



Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica



Alejandra Martínez Verástegui
Coordinadora



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

**TEORÍA Y PRÁCTICA DEL PRECEDENTE
JUDICIAL EN IBEROAMÉRICA**

2ª ed. (1ª en Tirant)

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil de
la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal de la
Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia
Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal de
la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional de
la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de
la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)*

Miembro de la Comisión de Venecia

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMANN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

TEORÍA Y PRÁCTICA DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN IBEROAMÉRICA

2ª ed. (1ª en Tirant)

Alejandra Martínez Verástegui
Coordinadora



tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© Alejandra Martínez Verástegui

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1197-985-6

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Presidenta

Primera Sala

Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo

Presidente

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat

Segunda Sala

Ministro Alberto Pérez Dayán

Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales

Ministra Yasmín Esquivel Mossa

Ministro Javier Laynez Potisek

Ministra Loretta Ortiz Ahlf

**Centro de Estudios Constitucionales
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

Alejandra Martínez Verástegui

Directora General

Contenido

Introducción. El precedente judicial en la tradición continental	XIII
Alejandra Martínez Verástegui	
Precedente, ejemplaridad e imitación	1
Amalia Amaya	
Razonamiento por precedentes: entre reglas y analogías	37
Katharina Stevens	
Precedente y analogía	103
Giovanni Tuzet	
Derogación y resolución de antinomias entre precedentes	131
Álvaro Núñez Vaquero	

La transformación de la "jurisprudencia" tradicional en el "precedente" contemporáneo: hacia una historia regional entrelazada de las fuentes del derecho en América Latina.....	181
Diego López Medina	
El precedente constitucional en Argentina.....	249
Roberto Saba	
El precedente constitucional en Brasil: un panorama	297
Thomas Bustamante	
El precedente constitucional en Chile.....	319
Flavia Carbonell Bellolio	
La lucha por decir el derecho: análisis de la discusión sobre el valor del precedente en Colombia	361
Yenny Andrea Celemín Caicedo	
El precedente constitucional en España: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	409
Ignacio Borrajo Iniesta	
La agencia precedencial de la Suprema Corte	481
Rodrigo Camarena González	
El impacto de la reforma judicial de 2021 en el sistema de precedentes en México.....	521
Alejandra Martínez Verástegui	
El precedente constitucional vinculante: reflexiones a partir del caso peruano	577
Roger Rodríguez Santander	

El valor normativo del precedente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	625
Alexei Julio Estrada	
Valentina del Sol Salazar	

Introducción. El precedente judicial en la tradición continental

Alejandra Martínez Verástegui*

* Investigadora jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Candidata a doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Contacto: amtzverastegui@gmail.com.

SUMARIO: A. El precedente como institución propia de *common law*; B. El progresivo acercamiento de *civil law* y *common law*; C. Las principales objeciones en contra de la doctrina del precedente en los sistemas de *civil law*; D. Valores a los que sirve el precedente: seguridad, igualdad e imparcialidad; E. Estado constitucional y precedente constitucional; F. El contenido de la obra.

Este capítulo tiene la intención de dar introducción a este libro y defender, en contra de una opinión muy extendida, que la institución del precedente judicial es compatible con los sistemas jurídicos de la tradición continental y que es necesaria para que las constituciones tengan fuerza normativa. En términos generales, en esta obra se realiza un análisis de derecho comparado sobre algunos aspectos teóricos y prácticos del precedente judicial en Iberoamérica. Este ejercicio tuvo como punto de partida un seminario que se llevó a cabo en Ciudad de México en 2020 en el que se discutieron algunas de las ideas que se presentan en capítulos que integran la obra.¹ En esta investigación participaron académicas y académicos de reconocido prestigio tanto nacional como internacional, a quienes agradezco profundamente su invaluable apoyo y su compromiso con este proyecto.

¹ El seminario se llevó a cabo en colaboración con el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Quisiera agradecer a esta importante institución académica por su apoyo y, muy especialmente, al profesor Rodrigo Camarena González, quien ha sido una pieza fundamental para este proyecto de investigación.

En el seminario participaron Ana María Ibarra Olgúin (directora del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte); Frederick Schauer (Universidad de Virginia); Roberto Saba (Universidad de Palermo); Thomas Bustamante (Universidad de Minas Gerais); Flavia Carbonell Belloio (Universidad de Chile); Diego López Medina (Universidad de Los Andes); Alejandra Martínez Verástegui (Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte); Rodrigo Camarena González (Instituto Tecnológico Autónomo de México); Roger Rodríguez Santander (Pontificia Universidad Católica del Perú); Alexei Julio Estrada (Corte Interamericana de Derechos Humanos); Ana Laura Magaloni Kerpel (Centro de Investigación y Docencia Económicas) y Giovanni Tuzet (Universidad de Bocconi).

En las siguientes líneas argumentaré que las familias de *common law* y de *civil law* han experimentado un paulatino acercamiento (lo que no equivale a negar que aún existen importantes diferencias entre ellas). Además, insistiré en la importante función que desde hace mucho tiempo ha tenido el derecho jurisprudencial en la tradición continental. En esa línea argumental, mostraré que los valores a los que sirve la institución del precedente (igualdad, seguridad e imparcialidad) son importantes para cualquier ordenamiento, independientemente de la familia a la que pertenezca.

A su vez, defenderé la idea de que en el ámbito constitucional la recepción del precedente judicial parece algo aún más natural. La consolidación del Estado constitucional en los países de la tradición continental supuso cambios institucionales muy relevantes que empujan hacia el reconocimiento de la fuerza vinculante del precedente constitucional. El entendimiento normativo de la Constitución, la creación de tribunales constitucionales y la indeterminación que afecta a las normas constitucionales (especialmente en materia de derechos fundamentales) son una clara muestra de ello. Finalmente, dedicaré un apartado a describir brevemente el contenido de la obra.

A. El precedente como institución propia de *common law*

Puede entenderse que un precedente es una decisión judicial anterior relevante para la decisión de casos futuros.² El precedente judicial es una institución que nace en el ámbito de los sistemas de *common law*. Por ello, no es extraño que los estudios acerca del precedente judicial en los países de la tradición jurídica románica-germánica comiencen recordando la oposición entre los sistemas jurídicos de *civil law* (derecho legislado) y de *common law* (derecho jurisprudencial).³ Las diferencias que existen en la producción del derecho y la administración de justicia en los países de las dos tradiciones se explican no sólo por las distintas condiciones en que se desarrollaron los sistemas jurídicos en Inglaterra y en Europa continental, sino también debido a factores socio-económicos, culturales e ideológicos.⁴

Por lo que respecta al precedente, esas diferencias se relacionan con aspectos tales como la historia jurídica, la teoría de las fuentes, las técnicas interpretativas y el razonamiento jurídico.⁵ En este sentido, en los ordenamientos de la tradición del *common law* que se originó en Inglaterra, el derecho consuetudinario se transformó en derecho jurisprudencial

² Moral Soriano, Leonor, "A progressive foundation of precedents", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 86, núm. 3, 2000, p. 17.

³ Por todos, véase Sartor, Giovanni, "Il precedente giudiziale", *Contratto e impresa*, núm. 11, 1996; Wróblewski, Jerzy, Sentido y hecho en el derecho, México, Fontamara, 2001; Moral Soriano, Leonor, *op. cit.*; Ferreres Comella, Víctor, "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", manuscrito inédito (proporcionado por el autor), 2008. Siguiendo a Merryman, Victoria Iturralde sostiene que lo correcto es hablar de "tradiciones jurídicas" de *civil law* o de *common law* y no de "sistemas jurídicos". De acuerdo con esta idea, un sistema jurídico es un conjunto de instituciones jurídicas, normas y procedimientos. En cambio, la expresión tradición jurídica hace referencia a determinadas actitudes sobre la naturaleza del derecho, el funcionamiento y la organización del sistema jurídico y la manera en cómo se concibe, crea y aplica el derecho. Un sistema jurídico, por tanto, es una expresión parcial de una cultura determinada, Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 13-14. Con todo, en lo sucesivo utilizaré de manera indistinta los términos *tradición* y *sistema*, debido a que ente los juristas su utilización en forma intercambiable constituye un uso extendido.

⁴ Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, p. 296.

⁵ Sartor, Giovanni, *op. cit.*, pp. 234-236.

mediante un lento proceso evolutivo. En estos sistemas las sentencias son consideradas fuente de derecho que vincula a los jueces. La destacada posición de las sentencias judiciales en el sistema de fuentes tiene importantes repercusiones en la práctica forense y judicial. Por un lado, se entiende que las sentencias contienen reglas universales (*rationes decidendi*) de obligatoria observancia para los jueces. Por otro lado, la experiencia del derecho jurisprudencial ha conducido al desarrollo de un aparato conceptual que es utilizado cotidianamente en las prácticas argumentativas de abogados y tribunales (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*, *binding* y *persuasive precedent*, etc.) de *common law*.

Aunque en los países de *civil law* se parte de la tradición jurídica del derecho romano (un derecho en gran parte jurisprudencial y doctrinal), el movimiento de la codificación supuso una ruptura con el pasado: las leyes (y especialmente los códigos) vienen a sustituir a cualquier otra forma de derecho. En esta línea, se dice que las sentencias no tienen valor jurídico más allá del caso que deciden y las leyes constituyen el único punto de referencia de los juristas al momento de articular una solución para resolver un caso. En el ámbito del razonamiento jurídico, en el de *civil law* el aparato conceptual necesario es el que provén las distintas técnicas que se utilizan en la interpretación de las leyes.

A partir del panorama esbozado, pudiera pensarse que una institución como el precedente judicial es completamente ajena a la tradición de *civil law*. Sin embargo, como se verá enseguida, la esquematización antes expuesta constituye una simplificación de la situación que existe en ambos sistemas. A lo largo de este apartado intentaré defender dos tesis: 1) una descriptiva que sostiene que no hay una diferencia sustancial en la utilización de los precedentes judiciales en los países de *civil law* y *common law*, pues en ambos sistemas los juristas y los jueces *de hecho* hacen referencia a las decisiones judiciales anteriores y se atienen a ellas al momento de argumentar y decidir los casos, y 2) una tesis prescriptiva según la cual en ambos sistemas los jueces *deben* resolver los casos de conformidad con lo establecido en los precedentes, no sólo porque exista una obligación derivada de los principios generales del sistema (como en

el *common law*) o de alguna disposición normativa en particular (como sucede en algunos países de *civil law*), sino porque esa práctica de seguimiento de precedentes resulta conveniente para el adecuado funcionamiento de los ordenamientos.⁶

En lo que sigue procederé de acuerdo con el siguiente plan. En primer lugar, matizaré algunos aspectos de la dicotomía *common law/civil law*, con la finalidad de presentar un panorama más complejo que nos permita no exagerar las diferencias entre ambas tradiciones. Me interesa apuntar algunas cuestiones de tipo histórico y bosquejar los aspectos que tienen relación con la institución del precedente judicial en los que se ha producido un acercamiento entre ambas tradiciones. Posteriormente, me ocuparé de las objeciones que normalmente se esgrimen para rechazar la doctrina del precedente judicial en la tradición de *civil law*. Finalmente, argumentaré a favor del reconocimiento de la obligatoriedad de dicha doctrina, exponiendo las razones que justifican la utilización del precedente constitucional en los sistemas de derecho continental.

B. El progresivo acercamiento de *civil law* y *common law*

Es necesario reparar en que no existe un tipo unificado de sistema de *civil law* que esté en contraste con el *common law*.⁷ Si bien es cierto que,

⁶ La distinción entre los planos descriptivo (sociológico o factual) y prescriptivo (normativo o doctrinal) la tomo de Giovanni Sartor. De acuerdo con este autor, la variedad en las posiciones que pueden encontrarse en los debates teóricos y doctrinales en torno al precedente judicial permite oponer una tesis contraria en cada una de las esbozadas en los dos planos distinguidos. Así, puede argumentarse a favor de la tesis de la *diferencia factual*, que sostiene que a pesar de las aparentes coincidencias entre los sistemas de *common law* y de *civil law* en la utilización de los precedentes, el tratamiento de dicha institución en uno y otro sistema es muy distinto. Las diferencias en el plano ideológico o cultural (condicionadas en parte por la existencia de estructuras institucionales divergentes) se traducirían en prácticas jurídicas muy distintas. Por otro lado, la tesis de la *diferencia normativa* afirma que los jueces de *civil law*, a diferencia de sus pares de *common law*, no tienen el deber de seguir los precedentes. No obstante, como se verá más adelante y según lo reconoce el propio Sartor, es posible afirmar en el plano descriptivo que se trata de prácticas jurídicas sustancialmente parecidas y, al mismo tiempo, afirmar que lo que las distingue se refiere sobre todo a aspectos ideológicos. Sartor, Giovanni, *op. cit.*, pp. 235-236.

⁷ MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1997, p.3.

a excepción de Inglaterra, puede decirse que los países de Europa occidental desarrollaron sus modernos sistemas legales bajo la sucesiva influencia de la recepción del derecho romano (que se produjo a finales del siglo XI, con el redescubrimiento en Italia de la compilación justiniana) y el movimiento codificador que tuvo su origen en Francia, existen particularidades muy relevantes en ese panorama aparentemente homogéneo. La codificación alemana de principios del siglo XX, por ejemplo, estuvo animada por la escuela de pensamiento desarrollada en las universidades alemanas que se abocaba al estudio y reinterpretación del Digesto. Por su parte, los países nórdicos recibieron esa influencia alemana y, sin embargo, nunca produjeron grandes codificaciones. Siendo países que pertenecen a la tradición de *civil law*, sus ordenamientos se basaban en las antiguas costumbres de los pueblos escandinavos, aunque actualmente han sido modernizados a partir de construcciones propias e importaciones de otras tradiciones.⁸

En el *common law* sucede algo parecido: no todo es tan homogéneo en los ordenamientos del Reino Unido, Estados Unidos y los países de la Commonwealth que adoptaron el *common law*. En el caso británico, por ejemplo, hay tres derechos: el inglés (vigente en Inglaterra y Gales), el irlandés y el escocés. Los dos primeros pertenecen al *common law*, mientras que el derecho escocés es un sistema mixto de origen romano.⁹ Aunque en Escocia actualmente está ampliamente extendida la aproximación metodológica de *common law*, hasta finales del siglo XVIII su ordenamiento funcionó completamente bajo el paradigma del derecho romano, lo que resulta interesante teniendo en cuenta que el derecho inglés ya estaba en plena madurez en el siglo XVIII.¹⁰ En Estados Unidos y Canadá también hay zonas geográficas donde en ciertas materias conviven los sistemas de *civil law* y de *common law*: en los estados de Luisiana y Québec existen codificaciones de derecho civil.¹¹ Por lo demás, la tradición jurídica

⁸ *Ibidem*, p.3.

⁹ Iturralde Sesma, Victoria, *op. cit.*, p.17.

¹⁰ MacCormick, Neil y Summers, Robert, *op. cit.*, 1997, pp. 3-4.

¹¹ Iturralde Sesma, Victoria, *op. cit.*, p.17 y MacCormick, Neil y Summers, Robert 1997, p. 4.

de *civil law* también tiene gran influencia en los estados estadounidenses de Florida, Texas, Nuevo México, Arizona y California,¹² territorios que en algún momento fueron parte de las colonias españolas en el continente americano.

Este breve panorama no sólo muestra que los sistemas de *civil law* y de *common law* no se configuraron de forma homogénea y sin ninguna vinculación, sino que por distintas particularidades históricas ambas tradiciones han llegado a convivir en el marco de un mismo Estado. Con todo, es innegable que si hoy en día es posible hablar del derecho continental y de *common law* en términos de familias o tradiciones, es precisamente porque comparten algunos rasgos que los distinguen. Pero aun reconociendo que entre el de *civil law* y el *common law* existen diferencias en aspectos centrales de un sistema jurídico (por ejemplo: la historia jurídica, la organización y práctica judicial, la teoría de las fuentes, la cultura jurídica, etc.), creo que es posible sostener dos cosas. Por un lado, que la diferencia más relevante tiene que ver con el aspecto *ideológico*: la manera distinta en las que los juristas conciben el derecho es lo que de verdad distingue a las dos tradiciones.¹³ Y por otro lado, que se ha producido un importante *acercamiento* entre los sistemas de *civil law* y de *common*

¹² Iturralde Sesma, Victoria, *op. cit.*, p.17.

¹³ Al hilo de un comentario al importante libro de Ana Laura Magaloni sobre el precedente constitucional en el sistema estadounidense, Marian Ahumada resalta esta situación. Aunque la cita es larga, creo que vale la pena su transcripción. En palabras de la profesora Ahumada: "el contraste entre los sistemas de *civil law* y *common law* no resulta de contraposiciones tales como el papel preponderante del legislador en uno y de los jueces en otro, o la posición asignada en un ordenamiento al derecho legislado frente a la creación judicial. En cierto modo, estas diferencias visibles, a menudo exageradas para resaltar el contraste, no son más que la consecuencia de lo que realmente hace la diferencia, algo más esencial y menos visible: la actitud frente al derecho, o si se quiere, la forma de concebirlo. Cuando el derecho se concibe como un sistema de normas, cerrado y autorregulado, el papel del legislador en su edificación y de los teóricos del derecho en su racionalización es central. Por el contrario, concebido como una herramienta, un instrumento para resolver conflictos de intereses, tanto más perfecto cuanto más se adapta a esa finalidad práctica, el derecho no se entiende desconectado de la realidad sobre la que actúa, sobre la que pretende influir y que permanentemente lo pone a prueba. El laboratorio del derecho entonces está en los tribunales: el derecho se pone a prueba, se desarrolla y se transforma a impulso de concretos conflictos reales que reclaman solución. La obsesión por la certeza del derecho y el afán de sistematización, tan evidentes en la construcción de *civil law*, son perfectamente comparables a la obsesión por la eficacia y la permanente preocupación por adecuar el derecho a la cambiante realidad social [...] característica de los sistemas de *common law*", Ahumada Ruiz, Marian, "Stare decisis y creación judicial del derecho

law. Como se verá más adelante, la mayor parte de las objeciones que normalmente se esgrimen para desestimar la viabilidad del seguimiento de precedentes en los sistemas de la tradición continental no se apoyan tanto en tesis que describan de hecho cómo funcionan los ordenamientos de *civil law*, sino que se fundamentan sobre todo en la ideología legalista de la codificación.

Como se dijo anteriormente, si hoy en día es posible sostener que los precedentes judiciales son relevantes en los sistemas jurídicos continentales,¹⁴ es precisamente porque las diferencias con los sistemas de *common law* se han ido difuminando,¹⁵ a tal punto que las dos tradiciones se han acercado en aspectos que antes parecían separarlas por completo.

Es el caso de la utilización del derecho escrito en los países de *common law*. Actualmente, es innegable la importancia de las normas de carácter legislativo en los sistemas de esta tradición.¹⁶ Así, es posible afirmar, por ejemplo, que en Estados Unidos la ley ha desplazado a los precedentes judiciales como la fuente del derecho más importante.¹⁷ Y algo similar puede decirse sobre el derecho inglés: la legislación es una fuente superior a los precedentes judiciales; éstos pueden ser modificados a través de una ley, pero la ley nunca puede ser derogada por un precedente.¹⁸

(constitucional). A propósito de El precedente judicial en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel", *op. cit.*, p. 353.

¹⁴ En palabras de Leonor Moral Soriano, "[i]n recent years interest in the relevance of precedents under statutes has increased as a sign of this interest, European continental legal systems have accepted the word precedents when referring to previous judicial decisions. Moreover, the belief that 'previous judicial decisions are not sources of law has been losing ground and instead statements as 'judges should take precedents into consideration' have been gaining more attention", Moral Soriano, Leonor, *op. cit.*, p. 327.

¹⁵ Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, p. 295. Leonor Moral Soriano apunta otra razón que justifica el actual interés teórico y práctico por los precedentes en el ámbito continental: la evolución en el modelo de razonamiento jurídico, Moral Soriano, Leonor, *op. cit.*, p. 15. Por mi parte, más adelante intentaré mostrar cómo el paradigma del Estado constitucional de derecho impone precisamente un modelo de razonamiento jurídico que reclama la utilización de los precedentes judiciales.

¹⁶ Moral Soriano, Leonor, *op. cit.*, p. 15.

¹⁷ Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw Hill, Madrid, 2001, p. 68.

¹⁸ Iturralde Sesma, Victoria, *op. cit.*, pp. 125-126. Para un panorama más amplio sobre las relaciones entre el *statute law* (derecho legislado) y los precedentes judiciales en el derecho inglés y estadounidense, véase la misma obra, pp. 116-127 y 190-202.

Por otra parte, aunque en la actualidad la utilización de precedentes judiciales en la interpretación de las leyes y la justificación de las decisiones jurisdiccionales es un recurso habitual en los países de la tradición continental,¹⁹ la invocación de resoluciones pasadas no es del todo extraña en las prácticas argumentativas de los países de *civil law*.²⁰ Una muestra de ello es que en los sistemas de *civil law* han existido sectores del ordenamiento cuyo desarrollo se ha producido por vía jurisprudencial, los ejemplos que suelen mencionarse son el derecho administrativo francés, el derecho alemán de las relaciones colectivas de trabajo y, en general, el derecho civil de daños.²¹

En realidad, la idea de que los tribunales superiores no sólo resuelven casos concretos, sino que también sientan criterios generales con sus decisiones es de carácter universal: se da tanto en ordenamientos de la tradición continental como en el *common law*.²² En efecto, lo anterior también se confirma si se observa que a mediados del siglo XIX se consolidaron en el mundo occidental dos técnicas jurisprudenciales que siguen vigentes hasta nuestros días: el *precedente* propio de los países anglosajones y la *doctrina jurisprudencial* del continente europeo.²³

En los sistemas continentales inspirados en el modelo francés, las decisiones judiciales comienzan a tener relevancia a través del recurso de

¹⁹ Moral Soriano, Leonor, *op. cit.*, p. 15.

²⁰ En relación con el caso español, Alejandro Nieto apunta que frecuentemente se afirma que "el precedente no ha arraigado en nuestro Ordenamiento Jurídico y efectivamente así es desde un punto de vista formal, puesto que ni en el Código Civil ni en las Leyes de Enjuiciamiento aparece tal fórmula. En mi opinión, sin embargo, el precedente desempeña entre nosotros un papel muy similar al de los países anglosajones, según demuestra la práctica de los Tribunales [...]. Lo que sucede es que en España no ha podido tener el precedente un encaje sistemático adecuado dentro del positivismo legalista, que vincula al Juez directamente a la Ley, mientras que el precedente es pieza natural e insustituible de *Common Law*", Nieto, Alejandro, "El precedente judicial", en José Luis Requejo Ibáñez (coord.), *Estudios Jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Madrid, Trivium, 1990, p. 613.

²¹ Ferreres Comella, Victor, *El principio de taxatividad y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*, Madrid, Civitas, 2002, p. 211.

²² *Ibidem*, p. 231.

²³ Nieto, Alejandro, "El precedente judicial", *op. cit.*, p. 613.

casación. Esta institución surge para restringir la libertad creadora de los jueces y después se consolida como un mecanismo que garantiza la uniformidad en la aplicación del derecho.²⁴ El conjunto de decisiones judiciales de los tribunales superiores conforman la jurisprudencia que, a su vez, contiene la doctrina que debe ser seguida por los tribunales inferiores.²⁵ De esta manera, a través del recurso extraordinario de casación es posible anular las sentencias de los jueces inferiores que se apartan de la doctrina jurisprudencial establecida por los tribunales superiores.

Finalmente, hay datos de diversa índole que muestran que en países emblemáticos de *civil law* (como España, Alemania, Italia y Francia) existe actualmente en la práctica un sistema de precedentes:²⁶ 1) los tribunales superiores invocan con frecuencia sus propios precedentes para justificar las sentencias que dictan; 2) los abogados también suelen citar los precedentes de los tribunales superiores cuando argumentan un caso; 3) no es infrecuente que las leyes prevean la posibilidad de que los miembros de los tribunales supremos se reúnan en pleno para unificar las doctrinas divergentes de las diversas salas o secciones del órgano colegiado, y 4) también existe la práctica de que los académicos estudien las sentencias de los tribunales supremos con la finalidad de identificar y sistematizar aquellas que sientan nuevos criterios.

C. Las principales objeciones en contra de la doctrina del precedente en los sistemas de *civil law*

De acuerdo con lo expuesto, aun con las dificultades que pueden existir para hablar de los sistemas de *common law* y *civil law* como tradiciones unificadas y homogéneas, en nuestros días tiene sentido seguir mante-

²⁴ Moral Soriano, Leonor, *op. cit.*, pp. 16-17.

²⁵ Sobre la distinción entre jurisprudencia y doctrina jurisprudencial, véase Nieto, Alejandro, "Valor legal y alcance real de la jurisprudencia", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 8, 2002, pp. 103-105.

²⁶ En este punto, sigo lo expuesto por Víctor Ferreres, en *El principio de taxatividad y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*, *op. cit.*, pp. 208-210.

niendo esa distinción. Existen aspectos relevantes que caracterizan y distinguen a cada una de estas tradiciones. Sin embargo, ello no obsta para reconocer que, por distintos factores, ambas familias han experimentado un acercamiento en los últimos años. Dos aspectos muy relevantes que se relacionan directamente con el tema de los precedentes judiciales tienen que ver con el papel de la ley en los sistemas de *common law* y la importancia de las resoluciones judiciales como pautas generales de conducta en los sistemas continentales.

Así las cosas, queda claro que la ley es una fuente de derecho muy importante en el *common law* y, al mismo tiempo, que los sistemas de la tradición continental no han sido todo lo hostiles que se cree hacia el derecho creado por vía jurisprudencial. Ahora bien, estas constataciones son apenas un punto de partida. Lo que me propongo ahora es revisar con mayor detenimiento las objeciones más recurrentes que se hacen para rechazar la fuerza vinculante de los precedentes en los sistemas continentales. Como se verá enseguida, algunas de esas objeciones se apoyan en el argumento de que se trata de una institución "extraña" a la tradición continental.

