una de las fuentes para la confusión entre vinculación y obligación está relacionada con la noción hartiana de reglas secundarias. Con el término “regla secundaria” se hace referencia a las normas constitutivas de los sistemas jurídicos; esto es, a la regla de reconocimiento, a las normas de competencia y a las normas conceptuales. La denominación de “normas secundarias” obedece a la idea de que el objeto de esas normas (como las normas de competencia) no son acciones, sino otras normas (esto es, son normas sobre normas). Sin embargo, existe una ambigüedad en el concepto de normas secundarias que es mejor evitar. Las normas constitutivas, como se ha dicho, son *normas secundarias* —esto es, son normas sobre normas— en el sentido que definen las condiciones para identificar, crear, modificar, derogar o aplicar válidamente otras normas. Estas normas no exigen acciones, sino que contienen las condiciones de validez para proferir ciertos actos o definen las características de ciertos conceptos jurídicos. Sin embargo, la noción de *normas secundarias* puede emplearse también para designar un fenómeno distinto, a saber: aquellas normas cuyo objeto es *prescribir la producción de ciertos actos* para la creación o aplicación de normas.

Veamos un ejemplo. La función judicial es definida por una serie de reglas secundarias que precisan las condiciones para proferir válidamente decisiones judiciales. Esas normas definen los jueces competentes, los procedimientos y demás formas para proferir actos jurisdiccionales válidos. Pero los sistemas jurídicos suelen complementar la regulación de la función judicial con normas que obligan a decidir los casos y, por tanto, a proferir decisiones judiciales (*v. gr.* mediante el principio de inexcusabilidad).³ También existen otras reglas que prohíben a los jueces dictar actos jurisdiccionales

³ El artículo 42 del Código General del Proceso colombiano establece que es obligación de los jueces decidir los litigios y dictar las providencias dentro de los términos legales.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

en contra de la ley, contemplando incluso sanciones penales y disciplinarias para los casos de violación a esa prohibición.⁴

Con el propósito de evitar las confusiones que pueden ser generadas por esta ambigüedad, resulta conveniente distinguir entre normas constitutivas (aquellas reglas secundarias que definen las condiciones para identificar, crear o aplicar válidamente normas) y *normas prescriptivas de segundo orden* (esto es, las normas que exigen la creación o aplicación de ciertas normas). Las primeras vinculan a las autoridades jurídicas, porque la validez de sus actos depende del cumplimiento de las condiciones definidas en las reglas secundarias. Las segundas obligan a las autoridades jurídicas en el sentido que exigen la realización de acciones destinadas a preferir ciertos actos (*v. gr.* la obligación de dictar decisiones judiciales dentro de los términos legales). En desarrollo de esta distinción, la regla de precedente vinculante supone que los precedentes judiciales condicionan la validez de ciertos actos a su seguimiento. Pero es también posible (aunque contingente a la noción misma de regla de precedente vinculante) que la regla de precedente contenga normas prescriptivas de segundo orden que exigen comportamientos y que, incluso, puedan estar complementadas con sanciones.

Por lo tanto, la existencia de normas prescriptivas de segundo orden en la regla de precedente no es una consecuencia de su carácter vinculante. No es cierto que las normas que vinculen también obliguen (o prescriban). Lo que ocurre es que, por general, los operadores jurídicos no sólo están vinculados al derecho vigente, sino que además tienen la obligación de aplicarlo. Es por esta razón que los teóricos del derecho han observado que los ordenamientos jurídicos suelen complementar las normas de competencia (como las que existen en la regla de precedente vinculante) con normas prescriptivas de segundo orden acerca de cómo emplear esas competencias

⁴ El delito de prevaricato, por ejemplo, establece que “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses” (artículo 413 del Código Penal colombiano).

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

(Núñez, 2020). Pero lo cierto es que pueden existir en los ordenamientos jurídicos normas prescriptivas de segundo orden que obliguen a los operadores jurídicos a usar la regla de precedente en el ejercicio de sus competencias (Pulido, 2018).

b) *La regla de precedente como admisión*. La segunda forma que puede adoptar la regla de precedente es aquella en la que se admite que los operadores jurídicos empleen los precedentes judiciales en la justificación de sus actos, pero sin establecer que los precedentes condicionan la validez de esos actos. En este contexto, la regla de precedente admite el uso de los precedentes judiciales, pero sin vincular, es decir, sin condicionar la validez de los actos al seguimiento de los precedentes judiciales. Un ejemplo conocido de este tipo de regla de precedente es la eventual regulación del uso de los precedentes verticales descendentes. Este puede ser el caso de un sistema jurídico que admita que la Corte Suprema de Justicia emplee en la justificación de sus decisiones los precedentes de un juez o tribunal inferior sin que este uso se constituya en condición de validez de la decisión.

Álvaro Núñez piensa que la regla de precedente como admisión implica que “la regla de precedente califica como facultativo el uso de precedentes”, lo que lleva a impedir que se anule “la decisión que sigue (o no) un precedente”. Para él, este tipo de regla debe ser descartada de la explicación, porque “no permite distinguir entre comportamientos relevantes e irrelevantes desde el punto de vista institucional”. Argumenta que incluso en los ordenamientos jurídicos en los que se tiene admitido que el no seguimiento a los precedentes judiciales “no constituye en una razón para la anulación de la sentencia, ello no implica que sea irrelevante para la justificación de la decisión”. Concluye que en esos ordenamientos jurídicos “el uso del precedente constituye, al menos, una razón en favor de la justificación de la sentencia” (Núñez, 2021, pp. 345 y 346).

La explicación de Núñez incurre en dos imprecisiones. En primer lugar, la regla de precedente como admisión implica que el uso de los precedentes no afecta la validez de los actos de los operadores jurídicos, pero no implica que la acción de usar precedentes sea facultativa. Lo que ocurre es que generalmente cuando el uso de precedentes judiciales no afecta la validez de la decisión suele ocurrir

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

que la acción de usar precedentes está, además, permitida. Sin embargo, las condiciones de validez del acto y la permisión de la acción son cuestiones distintas. De hecho, podríamos imaginar un sistema jurídico en el que un código legal de conducta judicial prohíbe a los jueces el uso de —por ejemplo— precedentes extranjeros. En aquellas situaciones en las que los jueces incumplen esa prohibición (*i. e.* la acción de usar precedentes extranjeros) la consecuencia es calificación negativa en el procedimiento de evaluación dentro de la rama judicial. Pero, de cualquier manera, es posible que el uso de esos precedentes no afecte la validez de las decisiones judiciales.

La regla de precedente como admisión, por lo tanto, no es lo mismo que afirmar que existe un permiso para usar el precedente en tanto no es obligatorio ni prohibido. Como se explicó antes, la regla de precedente es una norma constitutiva, toda vez que configura o define el funcionamiento normativo de los precedentes judiciales. En este sentido, la regla de precedente no apunta a la regulación de las acciones de los jueces y otros operadores jurídicos (permitiendo o no permitiendo ciertas acciones), sino constituyendo el ejercicio válido de sus actos. No sobra recordar que, incluso, es conceptualmente posible que un acto sea válido pero que la acción de realizarlo sea prohibida. En muchos sistemas jurídicos la venta de la cosa ajena es un acto válido (generalmente para proteger los intereses de terceros de buena fe), pero también puede ser prohibido y sancionado por normas penales o de policía.