La principal objeción que se esgrime en contra de la doctrina del precedente en el de *civil law* es que los jueces continentales sólo están vinculados a la ley.²⁷ Como se verá enseguida, esta objeción se compone de varios argumentos entrelazados que intentaré ir desbrozando.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, esta objeción apela a supuestas diferencias sustanciales entre los sistemas de *civil law* y de *common law*. Es una idea ampliamente extendida considerar que los jueces

²⁷ En la reconstrucción de los argumentos de esta objeción y su contestación he seguido con alguna libertad las ideas de Víctor Ferreres expuestas en tres de sus trabajos: Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*, *op. cit.*, pp. 153-230; Ferreres Comella, Víctor, "El papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau. Algunas reflexiones de derecho comparado", en José Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente de derecho*, Barcelona, Bosch, 2006; Ferreres Comella, Víctor, "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", *op. cit.*

continentales sólo pueden estar vinculados a la ley. La explicación de esta situación se encuentra en la manera en la que se configuró en la tradición continental el principio de la división de poderes.²⁸ Como se sabe, a raíz de la Revolución francesa las asambleas legislativas se constituyeron en los espacios del poder público donde se manifestó la burguesía como nueva clase dominante.²⁹ Los parlamentos emergieron como "señores del derecho" y se consolidó el principio de la soberanía parlamentaria.³⁰

Así, mientras los parlamentos eran los órganos legitimados para *crear* derecho (a través de normas generales) a los jueces sólo les correspondía *aplicar* las normas dictadas en sede legislativa. Como es fácil advertir, la doctrina de la supremacía parlamentaria es un elemento determinante de la tradición jurídica de *civil law*. El corolario de esa doctrina es la máxima de que a los jueces no les está permitido crear derecho y la tesis de que la jurisprudencia no es una fuente de derecho.

Los revolucionarios franceses desconfiaban de la judicatura y veían al parlamento como la representación de la voluntad general.³¹ La desconfianza en los jueces estaba justificada a la luz del papel que habían desempeñado en el antiguo régimen: se les percibía como un poder conservador que había contribuido a mantener los beneficios y privilegios de la nobleza. Por ello, se buscó restringir al máximo el poder de los jueces a través de su sujeción a la ley creada por el parlamento. Al existir una tajante separación entre la creación y la aplicación del derecho, producto de un rígido entendimiento del principio político de la división de poderes, la

²⁸ Sobre la relación entre la jurisprudencia y la casación en el sistema jurídico español, véase Nieto, Alejandro, "El precedente judicial", *op. cit.*

²⁹ Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, UNAM, 1989, p. 23.

³⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2003, pp. 114 y 150.

³¹ Como sostiene Luis López Guerra, "[l]a posición de desconfianza hacia el juez que, desde la Revolución Francesa, informa los sistemas jurídicos romano-germánicos excluye, en principio, la capacidad judicial de enunciar normas jurídicas generales", López Guerra, Luis, "El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*", *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Madrid, 1981, p. 1442.

función judicial fue minimizada y los jueces fueron relegados a ser simples repetidores de la ley.³²

Esta breve explicación histórica nos sirve para entender por qué está tan arraigada entre nosotros la idea de que los jueces continentales no pueden estar vinculados por normas de origen jurisprudencial. Ahora bien, la objeción al reconocimiento de fuerza vinculante a los precedentes se complementa con un argumento de derecho comparado: a diferencia de lo que pasa en la tradición continental, en los países de *common law* no existe problema en reconocer que los jueces crean derecho. Por esa razón, la doctrina que sostiene que los precedentes de los tribunales supremos vinculan a los jueces inferiores es aceptable en ese contexto y extraña en el nuestro.

Una vez que ha quedado clara la objeción y las razones en las que se apoya, resulta necesario precisar cuál es la función de los precedentes en el *common law* y cómo la cumplen. En la tradición de *common law* los precedentes tienen fuerza vinculante en virtud de la existencia del principio de *stare decisis*.³³ Este principio se manifiesta en dos dimensiones. La dimensión vertical significa que los jueces inferiores están obligados a seguir los criterios establecidos por los tribunales superiores en supuestos similares al caso que están resolviendo. La fuerza del precedente está modulada por la clase de tribunal que dicta el precedente, al punto que su acatamiento puede ser inexcusable cuando es establecido por los tribunales que se encuentran en la cúspide de la estructura judicial.

Por su parte, la dimensión horizontal opera vinculando hacia el futuro a los tribunales con los criterios establecidos en resoluciones anteriores. En este sentido, la vinculación no se refiere a las decisiones de otros tribunales, sino a los criterios propios del tribunal asentados en resoluciones

³² Vigo, Luis Rodolfo, "Razonamiento judicial justificatorio", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 21, vol. II, 1998, p. 483.

³³ En la caracterización del principio de *stare decisis* sigo lo expuesto en De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional y sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, pp. 290-291.

anteriores. La modulación de este principio supone que algunos tribunales (normalmente los de más alta jerarquía) pueden apartarse de sus propios precedentes utilizando determinadas técnicas interpretativas para distinguir que se trata de un supuesto distinto al decidido previamente (*distinguishing*) o directamente para revocar el precedente anterior (*overruling*).³⁴ En ocasiones se alude a las dos dimensiones del principio de *stare decisis* que se acaban de explicar con los términos del precedente horizontal y el precedente vertical.

Ahora bien, ¿qué función cumple el principio de *stare decisis* en el marco de la tradición de *common law*? De acuerdo con lo expuesto, no es difícil conjeturar que la fuerza vinculante de los precedentes cumple la función de limitar o reducir la libertad de los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional.³⁵ Y éste es un problema que no es ajeno a la tradición del derecho continental. El movimiento codificador intentó construir ordenamientos coherentes, completos, sistemáticos y exhaustivos. Una legislación con estas características convertiría la función jurisdiccional en una actividad simple y mecánica. Por ello, el modelo de juez que está asociado a esta manera de entender el derecho exige que éste se limite a repetir lo que dice la ley, porque los códigos son capaces de dar todas las respuestas posibles a todos los casos imaginables.

Sin embargo, los ordenamientos concretos nunca han sido a la imagen y semejanza del ideal codificador. Es inevitable que el derecho legislado adolezca de un cierto grado de indeterminación.³⁶ En este sentido, si el

³⁴ Ignacio de Otto apunta un par de ejemplos de derecho positivo: "En los Estados Unidos el Tribunal Supremo puede cambiar de criterio, no está vinculado a sus precedentes; en Inglaterra, por el contrario, los tribunales están vinculados a sus propios precedentes, si bien en los últimos decenios este criterio tiende a hacerse más dúctil en lo que se refiere a la Cámara de los Lores", De Otto, Ignacio, *op. cit.*, p. 291.

³⁵ *Ibidem*, p. 290.

³⁶ En relación con el aumento en la producción legislativa en los ordenamientos de *common law*, Víctor Ferreres comenta lo siguiente: "en los países de *common law*, la producción legislativa se intensificó muchísimo a partir del siglo XX, desplazando de este modo numerosas reglas tradicionales creadas por los jueces. Hay que tener en cuenta, además, que cuando el legislador anglosajón entra a regular un sector de la realidad social, suele ser *más preciso* que en los países de la Europa continental.

material que deben aplicar los jueces es contradictorio e indeterminado, es muy probable que den respuestas diferentes a casos relativamente parecidos.

En realidad, la tradición continental también ha sido consciente de este problema y ha desarrollado mecanismos institucionales para combatirlo. Con todo, lo relevante es que ni en el de *civil law* ni en el *common law* ha sido posible eliminar la indeterminación que afectan a los ordenamientos, con lo cual resulta inevitable que los jueces tengan cierta libertad interpretativa.³⁷ Es cierto que en el *common law* la fuerza vinculante del precedente no fue un medio ideado para resolver las dificultades en la aplicación del derecho legislado (sino más bien para sustituirlo), sin embargo, no puede negarse que contribuye a resolver algunas de esas dificultades.³⁸

Resulta interesante indagar la razón por la cual en la tradición de *civil law* no se desarrolló la doctrina de la fuerza vinculante de los precedentes, siendo que también existían problemas similares a los que respondía esta doctrina en el contexto de *common law*. Algunos factores institucionales y culturales que caracterizan a la organización judicial en cada una de estas tradiciones pueden explicar esta situación.³⁹ Por un lado, en los países de *civil law* los poderes judiciales se han estructurado históricamente de acuerdo con un modelo fuertemente *jerarquizado* en un doble sentido.

En parte, la razón reside en los mayores esfuerzos que ha tenido que hacer ese legislador para asegurar que las viejas reglas judiciales quedaran efectivamente reemplazadas por los nuevos preceptos de origen parlamentario, pues durante mucho tiempo el principio básico que seguían los jueces era que las leyes en derogación de *common law* debían interpretarse restrictivamente. En consecuencia, se da la aparente paradoja de que el legislador anglosajón suele dar menos margen de maniobra interpretativa a los jueces que el legislador europeo-continental", Ferreres Comella, Víctor, "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", *op. cit.*, p. 4.

³⁷ *Ibidem*, p. 4.

³⁸ De Otto, Ignacio, *op. cit.*, pp. 290-291.

³⁹ Siguiendo las ideas de Mirjan Damaska, ésta es la explicación que ofrece Víctor Ferreres en sus trabajos sobre el precedente judicial. Cfr. Damaska, Mirjan, *Evidence law adrift*, Estados Unidos, Yale University, 1997, pp. 62-70; Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*, *op. cit.*, pp. 208-213; Ferreres Comella, Víctor, "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", *op. cit.*, pp. 4-5.

Desde un punto de vista orgánico, la jerarquización comporta la existencia de carrera judicial para determinar los ascensos de los jueces. Mientras que en plano procesal significa la existencia de un sistema de recursos (apelación y casación, fundamentalmente) para facilitar la corrección de las sentencias de los tribunales inferiores por parte de los superiores. Si la opinión de los jueces superiores es la que cuenta para definir los ascensos en la carrera judicial y es posible revocar las sentencias de los jueces inferiores que se aparten de la doctrina establecida por esos superiores en ejercicio de su función jurisdiccional, es comprensible que no se haya desarrollado una práctica como la del principio de *stare decisis*. Los jueces continentales tenían fuertes incentivos institucionales para interiorizar la doctrina de los tribunales superiores y decidir conforme a ella sin necesidad de que se estableciera la fuerza vinculante de esas doctrinas.

La situación es muy distinta si se observan esos mismos aspectos orgánicos y procesales de la estructura del poder judicial en el *common law*. Por un lado, no existe carrera judicial: los jueces de *common law* generalmente son juristas en su "segunda profesión", que alcanzan esa posición después de haber tenido una carrera exitosa en la academia o en la abogacía. Por otro lado, las apelaciones y los recursos en general están muy limitados: sólo se puede acceder a los tribunales supremos en situaciones excepcionales.⁴⁰ Con estas características institucionales, la doctrina del precedente contribuyó a que jueces y abogados *interiorizaran* el principio de que es obligatorio ajustarse a los criterios sentados por los tribunales superiores.

Lo anterior muestra que tanto el de *civil law* como el *common law* han desarrollado mecanismos para enfrentar el problema de la indeterminación del derecho legislado. El hecho de que en gran parte de los ordenamientos de *civil law* no se haya reconocido hasta ahora de manera oficial

⁴⁰ En Estados Unidos, por ejemplo, el ejercicio de la jurisdicción en materia de apelación es fundamentalmente discrecional: el Tribunal Supremo elige el tipo de asuntos que va a resolver a través del *writ of certiorari*. Al respecto, véase Magaloni Kerpel, Ana Laura, *op. cit.*, pp. 172-177 y Ahumada Ruiz, Marian, "El 'certiorari'. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994.

la doctrina de la obligatoriedad de los precedentes se explica por las características institucionales del Poder Judicial. Sin embargo, ello no quiere decir que se trate de un principio incompatible con los ordenamientos de la tradición continental. De hecho, la manera en la que ha evolucionado el derecho continental en las últimas décadas empuja precisamente hacia el reconocimiento de la doctrina del precedente, por lo que no hay una razón de peso para seguir rechazando su aplicación cuando su implementación no sólo es compatible con la tradición continental.

Otra objeción a la utilización del precedente en los países de *civil law* sostiene que si el juez se encontrara vinculado a los precedentes de los tribunales superiores estaría sometido a esos tribunales y con ello perdería su independencia.⁴¹ En la misma línea, se dice que si el juez debe dejar de lado su criterio para resolver conforme a opiniones ajenas, no podría hablarse de un juez independiente.

Esta manera de argumentar no parece muy convincente. El problema con esta objeción es la manera en la que se entiende la institución de la independencia judicial. En efecto, en los países de *common law* los jueces se encuentran sometidos a los criterios establecidos por los tribunales superiores y, sin embargo, no se dice que no existe independencia judicial.

Por otro lado, esta crítica tampoco tiene sentido en la tradición continental, como lo demuestra el hecho de que normalmente existen sistemas de recursos a través de los cuales un tribunal superior puede anular una sentencia de un inferior u ordenarle que la dicte de acuerdo con el contenido que el superior considere adecuado. El juez no debe concebirse independiente en cuanto persona, sino como el titular de una función que pertenece a una estructura judicial. Esto puede observarse nítidamente en el caso de los órganos jurisdiccionales colegiados: si la independencia judicial únicamente se predica del juez como persona, sería

⁴¹ Sobre esta objeción, sigo de cerca los planteamientos de Ignacio de Otto. *Cfr.* De Otto, Ignacio, *op. cit.*, pp. 300-301.

inconstitucional que en los órganos colegiados la resolución se atribuyera al colegio, sin mencionar los votos particulares de los jueces discrepantes. Como es bien sabido, la institución del voto particular no está instituida en todos los países garantes de la independencia judicial.

Finalmente, cabe añadir que la función jurisdiccional se encuentra estructurada en instancias o grados, con tribunales supremos situados en la cúspide de la estructura. Las razones de la mencionada distribución son meramente prácticas. Ante la imposibilidad de la existencia de un juez único, esta organización persigue la revisión de las sentencias en aras de garantizar la seguridad jurídica, la igualdad y la imparcialidad.⁴² Afirmar que la independencia del juez le desvincula de los criterios del tribunal superior implica negar la finalidad que persigue la organización judicial en instancias o grados.

D. Valores a los que sirve el precedente: seguridad, igualdad e imparcialidad

Hasta ahora se ha insistido en que el precedente judicial es una práctica que contribuye a restringir la libertad de los jueces. Toda vez que los ordenamientos jurídicos adolecen irremediabilmente de problemas de indeterminación (ambigüedad, vaguedad, antinomias, etc.) y la función jurisdiccional se distribuye territorialmente, haciendo posible la aplicación desigual del derecho en las distintas demarcaciones judiciales, el reconocimiento de la fuerza vinculante de los precedentes es una medida que propicia la aplicación uniforme del derecho y con ello garantiza el derecho fundamental a la igualdad.⁴³ De esta manera, esa aplicación

⁴² En referencia al caso español, Rafael de Asís sostiene que "[l]a práctica del precedente y el valor normativo de los enunciados judiciales generales es algo que posee una relevancia mayor de la que tradicionalmente se le ha dado en nuestro Ordenamiento, vinculada a las exigencias de *seguridad* y de *igualdad* por parte de los poderes públicos, así como a la tutela judicial efectiva", Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, 1995, p. 272. Sobre la relación entre las reglas judiciales generales (*rationes decidendi*) y los valores de seguridad e igualdad, *cfr. ibidem*, pp. 245-253.

⁴³ De Otto, Ignacio, *op. cit.*, p. 290.

uniforme permite acercarse al ideal de unificar las respuestas jurídicas a controversias similares.⁴⁴

Lo que interesa ahora es preguntarse por qué es importante reducir o limitar la libertad de los jueces y buscar la uniformidad en la aplicación del derecho. Dicho de otra manera, es necesario mostrar qué valores se promueven con el reconocimiento de la fuerza vinculante del precedente y si esos valores encuentran encaje en la organización política y jurídica de los ordenamientos de la tradición continental.

Se puede comenzar diciendo que reducir la libertad interpretativa de los jueces no sólo es algo deseable, sino que se trata de un postulado básico de cualquier Estado de derecho,⁴⁵ independientemente de si ese Estado pertenece a la tradición jurídica de *civil law* o de *common law*. Es posible reconocer que la ideología de la codificación y su modelo de juez no proporcionan una descripción adecuada de la realidad, en el sentido de que los ordenamientos positivos no son *de hecho* como se postulaba (coherentes, sistemáticos, completos, carentes de lagunas y contradicciones) y la función jurisdiccional *de hecho* es más compleja de lo que se decía (repetir las palabras de la ley).⁴⁶ Pero de ahí no se sigue que la intención de limitar la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales con el afán de propiciar uniformidad en la aplicación del derecho sea errada. Por el contrario, con esa limitación de la libertad de los jueces se promueven importantes valores asociados a la vigencia de un Estado de derecho: la seguridad jurídica, la igualdad y la imparcialidad.

No es difícil advertir por qué la fuerza vinculante del precedente promueve la seguridad jurídica. Si una de las características de todo Estado

⁴⁴ Ferreres Comella, Víctor, "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", *op. cit.*, pp. 1-2.

⁴⁵ De Otto, Ignacio, *op. cit.*, p. 290.

⁴⁶ Al respecto, el profesor Rubio Llorente afirma: "Es cierto que esta concepción de la jurisdicción es puramente ideológica, en cuanto no plenamente concorde con la realidad y que incluso como simple ideología se ha visto sometida, al menos desde comienzos de siglo y muy acentuadamente desde mediados de éste, a una profunda revisión", Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1988, p. 21.

de derecho es el establecimiento de normas de carácter general y abstracto con la finalidad de que los ciudadanos sepan de antemano qué actitud asumirán las autoridades encargadas de aplicarlas en situaciones concretas ante las conductas realizadas u omitidas por ellos,⁴⁷ es evidente que la posibilidad de que los tribunales interpreten con criterios dispares las normas aplicables a supuestos similares lesiona el valor de la seguridad jurídica.⁴⁸ Si cada juez es libre para interpretar el derecho como mejor le parezca en cada caso, los ciudadanos no pueden saber a qué atenerse. Aunque la completa previsibilidad de las decisiones judiciales no deja de ser un ideal que difícilmente puede ser alcanzado, ello no quiere decir que no se puedan lograr niveles aceptables de previsibilidad que permitan a los ciudadanos desarrollar sus planes de vida con garantías mínimas de seguridad jurídica.

Por otro lado, la igualdad es un valor que también se promueve a través del reconocimiento de la doctrina del precedente judicial.⁴⁹ Aunque quizá sea más preciso indicar que lo que se alcanza es una vertiente de ese principio: la igualdad en la aplicación de la ley.⁵⁰ Las dos manifestaciones de esta vertiente se refieren, por un lado, a la prohibición de establecer interpretaciones discriminatorias, es decir, que la ley sea aplicada de forma distinta a aquellos sujetos que se encuentren en la misma situación descrita por la norma. Y por otro lado, a la prohibición de que los órganos jurisdiccionales puedan modificar o apartarse de sus propios criterios interpretativos sin justificación alguna.⁵¹ La primera de estas manifes-

⁴⁷ De Otto, Ignacio, *op. cit.*, p. 290.

⁴⁸ De acuerdo con Marina Gascón, "[q]ue las normas sean generales y su aplicación uniforme se inscribe también en la lucha contra la arbitrariedad del poder, pero constituye, más que una expresión del valor igualdad, una exigencia de la *certeza y seguridad jurídicas*", Gascón, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993 (énfasis añadido).

⁴⁹ De Otto, Ignacio, *op. cit.*, p. 290.

⁵⁰ En este sentido, es importante distinguir la igualdad en la aplicación de la ley de la *igualdad ante la ley*. En esta última vertiente, el principio de igualdad se traduce en la prohibición de establecer distinciones normativas (tratar de manera desigual supuestos de hecho parecidos) utilizando criterios poco razonables o discriminatorios. Sobre esta distinción con especial referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este tema, *cfr.* Gascón, Marina, *op. cit.*, pp. 56-77.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 61-63.

taciones del principio de igualdad se alcanza con el precedente vertical, mientras que la segunda se promueve a través del precedente horizontal.⁵²

Finalmente, otro valor que se promueve a través de la vinculación al precedente es la imparcialidad.⁵³ En este sentido, se sostiene que si los tribunales supremos son conscientes de que los criterios que sientan serán vinculantes para los demás jueces, tenderán a distanciarse lo más posible de las características específicas del caso para establecer la regla vinculante de la forma más abstracta posible. La incertidumbre de no saber qué personas protagonizarán las controversias que caerán bajo el campo de aplicación de la regla jurisprudencial (como en el "velo de la ignorancia" de Rawls) empuja a los tribunales supremos a conducirse con mayor imparcialidad u objetividad.

E. Estado constitucional y precedente constitucional

Hasta ahora he dedicado este capítulo a señalar argumentos a favor de la implementación del reconocimiento de la doctrina del precedente en los países de *civil law* se refieren a cualquier tipo de precedente. Lo que sostendré a continuación es que el modelo de Estado constitucional, que se configuró en algunos países europeos desde mediados del siglo XX y se ha extendido en los últimos años a otras regiones del mundo, exige a su vez el reconocimiento de la fuerza vinculante de los precedentes constitucionales. Como se verá a continuación, la necesidad de ese reconocimiento no es más que la consecuencia de adscribir fuerza normativa a las constituciones. En lo que sigue procederé de acuerdo con un esquema muy simple: comenzaré por trazar un bosquejo de las características más salientes del modelo de Estado constitucional y posteriormente intentaré

⁵² Ferreres Comella, Víctor, "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", *op. cit.*, p. 1.

⁵³ De acuerdo con Víctor Ferreres, se trata de un argumento poco utilizado en la tradición continental pero al que frecuentemente se apela en el *common law*. Ferreres Comella, Víctor, "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", *op. cit.*, p. 2.

mostrar en qué sentido ese modelo exige el reconocimiento de la fuerza vinculante de los precedentes constitucionales.

El Estado constitucional de derecho surge en Europa después de la segunda posguerra, dejando atrás el modelo de Estado legislativo.⁵⁴ El lugar privilegiado que tenía la ley como fuente de derecho es ocupado en el nuevo modelo por la Constitución.⁵⁵ En este sentido, la lectura de la Constitución en clave normativa es lo que distingue al Estado constitucional del Estado legislativo. Sin embargo, la idea de que la Constitución es una norma no fue una aportación del nuevo modelo: había sido planteada casi siglo y medio antes por el juez Marshall en la famosa sentencia del caso *Marbury vs. Madison*.⁵⁶ Y esa idea fue la pieza angular sobre la que se asentó el modelo estadounidense de control constitucional.

El control constitucional de las leyes es el rasgo más característico del constitucionalismo contemporáneo.⁵⁷ En este aspecto, el Estado constitucional se desarrolló en Europa con una fisonomía institucional propia. Siguiendo los pasos del modelo diseñado por Hans Kelsen, el control de la constitucionalidad de las leyes se encargó a órganos expresamente creados para esa labor: los tribunales constitucionales.

Pero además del control de la ley, existen al menos otras dos características distintivas del Estado constitucional: la efectiva vigencia del principio de división de poderes y el reconocimiento de los derechos

⁵⁴ Para un panorama de las transformaciones que supuso el tránsito del Estado legislativo al Estado constitucional, véase Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*

⁵⁵ De acuerdo con Gustavo Zagrebelsky, en el Estado legislativo era la ley a la que "se le reconocía superioridad frente a todos los demás actos jurídicos y también frente a los documentos constitucionales de entonces. Las cartas constitucionales dualistas de la Restauración venían degradadas, por lo general mediante avatares poco claros desde el punto de vista jurídico pero bastante explícitos desde el punto de vista político-social, a "constituciones flexibles", esto es, susceptibles de ser modificadas legislativamente", Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁶ La referencia clásica en la literatura en castellano sobre la fuerza normativa de la Constitución es el célebre ensayo de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2006.

⁵⁷ Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª ed., México, Fontamara, 1999, p. 15.

fundamentales.⁵⁸ En el caso de los derechos, éstos funcionan como límites infranqueables a la actuación del parlamento,⁵⁹ que deja de tener un poder ilimitado.

Los textos de la mayoría de las constituciones del Estado constitucional presentan importantes problemas de indeterminación, por un lado, adolecen de ambigüedad y vaguedad; sin embargo, estos problemas no son exclusivos de las constituciones: al estar formulados en lenguajes naturales, todos los textos normativos están afectados en mayor o menor medida de ambigüedad y vaguedad,⁶⁰ pero lo que sí es una fuente de indeterminación específica de las constituciones es su tendencia más acusada a contemplar "conceptos esencialmente controvertidos" y los conflictos que se presentan como resultado de la consagración de normas muy abiertas que potencialmente pueden entrar en contradicción.⁶¹ Los primeros hacen referencia a conceptos con contenido valorativo (como multa excesiva, pena cruel, trato inhumano, etc.) o términos que tienen una alta connotación emotiva (por ejemplo, democracia, etc.). Los segundos aluden sobre todo a las colisiones que se presentan entre derechos fundamentales y principios constitucionales.

Ahora bien, aun si esta esquemática caracterización del Estado constitucional acierta a recoger los rasgos más esenciales del modelo, creo que no es posible apreciar el alcance de las transformaciones que han acompañado a su efectiva implementación si no se observa la manera en la

⁵⁸ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 17.

⁵⁹ En palabras de Luigi Ferrajoli, "[s]i las reglas sobre la representación y sobre el principio de las mayorías son *formales* en orden a lo que es *decidible* por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar la *esfera de lo indecidible*: de lo *no decidible que*, y de lo *no decidible que no*, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales", Ferrajoli, Luigi, *Garantías y derechos. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.