En segundo lugar, no es cierto que la regla de precedente como admisión no permita distinguir entre comportamientos institucionalmente relevantes e irrelevantes. Ya quedó claro que esta forma de regla de precedente no apunta necesariamente a la acción de usar precedentes, sino a la validez de los actos en los que se empujan precedentes en su justificación. Como ya se ha dicho, la validez de los actos depende de las normas de competencia que los constituyen (por ejemplo, la validez de una decisión judicial depende de las normas de competencia que otorgan al juez el poder de proferir ese acto). El ordenamiento jurídico controla además el tipo de fuentes de razones que afectan la validez de los actos normativos institucionales. En el caso de la regla de precedente como autorización, lo que ocurre es que, como el propio Núñez lo afirma, el uso de los

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

precedentes no se constituye “en una razón para la anulación de la sentencia”. Por último, no encuentro que sea necesariamente cierta la afirmación según la cual “el uso del precedente constituye, al menos, una razón en favor de la justificación de la sentencia”. Puede ser el caso que para el derecho este uso sea irrelevante para la justificación legal de la decisión, pero que lo autorice por otros motivos (v. gr. para respetar la independencia y autonomía judicial).

c) *La regla de precedente como rechazo*. La tercera forma de regla de precedente se caracteriza por establecer que el uso de precedentes judiciales afecta la validez de los actos. En este contexto, la regla de precedente establece que si en la justificación de un acto se emplea un precedente judicial, entonces existe una razón para invalidarlo. Cross y Harris ilustran este tipo de regla de precedente recurriendo a un ejemplo del derecho francés. El artículo 5o. del Código Civil francés dispone que los jueces no pueden establecer reglas generales en sus decisiones, y en desarrollo de esta norma se supone que son inválidas las decisiones que se fundamenten en ese tipo de normas (Cross & Harris, 2012, p. 36).

Al igual que las otras formas, la regla de precedente como rechazo es una norma constitutiva; pero en ese caso establece que el uso de precedente afecta negativamente la validez de los actos. Esta forma de regla de precedente no implica, desde luego, que el uso de precedente sea una acción prohibida. Desde luego que puede ser el caso que se consagren normas *prescriptivas de segundo orden* que prohíban la realización de actos que empleen precedentes judiciales en su justificación. En todo caso, lo fundamental en la configuración de la regla de precedente —se reitera una vez más— es su naturaleza de regla constitutiva. En este orden de ideas, la regla de precedente como rechazo implica que el uso de los precedentes afecta la validez de los actos respectivos.

En resumen, la regla de precedente en sentido amplio es una regla constitutiva que define sobre la configuración de los precedentes judiciales en el ordenamiento jurídico. En sentido estricto la regla de precedente puede configurarse de tres formas: una regla de precedente vinculante, una regla de precedente como admisión y una regla de precedente como rechazo. La regla de precedente puede complementarse con normas prescriptivas de segundo orden que exigen

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

o prohíben el uso (seguimiento o aplicación) de los precedentes judiciales. Pero lo cierto es que ninguna de las formas de regla de precedente en estricto sentido implica la existencia de alguna forma de norma prescriptiva de segundo orden.

IV. ¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

La regla de precedente en sentido amplio es la regla del ordenamiento jurídico que configura el funcionamiento de los precedentes judiciales. La regla de precedente en sentido estricto se refiere a las formas en que se puede implementar la regla de precedente en cada ordenamiento jurídico. Así, en sentido estricto, esta regla puede adoptar tres formas: *a)* una regla de precedente vinculante, *b)* una regla de precedente como admisión, y *c)* una regla de precedente como rechazo. En la primera, los precedentes se constituyen en una condición necesaria para la validez de los actos de los operadores jurídicos. En la segunda forma, la regla de precedente admite el uso de precedentes judiciales sin vincular, es decir, sin condicionar la validez de los actos. En la tercera, la regla de precedente rechaza el uso de los precedentes judiciales en el sentido que su uso afecta la validez de los actos jurídicos.

En cualquier caso, la regla de precedente comprende normas de competencia. Al respecto, la regla de precedente contiene —en los términos de Hart— normas de cambio y normas de adjudicación. Las primeras definen las condiciones para dictar válidamente precedentes judiciales (o la denegación de ese poder en el caso de la regla de precedente como rechazo). Las segundas definen las condiciones para controlar el seguimiento de precedentes (en el caso de la regla de precedente vinculante) o para controlar que no se usen precedentes (en el caso de la regla de precedente como rechazo).⁵ En relación con esto último, Arriagada Cáceres (2021, pp. 387-389) sostiene que es un error afirmar que la regla de precedente incluye una norma de adjudicación. Argumenta que los tribunales que apli-

⁵ Esto es lo que Álvaro Núñez vaquero denomina norma de competencia para controlar el seguimiento de precedentes (2021).