⁶⁰ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 2007, p. 27.

⁶¹ Sobre los "conceptos esencialmente controvertidos" y las colisiones entre disposiciones como fuentes de indeterminación, véase *ibidem*, pp. 27-37.

que el modelo ha incidido en la realidad de los sistemas jurídicos. A este fenómeno se ha llamado la "constitucionalización" del ordenamiento.⁶²

La constitucionalización es la consecuencia de tener en la cúspide del ordenamiento una Constitución con vocación expansiva, que no sólo condiciona la legislación, sino también la jurisprudencia, el estilo doctrinal, el comportamiento de los poderes políticos y, en fin, hasta las relaciones sociales.⁶³ Sin ánimo de exhaustividad, es posible señalar algunos factores que indican la medida en que un ordenamiento ha sido impregnado por las normas constitucionales: 1) la vigencia de una Constitución rígida; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la convicción entre los operadores jurídicos de que la Constitución tiene fuerza vinculante; 4) una tendencia a la "sobreinterpretación" de la Constitución; 5) la disposición de los jueces de aplicar de manera directa las normas constitucionales; 6) la práctica de la técnica de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, y 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.⁶⁴ Veamos brevemente en qué consisten y cómo se articulan estos factores.

Como se sabe, para que exista rigidez constitucional debe haber una Constitución escrita que contemple procesos más agravados con respecto a los que se utilizan en la legislación ordinaria, para la aprobación de las reformas constitucionales. Por su parte, la garantía jurisdiccional de la Constitución se refiere a la necesidad de que existan órganos jurisdiccionales y mecanismos procesales que sirvan para controlar la constitucionalidad de las normas subconstitucionales. La idea de que la Constitución

⁶² En la reconstrucción de la "constitucionalización" del ordenamiento sigo con cierta libertad lo expuesto en Guastini, Riccardo, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Carbonell, 2003. Aunque el trabajo del profesor italiano está referido a lo que sucede en su país, creo que no es difícil extrapolar sus tesis a los ordenamientos que siguen el modelo del Estado constitucional.

⁶³ *Ibidem*, p. 49.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 50-58. De acuerdo con Guastini, 1 y 2 serían *condiciones necesarias* de cualquier proceso de constitucionalización (no sería concebible sin su presencia), mientras que las condiciones restantes (3 a 7) serían condiciones suficientes de un grado distinto de constitucionalidad. Así las cosas, la constitucionalización sería una *cuestión de grado* que puede ser más o menos intensa según el ordenamiento, *ibidem*, p. 50.

tiene fuerza vinculante alude a la difusión en el seno de la cultura jurídica de una cierta ideología, según la cual la Constitución contiene genuinas normas jurídicas que vinculan directamente tanto a los poderes públicos como a los particulares y son susceptibles de producir efectos jurídicos de forma inmediata (sin necesidad de mediación legislativa).

La característica de la sobreinterpretación *de la* Constitución presupone que la Constitución sea entendida como vinculante. La sobreinterpretación es la tendencia a interpretar la Constitución de forma extensiva, de tal suerte que es posible extraer de su texto normas implícitas o no expresadas que vienen a regular aspectos que en principio parecían no estar previstos en la Constitución. La sobreinterpretación tiende a minimizar el espacio de libre configuración del legislador, pues se entiende que la mayoría de las decisiones legislativas están prerreguladas por los contenidos constitucionales. De esta manera también tienden a desaparecer las *political questions*, es decir, las decisiones puramente políticas tomadas por los parlamentos que no son susceptibles de ningún control constitucional.

La difusión en la cultura jurídica de la idea de que la Constitución tiene fuerza vinculante y la tendencia a la sobreinterpretación son los factores que condicionan la posibilidad de la aplicación directa de las normas constitucionales. Así, se asume que las normas constitucionales pueden ser invocadas y aplicadas incluso en controversias con otros ciudadanos, de ahí que en el Estado constitucional sea posible hablar de los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.⁶⁵

Otra condición de constitucionalización se refiere a la utilización de la técnica de la interpretación conforme de las leyes. Esta técnica interpretativa se utiliza generalmente para conservar la validez de una ley y evitar

⁶⁵ Sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, véase Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derecho fundamentales. Teoría general*, Madrid, BOE/Universidad Carlos III, 1999, pp. 617-640.

su expulsión del ordenamiento. Si se parte de la idea de que toda norma jurídica siempre es susceptible de más de una interpretación, es posible encontrar muchos supuestos en los que se pueden ensayar dos interpretaciones de una ley: una que es contraria a la Constitución (previamente interpretada) y otra que es conforme con la Constitución. En ese caso, la técnica interpretativa en cuestión aconseja preferir la interpretación que sea conforme con la Constitución y, de esa manera, conservar la legitimidad de la ley y evitar que se llegue a su expulsión del ordenamiento a través de los medios adecuados para ello.

Finalmente, la influencia de la Constitución en las relaciones políticas es un aspecto un poco más difícil de explicar porque depende de aspectos como el contenido específico de cada Constitución y de la actitud de los jueces y los demás actores políticos. Así, por ejemplo, algunas constituciones confieren a los tribunales constitucionales (u órganos similares) la facultad de resolver los conflictos competenciales que pueden presentarse entre poderes y órganos estatales. En cuanto a la actitud de los jueces (especialmente de los tribunales constitucionales), éstos pueden utilizar las normas constitucionales y las técnicas interpretativas (como el principio de igualdad y la ponderación de principios constitucionales) para incidir en aspectos que, en principio, pueden parecer reservados a la actuación discrecional de los parlamentos.

Hasta aquí la caracterización de la constitucionalización de los ordenamientos que se presenta (con mayor o menor intensidad) en el modelo de Estado constitucional. Lo que haré a continuación es mostrar cómo el reconocimiento de alguna modalidad de precedente constitucional puede verse como una consecuencia natural de todas estas transformaciones.

Hay buenas razones para pensar que el nuevo paradigma de Estado constitucional requiere alguna forma de precedente constitucional. Una de ellas es la evolución en el modelo de razonamiento jurídico.⁶⁶ El tránsito

⁶⁶ Moral Soriano, Leonor, *op. cit.*, p. 16.

del Estado legislativo al Estado constitucional ha implicado una mayor exigencia justificativa en las decisiones jurisdiccionales;⁶⁷ esa mayor exigencia supone, entre otras cosas,⁶⁸ mayores niveles de racionalidad. En esta línea, la práctica de seguimiento de precedentes contribuye a que una resolución judicial cumpla con dos requisitos mínimos de racionalidad:⁶⁹ 1) tratar igual a casos semejantes (principio de justicia formal)⁷⁰ y 2) justificar la decisión en una razón que haya sido utilizada en el pasado en casos semejantes y, sobre todo, que sirva para justificar casos futuros semejantes.⁷¹

Por otro lado está la indeterminación que afecta a los textos constitucionales. A este respecto, la referencia a precedentes constitucionales es un aspecto muy importante de la jurisdicción constitucional. La apertura y generalidad de muchas disposiciones constitucionales hacen que la labor de concreción y especificación que llevan a cabo los tribunales constitucionales requiera un uso intensivo de los precedentes.⁷² En efecto, "la Constitución sólo puede ser operativa si se concreta en una red estable de precedentes que determinan para un conjunto de casos específicos qué es lo que está constitucionalmente prescrito."⁷³

Una vez que los tribunales constitucionales van precisando el sentido de las disposiciones constitucionales, es posible que todos los jueces (y

⁶⁷ Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁸ El caso español ilustra muy bien esta situación. De acuerdo con Manuel Atienza, la idea de que la Constitución tiene fuerza normativa (característica del modelo de Estado constitucional) y la práctica de exigente motivación del Tribunal Constitucional plasmada en sus sentencias son elementos que han contribuido de manera destacada a que hoy en día las sentencias de los tribunales españoles estén más y mejor motivadas, Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁹ Para una explicación de cómo se relaciona el precedente con las exigencias de racionalidad, especialmente como expresión del *principio de universalización*, véase Gascón, Marina, *op. cit.*

⁷⁰ Sobre este principio, véase Moral Soriano, Leonor, *op. cit.*, pp. 135-153; Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004. pp. 177-192. En opinión de Carlos Bernal Pulido, "si la jurisprudencia constitucional no se observa en un caso posterior se vulnera el principio de igualdad, pues se otorga injustificadamente un trato diverso a dos individuos o situaciones jurídicas idénticas o análogas", Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 160.

⁷¹ Moral Soriano, Leonor, *op. cit.*, pp.137-138.

⁷² Taruffo, Michele, "Institutional factors influencing precedents", en Neil MacCormick y Robert Summers (coords.), 1997, pp. 455-456.

⁷³ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, p. 154. (énfasis añadido).

demás poderes públicos) entiendan la Constitución de la misma manera.⁷⁴ La vinculación con los precedentes constitucionales es una forma de lograr la uniformidad de la Constitución. Por todo ello, es posible afirmar que sin ese mecanismo sería muy difícil que la Constitución tuviera fuerza normativa.⁷⁵

No obstante, podría pensarse que la creación de un sistema de jurisdicción constitucional concentrada en el que existe un Tribunal Constitucional pretende evitar que los jueces ordinarios estén vinculados con los precedentes constitucionales.⁷⁶ Ello es así porque, en principio, en el modelo concentrado la eficacia *erga omnes* sólo se atribuye al *fallo* y no a los razonamientos jurídicos de la sentencia en la que se sustenta la declaración de inconstitucionalidad de la ley.⁷⁷ Sin embargo, el modelo kelseniano según el cual el Tribunal Constitucional se configura exclusivamente como un *legislador negativo*, cuya declaración de inconstitucionalidad tiene efectos generales y expulsa del ordenamiento a la norma enjuiciada, no sirve para explicar todas las funciones que los tribunales constitucionales desempeñan en los Estados constitucionales contemporáneos.⁷⁸

La utilización de los tribunales constitucionales de la técnica de la interpretación conforme ilustra muy bien esta situación. Si se observan las prácticas interpretativas de los tribunales constitucionales se puede constatar que en muchos casos no se limitan a declarar la constitucionalidad

⁷⁴ Como señala María del Carmen Barranco, "las decisiones interpretativas del Tribunal Constitucional, a través de los distintos procedimientos de control de constitucionalidad, concluyen con la atribución de significado a las normas constitucionales, con la peculiaridad de que este significado se convierte en el parámetro desde el que se enjuicia la constitucionalidad de las normas inferiores y que desde ese momento debe tenerse en cuenta por los restantes operadores jurídicos como interpretación correcta de la Constitución", Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 94-95.

⁷⁵ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, p. 154.

⁷⁶ López Guerra, Luis, *op. cit.*, pp. 1437-1438.

⁷⁷ Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁸ En palabras de Luis López Guerra, "ni el sistema español corresponde exactamente al sistema kelseniano puro, ni, como muestra la experiencia derivada de otros ordenamientos, puede limitarse la acción del Tribunal Constitucional a la declaración pura y simple de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los textos legales.", López Guerra, Luis, *op. cit.*, p. 1438.

o inconstitucionalidad de la ley, sino que optan por soluciones intermedias: salvar la inconstitucionalidad de la ley interpretándola conforme con la Constitución.⁷⁹ De esta manera, muchas sentencias establecen cuál es el significado que los jueces deben dar a las leyes para que no sean tildadas de inconstitucionales. En la misma línea, también es posible que los tribunales simplemente establezcan la manera en la que no se debe interpretar la ley, porque dicha interpretación resulta contraria a la Constitución. En este supuesto no se dice cómo debe interpretarse (algunas opciones quedan abiertas), pero sí se prescribe que cierta interpretación de la ley es ilegítima.⁸⁰ Evidentemente, todas estas consideraciones se exponen en los fundamentos jurídicos y no en el fallo de la sentencia.⁸¹

De acuerdo con lo expuesto, si se acepta que los tribunales constitucionales pueden establecer en sus sentencias (como de hecho lo hacen) que una determinada interpretación de la ley es inconstitucional o que sólo una determinada interpretación de la ley es constitucional, y al mismo tiempo se predica que la Constitución tiene fuerza normativa, parece evidente que resulta necesario que esas decisiones vinculen a todos los jueces ordinarios. Como se dijo anteriormente, el precedente constitucional es un mecanismo adecuado para hacer efectivo el carácter normativo de la Constitución.

Finalmente, sólo quisiera hacer referencia a otro argumento que se relaciona con el paradigma de Estado constitucional, pero que, al mismo tiempo, hace referencias a aspectos de derecho comparado y se complementa con lo dicho en este apartado. El punto de partida es el hecho de que en los últimos años ha tenido lugar un acercamiento progresivo entre los modelos de justicia constitucional que tradicionalmente se han caracterizado

⁷⁹ En este sentido, véanse López Guerra, Luis, *op. cit.*, p. 1438; Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁰ López Guerra, Luis, *op. cit.*, pp. 1443-1444.

⁸¹ Sobre la utilización de estas técnicas por parte del Tribunal Constitucional español en diferentes tipos de sentencias, véanse López Guerra, Luis, *op. cit.*, pp. 1445-1454; Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, pp. 30-36.

como "concentrado" y "difuso".⁸² El modelo concentrado es propio de la tradición continental y el difuso de la tradición norteamericana. Así, la idea es que puede apreciarse en el modelo europeo una tendencia hacia la desconcentración que lo acerca al sistema difuso.⁸³ Al mismo tiempo, algunos sistemas concentrados han incorporado elementos propios del sistema difuso, como los mecanismos de protección de derechos fundamentales.⁸⁴

Ahora bien, como es sabido, el modelo difuso o estadounidense es producto de una combinación de factores: la asignación de fuerza normativa a la Constitución y la vigencia del principio de *stare decisis*.⁸⁵ En este modelo se aprecia más claramente un aspecto en el que he venido insistiendo: la convicción de que la Constitución es una norma no hubiera podido arraigar en los jueces estadounidenses si no estuvieran vinculados por los precedentes sentados por el Tribunal Supremo cuando aplica la Constitución.

En esta línea, en los sistemas continentales, una manera de promover entre los jueces la ideología de una Constitución normativa es reconociendo el carácter vinculante de los precedentes constitucionales. Si todos los jueces se sienten vinculados por los precedentes dictados por los tribunales constitucionales, como sucede en Estados Unidos, será más fácil que se asimile la idea de que la Constitución es una norma y sus efectos se deben desplegar en cualquier controversia.

⁸² En general, sobre este tema *cfr.* Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM/IIJ, 2004.

⁸³ Esta tesis ha sido defendida por Víctor Ferreres en algunos trabajos, *cfr.* Ferreres Comella, Víctor, "Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65, 2003; Ferreres Comella, Víctor, "The European model of constitutional review of legislation: toward decentralization", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 3, 2004.

⁸⁴ Al respecto, véanse Cruz Villalón, Pedro, "Sobre el amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, pp. 11-12; Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, pp. 26-29.

⁸⁵ Ahumada Ruiz, Marian, "Stare decisis y creación judicial del derecho (constitucional). A propósito de El precedente judicial en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel", p. 352.

F. El contenido de la obra

Es posible dividir esta obra en dos partes. En la primera se presentan textos que analizan la institución del precedente desde distintas perspectivas teóricas que nos permiten comprender algunas de las complejidades del razonamiento por precedentes. A su vez, se incluye un texto en el que se explican la evolución y los rasgos característicos de los sistemas de precedente en América Latina. En la segunda parte se expone el funcionamiento de los sistemas de precedente de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, México y Perú. Finalmente, se incluye un texto en el que se explica cómo opera el precedente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la forma en la que ese tribunal internacional considera que sus estándares deben ser utilizados por los Estados que han reconocido su competencia contenciosa. A continuación, daré cuenta brevemente del contenido de cada uno de los textos.

En el primer capítulo que integra esta obra, Amalia Amaya Navarro estudia el precedente en el derecho desde una perspectiva ejemplarista. De acuerdo con la autora, el análisis del precedente desde esta perspectiva le permite examinar el papel de esta institución jurídica en el desarrollo del derecho. Afirma que es posible conceptualizar el uso de los precedentes como un caso de imitación de un ejemplar. Para ello, sitúa a los precedentes en el marco más amplio del ejemplarismo y señala los tipos de ejemplares que representan. Además, identifica y revisa algunos rasgos del razonamiento por precedente a partir del análisis de sus dimensiones imitativas. Amaya defiende que una aproximación ejemplarista al precedente puede permitirnos advertir la manera en la que esta institución jurídica contribuye al desarrollo del derecho.

Se decidió incluir en este libro la traducción de un texto de Khatarina Stevens en el que presenta una discusión muy relevante para los sistemas de *civil law*. En el artículo explica el proceso de razonamiento a través del cual las personas juzgadoras determinan la analogía entre los casos que resuelven y los precedentes que les vinculan. La autora expone las

objeciones que se han planteado en contra de las dos versiones principales del razonamiento por precedentes: el enfoque de reglas y el enfoque de analogías; sostiene que el enfoque de analogías es el más adecuado para la labor judicial, ya que facilita una toma de decisiones más equilibrada, esto se debe a que ese tipo de razonamiento permite dirigir la atención del juez hacia las formas más plausibles en las que puede comprender el precedente para aplicarlo al caso concreto, así como identificar las diferencias que existen entre los casos. Para arribar a esta conclusión, Stevens hace un análisis de ambos enfoques, identifica sus diferencias y señala las ventajas de cada uno de ellos.

Por su parte, Giovanni Tuzet sostiene en su texto que el precedente y la analogía son argumentos jurídicos diferentes, a pesar de sus similitudes y del hecho de que generalmente se encuentran juntos. Para ello, revisa la estructura del argumento del precedente y la del argumento de analogía. De acuerdo con Tuzet, los argumentos basados en el precedente pertenecen a la tradición del *common law*, en la que la analogía es usada para conectar el caso presente con los precedentes relevantes. En cambio, en los sistemas de *civil law* la analogía ha sido usada para colmar lagunas en el derecho y el razonamiento basado en precedentes tiene un papel menor; sin embargo, el autor sostiene que las distinciones tradicionales entre el precedente y la analogía han perdido relevancia en los últimos años.

En su capítulo, Álvaro Núñez Vaquero analiza los problemas que surgen cuando existen contradicciones entre precedentes con independencia de la discusión en torno a si estas normas de origen judicial son o no reconocidas como fuente de derecho. Para ello, explica los términos clave de toda teoría del precedente, tales como el concepto precedente, la *ratio decidendi* y la regla del precedente. El autor hace referencia a las especificidades de las antinomias entre precedentes y analiza las principales formas de derogación, delimitando el objeto de la derogación del precedente. Finalmente, analiza la vigencia de la *ratio* posterior como criterio de resolución de antinomias entre precedentes y estudia otros criterios de resolución de esas antinomias que no requieren derogación.

En su capítulo, Diego López Medina expone detalladamente el proceso de transformación del concepto de jurisprudencia auxiliar a la idea de precedente vinculante en América Latina. De acuerdo con el autor, la evolución del sistema de precedente en los países de esta región no responde a un proceso de transición del *civil law* al *common law*, sino al propio desarrollo regional y de criollización de conceptos jurídicos del norte global que han contribuido a concebir al precedente judicial como fuente de derecho. El autor muestra la forma en la que los sistemas jurídicos latinoamericanos han seguido rutas similares en el desarrollo del papel de la jurisprudencia y en el diseño de las funciones que realizan sus tribunales de cierre. En esa línea, sostiene que en América Latina existe una historia entrelazada en la que se comparten conceptos e ideas que han generado diferentes rutas institucionales para los países de la región en un rango reducido de opciones.

El primer texto que aborda de manera específica los sistemas jurídicos de Iberoamérica está a cargo de Roberto Saba, quien explica el funcionamiento del precedente judicial en Argentina. Comienza exponiendo el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en Estados Unidos y en Argentina. De acuerdo con el autor, el sistema argentino está inspirado en el sistema de Estados Unidos a pesar de que tienen tradiciones distintas; por ello, sostiene que en el sistema de precedentes de ese país existe una tensión que es producto del diseño que combina dos tradiciones diferentes y hasta cierto punto incompatibles. Saba describe la estructura del Poder Judicial y del control de constitucionalidad difuso argentinos, y explica el funcionamiento del precedente en sus dimensiones vertical y horizontal. De esta manera, identifica los problemas que se han presentado para la observancia de la regla del precedente en ese ordenamiento jurídico.

Thomas Bustamante describe en su artículo la evolución que ha sufrido el sistema de precedentes vinculantes en Brasil, cuya implementación legislativa tuvo como objetivo solucionar los problemas que generaba la carga de trabajo en el Supremo Tribunal Federal. El autor analiza las

características de la institución del precedente judicial en ese ordenamiento jurídico, así como las dificultades que tuvo la implementación del sistema de precedentes. De acuerdo con lo expuesto, estos problemas derivan de que la implementación del sistema de precedentes implica una transformación de la costumbre jurídica brasileña y la asimilación de una nueva forma de razonamiento jurídico.

Flavia Carbonell Bellolio dedica su texto al análisis del sistema jurídico chileno. Para ello, presenta la estructura del sistema judicial enfocándose en la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Asimismo, realiza precisiones conceptuales sobre el precedente, el autoprecedente y el precedente constitucional y estudia su rol en Chile. Estas reflexiones resultan muy interesantes en el contexto chileno, en el que, de acuerdo con la autora, no existen normas que contemplen la competencia de alguno de esos órganos jurisdiccionales para dictar precedentes ni para establecer su obligatoriedad. Sin embargo, aclara que debido a la carga excesiva de trabajo de la Corte Suprema, ésta tiende a seguir la *ratio decidendi* de sus decisiones pasadas en decisiones futuras. A pesar de esto, al ser consecuencia de las circunstancias y no resultado de un sistema así planeado, no existen mecanismos sencillos ni fiables para conocer las decisiones pasadas, lo cual desencadena otros problemas abordados en el texto.

Por su parte, Yenny Celemín Caicedo analiza la importancia y la fuerza normativa del precedente en Colombia, tanto en los niveles superiores como inferiores de este sistema jurídico. La autora hace referencia a las posturas que consideran que el precedente tiene una especial posición en el sistema de fuentes en Colombia y describe las tensiones que existen entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo. Celemín explica la forma en la que, a través del proceso legislativo, se ha adoptado un sistema fuerte de precedentes constitucionales que ha dado lugar a la positivización del precedente judicial. En estas normas se reconoce el valor vinculante de estos precedentes y, simultáneamente, se ofrecen vías de escape a las autoridades administrativas y judiciales, lo que ha generado una serie de problemas que se explican detalladamente en el texto.

En su capítulo, Ignacio Borrajo Iniesta estudia el funcionamiento del sistema de precedentes del Tribunal Constitucional en España. El autor reflexiona sobre el valor de las decisiones judiciales en la cultura jurídica española y de qué forma ha recibido influencia del sistema romano-germánico imperante en Europa, y explica las concepciones de precedente, jurisprudencia y doctrina en el sistema jurídico español para sostener que en ese país los juristas han estudiado la jurisprudencia en busca de su doctrina, pero no del precedente; sin embargo, como muestra en el texto, la concepción de la jurisprudencia ha evolucionado de forma paulatina a lo largo de los años. Borrajo expone cómo opera la jurisprudencia constitucional española y analiza los principales problemas que se presentan para el correcto funcionamiento del sistema de precedentes en ese ordenamiento jurídico.

El sistema jurídico mexicano es estudiado en dos textos. En el primero, Rodrigo Camarena González analiza la capacidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de funcionar como líder en la producción de precedentes constitucionales en un sistema mixto de control de la constitucionalidad como el mexicano. Para ello, explica las funciones que tienen las cortes vértice, así como los modelos que se desprenden del enfoque que se tiene en cada una de ellas: 1) la corte de precedente, 2) la corte de control y 3) la corte de coherencia. De acuerdo con Camarena, la Suprema Corte mexicana funciona con esos tres modelos. Para demostrarlo, reflexiona sobre la carga de trabajo y la multiplicidad de funciones de este órgano, tomando en cuenta el contexto del país. Además, ofrece propuestas para la superación de los problemas identificados.

Por otra parte, en el texto de mi autoría expongo la evolución de la institución del precedente judicial en el sistema jurídico mexicano, la que ha sido determinada por las distintas reformas constitucionales que han modificado la forma en la que es concebida la labor de los jueces y la manera en la que opera esta institución jurídica. En el texto presento un análisis de los cambios que introdujo la reforma judicial de marzo de 2021, así como de los objetivos que persigue y sus principales consecuencias.

En su artículo, Roger Rodríguez Santander defiende la tesis de que existe un protagonismo de la jurisdicción como resultado de una reformulación del concepto de derecho en el Estado constitucional peruano, para ello da cuenta de las características del constitucionalismo, en el cual el precedente juega un papel primordial en la fuerza vinculante de las constituciones y de los derechos fundamentales que en ellas se reconocen. En este contexto, el autor expone cómo funciona la institución del precedente constitucional en Perú. A lo largo del texto describe las distintas dificultades a las que se ha enfrentado ese país en el ámbito judicial, en el que el precedente constitucional vinculante es una de las principales vías de concretización de los derechos establecidos en la Constitución.

Finalmente, Alexei Julio Estrada y Valentina del Sol Salazar estudian el valor jurídico del precedente horizontal y vertical en el ámbito de los tribunales internacionales, enfocando el análisis en el funcionamiento del precedente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El texto parte de una delimitación conceptual del precedente; posteriormente, estudian la manera en la que opera el precedente horizontal en la Corte Interamericana a través de la revisión de la jurisprudencia emitida por el tribunal internacional en relación con las garantías de independencia judicial. En este capítulo queda de manifiesto que la Corte Interamericana se entiende vinculada por sus decisiones previas. En el texto se presentan los elementos básicos de la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la Corte y se explica su estrecha relación con la eficacia vertical de los precedentes de ese tribunal. En el artículo queda clara la forma en la que la Corte Interamericana pretende que las reglas jurídicas establecidas en sus sentencias sean observadas por los tribunales nacionales, aun cuando los países vinculados hayan sido parte en los procesos de los que surgieron esas reglas.

Como queda de manifiesto en esta obra, la forma en la que hemos articulado los sistemas de precedente en Iberoamérica responde a una historia y una tradición jurídica compartidas. Espero que las contribuciones de los académicos que participan en esta publicación aporten claridad

sobre las características y la forma en la que operan en la práctica los sistemas de precedente, esto nos permitirá aprender de las experiencias compartidas y tener argumentos colectivos que brinden respuestas a los problemas comunes que enfrentamos.

Bibliografía

Ahumada Ruiz, Marian, "El 'certiorari'. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994.

Ahumada Ruiz, Marian, "Stare decisis y creación judicial del derecho (constitucional). A propósito de *El precedente judicial en el sistema judicial norteamericano*, de Ana Laura Magaloni Kerpel", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, 2003.

Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, 1995.

Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006

Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Cruz Villalón, Pedro, "Sobre el amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994.

Damaska, Mirjan, *Evidence law adrift*, Estados Unidos, Yale University, 1997.

De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional y sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988.

- Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM/IIJ, 2004.
- Ferrajoli, Luigi, *Garantías y derechos. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.
- Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*, Madrid, Civitas, 2002.
- Ferreres Comella, Víctor, "Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65, 2003.
- Ferreres Comella, Víctor, "The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 3, 2004.
- Ferreres Comella, Víctor, "El papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau. Algunas reflexiones de derecho comparado", en José Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente de derecho*, Barcelona, Bosch, 2006.
- Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 2007.
- Ferreres Comella, Víctor, "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", manuscrito inédito (proporcionado por el autor), 2008.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2006.
- Gascón, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

Guastini, Riccardo, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Carbonell, 2003.

Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995.

López Guerra, Luis, "El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*" en *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Madrid, 1981.

MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1997.

Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw Hill, Madrid. 2001

Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Moral Soriano, Leonor, "A progressive foundation of precedents", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 86, núm. 3, 2000.

Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

Nieto, Alejandro, "El precedente judicial", en José Luis Requejo Ibáñez (coord.), *Estudios Jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Madrid, Trivium, 1990.

Nieto, Alejandro, "Valor legal y alcance real de la jurisprudencia", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 8, 2002.

Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, UNAM, 1989.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derecho fundamentales. Teoría general*, Madrid, BOE/Universidad Carlos III, 1999.

Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª ed., México, Fontamara, 1999.

Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1988.

Sartor, Giovanni, "Il precedente giudiziale", *Contratto e impresa*, núm. 11, 1996.

Taruffo, Michele, "Institutional factors influencing precedents", en Neil MacCormick y Robert Summers (coords.), 1997.

Vigo, Luis Rodolfo, "Razonamiento judicial justificatorio", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 21, vol. II, 1998.

Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2001.

Zagrebel'sky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2003.

Precedente, ejemplaridad e imitación*

Amalia Amaya**

* Una versión en inglés de este trabajo está incluida en el libro colectivo *Philosophical Foundations of Precedent*, editada por Timothy Endicott, Hafsteinn Dan Kristjánsson y Sebastián Lewis, Oxford University Press, Oxford, 2022.

** Investigadora del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México y British Academy Global Professor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Edimburgo.

SUMARIO: A. Introducción; B. Ejemplares y precedentes; C. Precedente e imitación; D. Los casos ejemplares y el desarrollo del derecho; E. Conclusiones.

A. Introducción

El ejemplarismo, que considera a los ejemplos como herramientas centrales para dar cuenta de la normatividad, ha tenido poca influencia en el estudio del derecho.¹ Sin embargo, hay varias formas en las que los ejemplares son relevantes en el ámbito jurídico: el derecho puede funcionar en sí mismo como un ejemplar; los juristas ejemplares juegan un papel central, constitutivo, en las comunidades jurídicas; la educación jurídica y, de manera más amplia, la transmisión y la reproducción de la cultura jurídica, depende de manera importante de imitar con éxito los ejemplares relevantes y el derecho encarna, en distintas formas, prácticas ejemplares e instituciones ejemplares.² El objetivo de este trabajo es

¹ Para una articulación y defensa muy influyente del ejemplarismo, véase Zagzebski, Linda, *Exemplarist Moral Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

² Vid. Brownelee, Kimberly, "What's Virtuous about the Law?", *Legal Theory*, vol. 21, 2015 (sosteniendo que el derecho modela la virtud al sentar un ejemplo moral que es digno de ser imitado); Waldron, Jeremy, "Torture and positive law: jurisprudence for the white house", *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005 (sosteniendo que algunas normas e instituciones, como la prohibición de la tortura, son

examinar el precedente en el derecho desde una perspectiva ejemplarista. En concreto, trataré de mostrar que esta perspectiva nos permite iluminar algunas dimensiones importantes del precedente y del razonamiento con precedentes y proporciona un punto de vista interesante para analizar el papel del precedente en el desarrollo del derecho.³

La estructura de este trabajo es la siguiente. En la segunda sección, situaré los precedentes en el marco más amplio del ejemplarismo y examinaré qué tipo de ejemplares encarnan. Los precedentes, como cualquier otro ejemplar, son objetos de imitación y esto lleva a conceptualizar el uso del precedente como un caso de imitación de un ejemplar. En la tercera sección identifico y examino algunos rasgos centrales del razonamiento por precedente que salen a la luz al analizar sus dimensiones imitativas. En la cuarta sección argumentaré que una aproximación ejemplarista al precedente nos permite iluminar algunas características importantes de la forma distintiva en la que éste contribuye al desarrollo del derecho.

B. Ejemplares y precedentes

Los precedentes pueden concebirse como un tipo de ejemplar, esto es, sientan un ejemplo que debe ser seguido en casos subsecuentes.⁴ Esta concepción ejemplarista del precedente sitúa a los precedentes junto con ejemplares en otros ámbitos no jurídicos, tales como las acciones heroicas,

"arquetipos jurídicos", es decir, provisiones emblemáticas o icónicas de áreas enteras del derecho); Amaya, Amalia, "Ejemplarismo y derecho", en Bernal Pulido, Carlos, Martínez, Alejandra y Camarena, Rodrigo (eds.), *El precedente judicial en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018 (sosteniendo que los jueces ejemplares son centrales para la educación jurídica y el desarrollo de la cultura jurídica).

³ En el texto uso *exemplum*, *ejemplo* y *ejemplar* de manera intercambiable como términos que, a diferencia de *instancia* tienen una dimensión normativa importante.

⁴ Para una defensa de la tesis según la cual los precedentes sientan un ejemplo, véase Baum Levenbook, Barbara, "The meaning of precedent", *Legal Theory*, vol. 6, 2000. Para una concepción ejemplarista de los precedentes, véase Amaya, Amaya, "Exemplarism and judicial virtue", *Law and Literature*, vol. 25, 2013. Waldron considera que los precedentes son tipos de "arquetipos" (Waldron, *op. cit.*, p. 1725). Ferrara incluye a los precedentes entre las categorías principales de ejemplares públicos, Ferrara, Alessandro, "Exemplarity in the public realm", *Law and Literature*, vol. 30, 2018.

los santos y sabios, los textos literarios canónicos, los *influencers* en las redes sociales, los casos paradigmáticos en ciencias, los modelos de rol, o los íconos de las artes plásticas. La ejemplaridad, sin lugar a dudas, tiene distintas formas. ¿Qué tipo de ejemplo encarnan los precedentes? Se puede trazar, en primer lugar, una distinción entre la ejemplaridad basada en el objeto y la basada en el sujeto.⁵ Objetos tales como una decisión, una acción política o una obra de arte, al igual que sujetos, como una madre, una estrella de *rock* o un profesor pueden ser ejemplares. Ambos tipos de ejemplaridad son relevantes para el derecho: se puede hablar de jueces ejemplares y de legisladores ejemplares —por ejemplo, Deborah y Justiniano— y de constituciones ejemplares e instituciones ejemplares —por ejemplo, la Constitución española de 1812, el juicio de amparo mexicano o la Constitución de Estados Unidos de 1787—. Los precedentes son un ejemplo de ejemplaridad basada en el objeto; al igual que la constitución de 1812 española o la Constitución de Estados Unidos de 1787 fueron un ejemplo que siguieron otros textos constitucionales y el juicio de amparo ha sido un modelo para otros mecanismos de tutela de derechos, los precedentes sientan un ejemplo para casos futuros.⁶

En segundo lugar, es importante diferenciar entre la ejemplaridad ilustrativa y la normativa.⁷ Los ejemplos sirven para ilustrar la fuerza de un argumento independiente o un concepto previamente articulado: se puede decir, por ejemplo, que España, Francia o México son ejemplos de sistemas de derecho continental. Sin embargo, los ejemplos también pueden establecer un modelo, en lugar de simplemente ilustrarlo, como cuando se dice que el Código de Napoleón es un ejemplo de código civil, en cuanto que fue un modelo para otros códigos. Los ejemplos, por lo tanto,

⁵ Véase Amaya, *op. cit.*, p. 439. Véase también la distinción relacionada de Zagzebski entre las teorías ejemplaristas en las que las personas son los ejemplares principales y las teorías ejemplaristas basadas en el acto y las teorías ejemplaristas basadas en el resultado. Zagzebski, Linda, *Divine Motivation Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

⁶ Vid. Amaya, *op. cit.*

⁷ Vid. Roller, Matthew, "Exemplarity in roman culture: the cases of Horatius Cocles and Cloelia", *Classical Philology*, vol. 99, 2004, p. 52.

encarnan un tipo distintivo de normatividad, que se ha descrito, de manera interesante, como una "abstracción concreta".⁸ Al ser particulares, los ejemplos ayudan a aterrizar lo general, bien ilustrando una norma general o un valor, del cual son un ejemplo, bien jugando un papel constitutivo de dicha norma o valor, de la cual se convierten en ejemplo.⁹ En este sentido, los ejemplos median entre lo particular y lo general, ya que encarnan un modo de normatividad que está anclado en lo particular pero que tiene un alcance más allá de lo particular, al ilustrar o constituir una norma o un valor general. La fuerza del ejemplo tanto como herramienta ilustrativa como normativa están interconectadas.¹⁰ Un ejemplo ilustrativo puede subsumir un elemento normativo, en cuanto que identifica como prototípicos algunos rasgos específicos de una clase, convirtiéndose de esta manera en un modelo para otros casos de la misma clase, como cuando se ejemplifica la categoría de silla mediante una silla de cuatro patas, en vez de con una silla con ruedas, que pasa a ser clasificada como un caso que se desvía de la norma. Un ejemplo que se usa normativamente también puede cumplir funciones ilustrativas, ya que el establecimiento de un estándar tiene también como objetivo generar una nueva serie de objetos que se asemejen a él, de modo que al final el mismo se convierte en ilustrativo de una clase de objetos. El situar al precedente junto con otros tipos de ejemplos saca a la luz de manera nítida la forma en la que los precedentes, lejos de ser sólo una instancia de una norma o valor, cumplen una función normativa.

En tercer lugar, para entender las dimensiones ejemplaristas del precedente, es también útil señalar una distinción, relacionada con la anterior,

⁸ Vid. Condello, Angela y Ferraris, Maurizio, "La normatività esemplare: una prospettiva filosofico-giuridica", *Politica del Diritto*, vol. 46, 2015. Sobre el tipo de normatividad ejemplarista, véase Condello, Angela y Ferrara, Alessandra (eds.), "Exemplarity and its normativity", *Law and Literature*, vol. 30, 2018.

⁹ Véase Clark, Sherman, "Neo-classical public virtues: towards an aretaic theory of law-making (and law-teaching)", en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 87-88 (argumentando que las personas ejemplares no representan simplemente rasgos de carácter sino que también son vehículos mediante los cuales se construyen estos rasgos).

¹⁰ Vid. Roller, *op. cit.*, p. 52.

entre los ejemplos normales y los sorprendentes. Los ejemplos pueden ser típicos de una serie de objetos similares —como es el caso, típicamente, cuando se usa un ejemplo con fines ilustrativos—. Sin embargo, los ejemplos también pueden ser únicos, diferentes de cualquier otro caso, excepcionales, en cuanto que satisfacen un estándar normativo mucho mejor que cualquier otro ejemplo de la misma serie, o incluso "sin precedentes" ya que son los primeros de una nueva serie o categoría que difiere significativamente de categorías previas, bien porque establece un nuevo estándar normativo o porque especifica de manera novedosa un estándar previamente establecido. Es posible por lo tanto diferenciar entre dos tipos de ejemplaridad: "ordinaria" y "extraordinaria" o "revolucionaria".¹¹ Es interesante observar que la fenomenología de ambos tipos de ejemplaridad es distinta. Mientras que frente a un ejemplo ordinario, el usuario tiene una "experiencia normal", repetitiva, dentro del marco aceptado, con un ejemplo extraordinario, se tiene un "encuentro sorprendente", que reta el orden establecido y que es "incomparable" debido a su singularidad.¹² Esta distinción está relacionada con otra distinción relevante, entre el *exemplum* y la *exceptio*, entre lo singular como una instancia de una regla y lo singular caracterizado como "fuera de la regla".¹³ Al igual que con la distinción entre usos ilustrativos y normativos del ejemplo, la distinción entre ejemplaridad ordinaria y extraordinaria, aunque importante, también es porosa: los ejemplos tienen una doble cara en cuanto que lo típico y lo único, lo ordenado y lo extraordinario, se solapan.¹⁴ La distinción además es de grado: al igual que los "héroes ordinarios" pueden llevar a cabo las hazañas más extraordinarias, los ejemplos ordinarios

¹¹ Vid. Langlands, Rebecca, "Roman exemplarity: mediating between general and particular", en Lowrie, Michèle y Lüdemann, Susanne (eds.), *Exemplarity and Singularity: Thinking through Particulars in Philosophy, Literature, and La*, Routledge, Dordrecht, 2015, p. 78; Llyod, David, "Kant's examples" *Representations*, vol. 28, 1989, p. 42; Warnick, Ryran R., *Imitation and Education: A Philosophical Inquiry into Learning by Example*, State University of New York Press, 2008, p. 116.

¹² Acerca de la fenomenología de los distintos tipos de *exempla*, véase, Waldenfelds, Bernard, "For example", en Lowrie and Lüdemann, *op. cit.*

¹³ Vid. Möller, Melanie, "Exemplum and Exceptio: building blocks for the rhetorical theory of the exceptional case" en Lowrie y Lüdemann, *op. cit.*

¹⁴ Vid. Waldenfelds, *op. cit.*, p. 43.

pueden llevar a poner en marcha, de manera incremental, cambios radicales del orden aceptado a lo largo del tiempo. El precedente jurídico encarna ambos tipos de ejemplaridad y claramente ejemplifica la relación compleja entre los dos: los casos célebres encarnan un tipo "revolucionario" de ejemplaridad, mientras que otros casos, como la práctica de distinguir el caso presente del precedente pone de manifiesto, tienen rasgos específicos que llevan a cambiar gradualmente el marco normativo al que pertenecen los precedentes establecidos.

En cuarto lugar, es importante distinguir entre "ejemplaridad dogmática" y "ejemplaridad crítica". Mientras que la vertiente dogmática del ejemplarismo se asocia tradicionalmente con la ejemplificación medieval y con *exempla* cristianos, la crítica se asocia con ejemplos paganos y (de manera controvertida) se ve vinculada a lo que se ha denominado crisis renacentista de la ejemplaridad.¹⁵ A diferencia de la ejemplaridad dogmática, la ejemplaridad crítica deja espacio para la crítica del modelo, que se entiende así como un recurso valioso para la reflexión ética personal. El discurso romano de la ejemplaridad es un ejemplo de ejemplaridad crítica que es particularmente interesante para entender el tipo de ejemplaridad que encarna el precedente judicial.¹⁶ Este discurso tiene rasgos específicos que le permiten mediar entre lo general y lo particular de una manera que integra la adhesión a los estándares normativos comunitarios con el ejercicio de juicio crítico individual. De manera más específica, el discurso romano de la ejemplaridad está marcado por la indeterminación (es decir, había una diversidad de significados asociados con un determinado ejemplar, en lugar de vincular de manera directa cada ejemplar con una sola categoría moral) y multiplicidad (es decir, los ejemplares

¹⁵ Véase Rigolot, François "The renaissance crisis of exemplarity", *Journal of the History of Ideas*, vol. 59, 1998, p. 558, n5.

¹⁶ La ejemplaridad romana se ha concebido tradicionalmente como acrítica, univalente y doctrinaria y se situaba frecuentemente junto con el uso medieval, altamente restringido y exegético de los ejemplares. Sin embargo, como Rebecca Langlands ha mostrado de manera persuasiva, el discurso romano de la ejemplaridad era, por el contrario, muy rico, matizado y crítico. Véase, Langlands, Rebecca, *Exemplary Ethics in Ancient Rome*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

siempre aparecían en una serie, de manera que había múltiples ejemplos del mismo concepto abstracto). Este discurso asumía una concepción espacial de virtud según la cual cada virtud poseía una cobertura amplia que abarcaba una diversidad de expresiones; tenía como objetivo explorar y problematizar los límites entre la virtud y el vicio; estaba impregnado de sensibilidad contextual, y trataba de inculcar creatividad y pensamiento independiente a la hora de seguir los ejemplos.¹⁷ La práctica del precedente jurídico, como un tipo de discurso ejemplar, comparte rasgos centrales de la ejemplaridad crítica que es característica del discurso romano y, de manera similar, facilita un juicio individual flexible a la vez que constreñido socialmente.

Por último, los precedentes encarnan un tipo de ejemplaridad pública. Los ejemplares juegan un papel importante tanto en el dominio privado como público, por ejemplo, en ciencias, en la amistad, en la educación, en ética, en la crianza y en las artes. Los precedentes, como otro tipo de ejemplares jurídicos, son públicos, en vez de privados. Ferrara diferencia entre cuatro tipos de ejemplaridad en el ámbito público: los actos ejemplares (por ejemplo, la muerte de Séneca), las personalidades ejemplares (por ejemplo, Martin Luther King), las nociones jurídicas ejemplares, tales como legislaciones que son un referente central (por ejemplo, la legislación del *New Deal*) y los órdenes constitucionales ejemplares.¹⁸ Los "superprecedentes ejemplares", en la terminología de Ferrara, caen dentro del tercer tipo de ejemplaridad pública (que, junto con los actos ejemplares y los órdenes constitucionales ejemplares, serían instancias de ejemplaridad basada en el objeto). Esta clasificación se podría extender, me parece, para abarcar todos los precedentes, no sólo los precedentes "estrella", dada la dialéctica, señalada anteriormente, entre la conformidad y la excepcionalidad que es inherente a la ejemplaridad.

¹⁷ Vid. Langlands, *op.cit.*

¹⁸ Ferrara, *op. cit.*

Recapitulando lo dicho hasta ahora, los precedentes encarnan un tipo distintivo de ejemplaridad basada en el objeto, crítica y pública, que amalgama formas tanto ilustrativas como normativas de ejemplaridad con modos ordinarios y extraordinarios, o revolucionarios. Una perspectiva ejemplarista además saca a la luz algunos aspectos interesantes de los precedentes que son, en el mejor de los casos, marginales en la literatura. Los precedentes, en cuanto ejemplares, comparten un conjunto de rasgos que son característicos de todas las variantes de la ejemplaridad.

En primer lugar, los precedentes, como otros ejemplos, generan una respuesta emocional específica. La admiración se ha identificado como la emoción más importante que producen los ejemplares (positivos). De hecho, en la teoría ejemplarista más influyente, desarrollada por Linda Zagzebski, la admiración es el fundamento de la ejemplaridad.¹⁹ Según esta concepción, la admirabilidad proporciona el criterio de identificación de la ejemplaridad. Sin duda, la admiración es central para la ejemplaridad, pero la tesis según la cual los juicios de admirabilidad son previos a los juicios de ejemplaridad me parece que invierte el orden de las cosas. No es que una acción, una obra de arte o una estrella de *rock* sean ejemplares porque los admiramos, sino que los admiramos porque son ejemplares. La fuente de la ejemplaridad se habría de situar, como lo ha hecho la tradición ejemplarista clásica, en las virtudes del ejemplar. Es más, la tesis según la cual la admiración tiene un papel fundacional en una teoría ejemplarista no sólo es problemática sino también restrictiva, ya que hay una diversidad de emociones que son relevantes para la ejemplaridad, más allá de la admiración. Los ejemplares positivos dan lugar a otras emociones positivas, como el sobrecogimiento y el respeto, así como negativas, como la envidia, el desprecio y el asco. Es interesante que emociones mixtas, como la ambivalencia, también pueden surgir al encontrarse con ejemplares.²⁰ Los precedentes, como los *exempla*, generan las

¹⁹ Vid. Zagzebski, *Exemplarist Moral Theory*, *op. cit.*

²⁰ Véase Sullivan, Emily y Alfano, Mark, "Negative epistemic exemplars", en Sherman, Benjamin R. y Goguen, Stacey (eds.), *Overcoming Epistemic Injustice: Social and Psychological Perspectives*, New York, Rowman and Littlefield, 2019.

reacciones emocionales asociadas a la ejemplaridad, entre las cuales la admiración, sin ser ni la única ni tener un papel fundacional, es, desde luego, particularmente importante.²¹ Sin duda, los precedentes son ampliamente admirados en la comunidad jurídica y en la sociedad en su conjunto; algunos destacan como egregios ejemplos negativos que suscitan el rechazo, y los precedentes en los que hay un serio conflicto de valores dan con frecuencia lugar a emociones mixtas tanto en la audiencia primaria (el Poder Judicial) como en la secundaria (la comunidad jurídica y la sociedad).²²

En segundo lugar, los precedentes, como otros *exempla*, tienen una cualidad monumental.²³ Los *exempla*, su evaluación y sus consecuencias para la comunidad, se conmemoran mediante monumentos, tales como narrativas, estatuas, cicatrices, topónimos y apellidos, entre otros. En el caso de muchos *exempla*, y desde luego, para los precedentes, las narrativas son la forma monumental más importante.²⁴ Estas narrativas incluyen, de manera prominente, la narrativa del precedente en sí, así como las decisiones subsecuentes que se basan en él, y aquellas en las cuales hay alusiones, menciones o citas que hacen referencia a él. La dogmática jurídica es también una herramienta narrativa conmemorativa central, especialmente, los libros de casos. Los *exempla* —en derecho, como en otros contextos— se seleccionan, citan, compilan y clasifican.²⁵ El catálogo ejemplar, como el libro tradicional de los *exempla virtutis* o los

²¹ Acerca de la relevancia de la admiración para el ejemplarismo jurídico, véase Amaya, Amalia, "Admiration, exemplarity and judicial virtue", en Amaya, Amalia y Del Mar, Maksymilian (eds.), *Virtue, Emotion and Imagination in Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

²² Vid. Levenbook, *op. cit.*, p. 207.

²³ Vid. Roller, *op. cit.*; Roller, Matthew, *Models from the Past in Roman Culture: A World of Exempla*, Cambridge, Cambridge, University Press, 2018.

²⁴ Sobre los complejos problemas que suscita la narrativización de los *exempla*, véase Goldhill, Simon, "The failure of exemplarity", de Jong, Irene J. F. y Sullivan, J. P., (eds.), *Modern Critical Theory and Classical Literature*, Brill, 1993.

²⁵ Acerca de la relevancia de la selección y compilación para el proceso de ejemplificación, véase Jeanneret, Michel, "The vagaries of exemplarity: distortion or dismissal?", *Journal of the History of Ideas*, vol. 59, 1998, p. 578. De manera interesante, las antologías y las compilaciones de *exempla* históricos, como los libros de casos en derecho, no están estructurados cronológicamente, sino temáticamente, véase Eriksen, Anne "Time and exemplarity", *Journal of Early Modern Studies*, vol. 6, 2017.

libros de casos en derecho, sitúan distintos *exempla* dentro de la misma categoría, que proporciona un marco interpretativo.²⁶ Además de las narrativas propiamente jurídicas, las narrativas en los medios de comunicación social así como en las redes sociales son también instrumentos de conmemoración importante. Otras formas monumentales aparecen asociadas, especialmente, con los precedentes ilustres. *Brown vs. Board of Education* es, si se me permite decirlo, un ejemplo ejemplar en este sentido. Se ha conmemorado en forma arquitectónica, como en el monumento histórico nacional de Topeka; en representaciones pictóricas, como en el Mural de Michael Young del Capitolio del estado de Kansas; en esculturas públicas figurativas, como las estatuas de los niños de Antonio Tobias Mendez en Annapolis y también en medallas, por ejemplo, mediante la Medalla de Oro del Congreso. En diversidad de formas, tanto narrativas como de otro tipo, los monumentos interpretan y reifican la fuerza ejemplar de los precedentes y son un recurso importante para preservar la memoria colectiva e institucional.²⁷

Por último, y de manera relacionada, los precedentes, como otros *exempla*, tienen una dimensión estética importante.²⁸ La selección es central en el proceso de ejemplificación y los criterios estéticos, me parece, son relevantes en este proceso. La fuerza ejemplarizante singular de la que gozan algunos *exempla* y su éxito como modelos a seguir depende en parte de sus cualidades estéticas. En el caso del precedente jurídico, los aspectos

²⁶ Acerca de la relevancia de las "listas" de ejemplares para su interpretación, véase Roller, Matthew, "Between unique and typical: senecan exempla in a list", en Lowrie y Lüdemann, *op. cit.*, p. 578.

²⁷ Los precedentes, además de tener una dimensión monumental en cuanto que se conmemoran a través de monumentos (tanto narrativos como de otro tipo), pueden también entenderse como monumentos en tanto que algunos se erigen en el paisaje jurídico como tales. Agradezco a Katharina Stevens la sugerencia.