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

can los precedentes están vinculados a la regla de precedente; pero como la otra cara de la competencia es la sujeción, no se puede afirmar que tengan la competencia de aplicar precedentes sino, justamente, la sujeción.

Tiene razón Arriaga Cáceres al afirmar que la regla de precedente involucra necesariamente la regulación de la competencia de dictar precedentes (una norma de cambio). Pero se equivoca al sostener que el uso de ese poder implique la vinculación de autoridades (*v. gr.* jueces o tribunales) a ese precedente. En efecto, en el caso de la regla de precedente como admisión, los jueces no estarían vinculados a los precedentes judiciales. En este caso existe una admisión de que los jueces empleen los precedentes creados según la regla de precedente, pero no se encuentran vinculados, toda vez que la negación de sus usos no afecta la validez del acto respectivo. Podría pensarse que la tesis de Arriagada Cáceres se limita a los casos de la regla de precedente vinculante y que, en este contexto, no existe una competencia de aplicar precedentes judiciales, sino una sujeción a ello. Sin embargo, y como se ha señalado desde el inicio de este trabajo, es indispensable diferenciar entre la regla de precedente y los precedentes judiciales.

De acuerdo con esto, cuando el tribunal X dicta el precedente P, el tribunal Y queda vinculado a P (en virtud, claro está, de la regla de precedentes). Pero, además, tiene la potestad de aplicar autoritativamente P en el caso C. Esta potestad es otorgada por la norma de adjudicación que conforma la regla de precedente, y no por el precedente P. Esto demuestra que, aun cuando es cierto que el tribunal Y está vinculado al tribunal X en relación con el precedente P, también lo es que tiene la competencia de aplicar autoritativamente P al caso C en virtud de la regla de precedente. En el contexto de la regla de precedente vinculante, es cierto que el ejercicio de la potestad de dictar precedentes implica la sujeción al precedente por parte de ciertos operadores jurídicos: cuando el tribunal X dicta un precedente P, entonces vincula al tribunal Y. Pero el tribunal Y tiene también la competencia de aplicar autoritativamente el precedente P con relación al caso C. La decisión del tribunal Y en el caso C, además, vincula a las partes correspondientes. La regla de precedente, por lo tanto, no sólo define las condiciones de la sujeción del tribunal Y al prece-

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

dente P, sino que también define las condiciones en que el tribunal Y puede válidamente aplicar P en C para vincular a las partes del caso (en una palabra, la regla de precedente como norma de adjudicación no sólo confiere la potestad de aplicar los precedentes a un caso, sino que establece las condiciones para proferir válidamente un acto autoritativo de aplicación de esos precedentes).

La regla de precedente, por tanto, involucra normas de competencia para la creación y aplicación válida de precedentes judiciales. De acuerdo con esto, volvamos con la pregunta ¿es la regla de precedente es una norma necesaria o contingente de los sistemas jurídicos? La respuesta es que la regla de precedente en sentido amplio (aquella regla del ordenamiento jurídico que configura el funcionamiento de los PJ) es una regla necesaria de los ordenamientos jurídicos. Por el contrario, las formas y contenidos de la regla de precedente en estricto sentido son contingentes y dependen de su implementación en cada ordenamiento jurídico. La regla de precedente en estricto ordenamiento jurídico adopta distintas formas, e incluso puede implementar varias de ellas dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