²⁸ Acerca de las dimensiones estéticas de la ejemplaridad moral, véase Kidd, Ian James "Admiration, attractiveness, and the aesthetics of exemplarity", *Journal of Moral Education*, vol. 48, 2019; Paris, Panos, "The aesthetics of ethics: exemplarism, beauty and the psychology of morality", *The Journal of Value Inquiry*, 2021; Summa, Michela y Mertens, Carl, "Exemplarity: a pattern of thought for aesthetic cognition", *Discipline Filosofiche*, vol. 1, 2021. Sobre la ejemplaridad como un rasgo de las tradiciones estéticas, especialmente de la tradición declamatoria, y su relevancia para el pensamiento jurídico, véase Del Mar, Maksymilian, "The Declamatory tradition of normative inquiry: towards an aesthetic theory of legal and political thought", *Ius Cogens*, vol. 1, 2019.

estéticos de la forma narrativa, el "estilo" judicial, ensalza su atractivo y general la admiración que es central para su éxito como modelo.²⁹ La apreciación de las dimensiones estéticas del precedente también saca a la luz que los mismos no sólo sientan un ejemplo para aquellos que han de resolver casos futuros, sino también un ejemplo de cómo sentar un ejemplo: es decir, un ejemplo de cómo uno debe seguir el precedente y ser un buen modelo para casos futuros.

Por lo tanto, los precedentes tienen, como otros *exempla*, una dimensión emocional, monumental y estética. Los *exempla* desempeñan distintas funciones, y los precedentes, y otros ejemplares jurídicos, no son una excepción.³⁰ En primer lugar, los ejemplares son centrales en el proceso de formación de la identidad tanto individual como colectiva. Los casos célebres —como las leyes que son un punto de referencia o los juristas y las instituciones ejemplares— son fundamentales para la identidad del sistema jurídico. También constituyen, como he señalado antes, ideales normativos concretos que rebasan lo que puede ser captado mediante reglas y principios. De manera adicional, los ejemplares son herramientas pedagógicas importantes, como muestra de manera vívida la preeminencia de catálogos de ejemplares, tales como el libro de casos, en la educación jurídica. Además, en cuanto que no sólo transmiten valores previamente articulados sino que también contribuyen a su concepción, son instrumentos teóricos muy útiles para refinar, revisar y avanzar nuevos conceptos jurídicos, valores y paradigmas.³¹ Por último, los ejemplares contribuyen de manera significativa al desarrollo del derecho y a la evolución de la cultura jurídica. La imitación es un mecanismo central para llevar a cabo estas funciones. En la próxima sección, analizaré la imitación y el proceso de seguir un precedente como una instancia de un tipo

²⁹ Por ejemplo, el estilo distintivo y las caudales retóricas de Benjamin Cardozo son un factor importante que explica la importancia y la influencia de sus sentencias. Véase Kaufman, Andrew *Cardozo*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, pp- 436-455; Posner, Richard A., *Cardozo: A Study in Reputation*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990, pp. 33-57.

³⁰ Amaya, *op. cit.*

³¹ *Vid.* Clark, *op. cit.* y Amaya, *op. cit.*

de razonamiento imitativo. Con esta concepción del razonamiento con precedentes, en la cuarta sección, explicaré la manera en la cual una aproximación ejemplarista al precedente arroja resultados interesantes acerca de cómo éstos desempeñan las funciones mencionadas anteriormente, centrándome especialmente en el modo en el cual contribuyen al desarrollo del derecho.

C. Precedente e imitación

En esta concepción del precedente como ejemplar, usar un precedente es como seguir un ejemplo.³² ¿Cómo razonamos cuando seguimos un ejemplo? ¿Cómo se podría caracterizar este proceso de razonamiento? Los ejemplares son, sobre todo, objetos de imitación; seguir un ejemplo consiste, en este sentido, en imitarlo. Desde una perspectiva ejemplarista, argumentar usando precedente requiere, de manera fundamental, imitar. ¿En qué consiste la imitación que, según esta concepción, es central en el uso del precedente? Según una concepción ampliamente aceptada, el razonamiento imitativo es un tipo de razonamiento analógico. De manera más específica, el esquema de una inferencia imitativa tendría la siguiente forma:

Se debe imitar a P.

P hizo X en la situación y.

Esta es una situación similar a y.

Por lo tanto, se debe hacer x.³³

³² Para una discusión de la fuerza ejemplar del precedente en el razonamiento jurídico, véase Levenbook, *op. cit.*

³³ Vid. Tan, Sor-Hoon, "Imagining Confucius: paradigmatic characters and virtue ethics", *Journal of Chinese Philosophy*, vol. 32-22, 2005, p. 414. También Mc Greggor, Keith, "Imitation as analogy", manuscrito no publicado.

La concepción analógica de la imitación resalta la medida en la cual la imitación, lejos de ser una actividad mecánica, está guiada por la razón —algo que era quizá evidente en el pasado, pero que merece la pena destacar dado el desdén que ha sufrido la imitación en nuestros tiempos—. Sin embargo, este análisis de la imitación, como he sostenido en otro trabajo, enfrenta problemas importantes y es, en el mejor de los casos, parcial, ya que deja de lado aspectos importantes del proceso.³⁴ En esta ocasión, quisiera centrarme en examinar la manera en la que la imitación se ha entendido en los estudios sobre la recepción de los clásicos. Lo que quisiera sugerir es que podemos entender mejor el proceso imitativo que está en la base del uso del precedente en el derecho si lo situamos en un contexto más amplio, a saber, el proceso de imitación literaria.

La imitación —especialmente, la imitación de clásicos— es central en la literatura.³⁵ Al imitar, en concreto, cuando se imitan los clásicos, los autores no copian de manera servil, sino que recrean un texto preservando la tradición literaria a la par que innovándola. Los jueces en un sistema de precedente se pueden concebir, de modo similar, en algunos aspectos centrales, como escritores que imitan a otros. Cuando siguen el precedente, los jueces imitan juicios previos, recreando creativamente los valores protegidos en los casos anteriores, contribuyendo, de esta manera, al desarrollo del derecho. Situar el proceso de imitación que tiene lugar al usar un precedente en el contexto, más amplio, de la escritura imitativa, saca a la luz algunos rasgos importantes de este proceso y nos permite ver algunos problemas (por ejemplo, el problema, tan discutido, de la discreción judicial) desde una perspectiva distinta.

Concebir el precedente como el producto de un proceso de escritura imitativa nos permite vislumbrar, en primer lugar, que el uso del precedente es un proceso colectivo. Los autores con frecuencia imitan a más

³⁴ Amaya, *op. cit.*

³⁵ Sobre la literatura imitativa, véase el impresionante estudio de Burrow, Colin, *Imitating Authors: Plato to Futurity*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

de un autor anterior, dado que el texto objeto de imitación está también conectado con otras fuentes que el mismo, a su vez, imita. Además, cuando los autores imitan a otro autor, su trabajo muchas veces está mediado por imitaciones previas. Los ejemplos, como he mencionado antes, aparecen con frecuencia en listas que son compiladas, sistematizadas y preservadas en catálogos de *exempla*. Las series de *exempla*, con sus categorías correspondientes, configuran su significado y su uso como objetos de imitación. La imitación es, por lo tanto, un proceso colectivo que involucra relaciones intertextuales múltiples.³⁶ De modo similar, el uso del precedente en el derecho, como un tipo de razonamiento imitativo, no establece sin más una relación diádica entre la fuente y el caso presente, sino que es una relación mediada por decisiones judiciales previas que se basaron en el mismo precedente, por referencias que son "ventanas" a otros precedentes, por otros precedentes de la misma línea de precedentes, así como por precedentes que se considera que pertenecen, en la discusión teórica y en los materiales pedagógicos, a la misma categoría normativa.³⁷ Por lo tanto, entender la relación entre el precedente y el caso actual como diádica minimiza la dimensión colectiva, central, de la práctica del precedente.

La literatura imitativa —entre la cual se encuentra, como he sugerido, la decisión judicial basada en un precedente— tiene formas diferentes. Puede ser "abierta" y explícitamente reconocer los textos objeto de imitación mediante el uso de alusiones o referencias u "ocultas", dejando

³⁶ Acerca del derecho como una práctica intertextual y del papel que juega el precedente dentro de la misma, véase Steel, Alex Steel, "Intertextuality and legal judgments", *Macarthur Law Review*, vol. 2, 1999, pp. 87-108; O. Beebe, Thomas, *Citation and Precedent*, Continuum, 2012; Udina, Natalia, Kostromin, Alexey, Chilingaryan, Kamo y Kalashnikova, Elena, "Intertextual relations in the judgment of the court of appeals", *XLinguae*, vol. 11, 2018, pp. 3012-310.

³⁷ *Fairchild v Glenhaven Funeral S* [2002] IRLR 533 es un buen ejemplo del sentido en el cual el uso del precedente es una práctica imitativa mediada que tiene importantes dimensiones colectivas. En *Fairchild* dos de los miembros del tribunal usaron *McGhee v National Coal Board* [1972] 3 All ER, y para ello discutieron *Wilsher v Essex Area Health Authority* [1988] AC 1074, que establecía que *McGhee* no creaba ninguna nueva regla sino que la misma ya estaba presente en un caso anterior, *Bonnington Castings Ltd v Wardlaw* [1956] AC 613 —aunque los jueces en *McGhee* usaron *Wardlaw* de maneras diferentes para justificar sus conclusiones—.

implícita la deuda debida al original, como ocurre en el plagio, que es un caso extremo de apropiación textual.³⁸ Cuán explícita sea la naturaleza imitativa de un texto es el resultado de un balance entre la autoridad que el *imitand*, es decir, el objeto de imitación, confiere al texto que imita y los límites que impone a la libertad del autor —lo cual explica la atracción que tiene el "*imitand* perdido" para los escritores que imitan, incluidos, desde luego, los falsificadores.³⁹ En el caso de los precedentes, la imitación es típicamente abierta, de manera que el precedente confiere autoridad y constriñe la decisión en el caso presente. Sin embargo, los jueces no pueden eludir las distintas formas en las que la imitación, en lugar de ser deliberada, es decir, el resultado de una selección consciente de modelos, puede llegar a ser inconsciente.⁴⁰ Puede haber fuerzas imitativas implícitas en la decisión judicial que, aun cuando no sean ocultas, son irreflexivas. Una jueza puede imitar de forma no consciente el estilo judicial de decisiones previas o el uso de ciertas categorías normativas en decisiones que, sin embargo, no tienen la fuerza del precedente. Además puede también haber influencias imitativas que, a pesar de ser deliberadas, no se reconocen explícitamente, por ejemplo, decisiones judiciales de jurisdicciones foráneas o trabajos de dogmática jurídica. Por lo tanto, los precedentes funcionan de distintas maneras como ejemplos a seguir en otros casos, más allá del uso explícito en el caso a decidir de una norma establecida en un caso anterior.

Otra distinción importante entre tipos de imitación que es relevante para caracterizar la imitación que se lleva a cabo cuando se razona con precedentes es la distinción entre imitación adaptativa e imitación formal.⁴¹ La imitación adaptativa tiene lugar cuando el autor trata de adaptar el

³⁸ Vid. Burrow, *op. cit.*, p. 16 y pp. 146-155.

³⁹ Vid. Burrow, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁰ Vid. Hurley, Susan L. y Chater, Nick, "Introduction: the importance of imitation", en Hurley, Susan L. y Chater, Nick (eds.), *Perspectives on Imitation: From Neuroscience to Social Science*, Cambridge, MIT, 2005, p. 37; Dijksterhuis, A. J., "Why we are social animals: the high road to imitation as a social glue", en Hurley y Chater, *ibid.*, 207-221; Compaijen, Rob, "Recognizing and emulating exemplars", *Ethical Perspectives*, vol. 24, 2017, pp. 569-570.

⁴¹ Vid. Burrow, *op. cit.*, p. 9.

texto objeto de imitación para que sea adecuado al tiempo y las circunstancias actuales. En la imitación formal, el autor imita la forma del texto imitado, entendida de manera amplia, de modo que abarque la estructura de los argumentos, el uso del lenguaje figurativo, patrones de configuraciones retóricas, el estilo de las oraciones y el método general empleado para combinar y ordenar los distintos recursos lingüísticos. Es común que los autores que imitan utilicen y mezclen distintas prácticas imitativas. Los jueces, al igual que otros autores que imitan, también son eclécticos: los casos pasados son un ejemplo que necesita adaptarse a las circunstancias nuevas del caso presente —lo que permite, como es bien sabido, que el razonamiento con precedentes sea flexible y se ajuste bien a los tiempos— y, además, el estilo judicial, la estructura argumentativa y el uso de ciertos tipos o figuras retóricas en decisiones judiciales previas son también objeto de imitación en casos subsecuentes.

La imitación siempre requiere que los autores enfrenten un conflicto entre dos conjuntos de valores que exigen ser atendidos: libertad y fidelidad, autonomía y autoridad, diferir y deferir. Cuando imitan, los autores tienen que alcanzar un compromiso entre la "transmisión fidedigna" y la "invención transformadora" y producir "un objeto que es, a la vez, viejo y nuevo".⁴² Es preciso hacer un ajuste entre los dos polos, ya que atender sólo uno de ellos lleva al fracaso de la imitación. Por un lado, la imitación que tiene como objeto la réplica del modelo degenera en un tipo de ejemplaridad servil o metodología pedante, que no avanza el conocimiento sino que meramente lo "transporta sin beneficio del pasado al presente".⁴³ Por otro lado, la absoluta indiferencia o el desconocimiento de modelos previos no sólo no parece posible (al menos, si los autores que imitan pretenden continuar siendo participantes en la práctica), sino que los priva también de los recursos que el pasado pone a su disposición. El razonamiento con precedentes, como un tipo de práctica imitativa,

⁴² Vid. Jeanneret, *op. cit.*, p. 567.

⁴³ Jeanneret, *op. cit.*, p. 577.

requiere de manera similar realizar una transacción entre las exigencias impuestas por el seguimiento de ejemplos anteriores y las demandas que se siguen de la necesidad de atender los rasgos y las circunstancias nuevas el caso presente.⁴⁴ Desde luego, el balance entre los dos polos difiere con la práctica específica, en cuanto que distintas transacciones son apropiadas para las decisiones judiciales en un sistema de precedente o para las recreaciones literarias de obras clásicas. Sin embargo, el éxito de la práctica imitativa —tanto en derecho como en otros contextos— depende que hallar un equilibrio entre el respeto por el pasado, que garantiza la continuidad, y la desviación y la diferencia, que permite el cambio.

La imitación, como se desprende de lo dicho hasta ahora, interactúa con la temporalidad de manera compleja. Cualquier encuentro con el ejemplar produce una "dislocación temporal" en cuanto que el ejemplo transporta al autor que imita hacia el pasado para traerlo después, de nuevo, al presente.⁴⁵ Los ejemplares "interrumpen el contexto", ya que entrelazan el pasado con el presente —descolocan el tiempo presente al traer reclamos de otro tiempo pasado—. ⁴⁶ Los ejemplares atraviesan las barreras del tiempo de un modo que requiere que tanto las circunstancias específicas de la situación del modelo como las del lector o escritor sean tomadas en consideración apropiadamente.⁴⁷ Los jueces, en tanto que lectores de casos previos, que funcionan como precedentes, y escritores de casos presentes experimentan constantemente la dislocación temporal que es característica de la escritura imitativa. Los precedentes están históricamente situados pero, al mismo tiempo, atraviesan el tiempo, y esto hace que tanto el contexto del precedente como el del juez o el tribunal en el caso

⁴⁴ Por lo tanto, una concepción del razonamiento con precedentes como razonamiento imitativo lleva a cabo un balance entre la estabilidad y la flexibilidad, que es un requisito que, como Stevens ha argumentado, toda teoría del precedente debe satisfacer. Véase Stevens, Katharina, "Reasoning by precedent-Between rules and analogies", *Legal Theory*, vol. 2018, pp. 219-220.

⁴⁵ Roller, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁶ Goldhill, Simon, "The limits of the case study: exemplarity and reception", *Literary History*, vol. 48, 2017, p. 422.

⁴⁷ Vid. Gütenke, Constanze, "For time is/nothing if not amenable-Exemplarity, time, reception", *Classical Reception Journal*, vol. 12, 2020; Goldhill, *op. cit.*, pp. 422-423.

presente sean relevantes para el uso del precedente. Es importante señalar que los ejemplares no sólo conectan pasado y presente, transportando al lector o escritor a otro tiempo que tiene reclamos sobre el presente, sino también con el futuro. Al imitar modelos del pasado, los escritores que imitan están a su vez estableciendo un ejemplo para el futuro. Por lo tanto, el acto de imitación no sólo mira hacia el pasado, sino también hacia el futuro, en cuanto que es preciso tomar en cuenta que el mismo acto será objeto de imitaciones subsiguientes.⁴⁸ La imitación en un sistema de precedente tiene, como Jano, dos caras, ya que la resolución del caso presente sigue ejemplos previos, es decir, los precedentes, pero también es un ejemplo para el futuro, al convertirse a su vez en precedente para casos subsecuentes.⁴⁹

Además, la temporalidad impacta en la práctica de la imitación de otra manera: la imitación puede ser autorreferencial, ya que el mismo proceso de imitación puede ser objeto de imitación, en una suerte de metaimitación. Los autores imitan no sólo textos sino también los "modos de imitar" de los autores precedentes.⁵⁰ Hay, como he mencionado antes, distintas estrategias, técnicas y modos de imitación mediante las cuales los autores crean nuevos textos que asimilan productos literarios anteriores. Al imitar, los autores también imitan la práctica de imitación que está encarnada en el texto objeto de imitación. Como señaló el humanista del siglo XVI Roger Ascham: "el que observa de manera inteligente cómo Cicerón siguió a otros podrá ver con más claridad cómo es que Cicerón deber ser imitado".⁵¹ Las prácticas literarias imitativas cambian a lo largo del tiempo, como también lo hacen las prácticas del precedente. En qué consiste seguir un precedente, qué cuenta cómo un apartamiento del precedente, cómo debe reconocerse y registrarse la fuerza del precedente, qué influencias

⁴⁸ Burrow, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁹ Para una defensa del carácter bidireccional del precedente, véase Varsava, Nina, "The gravitational force of future decisions," en *The Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

⁵⁰ Burrow, *op. cit.*, p. 14.

⁵¹ *Idem.*

imitativas han de ser implícitas, son también —al igual que los modos de imitación literaria— contingentes históricamente. Por lo tanto, al seguir el precedente, los jueces imitan de manera similar las formas en las que el precedente debe ser seguido —las cuales, como los precedentes mismos, también evolucionan y se transforman al ser imitadas—.

En resumen, la imitación de precedentes en un proceso complejo guiado por la razón que tiene tanto componentes reflexivos como no reflexivos, que combina la reproducción formal con la adaptación, que tiene como objetivo alcanzar un equilibrio entre libertad y restricción, que tiene una importante dimensión temporal, bidireccional, y que, al ser en sí mismo objeto de imitación, también cambia a lo largo del tiempo. Hasta ahora he analizado el componente imitativo del razonamiento con precedentes como un caso particular de la literatura imitativa, sin embargo, la imitación es un fenómeno amplio, que se extiende más allá de la recepción de clásicos en literatura. La imitación se ha considerado central en distintos ámbitos, entre otros, en teoría de la educación, aprendizaje automático, neurociencias y psicología social.⁵² En concreto, los estudios acerca del papel que juega la imitación de ejemplares en la evolución cultural es particularmente relevante para el estudio del precedente. Cómo sostendré en la siguiente sección, este trabajo en teoría de la evolución proporciona un ángulo interesante para explorar la manera en la que el precedente contribuye al desarrollo del derecho.

D. Los casos ejemplares y el desarrollo del derecho

La imitación es un motor de la evolución cultural que permite y facilita la innovación. En la sección anterior, sostuve que la imitación en la recepción de la tradición clásica es una cuestión tanto de transmisión leal como de creación. Esta dinámica propia de la imitación literaria es también

⁵² Vid. Hurley y Chater, *op. cit.*; Hayes, Cecilia, *Cognitive Gadgets: The Cultural Evolution of Thinking*, Cambridge, Harvard University Press, 2018; y Warnick, *op. cit.*

característica de la imitación como mecanismo central del desarrollo de la cultura humana.⁵³ La imitación ayuda a transmitir con un alto grado de fidelidad a través de las generaciones conocimiento acerca de cómo alcanzar objetivos que difícilmente podrían ser descubiertos mediante métodos de ensayo y error. La imitación no sólo permite preservar artefactos culturales que se habrían perdido de otra manera, sino que también contribuye a difundir estos descubrimientos de manera que formen, a su vez, una plataforma para desarrollos futuros. Por lo tanto, la evolución de la cultura humana tiene una forma singular que se caracteriza por un "efecto trinquete" mediante el cual "las modificaciones y las mejoras se quedan con facilidad en la población (con poca pérdida o retroceso) hasta que otros cambios dan lugar a una nueva mejora".⁵⁴ Este proceso se basa tanto en la inventiva como en la transmisión fiel, pero mientras que la inventiva está bastante difundida entre los primates, los humanos transmiten elementos culturales con un mayor grado de fidelidad. Por lo tanto, es la transmisión fiel (el trinquete) lo que explica la forma única, acumulativa, de la evolución humana.

De manera similar, me parece, la imitación impulsa también la evolución de la cultura jurídica. El derecho común, como un artefacto cultural, evoluciona a través de un proceso cumulativo que preserva los éxitos anteriores y que hace posible la novedad y el cambio. El derecho común se puede concebir como un repositorio de *exempla*, que crecen y mutan a través del proceso de imitación. Este proceso no es revolucionario —aunque tenga sus momentos revolucionarios—. Los casos insignes, que han marcado la historia del derecho, encarnan el tipo de "ejemplaridad original", creativa o revolucionaria, que provoca cambios importantes.⁵⁵ Es también este conjunto de casos el que está en condiciones de cumplir las funciones inspiracionales que son propias de los ejemplares, en cuanto

⁵³ Vid. Tomasello, Michael, *The Cultural Origins of Human Cognition*, Cambridge, Harvard University Press, 1999; Tennie, C., Call, J. y Tomasello, M., "Ratcheting up the ratchet: on the evolution of cumulative culture", *Philosophical Transactions of the Royal Society Biological Sciences*, vol. 364, 2009.

⁵⁴ Vid. Tennie, Call y Tomasello, *op. cit.*, p. 245.

⁵⁵ Langlands, *op. cit.*, 48.

que ideales normativos, y que son particularmente relevantes para la constitución de la identidad del sistema jurídico —y, de manera más amplia, de la comunidad política que el mismo sustenta—. No obstante, el tipo de revoluciones que tienen lugar en el derecho común se pueden describir mejor como revoluciones por "solapamiento" en lugar de revoluciones Kuhnianas o por "substitución".⁵⁶ El derecho, si se me permite, es más cercano en este sentido a la química que a la física, en cuanto que la introducción de nuevas formas de razonamiento, nuevos argumentos y conceptos originales no lleva a reemplazar, de manera global, un paradigma por otro, sino a revisar y mejorar parcialmente el cuerpo de conocimiento.⁵⁷ Esta continuidad, sin embargo, no es el producto de un proceso de mera reproducción. La cadena imitativa que permite ensamblar los precedentes a lo largo del tiempo no es el resultado de la réplica o repetición. Los "*simulacra*" —que imitan los rasgos superficiales de un modelo— deben diferenciarse de la "revivificación" que logra una buena imitación. Al razonar con precedentes, la imitación, si es exitosa, genera una asimilación llena de la vida del pasado institucional. De este modo, la imitación impulsa el desarrollo del derecho de una manera que es a la vez constreñida por y libre de la fuerza ejemplarizante del pasado.

Esta aproximación ejemplarista al desarrollo del derecho y al papel que juega el precedente en el mismo pone de relieve algunas complejidades

⁵⁶ Véase Hacking, Ian, "Was there a probabilistic revolution, 1800–1930?", en Krüger, Lorenz, Daston, Lorraine y Heidelberger, Michael (eds.), *The Probabilistic Revolution*, Cambridge, MIT Press, 1987; "Language, truth and reason: 30 years later", *Studies in History and Philosophy of Science*, vol. 43, 2012; Schweber, Silvan S., "On Kuhnian and hacking-type revolutions", en Blum, Alexander, Gavroglu, Kostas, Joas, Christian y Renn, Jürgen (eds.), *Shifting Paradigms: Thomas S. Kuhn and the History of Science*, Max Planck Institute for the History of Science, 2016; Humpreys, Paul, "Computational science and its effects" en Carrier, Martin y Nordmann, Alfred (eds) *Science in the Context of Application*, Dordrecht, Springer, 2011. Para una discusión acerca de la relevancia de las revoluciones por emplazamiento para el derecho, véase Amaya, Amalia, "The explanationist revolution in evidence law", *The International Journal of Evidence and Proof*, vol. 23, 2019.

⁵⁷ Vid. Chamizo, José, "About continuity and rupture in the history of chemistry: the fourth chemical revolution", en *Foundations of Chemistry*, vol. 21, 2019. Cf. Hatfield, Peter y Trueblood, Leah, "Precedent as paradigm: progress in science and the common law" (para una discusión de la relevancia de las revoluciones Kuhnianas para el desarrollo del derecho común), en *Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford University Press, Oxford, 2022.

del proceso. El derecho evoluciona mediante el razonamiento imitativo de una forma que no es ni directa ni lineal. En primer lugar, algunos casos ejemplares permanecen escondidos —hay casos que nunca llegan a formar parte del canon y que caen en el olvido—. Al igual que en ciencias hay descubrimientos importantes y teorías que no llegaron a integrarse en el corpus científico aceptado, lo cual afecta de manera importante el curso del desarrollo científico, también hay en derecho casos que pasan desapercibidos y cuyo reconocimiento podría haber afectado significativamente el modo en el que el mismo podría haberse desarrollado.⁵⁸ Estos *ejemplares escondidos* nunca llegaron a convertirse en ejemplares plenos, aun teniendo el potencial para ello, ya que jamás llegaron a funcionar como tales. En algún sentido, un precedente que nadie sigue no es, en sentido estricto, un precedente, al menos en cuanto que nunca se usa como tal. La cualidad de ejemplar que tienen algunos objetos —como algunas decisiones previas en un sistema de precedente— es el producto de un proceso de ejemplificación, en el cual, como he mencionado antes, los procesos de colección, categorización y monumentalización son centrales. Sin duda, los precedentes —a diferencia de otros *exempla*, como las figuras heroicas, reales y ficcionales— se monumentalizan —al menos en los sistemas jurídicos modernos— siempre en forma narrativa escrita. También es poco probable —aunque no imposible ni sin precedente— que se dé en el contexto del derecho el problema de los *imitanda* perdidos. Sin embargo, algunos precedentes no son identificados, citados, registrados, usados o incluidos en las sentencias, compilaciones, dogmática jurídica, y libros de casos, y, como resultado de esto, esos casos no llegan a jugar su papel en las cadenas de imitación que impulsan el desarrollo del derecho.