La regla de precedente, en tanto norma constitutiva, define sobre la validez o invalidez en el uso de los precedentes judiciales. Al respecto, existen sólo dos posibilidades: por un lado, los ordenamientos jurídicos a través de su regla de precedente pueden aceptar el uso de los precedentes judiciales. Ahora bien, la aceptación en el uso de los precedentes judiciales puede ser mediante una regla de precedente vinculante o mediante una regla como admisión (sin vinculación). Por el otro lado, la regla de precedente puede rechazar el uso de los precedentes judiciales estableciendo que ello se constituye en una razón para la invalidez de los actos. Como se dijo antes, la regla de precedente en estricto sentido se refiere a la configuración específica de cada una de las formas de regla de precedente en los ordenamientos jurídicos, y esta configuración es contingente a cada uno de ellos. Pero lo cierto es que todos los ordenamientos jurídicos configuran alguna forma de regla de precedente en sentido amplio; existen, desde luego, diversas formas de implementar la regla de precedente en estricto sentido. Así, algunos

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

ordenamientos jurídicos contienen una regla de precedente vinculante, otros admiten el uso (sin vincular) y otros pueden rechazarlo.

Estas formas de regla de precedente son exhaustivas, toda vez que agotan las posibilidades de regulación de la relevancia de los precedentes judiciales en el ordenamiento: o bien se admite el uso de precedente o bien se rechaza. Son, además, excluyentes, porque en caso de que sea verdad que exista una de esas reglas, resultaría contradictorio que exista, al mismo tiempo, una de las otras formas de regla de precedente para el mismo tipo de precedentes judiciales. Así, por ejemplo, si la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Suprema es vinculante respecto de las decisiones de los jueces y tribunales, entonces resulta contradictorio afirmar que el uso de esos precedentes no afecta la validez de las decisiones o que su uso las invalida. Otra cuestión es que dentro de un mismo ordenamiento jurídico se implementen distintas formas o tipos de regla de precedente (v. gr. regla de precedente vinculante para los precedentes judiciales de ciertas autoridades judiciales, pero regla de precedente como admisión para los precedentes de otras).

De acuerdo con lo anterior, la regla de precedente en sentido amplio existe, al menos de forma implícita, en todos los ordenamientos jurídicos. ¿Quiere decir esto que no existen lagunas jurídicas en relación con la configuración del precedente? Para responder esta pregunta, recuérdese nuevamente que la regla de precedente es la norma constitutiva que configura el funcionamiento de los precedentes. Dentro de las normas constitutivas contenidas en la regla de precedente existen normas de competencia que definen, entre otras cosas, los poderes normativos para crear o aplicar los precedentes judiciales. Una característica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es que los poderes o potestades de sus autoridades están definidos (o constituidos) en normas jurídicas (normas de competencia) que configuran y hacen posible el ejercicio válido de esos poderes.

Como se explicó antes, la regla de precedente es una norma constitutiva en la que se establecen, justamente, las condiciones para la identificación, creación y aplicación válida de precedentes judiciales. La regla de precedente está conformada, en realidad, por una serie de normas constitutivas (entre ellas, normas de competencias

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

y conceptuales) sobre el uso válido de los precedentes judiciales. La regla de precedente, por lo tanto, está conformada por una serie de normas que constituyen las formas válidas de crear, identificar y aplicar los precedentes judiciales.⁶

De cualquier manera, la noción de regla de competencia resulta fundamental en la explicación de la regla de precedente. El concepto “precedente judicial” supone que existen normas creadas judicialmente que son relevantes para resolver ciertos. De hecho, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos son regla de precedente vinculante existe una potestad fundamental: el poder de los jueces de crear normas generales en sus decisiones judiciales (Komarek, 2013).⁷ En estos contextos, la regla de precedente contiene una norma que define las competencias para dictar precedentes; esto es, la definición del ejercicio válido del poder de crear las normas que constituyen los precedentes (Gómora Juárez, 2018) y la norma que condiciona la validez de otros actos al seguimiento de precedentes judiciales (Núñez Vaquero, 2021). La regla del precedente como admisión, por otro lado, implica que existe una norma de competencia que admite el ejercicio válido del poder de crear precedentes y una norma de competencia (una regla de adjudicación) que concede el uso de los precedentes judiciales por parte de los operadores jurídicos. Por último, en la regla de precedente como rechazo, lo que ocurre es que, como norma de competencia, se niega el poder de dictar precedentes y de usarlos.