En segundo lugar, hay también *ejemplares negativos*, o antiejemplares, es decir, ejemplos que son evitados, en vez de seguidos, y que generan

⁵⁸ Vid. Gould, Stephen J., J. Kevles, Daniel, Lewontin, R. C., Miller, Jonathan y Sacks, Oliver *Hidden Stories of Science*, NYREV, 1995.

rechazo en vez de admiración. Por ejemplo, los precedentes anulados se pueden concebir como un tipo de ejemplaridad negativa. En el derecho, como en otros contextos, los ejemplares negativos cumplen funciones importantes. Estos ejemplares ponen de manifiesto la ausencia de valor y al ser evitados en vez de imitados, tienen un impacto significativo en el desarrollo del derecho, en cuanto que señalan de manera efectiva los caminos que es preferible no seguir y los valores —o sus especificaciones— que es mejor dejar de lado. Una razón para su marginalización, en calidad de ejemplares que han de ser seguidos, se puede situar en las dimensiones temporales de la ejemplaridad que he mencionado antes. Cada acto de imitación —o de uso del precedente— reconoce el peso del pasado en el presente y amalgama el contexto del ejemplar con el del nuevo caso. Los ejemplares pueden ser obsoletos, encarnando valores que ya no se reconocen como propios. La imitación presupone una "continuidad ética" —la adhesión a los mismos estándares morales en el pasado y en el presente, que no se llega a dar en el caso de los ejemplares que se perciben como anacrónicos o como pertenecientes a otro tiempo—. ⁵⁹ En estos casos, el pasado no sólo es distante, sino foráneo, y su imitación supondría un acto de alienación, en lugar de una recreación autónoma. Los ejemplares negativos, además de contribuir al desarrollo del derecho, proporcionando ejemplos que han de ser repudiados, en lugar de seguidos, los ejemplares negativos en derecho, como en otros dominios, también tienen valor pedagógico, en cuanto que ayudan a transmitir, por contraste, los compromisos normativos, las formas de razonamiento y de hacer las cosas que son distintivas de una comunidad jurídica particular.

En tercer lugar, hay también *ejemplares mixtos*, que combinan rasgos que ameritan ser imitados con cualidades no deseables y que proporcionan, por ello, modelos parciales. Estos ejemplares mixtos, en lugar de generar claramente admiración o rechazo, dan lugar a emociones ambivalentes o sentimientos encontrados. Es interesante que los ejemplares mixtos son

⁵⁹ Roller, *op. cit.*, p. 38.

particularmente productivos desde el punto de vista del desarrollo, ya que establecen modelos que son más fáciles de seguir y facilitan la crítica y la discusión. El derecho común, como una colección de ejemplares, también incluye ejemplos mixtos de ejemplares —y usa distintas estrategias para seguir el precedente de una manera que sólo lo reproduce parcialmente, permitiendo que el juez se desvíe del modelo, al mismo tiempo que se reconoce su fuerza ejemplar—.

En cuarto lugar, es importante señalar que la imitación no siempre coadyuva al desarrollo del derecho. La imitación puede degenerar en mera copia, reproduciendo los rasgos superficiales, y creando, como he mencionado antes, un mero *simulacrum*. La repetición iterativa de *exempla* los fosiliza, tornándolos incapaces de movilizar cambios. El proceso de imitación —como ha señalado Burrow— ha tenido desde siempre "asociaciones con la necromancia y con la idea, extraña, de revivir a los muertos".⁶⁰ La asimilación viva del pasado contrasta, de manera vívida, con el ideal inerte, muerto, que encarnan los *ejemplos fosilizados*. Una "revitalización" a diferencia de un "simulacro", en la bien conocida expresión de Wilamowitz, le da "sangre a los fantasmas", ya que logra revivir el pasado.⁶¹ El uso rutinario del precedente, de un modo que fija su significado en lugar de adaptarlo y recrearlo, no anima el pasado sino que lo paraliza. La imitación, al degenerar en mera réplica, es inerte y no puede funcionar como un mecanismo que mantiene el derecho vivo y que lo impulsa a desarrollarse.

Por último, hay *ejemplares no concebidos*, es decir, precedentes que nunca llegaron a ser. Junto a los muertos, están los no nacidos —las vías muertas y los caminos que nunca se tomaron—. Casos del pasado podrían haberse decidido de otra manera: al igual que en ciencias hay teorías no concebidas, que pudieron —pero no fueron— articuladas para explicar el conjunto de evidencia disponible, también hay en el derecho ejemplos

⁶⁰ Burrow, *op. cit.*, p. 22.

⁶¹ Vid. Gütenke, *op. cit.*, p. 54.

no imaginados, decisiones que podrían haber dado como resultado ordenaciones diferentes de los hechos relevantes o en un rediseño distinto del esquema teórico disponible.⁶² A veces los escenarios alternativos dejan "huella" en cuanto que argumentos o conceptos distintos que los que están al uso se intuyen, aun cuando no se desarrollan, en una sentencia o incluso se llegan a articular en alguna medida, para ser, sin embargo, rechazados. Los votos particulares son una forma particularmente robusta en la que los modelos alternativos pueden dejar huella; es curioso que, de hecho, algunos de ellos se convierten en objeto de imitación y llegan así a alcanzar el estatus de ejemplar y a contribuir también al desarrollo del derecho.⁶³

En resumen, la imitación es una fuerza que propule la evolución de la cultura humana, que es, de manera distintiva, acumulativa. La imitación a través del precedente, de un modo que dista mucho de ser lineal, asegura la continuidad dentro del sistema jurídico, preservando así la identidad entre el pasado y el presente, pero permitiendo, al mismo tiempo, el cambio. El derecho, como un artefacto cultural, evoluciona, muta, y crece como resultado de un esfuerzo colectivo, que une a los vivos y a los muertos en un ciclo creativo de reproducción cultural.

E. Conclusiones

El ejemplarismo, como un modo de aprehender, leer y emplear el pasado es, como espero haber mostrado en este trabajo, un paradigma fructífero para examinar el precedente en el derecho.⁶⁴ El precedente, en

⁶² Acerca del problema de las alternativas no concebidas en ciencias, véanse Stanford, P. Kyle, *Exceeding Our Grasp: Science, History, and the Problem of Unconceived Alternatives*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Bhakthasalam, Sinduhuja y Kidd, Ian James, "Science, realism and unconceived alternatives", *Synthese*, vol. 196, 2019.

⁶³ Por ejemplo, en el famoso caso de Lord Denning, en *Candler v Crane, Christmas & Co.* 7 [1951] 2, y en *Lloyd's Bank v Bundy* [1974]. Acerca de la relevancia de los votos particulares para el desarrollo del derecho, véase Spies, Amanda, "The importance of minority judgments in judicial decision-making: an analysis of Minister of Justice and Constitutional Development v Prince", *South African Journal on Human Rights*, vol. 35, 2019, pp. 429-440.

⁶⁴ Para una comprensión de la ejemplaridad como una estrategia para leer el pasado, véase Gütenke, *op. cit.*

primer lugar, se puede ver como un ejemplar; de manera más específica, los precedentes son instancias de un tipo de ejemplaridad crítica, pública y basada en el objeto. Como todos los ejemplares, vinculan lo universal y lo particular y, en la medida en la que tienen una ontología dual, como típicos y únicos, también median entre la conformidad y la excepcionalidad, encarnando de esta manera un tipo específico de normatividad. La conceptualización del precedente en términos de ejemplaridad, según he sostenido, saca a la luz las dimensiones monumentales, emocionales y estéticas del precedente y destaca la variedad de funciones que, como cualquier otro ejemplar, pueden llegar a cumplir.

En segundo lugar, he analizado el razonamiento con ejemplares como un tipo de razonamiento imitativo. De modo más concreto, he explorado el proceso de imitación que está en la base del razonamiento con precedente, vinculándolo con la literatura imitativa en la teoría de la recepción de clásicos. Este análisis del componente imitativo de la práctica del precedente permite resaltar la manera en la cual el uso del precedente es un proceso colectivo que involucra distintos elementos —más allá del caso precedente y del presente— como los casos que se encuentran dentro de la misma serie y los textos en los cuales se recogen y se discuten. La perspectiva ejemplarista acerca del razonamiento con precedente también pone de relieve que la imitación que se lleva a cabo al usar un precedente tiene distintos objetos de imitación, de manera central, el caso precedente, pero también sus rasgos formales e incluso el mismo proceso de imitación, que tiene como objetivo tanto la transmisión fiel del modelo como su transformación adaptativa, y que interseca con la temporalidad de formas complejas.

Por último, he sostenido que la perspectiva ejemplarista también ilumina la manera en la que el precedente contribuye al desarrollo del derecho. El derecho común se puede entender como un repositorio de *exempla* —al igual que la historia se puede ver como una colección de *magistra vitae*— que, como cualquier artefacto cultural humano, evoluciona acumulativamente a través de un proceso de imitación. Al situar la evolución

del derecho, y el papel que los precedentes cumplen en él, en el contexto, más amplio, de la evolución cultural y de argumentos recientes acerca de la relevancia de la imitación en la misma, también pone de manifiesto la complejidad del proceso mediante el cual el precedente impulsa el cambio jurídico. Una diversidad de precedentes —escondidos, negativos, mixtos, fosilizados e inimaginados— contribuyen (o no logran contribuir) al desarrollo del derecho de distintas maneras. Por lo tanto, el análisis de los precedentes desde un marco teórico ejemplarista nos ayuda a dibujar una historia del desarrollo del derecho que es mucho menos lineal que la que resulta de enfatizar, como es habitual en las aproximaciones genealógicas tradicionales, el trazado de líneas jurisprudenciales.

Bibliografía

Amaya, Amalia, "Admiration, exemplarity and judicial virtue", en Amaya, Amalia y Del Mar, Maksymilian (eds.), *Virtue, Emotion and Imagination in Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

Amaya, Amalia, "Ejemplarismo y derecho", en Bernal Pulido, Carlos, Martínez, Alejandra y Camarena, Rodrigo (eds.), *El precedente judicial en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

Amaya, Amalia, "Exemplarism and judicial virtue", *Law and Literature*, vol. 25, 2013.

Amaya, Amalia, "The explanationist revolution in evidence law", *The International Journal of Evidence and Proof*, vol. 23, 2019.

Baum Levenbook, Bárbara, "The meaning of precedent", *Legal Theory*, vol. 6, 2000.

Beebe, Thomas O., *Citation and Precedent*, Continuum, 2012.

Bhakhatsalam, Sinduhuja y Kidd, Ian James, "Science, realism and unconceived alternatives", *Synthese*, vol. 196, 2019.

Brownelee, Kimberly, "What's virtuous about the law?", *Legal Theory*, vol. 21, 2015

Burrow, Colin, *Imitating Authors: Plato to Futurity*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

Chamizo, José, "About continuity and rupture in the history of chemistry: the fourth chemical revolution", *Foundations of Chemistry*, vol. 21, 2019.

Clark, Sherman, "Neo-classical public virtues: towards an aretaic theory of law-making (and law-teaching)", en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012,

Compaijen, Rob, "Recognizing and emulating exemplars", *Ethical Perspectives*, vol. 24, 2017.

Condello, Angela y Ferrara, Alessandra (eds.), "Exemplarity and its Normativity", *Law and Literature*, vol. 30, 2018.

Condello, Angela y Ferraris, Maurizio, "La normatività esemplare: una prospettiva filosofico-giuridica", *Politica del Diritto*, vol. 46, 2015.

Del Mar, Maksymilian, "The declamatory tradition of normative inquiry: towards an aesthetic theory of legal and political thought", *Ius Cogens*, vol. 1, 2019.

Dijksterhuis, A. J., "Why we are social animals: the high road to imitation as a social glue", en Hurley, Susan L. y Chater, Nick (eds.), *Perspectives on Imitation: From Neuroscience to Social Science*, Cambridge, MIT, 2005.

- Endicott, Timothy, Kristjánsson, Hafsteinn y Lewis, Sebastián, *Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford, Oxford University Press, 2022.
- Eriksen, Anne, "Time and exemplarity", *Journal of Early Modern Studies*, vol. 6, 2017.
- Ferrara, Alessandro, "Exemplarity in the public realm", *Law and Literature*, vol. 30, 2018.
- Goldhill, Simon, "The failure of exemplarity", en Jong, Irene J. F y Sullivan, J. P., (eds.) *Modern Critical Theory and Classical Literature*, Brill, 1993.
- Goldhill, Simon, "The limits of the case study: exemplarity and reception", *Literary History*, vol. 48, 2017, p. 422.
- Gould, Stephen, Kevles, Daniel, Lewontin, R. C., Miller, Jonathan y Sacks, Oliver, *Hidden Stories of Science*, NYREV, 1995.
- Gütenke, Constanze, "For Time is/nothing if not amenable-exemplarity, time, reception", *Classical Reception Journal*, vol. 12, 2020.
- Hacking, Ian, "Language, truth and reason: 30 years later", *Studies in History and Philosophy of Science*, vol. 43, 2012.
- Hatfield, Peter y Trueblood, Leah, "Precedent as paradigm: progress in science and the common law", *Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford University Press, Oxford, 2022.
- Hayes, Cecilia, *Cognitive Gadgets: The Cultural Evolution of Thinking*, Cambridge, Harvard University Press, 2018.
- Humpreys, Paul, "Computational science and its effects", en Carrier, Martin y Nordmann, Alfred (eds.) *Science in the Context of Application*, Dordrecht, Springer, 2011.

Hurley, Susan L. y Chater, Nick, "Introduction: the importance of imitation", en Hurley, Susan L. y Chater, Nick (eds.), *Perspectives on Imitation: From Neuroscience to Social Science*, Cambridge, MIT, 2005.

Jeanneret, Michel, "The vagaries of exemplarity: distortion or dismissal?", *Journal of the History of Ideas*, vol. 59, 1998, p. 578.

Kaufman, Andrew, *Cardozo*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.

Kidd, Ian James, "Admiration, attractiveness, and the aesthetics of exemplarity", *Journal of Moral Education*, vol. 48, 2019

Langlands, Rebecca, "Roman exemplarity: mediating between general and particular", en Lowrie, Michèle y Lüdemann, Susanne (eds.), *Exemplarity and Singularity: Thinking through Particulars in Philosophy, Literature, and La*, Routledge, Dordrecht, 2015.

Langlands, Rebecca, *Exemplary Ethics in Ancient Rome*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

Llyod, David, "Kant's Examples", *Representations*, vol. 28, 1989.

Mc Greggor, Keith, "Imitation as analogy", unpublished ms.

Möller, Melanie, "Exemplum and exceptio: building blocks for the rhetorical theory of the exceptional case", en Lowrie, Michèle y Lüdemann, Susanne (eds.), *Exemplarity and Singularity: Thinking through Particulars in Philosophy, Literature, and La*, Routledge, Dordrecht, 2015.

Paris, Panos, "The aesthetics of ethics: exemplarism, beauty and the psychology of morality", *The Journal of Value Inquiry*, 2021.

Posner, Richard A., *Cardozo: A Study in Reputation*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990.

Rigolot, François. "The renaissance crisis of exemplarity", *Journal of the History of Ideas*, vol. 59, 1998.

Roller, Matthew, "Between unique and typical: Senecan exempla in a list", en Lowrie, Michèle y Lüdemann, Susanne (eds.), *Exemplarity and Singularity: Thinking through Particulars in Philosophy, Literature, and La*, Routledge, Dordrecht, 2015.

Roller, Matthew, "Exemplarity in Roman culture: the cases of Horatius Cocles and Cloelia", *Classical Philology*, vol. 99, 2004, p. 52.

Roller, Matthew, *Models from the Past in Roman Culture: A World of Exempla*, Cambridge, Cambridge, University Press, 2018.

Schweber, Silvan S., "On Kuhnian and hacking-type revolutions", Blum, Alexander, Gavroglu, Kostas, Joas, Christian y Renn, Jürgen (eds.), *Shifting Paradigms: Thomas S. Kuhn and the History of Science*, Max Plank Institute for the History of Science, 2016.

Spies, Amanda, "The importance of minority judgments in judicial decision-making: an analysis of Minister of Justice and Constitutional Development v Prince", *South African Journal on Human Rights*, vol. 35, 2019.

Stanford, P. Kyle, *Exceeding Our Grasp: Science, History, and the Problem of Unconceived Alternatives*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Steel, Alex, "Intertextuality and legal judgments", *Macarthur Law Review*, vol. 2, 1999.

Stevens, Katharina, "Reasoning by Precedent—Between Rules and Analogies", *Legal Theory*, vol. 2018.

Sullivan, Emily y Alfano, Mark, "Negative epistemic exemplars", en Sherman, Benjamin R. y Goguen, Stacey (eds.), *Overcoming Epistemic Injustice: Social and Psychological Perspectives*, New York, Rowman y Littlefield, 2019.

Summa, Michela y Mertens, Carl, "Exemplarity: a pattern of thought for aesthetic cognition", *Discipline Filosofiche*, vol. 1, 2021.

Tan, Sor-Hoon, "Imagining confucius: paradigmatic characters and virtue ethics", *Journal of Chinese Philosophy*, vol. 32-22, 2005, p. 414.

Tennie, C., Call, J. y Tomasello, M., "Ratcheting up the ratchet: on the evolution of cumulative culture", *Philosophical Transactions of the Royal Society Biological Sciences*, vol. 364, 2009.

Tomassello, Michael, *The Cultural Origins of Human Cognition*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

Udina, Natalia, Kostromin, Alexey, Chilingaryan, Kamo y Kalashnikova, Elena, "Intertextual relations in the judgment of the court of appeals", *XLinguae*, vol. 11, 2018.

Varsava, Nina, "The gravitational force of future decisions", en *The Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford, Oxford University Press, Oxford, 2022.

Véase Hacking, Ian, "Was there a probabilistic revolution, 1800-1930?", en Krüger, Lorenz, Daston, Lorraine y Heidelberger, Michael (eds.), *The Probabilistic Revolution*, Cambridge, MIT Press, 1987.

Waldenfelds, Bernard, "For example", en Lowrie and Lüdemann.

Waldron, Jeremy, "Torture and positive law: jurisprudence for the white house", *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005.

Warnick, Ryran R., *Imitation and Education: A Philosophical Inquiry into Learning by Example*, State University of New York Press, 2008.

Zagzebski, Linda, *Divine Motivation Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Zagzebski, Linda, *Exemplarist Moral Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Razonamiento por precedentes: entre reglas y analogías*

Katharina Stevens**

* Texto publicado originalmente como "Reasoning by Precedent – Between Rules and Analogies", por Stevens, Katherina, en *Legal Theory*, vol. 24, no. 3, 2018, pp. 216 – 254. Traducción al español por Piero Mattei-Gentili.

** University of Lethbridge. Por su ayuda y apoyo agradezco a Wil Waluchow, Matthew Grellette, Maggie O'Brien, Jeremy Waldron, Luis Duarte d'Almeida, Stefan Sciaraffa, Fábio Shecaira, Karl Laderoute, Candice Delmas y a mis dos revisores anónimos. También agradezco a la NYU Law School por la beca Dworkin-Balzan que sustentó el trabajo de este manuscrito.

SUMARIO: A. Resumen; B. Introducción; I. Suposiciones subyacentes; II. Esquemas de argumentos y cuestionamientos críticos; C. Dos explicaciones del razonamiento por precedentes; D. Enmiendas al enfoque de reglas; I. El problema con la distinción; II. El problema con las opiniones; E. Enmendar el enfoque de analogías; I. Mapeo analógico; II. Argumentos analógicos y la restricción de propósito; III. Opiniones precedentes como fuentes análogas descritas con autoridad; F. Enfoque de reglas y enfoque de analogías en comparación; I. Una primera diferencia y ventaja: futuros posibles; II. La segunda diferencia y ventaja: distinguir y las diferencias relevantes; G. Conclusión.

A. Resumen

En este artículo investigo el proceso de razonamiento a través del cual un juez determina si un caso precedente le proporciona una razón vinculante para seguir en un caso presente. Reviso las objeciones que se han planteado contra las dos versiones principales del razonamiento por precedentes: el enfoque de reglas y el de analogías. Argumento que ambas explicaciones pueden hacerse viables al modificarlas para responder a las objeciones. No obstante, creo que existe un argumento para preferir las explicaciones que integran el razonamiento analógico: cualquier explicación del razonamiento por precedentes que sea mínimamente adecuada en términos descriptivos dejará cierto espacio para la discreción judicial. La discrecionalidad debe usarse considerando los mejores argumentos jurídicamente relevantes a favor y en contra de una decisión. La integración del razonamiento analógico ayuda al juez a dirigir su atención sobre el caso más sólido a seguir. El razonamiento analógico también facilita el reconocimiento de posibles razones para distinguir. De este modo, facilita una toma de decisiones más equilibrada.

B. Introducción

En los sistemas de *common law* se desarrollan amplias áreas del derecho según la doctrina del precedente. Los precedentes son casos pasados que pueden proporcionar a los jueces razones vinculantes y provistas de autoridad para decidir su caso presente de acuerdo con la decisión-precedente. En este artículo investigaré el proceso de *razonamiento* a través del cual un juez determina si la existencia de un precedente *específico* le otorga una razón vinculante y autorizada para seguir en su caso presente.¹ Si bien hay muchos relatos de razonamiento por precedentes, se pueden identificar dos enfoques muy diferentes dentro de la literatura. De acuerdo con el primer enfoque, razonar por precedentes es una forma de aplicación de reglas. Un juez identifica una regla que la opinión precedente establece o refiere. Entonces, el juez determina si el caso presente encuadra en ella.² El segundo enfoque presenta al razonamiento por precedentes como una forma de razonamiento analógico. El juez compara el precedente y el caso presente. Si jurídicamente son iguales, entonces debe seguirse la decisión-precedente. Los casos son jurídicamente iguales cuando son jurídicamente similares y no tienen diferencias jurídicas relevantes.³

Ambos enfoques han sido sujetos de fuertes críticas. El enfoque de reglas ha sido criticado por no ser capaz de explicar la práctica de distinguir (*distinguishing*) y por hacer la injustificable suposición de que las opiniones

¹ No discutiré el precedente persuasivo o la anulación.

² Los más firmes defensores del enfoque de reglas y críticos del enfoque por analogía son Larry Alexander y Emily Sherwin. [Por ejemplo, Alexander, Larry, "Constrained by Precedent", *South California Law Review*, vol. 63, 1989; Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, y el último Schauer (especialmente Schauer, Frederick, "Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy", *Perspectives on Psychological Science*, vol. 3, 2018; pero también Schauer, Frederick, *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2009)].

³ Véase Levi, Edward, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, Chicago University Press, 1949. Postema, Gerald, "A *similibus ad similia*: analogical thinking in the law", en Edin, Douglas (ed.), *Common Law Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; Rigoni, Adam, "Common-law judicial reasoning and analogy", *Legal Theory*, vol. 20, 2014; Weinreb, Lloyd, *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Hunter, Dan, "Reason is too large: analogy and precedent in law", *Emory Law Journal*, vol. 50, 2001.

brindan suficiente información para extraer reglas determinantes.⁴ El enfoque de analogías ha sido criticado porque parece no ser capaz de explicar cómo es que los precedentes limitan la toma de decisiones judiciales.⁵ Tomadas al pie de la letra, las críticas hacen que parezca que ninguno de los enfoques podría tener éxito, o que si uno lo llega a tener, solamente lo hace como el menor de dos males posibles.⁶ Esta situación es problemática, puesto que el razonamiento por precedentes es la base sobre la cual gran parte del derecho se desenvuelve y sobre la cual muchos casos son resueltos.

A diferencia de los críticos, creo que *ambos* enfoques son viables en principio porque pueden modificarse para responder a las objeciones. Una vez enmendados, ambos enfoques pueden adaptarse a la práctica de distinguir y dar cuenta de los efectos restrictivos de los precedentes. De hecho, creo que ya se han propuesto versiones viables del enfoque de reglas. La mayor contribución de este artículo será desarrollar una versión enmendada del enfoque de analogías. Argüiré en favor de preferir explicaciones del razonamiento por precedentes que al menos integren el razonamiento analógico. Mi argumento se basa en la idea de que cualquier relato que sea descriptivamente adecuado dejará un espacio bien especificado para la discreción judicial. Sin embargo, la discreción no debe significar simplemente seguir los juicios o sesgos preconcebidos de uno mismo. Más

⁴ Grant Lamond ha criticado prominentemente al enfoque de reglas por sus problemas con la práctica de distinguir. Véase Lamond, Grant, "Do precedents create rules?", *Legal Theory*, vol. 11, 2005. Otros que lo han seguido son, por ejemplo, Rigoni, Adam, "Common-law judicial reasoning and analogy", *op. cit.* Los realistas jurídicos americanos han dirigido fuertemente su atención a los problemas que implica derivar reglas de opiniones (para una visión general, véase Leiter, Brian, "American legal realism", en Golding, Martin y Edmundson, William (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing, 2005.

⁵ Véase especialmente Schauer, Frederick, "Why precedent in law...", *op. cit.*, y Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *op. cit.*, p. 70.

⁶ Por ejemplo, Rigoni argumenta que el enfoque de reglas funciona de manera *peor* que el enfoque de analogías respecto de la práctica de distinguir y que, *en el mejor de los casos, también* con respecto a la función restrictiva del precedente. Rigoni, Adam, "Common-law judicial reasoning and analogy", *op. cit.* Alexander y Sherwin desarrollan un enfoque de reglas que, como admiten, no puede explicar la práctica de distinguir, pero afirman que se trata de un pequeño precio a pagar puesto que la alternativa no pudo mostrar que el precedente es vinculante. Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *op. cit.*, p. 114.

bien, debe usarse considerando los mejores argumentos jurídicamente relevantes a favor y en contra de una decisión. Sostengo que la integración del razonamiento analógico facilita que el juez se concentre en el caso para seguir el precedente que le parezca más fuerte. Además, el razonamiento analógico facilita el reconocimiento de posibles razones para distinguir; por lo tanto, la integración del razonamiento analógico en el razonamiento por precedentes permite un proceso de toma de decisiones más equilibrado.

C. Suposiciones subyacentes

A este artículo le concierne el método de razonamiento por medio del cual un juez puede llegar a una conclusión justificada acerca de si un precedente específico le proporciona una razón autoritativa y vinculante para seguirlo en el caso presente. A grandes rasgos, adoptaré una exposición basada en Raz acerca de las razones con carácter autoritativo: si un precedente proporciona una razón autoritativa para seguirlo en el caso presente, entonces esa razón es independiente de su contenido y se encuentra protegida.⁷ La razón es independiente del contenido porque es una razón por seguir sólo en virtud del hecho de que los precedentes son fuentes jurídicas válidas, y que ese precedente en particular se encuentra en la relación jurídica correcta con este caso presente en particular.⁸ Además, la razón provista por el precedente es protegida porque la existencia de éste proporciona al juez una razón de segundo orden que excluye de su consideración ciertas razones que van en contra de su observancia.⁹ Expondré que si un precedente proporciona a un juez una razón autoritativa para decidir su caso presente de acuerdo con la decisión- precedente, entonces, eso significa que el precedente ha de ser seguido o distinguido. Un juez puede distinguir basándose en una razón en contra de seguir el

⁷ Véase, por ejemplo, Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

⁸ *Ibidem*, pp. 35 y ss.

⁹ *Ibidem*, pp. 38 y ss. Es importante que el grupo de razones excluidas pueda ser grande o pequeño; siempre que se excluya de la consideración algún grupo de razones relevantes, la razón autorizada está protegida.

precedente si esa razón no se encuentra excluida.¹⁰ Si se puede encontrar una razón no excluida, entonces el precedente otorga al juez una razón *vinculante* y autoritativa por ser seguida.

Para los propósitos de este artículo, también asumiré varios supuestos importantes sobre lo que debería ofrecer una buena teoría del razonamiento por precedentes. Primero, quiero asegurarme de que puedo afirmar plausiblemente que describo la práctica jurídica de razonar por precedentes, y no alguna otra forma hipotética de razonamiento que involucre casos pasados. Por lo tanto, asumiré que una explicación adecuada debe ser capaz de cumplir con algunos requisitos descriptivos mínimos. La explicación debería ser capaz de integrar aspectos importantes como el *seguimiento* y la *distinción* como rasgos centrales del razonamiento por precedentes.¹¹ Además, también debe integrar el lugar central de las *opiniones* precedentes y las *rationes decidendi* en la práctica del razonamiento por precedentes, y debe ser sensible a las formas en que se formulan normalmente las opiniones y las *rationes*.

Segundo, no me interesa proporcionar una explicación que describa cómo los jueces realmente llegan a sus decisiones en el mundo real. El trabajo empírico es más adecuado para esta labor.¹² En cambio, buscaré mostrar que existen tanto un enfoque basado en reglas como uno basado en analogías del razonamiento por precedentes que cumplen con los requisitos descriptivos mínimos, y que *también* cumplen con los requisitos normativos que los razonamientos acordes con estos enfoques pueden conducir de manera confiable a decisiones justificadas.

¹⁰ La forma habitual de describir la distinción es, diciendo que un juez puede distinguir basándose en una *diferencia* entre el caso precedente y el caso presente. Sin embargo, esta formulación favorece el enfoque de analogías. Por lo tanto, elijo una formulación neutral.

¹¹ Esta asunción no es compartida por todos los teóricos. Alexander y Sherwin renuncian a la precisión descriptiva en favor de lo que perciben que es una mejor explicación normativa cuando abogan por eliminar la práctica de la distinción. Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *op. cit.*, p. 114.

¹² Véase, por ejemplo, Klein, David y Mitchell, Gregory, *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

A primera vista, éste podría ser un objetivo extraño. Después de todo, tomar decisiones por precedentes es interesante precisamente cuando conduce a *malas* decisiones. Se debe seguir el precedente incluso si el caso precedente se decidió incorrectamente, por lo que, a veces, el razonamiento basado en el precedente debería conducir a algunos resultados lamentables.¹³ De hecho, los autores que defienden la doctrina del precedente vinculante generalmente no niegan que conducirá a la repetición de algunas malas decisiones y, por lo tanto, a la elaboración de alguna mala norma jurídica. En cambio, argumentan que adherirse a la doctrina del precedente da cuenta de valores como la eficiencia, así como valores del Estado de Derecho como la previsibilidad y la estabilidad.¹⁴ Al mismo tiempo, otorga suficiente espacio para la corrección de los errores y para la sensibilidad a los nuevos desarrollos y a las situaciones no previstas, de modo que esa pequeña mala norma jurídica sobreviva en tanto se construya una buena norma jurídica.¹⁵ Ésta es la famosa idea de que el *common law* "funciona de manera pura".¹⁶ Asumiré que si el uso de la doctrina del precedente vinculante está justificado, es porque produce un equilibrio entre la estabilidad y la flexibilidad en el desarrollo del derecho, y que tal equilibrio de hecho justificaría la adopción de la doctrina del precedente vinculante. Por lo tanto, una sola decisión según el precedente, para mis propósitos, contará como justificada si ha sido alcanzada por un proceso de razonamiento que cumplirá en con este equilibrio si es seguido en general. ¿Cómo tendría que ser un método de razonamiento para hacer esto?

Tomemos los valores del Estado de Derecho de la predictibilidad y de la estabilidad. Estos valores se basan en la idea de que la gente debería ser

¹³ Véase, Schauer, Frederick, "Why precedent in law...", *op. cit.*, p. 7, para una discusión acerca de esta particularidad del precedente.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Schauer, Frederick, "Precedente", *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987, para una visión general de los valores que solamente pueden ser concretados a través del razonamiento por precedentes si éstos son restrictivos.

¹⁵ Sherwin y Alexander citan esta idea de un equilibrio alcanzable a través de precedentes, pero rechazan su posibilidad. Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *op. cit.*, p. 66. Yo soy más optimista.

¹⁶ *Omychund v. Barker*, 26 Eng. Rep. 15, 23 (Ch. 1744). Dworkin presenta este dicho de la siguiente manera: "Los abogados sentimentales aprecian una vieja metáfora: dicen que el derecho funciona de manera pura". Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1986, pp. 400 y ss.

capaz de utilizar precedentes para prever cómo serán tratados por los tribunales y así planear su vida en conformidad.¹⁷ Por lo tanto, los precedentes deberían permitir a las personas generar expectativas confiables acerca de lo que pasará con ellos en casos ulteriores. Esto solamente es posible si el método de razonamiento por precedentes lleva a decisiones que usualmente no decepcionarán esas expectativas —al menos si son razonables—.¹⁸ Para concretizar estos valores, razonar por precedentes debe funcionar de modo que los precedentes tengan un *efecto restrictivo* en la decisión presente. Por ejemplo, esto involucra que el precedente y la decisión presente necesitan ser consistentes mutuamente. Sin embargo, dado que los casos potencialmente tienen ilimitados números de aspectos, en teoría cualesquiera dos decisiones podrían ser consistentes entre sí.¹⁹ Por lo tanto, se requiere de algo más para que la restricción precedente pueda producir expectativas confiables. Algo por el estilo sería, por ejemplo, que cuando la opinión de un caso presente trate explícitamente un conjunto de aspectos²⁰ como la razón para alcanzar la decisión precedente,

¹⁷ Es importante destacar que el tipo de previsibilidad que se exige aquí es la previsibilidad *basada en fuentes promulgadas jurídicamente*. En teoría, las decisiones judiciales podrían ser predecibles incluso sin publicar ninguna opinión precedente, y sin la doctrina del precedente vinculante, si tan sólo se conociera bien la personalidad de los jueces. Pero eso no sería previsibilidad como un valor del Estado de Derecho porque requeriría que aquellos que predicen acepten que son los jueces (y sus personalidades) quienes dictan la sentencia, no el derecho. Véase Waldron, Jeremy, "Stare decisis and the rule of law: a layered approach", *Michigan Law Review*, vol. 111, 2012.

¹⁸ *Ibidem*, p. 10.

¹⁹ Dos decisiones serán inconsistentes entre sí equivalen a tratar la *misma* situación de manera *diferente*. Pero debido al número ilimitado de aspectos (incluyendo el tiempo y el lugar de la situación), no existen dos situaciones iguales, estrictamente hablando. Por lo tanto, cualquier combinación de decisiones puede hacerse consistente entre sí, si quien toma las decisiones está dispuesto a tratar cualquier aspecto de las situaciones como relevante para la decisión. Por ejemplo, un padre cruel podría señalar que su decisión de recompensar a un hijo por limpiar su habitación no es incompatible con su decisión de castigar al otro por limpiar su habitación porque a uno de sus hijos le falta un diente, *por lo que es diferente*.

²⁰ Aquí estoy eligiendo deliberadamente el término vago "aspecto" de un caso, que pretende denotar aproximadamente alguna propiedad/circunstancia o relación dentro del caso, algo que se puede decir o se ha dicho que tiene el caso. Que un caso tiene un aspecto puede expresarse mediante términos categóricos precisos o mediante alusiones vagas, y el aspecto al que se refiere tal término o alusión puede no estar claro para el hablante/escritor y/o el oyente/lector. Si describo una situación y noto "ella tenía un extraño *je ne sais quoi*", entonces he denotado con éxito un aspecto. Cualquier situación, caso u objeto tiene innumerables aspectos.

esos aspectos deben ser tratados como razones para alcanzar la decisión equivalente en el caso presente.²¹

Valores como la eficiencia también exigen el efecto restrictivo de los precedentes. La doctrina del precedente promueve la eficiencia si, con el tiempo, reduce la cantidad de casos que los tribunales tienen que decidir sobre la base de una deliberación completa de todas las razones aplicables de primer orden. Esto solamente puede suceder si los precedentes (al menos parcialmente) determinan las decisiones en algunos casos posteriores. Sin embargo, el poder restrictivo del precedente no puede ser absoluto en el razonamiento por precedentes. Si se supone que el *common law* (basado en la costumbre) "funciona de manera pura", entonces debe haber espacio para el cambio, para corregir errores y para reaccionar con sensibilidad ante nuevos desarrollos y situaciones imprevistas. Para crear este espacio, el razonamiento por precedentes tiene que funcionar para que los jueces conserven cierta flexibilidad para tomar

²¹ Como yo lo veo, un método de razonamiento en el que los precedentes tienen un efecto restrictivo, como mínimo, debe dar a la existencia del precedente un papel en el proceso de razonamiento de tal manera que influya en su resultado. Éste podría ser el caso porque la conclusión sobre cómo decidir el caso presente en consideración es diferente de lo que habría sido si el precedente no hubiera existido. También es el caso si la conclusión es la misma, pero las razones por las que se ha llegado a ella son diferentes porque el caso precedente excluye razones que, de otro modo, habrían contado y agregado razones que, de otro modo, no habrían existido. Una descripción adecuada del razonamiento por precedentes debería ser capaz de presentarlo como un método restrictivo. Prefiero esta descripción de la restricción precedente a la formulación de Schauer según la cual un precedente es restrictivo sólo si puede hacer que un juez cambie de opinión sobre cómo decidir un caso presente. Schauer, Frederick, "Why precedent in law...", *op. cit.*, p. 7, que Rigoni interpreta como un requisito psicológico, Rigoni, Adam, "Common-law judicial reasoning and analogy", *op. cit.*, p. 140. Ningún método de razonamiento puede forzar a alguien a cambiar su parecer: si estoy empeñado en creer que la luna está hecha de queso verde, entonces las mejores razones no pueden *hacerme* cambiar de opinión. Alternativamente, se podría interpretar el requisito de Schauer como la exigencia de algo más que el hecho de que el caso precedente debe influir en el proceso de toma de decisiones. Podría estar exigiendo que el precedente tenga una *influencia decisiva*, al menos en algunos casos posibles. Pero creo que ese es el caso siempre que la existencia del precedente cambia el conjunto de razones que respaldan la decisión: agregar o quitar una razón *siempre* tiene el potencial de tener una influencia decisiva en algunos casos, aquellos en los que cambia el equilibrio de las razones en favor y en contra de la decisión. (No podemos interpretar tener "influencia decisiva" como proporcionando una razón que reemplace todas las demás razones. En este caso, la definición de Schauer de "restricción" haría que la práctica de distinguir no tuviera sentido. Para más información sobre esto, véase la discusión de los argumentos de Lamond).

en cuenta razones distintas al precedente hasta cierto punto. Como consecuencia, una descripción del razonamiento por precedentes que conduzca de manera confiable a decisiones justificadas debería proporcionar un efecto restrictivo a los precedentes al mismo tiempo que permite a los jueces una cantidad limitada de discreción.

D. Esquemas de argumentos y cuestionamientos críticos

Asumiré que el razonamiento —al menos el razonamiento consciente— puede ser representado en la forma de argumentos, entendidos como la estructura de premisa-conclusión. Un argumento es diferente de una razón en el sentido de que *pretende* dar una razón para la conclusión, pero puede fallar en proporcionarla. Asumiré que cuando se ha llegado a una conclusión a través del razonamiento, entonces esa conclusión está justificada por un argumento si éste presenta una razón para aceptar la conclusión y si no hay objeciones abiertas en contra. En la teoría de la argumentación, esta comprensión ha llevado a la introducción de *esquemas argumentales* como herramientas para representar las condiciones bajo las cuales los tipos de argumentos justifican sus conclusiones. Dichos esquemas modelan la estructura premisa-conclusión del tipo de argumento que representan y los combinan con un conjunto de *cuestionamientos críticos*; éstos van destinados a seleccionar los tipos de objeciones que con mayor frecuencia se plantean exitosamente contra este tipo de argumentos. Un *buen* argumento del tipo que elige el esquema argumental debe ser capaz de resistir estas objeciones.²² He aquí un muy sencillo (e impreciso) ejemplo de una combinación de esquema argumental/cuestionamientos críticos para argumentos de una opinión experta:

²² Para una introducción a la explicación de los esquemas argumentales de los cuales informa este artículo, véase, por ejemplo, Walton, Douglas, *Argumentation Schemes for Presumptive Reasoning*, Londres, Routledge, 1996.

Argumento

S dice que x

S es un experto en el área P

Por lo tanto: x

Cuestionamiento

¿X pertenece al área P?

¿S es confiable?

¿Los expertos en el área P concuerdan con S?

En este texto utilizaré los esquemas argumentales y los cuestionamientos críticos para representar las diferentes formas en que el de razonamiento por precedentes puede ser comprendido. He elegido este modo de representación porque es una forma intuitiva, conveniente y concisa de mostrar cómo una determinada teoría sobre un tipo de razonamiento retrata la estructura de éste. Para el razonamiento por precedentes, la estructura del esquema más los cuestionamientos es especialmente útil porque un juez que está tratando de determinar si la existencia de un precedente le proporciona una razón autoritativa y vinculante para seguirlo debe tener en cuenta tanto las consideraciones en favor como en contra. Los esquemas argumentativos combinados con cuestionamientos críticos son una buena manera de representar estos procesos de ida y vuelta, representando las posibles razones de su conclusión a través del esquema y las posibles razones en contra a través de los cuestionamientos críticos. Utilizar esquemas argumentales también me permite manifestar precisamente qué parte de una teoría del razonamiento por precedentes es atacada por medio de una objeción en contra, y cómo la teoría ha sido enmendada para afrontar la objeción. Si el esquema argumental y los cuestionamientos críticos se eligen bien, entonces un argumento establecido de acuerdo con el esquema, y para el cual las preguntas críticas pueden responderse

satisfactoriamente, justifica su conclusión. Una teoría correcta del razonamiento por precedentes debería traducirse en un esquema de argumentación que haga esto para los argumentos por precedentes. Si se elige mal un esquema de argumentación, por otro lado, entonces se deben cambiar las premisas o las preguntas críticas.²³ A lo largo del trabajo mostraré cómo la enmienda de las teorías del razonamiento por precedentes en respuesta a las objeciones da como resultado esquemas de argumentación modificados.

I. Dos explicaciones del razonamiento por precedentes

Discuto dos de los más prominentes enfoques del razonamiento por precedentes: de acuerdo con el enfoque de reglas, un precedente proporciona al juez una razón autoritativa y vinculante para ser seguida en los casos que encuadran en la regla establecida por la *ratio* del precedente. Conforme al enfoque de analogías, un precedente proporciona al juez una razón autoritativa y vinculante para seguir en aquellos casos que son iguales al caso precedente en todos los aspectos jurídicamente relevantes. Me interesa describir los dos enfoques como teorías acerca de cómo funciona el *razonamiento* por precedentes. Consecuentemente clasificaré a las teorías del razonamiento por precedentes como propicias con el enfoque de reglas o de analogías dependiendo de la *estructura* de razonamiento que afirman que subyace al razonamiento por precedentes. Trataré como teorías propias del enfoque de reglas a aquellas que describen el razonamiento por precedentes como un proceso en el que el juez *primero* determina una regla *solamente* a partir del caso precedente, y *luego* la aplica al caso presente.²⁴ El juez razona con cada caso de manera

²³ Por ejemplo, puede argumentar que incluso si *algunos* otros expertos concuerdan con S, esto por mucho no es suficiente para justificar aceptar que x. Por lo tanto, la tercera pregunta crítica de nuestro ejemplo es demasiado laxa, y debería ser remplazada por la siguiente: "¿La mayoría de los expertos de confianza en el área P concuerdan con S?".

²⁴ Siguiendo a otros teóricos, trataré a las reglas como asumiendo una forma condicional. El antecedente del condicional enlista categorías de propiedades que un caso necesita para encuadrar en la regla. El consecuente establece lo que se debe hacer cuando se aplica la regla. Compárese Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 23 y ss.

independiente y conecta los dos a través de la regla. Trataré como teorías afines al enfoque de analogías a aquellas que describan al razonamiento por precedentes como un proceso en el que un juez razona con los *dos* casos al mismo tiempo, encontrando similitudes y diferencias entre ellos. Espero que este texto, especialmente en el apartado "E. Enmendar el enfoque de analogías", logre mostrar que la distinción entre los enfoques es importante y significativa.²⁵

A primera vista, el enfoque basado en reglas del razonamiento por precedentes parece bastante más atractivo, especialmente considerando la necesidad de mostrar cómo el precedente puede *restringir*. En una comprensión directa del enfoque de reglas, los jueces deberían razonar más o menos de la misma manera en que razonan con la legislación. La única diferencia es que, en lugar de leer las disposiciones legislativas y determinar su significado, los jueces interpretan la opinión precedente para

²⁵ Esta forma de diferenciar entre los dos enfoques resulta en que agrupe, por ejemplo, a Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *op. cit.*, con las explicaciones de Lamond, Grant, *op. cit.*; Harty y Bench-Capon (Harty, John, "Rules and reasons in the theory of precedent", *Legal Theory*, vol. 17, 2011; Harty, John y Bench-Capon, Trevor, "Factor-based definition of precedent constraint", *Artificial Intelligence y Law*, vol. 20, 2012); Rigoni, Adam, "An improved factor based approach to precedential constraint", *Artificial Intelligence y Law*, vol. 23, 2015. Esto sucede porque considero como un enfoque basado en reglas aquel que funciona primero estableciendo reglas (ya sean estrictas o derrotables) y luego las usa para determinar la decisión en el caso precedente. Es importante señalar que los autores de estos enfoques discrepan en aspectos importantes. Alexander y Sherwin probablemente rechazarían la idea de que Lamond, Harty y Bench-Capon formulan un enfoque de reglas, y Lamond llama a su explicación como una de "razones", un nombre que luego adoptaron Harty y Bench-Capon. La diferencia es que Lamond, Harty y Bench-Capon basan sus enfoques en la idea de que los precedentes determinan con autoridad la fuerza relativa de las razones (factores) sobre la base de las cuales se deciden los casos, incluidas las razones (factores) que se manifestaron en contra de la decisión precedente pero que no eran lo suficientemente fuertes. Sin embargo, como argüiré más adelante, la distinción entre estos dos grupos consiste, en gran parte, en el tipo de regla que emplean. En las exposiciones de Lamond, Harty y Bench-Capon, la combinación de factores que justificaron la decisión precedente forma el antecedente de una regla *derrotable*, la regla precedente. No obstante, esta distinción no debe subestimarse. Alexander y Sherwin quieren reglas estrictas, mientras que Lamond y Harty afirman que el precedente únicamente establece reglas altamente derrotables y asigna pesos relativos a todas las razones del caso precedente. A continuación, esbozaré cómo el enfoque de reglas estrictas de Alexander y Sherwin se convierte primero en el enfoque de reglas *derrotable* de Harty y Lamond, y luego en algo aún más flexible cuando se hacen enmiendas para tratar con las dos objeciones principales que comúnmente se plantean contra los enfoques de reglas. El uso de esquemas argumentales debería facilitar ver cómo, a pesar de las diferencias importantes, todas estas explicaciones están relacionadas porque todas incluyen la extracción y luego el empleo de una regla que media entre dos casos. Esto es estructuralmente muy diferente del enfoque de analogías, según el cual los dos casos interactúan directamente en el proceso de razonamiento.

determinar la *ratio* del precedente y con ello la norma jurídica contenida en él. Alexander y Sherwin han defendido una versión de esta interpretación directa del enfoque de reglas;²⁶ argumentan que al razonar por precedentes el juez primero determina la regla precedente (y tiene que hacerlo correctamente; la acusación de que la interpretación ha fallado es una objeción seria). Esta regla es lo que ellos llaman una regla *seria*, aquella que determina todos los casos que caen en su antecedente.²⁷ Por lo tanto, si un caso debe decidirse siguiendo la decisión tomada en el precedente se puede determinar probando la validez de un *modus ponens* deductivo, con la regla del precedente fungiendo como la premisa mayor y la descripción del caso como la premisa menor.²⁸ Esta visión del razonamiento por precedentes se puede representar con el siguiente esquema de argumentación:

Argumento

La opinión del precedente A puede ser interpretada como proporcionando una regla jurídica a de la forma (Si un caso B tiene propiedades n1, n2 → se debe llegar a la decisión Y).

Por lo tanto, si el caso B tiene las propiedades n1, n2 → se debe llegar a la decisión Y.

Si el caso B tiene las propiedades n1, n2, → se debe llegar a la decisión Y.

El caso B1 tiene las propiedades n1, n2.

Por lo tanto, la decisión Y debe ser alcanzada.

²⁶ Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *op. cit.*

²⁷ *Ibidem*, p. 11.

²⁸ Esto es lo que Neil MacCormick denomina un "silogismo jurídico", aunque él permitiría que el silogismo sea derrotable. MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, cap. 4.

Cuestionamientos

¿Es la mejor interpretación de la opinión del caso precedente A que ésta proporciona la regla a?

¿Es deductivamente válido el silogismo jurídico de la forma *modus ponens* que utiliza la regla a en la premisa mayor y el caso B en la premisa menor?

¿El caso B tiene las propiedades 1, n2?

Esta explicación tiene la ventaja de presentar el papel del precedente como claramente restrictivo del razonamiento judicial. Una vez que una regla ha sido identificada, ésta puede servir como premisa mayor de un *modus ponens* deductivo. Es una mera formalidad determinar si el *modus ponens* es válido o no. No parece necesario ningún ejercicio de la discreción judicial.

Pasemos ahora al enfoque de analogías: a primera vista, parece mucho menos atractivo. De acuerdo con este enfoque, un juez debe seguir la decisión-precedente si el caso precedente y el caso presente son jurídicamente iguales. El juez evalúa la igualdad jurídica al determinar si la similitud entre los casos es jurídicamente relevante y si existen diferencias jurídicamente relevantes. El esquema de argumentación correspondiente podría verse así:²⁹

Argumento

El caso precedente A y el caso precedente B son similares.

Por lo tanto. El caso precedente A y el caso precedente B son jurídicamente iguales.³⁰

²⁹ Weinreb, Lloyd, *op. cit.* parece defender este enfoque.

³⁰ Un esquema incluso más sencillo hubiera sido:

Argumento

El caso precedente a y el caso precedente B son similares.

Cuando un caso presente B es jurídicamente igual que el caso precedente A, A debe ser seguido en B.

El caso precedente A y el caso presente B son jurídicamente iguales.

Por lo tanto, A debe ser seguido en B.

Cuestionamientos

¿A y B son jurídicamente relevantes en un sentido relevante?

¿No existen diferencias relevantes entre A y B?

Debo destacar que la segunda parte del argumento es deductivo, y su premisa mayor simplemente resume la lectura del enfoque por analogías de la doctrina del precedente. Lo que necesita cuidadosa atención es la primera parte del argumento. La preocupación es que siempre será cierto que un caso precedente y un caso presente sean similares en algunos aspectos y diferentes en otros. Si un argumento como éste justifica o no su conclusión, depende completamente de si la similitud o las diferencias entre A y B son jurídicamente relevantes. Sin embargo, como señalan Alexander y Sherwin, todavía existe la necesidad de un método viable para distinguir las similitudes relevantes de las irrelevantes en la literatura de jurisprudencia.³¹ Como resultado, los jueces pueden no tener otra opción

Por lo tanto, A debe ser seguido en B.