Teniendo en cuenta la relación que existe entre la regla de precedente y las reglas de competencia, debe remarcarse que el ejercicio válido de los poderes normativos (y dentro de ellos el crear y aplicar precedentes judiciales) por parte de las autoridades depende de una

⁶ Aun cuando es cierto que la regla de precedente contiene reglas secundarias, no todas esas reglas constitutivas son de competencia, porque algunas son normas puramente conceptuales (*v. gr.* la definición de precedente vertical).

⁷ Conceptualmente es posible que exista una regla de precedente vinculante sin una norma de competencia para la creación de precedentes. Este sería el caso de un ordenamiento jurídico que establezca que sólo los precedentes del pasado vinculan a las decisiones, pero que los jueces actuales no tienen la competencia de crear nuevos precedentes. Agradezco a Álvaro Núñez Vaquero por alertarme acerca de esa posibilidad.

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

norma que los haga posible. Esto quiere decir que en caso de que no exista una norma de competencia para la creación de precedentes judiciales, entonces debe suponerse que los jueces no tienen el poder de crear o aplicar precedentes, y, en consecuencia, el ordenamiento jurídico no admite que los jueces dicten precedentes o que los empleen para justificar sus decisiones. Si no existe una norma que defina las condiciones en que los precedentes judiciales vinculan o que acepte su uso (esto es, que al menos admita la aplicabilidad de los precedentes judiciales), entonces debe suponerse que el ordenamiento jurídico no reconoce el uso válido (ni la aplicabilidad) de los precedentes judiciales.

Podría discutirse que estas condiciones para el ejercicio de poderes de las autoridades son accidentales y que, por tanto, la regla de precedente en sentido amplio es contingente sobre el supuesto de que puede ser el caso en el que no existan normas que admitan ni rechacen el uso de los precedentes judiciales (*i. e.* una laguna de regla de precedente). Pero para sostener esta idea tendría que negarse que un elemento necesario para la explicación de los poderes jurídicos (incluidos desde luego los poderes normativos de los jueces) es la existencia de normas de competencia. Debe remarcarse que la función de esas normas es hacer posible el ejercicio de los poderes jurídicos (como el de crear o aplicar precedentes judiciales con autoridad institucional). En otras palabras, no es posible el ejercicio de un poder jurídico (menos el de una autoridad pública como lo son los jueces) sin la existencia de una norma de competencia que lo constituya. Toda vez que la creación y el uso de precedentes en decisiones institucionales son ejercicio de poderes jurídicos, entonces si no existe norma de competencia que los haga posibles debe suponerse que son rechazados.

Además, en la explicación del ejercicio de los poderes públicos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos es central el principio de legalidad; esto es, el principio de acuerdo con el cual son válidos los actos de los poderes públicos que sean efectuados conforme a las reglas de competencia, y, en consecuencia, que son inválidos los actos de los poderes públicos realizados por fuera o en contra de esas normas (Guastini, 2001, p. 123). Dada la centralidad del principio en las prácticas jurídicas, la explicación de las condiciones de validez del

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

ejercicio de los poderes públicos —por lo menos en el contexto de un estado de derecho— depende de las normas que hacen posible estos poderes. El principio de legalidad de los poderes públicos busca asegurar que los actos de las autoridades se justifiquen conforme a criterios previa y públicamente definidos en normas jurídicas, y no sobre la base de las creencias de los funcionarios (Waldron, 2020).

Además, el principio de legalidad de los poderes públicos es esencial para el Estado de derecho (*rule of law*). El Estado de derecho supone, por tanto, una serie de condiciones a la posibilidad del ejercicio de un poder público e institucional. En particular, este principio requiere que las normas jurídicas sean claras, públicas y estables; que las autoridades demanden conductas posibles de cumplir; que las actuaciones de las autoridades públicas sean definidas y guiadas por normas jurídicas públicas y previas, y que los procesos jurídicos (y en especial los judiciales) sean adelantados por autoridades competentes, independientes y neutrales (Fuller, 1964). Un elemento fundamental del Estado de derecho es la existencia de reglas que definen las competencias y limiten a los poderes públicos. Estas reglas definen los procedimientos, las formas y el contenido del ejercicio (válido) de los poderes normativos (Tamanaha, 2012). Así las cosas, el Estado de derecho depende del afianzamiento del marco institucional en el que se desenvuelven los poderes públicos y, por tanto, de las reglas de competencia que delimitan el ejercicio específico de las actuaciones de las autoridades. Es por ello que las Constituciones reconocen principios tales como el de separación de poderes, el de legalidad o el de la función pública. Estos principios tienen como común denominador posibilitar y al mismo tiempo limitar los poderes públicos; o, en otras palabras, concretar los postulados del Estado de derecho en ordenamientos políticos y jurídicos específicos (Strauss, 2018).

En este sentido, es clara la relación entre el principio de legalidad y las normas de competencia. El principio de legalidad exige que los poderes de las autoridades públicas estén definidos y limitados en las normas de competencia.⁸ En este sentido, las normas de compe-

⁸ De hecho, hay autores que defienden la conexión conceptual entre el derecho y el Estado de derecho. Peña Freire afirma que “el concepto de derecho y el Esta-

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

tencia no sólo posibilitan que las autoridades realicen los actos para los cuales esas normas les confieren poderes (legislar, dictar actos administrativos, proferir sentencias, etcétera). Además de ello, las normas de competencia definen a las autoridades, es decir, esas autoridades son lo que sus normas de competencia definen las condiciones de validez de sus actos. Las autoridades sólo pueden proferir actos válidos si lo hacen en ejercicio de los poderes que les son conferidos en las normas de competencia. Obsérvese que la presencia de esas normas de competencia no representa ideales para los órganos públicos (como los jueces). Es decir, las normas de competencia no son valores para calificar a las instituciones legales como buenas o malas, como mejores o peores. Esas normas definen o constituyen a los órganos que hacen parte de los sistemas jurídicos. Las normas de competencia hacen de esas instituciones lo que son, o, en otras palabras, las instituciones jurídicas son lo que las normas de competencia constituyen; un tribunal constitucional, por ejemplo, es lo que sus normas de competencia definan.

El principio de legalidad exige, justamente, que las autoridades jurídicas (jueces, legisladores, administradores, etcétera) estén sometidas a las normas jurídicas. Esta exigencia implica dos cosas. Por un lado, que sus poderes están definidos y regulados previamente en normas jurídicas (normas de competencia), y, por otro lado, que cuando deben resolver situaciones o problemas jurídicos lo hagan de acuerdo con las normas vigentes. La relación definicional que existe entre las autoridades y sus normas de competencia implica, por tanto, que si en estas últimas no se contempla un poder debe concluirse que la autoridad no lo tiene. Por lo tanto, el principio de legalidad (y su estrecha relación con el concepto de normas de competencia) establece una clausura en el sistema de definición de los poderes públicos, de forma tal que sólo es vá-

do de derecho son indisociables, pues el derecho no es sino el conjunto de reglas conforme a las cuales está gobernado el comportamiento de los individuos que se encuentran en un Estado de derecho... Desde esta perspectiva se aprecia claramente que el derecho como sistema jurídico y el Estado de derecho son, en verdad, lo mismo, pues el Estado de derecho no es nada distinto de la situación que se logra cuando el sistema de reglas que forman el derecho gobierna el comportamiento de los individuos" (Peña Freire, 2020, pp. 22 y 23).

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

lido el ejercicio de aquellos poderes contemplados en las normas de competencia.

En síntesis, la necesidad de la regla de precedente es consecuencia del principio de legalidad y de la ineludible existencia de las normas de competencia en la regla de precedente. La necesidad de esas normas de competencia funciona como regla de clausura de los poderes normativos de las autoridades jurídicas en general y de la regla de precedente en particular. Vale la pena aclarar que afirmar el carácter necesario de la regla de precedente es distinto a sostener que no puedan existir indeterminaciones al respecto. En efecto, pueden existir zonas de indeterminación en el contenido preciso de la regla de precedente. Por ejemplo, un caso en que no resulte claro si determinados conjuntos de decisiones judiciales son o no designados por la regla de precedente.

V. CONCLUSIÓN

Existe una distinción básica entre la regla de precedente y los precedentes judiciales. La regla de precedente se refiere a la norma del sistema jurídico que define el funcionamiento normativo de los precedentes judiciales. Los precedentes judiciales, por otro lado, son normas generales originadas en una decisión judicial que resultan relevantes para la toma de decisiones jurídicas. La regla de precedente es un complejo de normas en las que resultan básicas una serie de normas constitutivas sobre las competencias para la creación y aplicación de los precedentes judiciales. La regla de precedente puede complementarse con normas prescriptivas de segundo orden que exigen o prohíben la aplicación o seguimiento de los precedentes judiciales; pero ninguna forma de regla de precedente implica la existencia de norma prescriptiva de segundo orden.

La regla de precedente en sentido amplio se refiere a la regla del ordenamiento jurídico que configura el funcionamiento de los precedentes judiciales. La regla de precedente en sentido estricto se refiere a la forma en que se puede implementar la regla de precedente en cada ordenamiento jurídico. Así, en sentido estricto, esta regla puede adoptar tres formas: a) una regla de precedente vinculante,

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

b) una regla de precedente como admisión, y c) una regla de precedente como rechazo. Se concluyó que, bien sea por las razones conceptuales asociadas a la noción de normas de competencia o por la centralidad del principio de legalidad, lo cierto es que en aquellos ordenamientos jurídicos que no contemplan las condiciones para crear, modificar y aplicar precedentes judiciales se debe entender que existe implícitamente una regla de precedente como rechazo.

VI. REFERENCIAS

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1974), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- ARRIAGADA CÁCERES, M. (2021), “Las dos caras del precedente vinculante”, en NÚÑEZ VAQUERO *et al.*, *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CROSS, R. y HARRIS, J. W. (2012), *El precedente en el derecho inglés*, Madrid, Marcial Pons.
- BULYGIN, E. (1992), “On norms of competence”, *Law and Philosophy*, vol. 11, disponible en: <https://doi.org/10.1007/BF01000642>.
- FERRER-BELTRÁN, J. (2000), *Las normas de competencia un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FULLER, L. (1964), *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press.
- GÓMORA JUÁREZ, S. (2018), *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- HART, H. L. A. (1994), *The concept of law*, P. Bulloch y J. Raz (eds.), 2a ed., Oxford, Clarendon Press.
- NÚÑEZ VAQUERO, A. (2021), “¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)”, en NÚÑEZ VAQUERO, A. *et al.*, *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PULIDO-ORTIZ, F. (2018), *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*, Bogotá, Universidad de La Sabana.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

- PULIDO-ORTIZ, F. (2019), “La fuerza del derecho: sanciones, coerción y coacción”, *Persona y Derecho*, vol. 81, núm. 2, 151-183, DOI: [10.15581/011.81.151-183](https://doi.org/10.15581/011.81.151-183).
- RAZ, J. (1990). *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford.
- STRAUSS, P. L. (2018), *Separation of Powers in Comparative Perspective: How Much Protection for the Rule of Law?* Forthcoming, Oxford University Press book on Comparative Administrative Law, Peter Cane, Herwig Hofmann, and Peter Lindseth (eds.).
- TAMANAH, B. Z. (2012), “The History and Elements of the Rule of Law”, *Singapore Journal of Legal Studies*.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1963), *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul.
- GUASTINI, Riccardo (2001), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara.
- WALDRON, JEREMY, “The Rule of Law”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2020 Edition), ZALTA, Edward N. (ed.), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>.