No obstante, tal representación habría oscurecido el papel que juega la doctrina del precedente en este razonamiento. Como el precedente en sí mismo no contiene una regla autoritativa, la dirección autoritativa para la acción debe provenir de algún otro lugar. Proviene de la doctrina autoritativa del precedente según la cual la igualdad jurídica (no la mera similitud fáctica) requiere el mismo tratamiento jurídico.

³¹ Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *op. cit.*, pp. 68 y ss. Muchos enfoques de analogías no proporcionan una respuesta viable a esto. Brewer afirma ofrecer un enfoque de analogías, pero utiliza la justificación de una regla derivada para dar cuenta de la relevancia. Brewer, Scott, "Exemplary reasoning: semantics, pragmatics and the rational force of legal argument by analogy", *Harvard Law Review*, vol. 109, No. 5, 1996. Levi, en su libro clásico, *An Introduction to Legal Reasoning*, promueve un enfoque de analogías, pero su proyecto no le exige explicar cómo funciona más allá de decir: "La determinación de similitud o diferencia es la función de cada juez". Levi, Edward, *op. cit.*, p. 2.

que decidir por ellos mismos lo que *desean* tratar como jurídicamente relevante. La importancia necesaria de otras razones podría abrumar el proceso de razonamiento hasta el punto en que la existencia del precedente hace poca diferencia, dejando al juez sin restricciones. Esta parece una buena razón para rechazar el enfoque de analogías y preferir el enfoque de reglas.

Debido a que el enfoque de reglas inicialmente parece mucho más atractivo que el de analogías, es importante mostrar por qué y cómo se limita la restricción que el precedente puede proporcionar bajo el enfoque de reglas antes de intentar reparar el de analogías. La versión directa del enfoque de reglas ha sido objeto de fuertes críticas porque encuentra problemas para cumplir con los requisitos descriptivos mínimos establecidos anteriormente. Es posible enmendar el enfoque de reglas para que pueda manejar sus problemas. De hecho, ya se han propuesto en la literatura enfoques de reglas que incluyen las modificaciones necesarias. Entonces, la siguiente sección no pretende desarrollar un nuevo enfoque de reglas. En cambio, ilustra cómo el enfoque de reglas, a medida que cambia para hacer frente a sus objeciones, es cada vez menos capaz de presentar un precedente como fuertemente restrictivo. Esto me proporcionará la base para mostrar que el enfoque de analogías que desarrollo es tan restrictivo como un enfoque funcional de reglas. También mostrará la similitud estructural de las diferentes teorías que clasifico como enfoques de reglas, destacando en última instancia la diferencia entre los enfoques de reglas y de analogías.

Weinreb afirma que el reconocimiento de una similitud importante puede parecer una especie de "intuición" mística, pero en realidad es el empleo de experiencias pasadas, pero no explica por qué deberíamos pensar que las intuiciones surgen sólo de experiencias con razones jurídicas en lugar de las razones morales y políticas de primer orden de un juez o, peor aún, sus prejuicios y estados de ánimo. Weinreb, Lloyd, *op. cit.* En los inicios de su carrera, Schauer exploró la idea de usar categorías establecidas socialmente y de otro modo para explicar cómo se puede determinar la relevancia general de la similitud entre dos casos. Por ejemplo, Schauer, Frederick, "Precedente", *op. cit.* Sin embargo, Schauer abandonó esta idea y adoptó un enfoque basado en reglas porque el lenguaje proporciona tal riqueza en categorías que es posible encontrar una para casi dos objetos cualquiera. Schauer, Frederick, "Why precedent in law...", *op. cit.*

II. Enmiendas al enfoque de reglas

La versión directa del enfoque de reglas, ejemplificado por Alexander y Sherwin, nos compromete con la idea de los precedentes, al igual que la legislación, deben ser interpretados para identificar *reglas*, y estas reglas determinan totalmente cada caso que cae en su antecedente.

1. El problema con la distinción

De acuerdo con Lamond, esta postura no puede ser encuadrada con el papel de la distinción (*distinguishing*) en la práctica de razonar por precedentes.³² El problema radica en el *tipo* de regla que presupone la versión directa del enfoque de reglas. Si se supone que una regla determina completamente cada caso que cae bajo su antecedente, entonces la inferencia entre las premisas y la conclusión en el silogismo jurídico empleado debe preservar la certeza (en el sentido de que garantiza que estemos tan seguros de la conclusión como lo estamos de las premisas) y monótonica (no pierde fuerza si se añaden premisas adicionales al argumento). La fuerza del argumento no debería cambiar si pasamos del argumento (a) al argumento (b).

(a)

Si un caso *x* tiene las propiedades *n1*, *n2* → se debe llegar a la decisión *Y*.

El caso *B1* tiene las propiedades *n1*, *n2*.

Por lo tanto, debe llegarse a la decisión *Y*.

(b)

Si un caso *x* tiene las propiedades *n1*, *n2* → debe llegarse a la decisión *Y*.

³² Véase Lamond, Grant, *op. cit.*

El caso B1 tiene las propiedades n1, n2.

El caso B tiene la propiedad n5.

Por lo tanto, ha de llegarse a la decisión Y.

Pero, como señala Lamond, esto es exactamente lo que sucede con los precedentes. La práctica de *distinguir* permite a los jueces no llegar a la decisión Y sobre la base de que el caso presente tiene una propiedad ulterior n5 —si n5 no se encuentra también presente en el caso precedente—. ³³ Consideremos el supuesto de *distinción* en *MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp.* ³⁴ Carole MacDonald sufrió un derrame cerebral causado por tomar las píldoras anticonceptivas Ortho-Novum. Ortho no había proporcionado una advertencia específica acerca de los derrames cerebrales, y MacDonald demandó bajo la "doctrina de la falta de advertencia". El tribunal reconoció que el caso entraba en el supuesto de una estrecha excepción al deber general de advertencia. Esta excepción se había establecido en el *Restatement (Second) of Torts* en una formulación canónica, como del tipo de una regla, y posteriormente adoptada por los tribunales. ³⁵ La excepción manifestaba que el fabricante no tenía el deber de advertir al consumidor si con antelación se ha advertido a un intermediario responsable. Los casos que adoptan esta regla han determinado que los médicos que realizaban la prescripción y seguían el tratamiento eran los intermediarios responsables. No obstante, incluso si el tribunal coincidía en que el caso cumplía con las condiciones establecidas en la formulación tipo regla, distinguió porque había una propiedad adicional en el caso: a diferencia de otros medicamentos, de los cuales los doctores son los principales tomadores de decisiones, los pacientes habitualmente toman la decisión de consumir las píldoras anticonceptivas con relativa autonomía.

³³ *Ibidem*, p. 9.

³⁴ *MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 475 N.E.2d 65 (1985).

³⁵ *Restatement (Second) of Torts* §388 cmt. n (1965).

Lamond argumenta que, de hecho, esa es una razón autoritativa por seguir si el caso presente exhibe las propiedades enlistadas en la *ratio* de un caso precedente, pero no es necesariamente una razón *vinculante*.³⁶ Para ser una razón vinculante, debe ser una razón autoritativa que excluya *todas* las demás razones, excepto posiblemente para las excepciones específicamente enlistadas.³⁷ Los jueces necesitarían tener el deber de seguir el precedente *cuandoquiera* que su caso presente encuadre en un antecedente de la regla precedente. Pero, en cambio, los jueces tienen el deber de *seguir la regla o distinguir*. Un silogismo jurídico que utiliza una regla precedente a partir de la *ratio* de un precedente no puede preservar la certeza. Incluso si un caso presente exhibe las propiedades enlistadas en la regla, y la interpretación del precedente es correcta, la aplicación del consecuente de la regla puede no seguirse.

Por eso, Lamond propone pensar los precedentes de otra manera. En lugar de excluir *todas* las demás razones de la consideración, un precedente sólo excluye aquellas que ya estaban presentes en el caso precedente.³⁸ Una razón para no seguir el precedente basada en la propiedad n5 sería excluida *solamente* si n5 ya estaba presente en el caso precedente. En caso contrario, el juez debe tener en cuenta la razón y puede distinguir sobre su base.³⁹

³⁶ Lamond, Grant, *op. cit.*, pp. 15-16.

³⁷ *Ibidem*, pp. 7-8. Lamond reconoce que existe la opción de agregar excepciones y, por lo tanto, de cambiar la regla de manera efectiva. Él descarta esto al señalar que no parece haber ninguna carga adicional de justificación para hacerlo; los jueces distinguen tan fácilmente como siguen reglas precedentes. Cambiar una regla existente debería incurrir en una mayor carga de justificación. Por supuesto, en teoría, podríamos tratar este problema simplemente esforzándonos por enumerar todas las excepciones a la regla de inmediato. Sin embargo, esto haría prohibitivamente difícil la formulación de reglas, en especial la formulación de reglas basada en un único caso. Lo más probable es que resulte en reglas tan largas y complejas que simplemente leer la regla llevaría tanto tiempo como tomar la decisión sin la regla. Además, es seriamente cuestionable que esto llegue a conducir a buenas reglas, dada la susceptibilidad de la mente humana a los sesgos cognitivos. (Para una discusión de las trampas de la elaboración de reglas basadas en casos, véase Schauer, Frederick, "Do cases make bad law?", *University of Chicago Law Review*, vol. 73, 2006, p. 893). Para un resumen de las objeciones al tratar de enumerar todas las excepciones a una regla, véase Rigoni, Adam, "An improved factor based approach to precedential constraint", pp. 134-135.

³⁸ Lamond, Grant, *op. cit.*, p. 16.

³⁹ *Ibidem*, p. 19.

El argumento de Lamond muestra que interpretar la opinión del precedente para extraer una regla y determinar si el silogismo jurídico resultante es válido no es suficiente. Para determinar que un precedente proporciona una razón autoritativa y *vinculante* por seguir, el juez debe asegurarse de que no existan razones no excluidas en contra del seguimiento basadas en propiedades adicionales del caso presente.

Es posible modificar el enfoque de reglas para adaptarse a la crítica de Lamond. Esto es así porque a Lamond le interesan los *tipos de razones* que brindan los precedentes y pretende mostrar que no son las mismas razones que las que brinda la legislación. En contraste, me interesa el tipo de *razonamientos* que pueden emplear los jueces para reconocer esas razones. Lamond permite que las opiniones proporcionen una *ratio* en la forma de una condicional; señala que esta condicional no puede ser utilizada como legislación porque un precedente puede ser distinguido basándose en razones no enumeradas. Para incorporar esta crítica, el enfoque de reglas puede hacer uso de un *modus ponens derrotable*. El concepto de un *modus ponens* derrotable proviene del floreciente proyecto de desarrollar lógicas no monotónicas, lógicas que están equipadas para tratar con relaciones premisa-conclusión que no preservan la certeza pero que, dado que las premisas son verdaderas, aún establecen una presunción en favor de la conclusión.⁴⁰ Esta presunción puede ser derrotada si otras razones entran en consideración. Autores como Horty (con Bench-Capon) y Rigoni han desarrollado enfoques al razonamiento por precedentes que utilizan reglas derrotables y una lógica no monotónica

⁴⁰ Para una visión general de las lógicas no monotónicas, véase, por ejemplo, Antonelli, Aldo G., "Non-monotonic logic", *The Stanford Encyclopedia*, 2021. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/logic-nonmonotonic/>. Pollock es famoso por haberle dado a la idea del razonamiento derrotable un lugar firme en la epistemología. Pollock, John L., *Knowledge and Justification*, Nueva York, Princeton Legacy Library, 1974. Walton introdujo la idea en la teoría de la argumentación y, sobre esta base, desarrolló su teoría de los esquemas argumentales. Walton, Douglas, *op. cit.*; Rigoni, Adam, "An improved factor based approach to precedential constraint", proporciona argumentos para elegir lógicas no monotónicas sobre lógicas monotónicas al formalizar el razonamiento por precedentes.

basada en las ideas de Lamond.⁴¹ En su enfoque (modificado) de regla de razonamiento por precedentes, las razones capaces de derrotar la presunción del seguimiento de la regla son aquellas en contra basadas en aspectos que el caso presente tiene pero que el caso precedente no tenía. Debe quedar claro que modificar el enfoque de reglas de esta manera significa leer la "regla" que establece el precedente como una regla extremadamente derrotable, que está mucho más cerca de una regla de experiencia práctica, o *rule of thumb* (aunque excluye algunas razones de las consideraciones), de lo que gustaría a algunos defensores del enfoque de reglas.⁴² El esquema argumental siguiente ilustra el cambio que resulta de mover el estricto enfoque de Alexander y Sherwin al modelo derrotable de Lamond, Horty, Bench-Capon y Rigoni:

Argumento

La opinión del precedente A puede ser interpretada como proporcionando una regla jurídica de la forma (Si un caso B tiene las propiedades n1, n2 → (presumiblemente) deba alcanzarse la decisión Y).

Por lo tanto, si un caso B tiene las propiedades n1, n2 → (presumiblemente) deba alcanzarse la decisión Y.

Si un caso B tiene las propiedades n1, n2 → (presumiblemente) deba alcanzarse la decisión Y.

⁴¹ Horty, John, *op. cit.*; Horty, John y Bench-Capon, Trevor, *op. cit.*; Rigoni, Adam, "An improved factor based approach to precedential constraint". Basados en las ideas de Lamond, Horty, Horty y Bench-Capon desarrollan un método para clasificar los aspectos de un caso precedente en razones a favor y en contra de la decisión precedente y asignarles pesos. Las razones (factores) de la decisión constituyen los antecedentes de las reglas; las razones (factores) en contra son las que serán excluidas. Se agrega una relación de ordenación compleja por razones en función de la cual se explica la restricción de precedente. Rigoni desarrolla esta exposición aún más. Creo que muchos teóricos de las reglas que no son tan estrictos como Alexander y Sherwin probablemente estarán dispuestos a aceptar la explicación de Lamond, Horty, Bench-Capon y Rigoni como un avance y sofisticación de sus propias explicaciones. El relato de Joseph Raz, por ejemplo, parece estar abierto a tal desarrollo. Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, cap. 10.

⁴² Las reglas legislativas, entendidas de la manera correcta, probablemente también son derrotables; después de todo, los jueces del *common law* tienden a reinterpretarlas cuando llevarían a resultados absurdos o cuando dos disposiciones jurídicas parecen entrar en conflicto. Pero creo que el punto de Lamond se sostiene; los precedentes son *mucho más* derrotables que las disposiciones legislativas.

El caso B1 tiene las propiedades n1, n2.

(*Presumiblemente*), por lo tanto, deba alcanzarse la decisión Y.

Cuestionamientos

¿Es la mejor interpretación de la opinión del caso precedente A que éste proporciona la regla a?

¿Es deductivamente válido el silogismo jurídico de la forma *modus ponens* que utiliza la regla a en la premisa mayor y el caso B en la premisa menor?

¿Existe alguna razón que anule la presunción de llegar a la decisión Y con base en una propiedad del caso presente B que el caso precedente A no tenía?

¿El caso B tiene las propiedades n1, n2?

De acuerdo con una lectura del enfoque de reglas enmendado, la cuestión crítica adicional importa un elemento del enfoque de analogías. Bajo esta lectura, la cuestión exige que los jueces determinen si alguna de las diferencias entre el caso precedente y el caso presente es jurídicamente relevante. Una vez que la regla ha sido extraída del caso precedente, trasladada al caso presente y aplicada ahí, el juez todavía tiene que reunir ambos casos para razonar sobre sus diferencias.

Existe otra posible lectura del enfoque de reglas enmendado, una según la cual no es necesaria la comparación directa entre los casos. Conforme a esta visión, interpretar la opinión precedente implicaría catalogar las propiedades que no pueden servir de base para distinguir porque están presentes en el caso precedente. Si un juez quisiera distinguir con base en alguna propiedad del caso presente, tendría que consultar esta lista para determinar si su razón para distinguir se encontraba

excluida.⁴³ Esto preservaría la pureza del enfoque de reglas, evitando todo contacto directo entre los dos casos. No deseo afirmar que Horty y Bench-Capon en realidad piensan que así es cómo funciona el razonamiento por precedentes, pero considero que sus exposiciones hacen posible que pueda funcionar de esta manera, al menos en teoría.⁴⁴ No obstante, no estoy segura de que esto en verdad suceda en la práctica. En la siguiente sección discutiré las dificultades de determinar una *ratio* que sea suficientemente precisa para servir como premisa mayor en un *modus ponens*, derrotable o no. Pienso que estas dificultades serían aún más grandes en un esfuerzo de hacer una lista de propiedades como la sugerida con antelación.

II. El problema con las opiniones

Hasta ahora, he estado hablando de la interpretación de las opiniones judiciales como si fuera una tarea simple derivar una *ratio* de una opinión y configurar una regla a partir de ella. A veces, podría ser el caso. *MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp* hizo uso de una formulación provista en el *American Restatement (Second) of Torts*. En Estados Unidos, las reformulaciones se escriben con el objetivo de resumir el *common law* en formulaciones canónicas. Los resultados son párrafos que parecen casi estatutos.

No obstante, resulta que recuperar una regla a partir de una opinión conlleva su propio conjunto de dificultades.⁴⁵ Una regla enlista un número relativamente claro de categorías circunscritas en su antecedente en las que debe caer un caso para que se aplique la regla. Los estatutos o disposiciones legislativas generalmente vienen en una formulación canónica destinada a designar claramente estas categorías. Las opiniones documentan los argumentos que el juez precedente utilizó para justificar

⁴³ Algunos párrafos del U.S. Restatements del *common law* parecen contener algo similar a estas listas, véase, por ejemplo, Restatement (Second) of Torts §402A. cmt. n (1965).

⁴⁴ Horty, John, *op. cit.*; Horty, John y Bench-Capon, Trevor, *op. cit.*

⁴⁵ Esto no busca menospreciar la dificultad de interpretar estatutos o disposiciones legislativas.

su decisión en el caso precedente. A menudo no usan formulaciones canónicas de reglas, y cuando las categorías no son claras, los jueces posteriores pueden necesitar emplear un razonamiento de primer orden para interpretar la opinión.⁴⁶

Las opiniones pueden fallar en proporcionar categorías bien descritas para los aspectos del caso precedente destinados a ser señalados como sus factores jurídicamente importantes.⁴⁷ Como han señalado los miembros del realismo jurídico americano, las categorías se presentan en ciertos niveles de abstracción, y para la aplicación de una regla es importante cuál es ese grado de abstracción.⁴⁸ Pero el juez precedente puede no haber determinado qué tan amplias deberían ser las categorías en las cuales encuadran los factores de su caso.⁴⁹ En ocasiones, la categoría no es clara porque el tribunal simplemente descuidó determinarla. En otras ocasiones, un tribunal podría considerarse expresamente incapaz de proporcionar categorías claras. Por ejemplo, tomemos el caso *Dillon v. Legg*, en el cual el tribunal decidió que el acusado de matar negligentemente a un niño con su automóvil puede ser considerado responsable del trauma emocional de la madre si es que el acusado podría haber previsto el advenimiento del trauma emocional. Aquí, el tribunal declara que "ahora no puede predeterminar la obligación del acusado en cada situación

⁴⁶ Las dificultades de interpretar opiniones han sido discutidas a menudo y extensamente. Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, cap. 3, proporciona una visión general de los problemas que es enfrentan al interpretar las opiniones, y describe en detalle la discusión acerca de la determinación de la *ratio decidendi* que tuvo lugar entre las décadas de 1930 y 1960. Hoy, teóricos de ambas corrientes (a favor y en contra del enfoque de reglas) toman este problema en serio. Algunos ejemplos son Schauer, Frederick, "Why precedent in law...", *op. cit.*, cap. 9, y Rigoni, Adam, "Common-law judicial reasoning and analogy". En los enfoques de Harty, Bench-Capon y Rigoni (2015), estas dificultades son puestas en paréntesis por los autores, que empiezan a teorizar solamente una vez que los aspectos del caso son categorizados y determinados como pertenecientes al antecedente de una regla o a la lista de razones derrotadas. Harty, John, *op. cit.*; Harty, John y Bench-Capon, Trevor, *op. cit.*, p. 186; Rigoni, Adam, "An improved factor based approach to precedential constraint", p. 146.

⁴⁷ O es posible que el juez no haya decidido si una razón que consideró al decidir su caso era necesaria para justificar su conclusión, borrando las líneas entre *ratio* y *dicta*. Esta dificultad se analiza extensamente en Greenwalt.

⁴⁸ Por ejemplo, Stone, Julius, "The ratio of the ratio decidendi", *Modern Law Review*, vol. 22, 1959.

⁴⁹ En otro sitio he argumentado que esto no es necesariamente un fracaso por parte de la corte precedente. Stevens, Katharina, "Setting precedents without making norms?", *Law and Philosophy*, vol. 39, 2020.

por medio de una categoría fija; ninguna regla inmutable puede establecer el alcance de esa obligación para cada circunstancia en el futuro".⁵⁰ En cambio, proporciona guías deliberadamente vagas, una de las cuales es que la víctima y quien sufre emocionalmente deben tener una relación cercana. La opinión detalla que el hecho de que la madre estaba estrechamente relacionada con el niño es el aspecto relevante en este caso, pero ¿de qué tipo de relación cercana estamos hablando? ¿Debe ser una relación de sangre? ¿Podrían los mejores amigos caer en esta categoría? Dado que la relación entre la madre y el niño es lo más cercana que puede ser, cualquier supuesto ulterior con una relación entre la víctima y la víctima emocional enfrentó la cuestión de si la categoría se extiende lo suficiente.⁵¹ Cuando las opiniones no son claras, el juez presente necesita rellenar la información faltante para obtener una regla utilizable. El modo en que el juez resolverá estas situaciones tiene importantes consecuencias. Tomemos la cuestión de si *Dillon v. Legg* es aplicable solamente a las relaciones sanguíneas: si el juez decide que esto es así, entonces tiene una razón autoritativa por seguir cuandoquiera que exista una relación sanguínea, pero ninguna razón cuando no existe dicha relación.

Existe un sentido en el que las opiniones no claras realmente no *proporcionan* reglas.⁵² En cambio, proporcionan una colección a veces confusa de reglas y sugerencias parciales para su finalización. A veces hay categorías completamente formuladas y explicadas. Pero a veces sólo hay algunas categorías, y luego algunas sugerencias hacia otras categorías, y algunos aspectos que podrían o no ser necesarios para considerar.

Sobre esta base, Adam Rigoni argumenta que el enfoque de reglas no puede demostrar que los precedentes son tan restrictivos como pueden parecer después de todo.⁵³ Algunos teóricos, como Alexander y Sherwin, se aventuran a responder al dilema, y afirman que los precedentes con

⁵⁰ *Dillon v. Legg*, 441 P. 2d 912 (1968).

⁵¹ Cuán difícil sería esto fue comentado por el juez Burke en la disidencia del mismo caso.

⁵² O incluso establece factores bien definidos que podrían ser utilizados en el tipo de razonamiento basado en reglas derrotables que describe Horty, John y Bench-Capon, Trevor, "Factor-based definition of precedent constraint", *op. cit.*

⁵³ Véase Rigoni, Adam, "Common-law judicial reasoning and analogy", *op. cit.*, p. 149.

opiniones vagas no restringen en lo absoluto.⁵⁴ Pero esto parece ser una conclusión insatisfactoria y problemática. Porque si un precedente sólo puede ser vinculante si su opinión proporciona una regla específica con categorías explícitamente circunscritas, entonces un número considerable de casos no podría ser fuentes de razones vinculantes. Por supuesto, esto es exactamente lo que Leiter denomina como el "reclamo central" del realismo jurídico americano: que el derecho es indeterminado y que los jueces deciden los casos más sobre la base de su percepción de los hechos que por razones jurídicas.⁵⁵ Pienso que quizá sea inevitable la conclusión pesimista acerca de las restricciones precedentes si adoptamos una comprensión de acuerdo con la cual un precedente sólo constriñe si su existencia determina por completo la decisión del juez. En este caso, mi artículo simplemente muestra que los precedentes llegan a ser *igualmente cercanos a ser restrictivos* en el enfoque de reglas como en el enfoque de analogías. Sin embargo, adopto una comprensión según la cual la toma de decisiones judiciales está limitada por un precedente si su existencia excluye las razones que el juez habría tenido en cuenta o agrega razones a las consideraciones del juez que otro modo no habrían existido. La restricción viene en grados.⁵⁶

Si aceptamos esta comprensión más permisiva, entonces podemos adoptar una solución propuesta por Shecaira y enmendar el enfoque de reglas del razonamiento por precedentes nuevamente para que refleje la inclusión del razonamiento de primer orden en el nivel de determinación de la regla precedente.⁵⁷ Frente a una opinión precedente que no proporciona

⁵⁴ Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

⁵⁵ Leiter, Brian, *op. cit.* Véanse también Llewellyn, Karl, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, Nueva York, Oceana Publications, 1960, caps. 2-4; Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, Brentano's, Inc., 1949, cap. 14.

⁵⁶ Véase *supra* nota 21 para una justificación de esta comprensión de la restricción.

⁵⁷ Véase, Schecaira, Fabio, "Analogical arguments in ethics and law: a defence of deductivism", *Informal Logic*, vol. 33, 2013. También puede ser posible ver algo como la exposición de Ronald Dworkin (*op. cit.*, cap. 7). Es importante notar que este movimiento no sólo alienara a las teorías de las reglas estrictas como las de Alexander y Sherwin. Elegir la regla que un precedente representa de esta manera será visto como un acto fehaciente de discreción judicial por la mayor parte de los positivistas excluyentes como, por ejemplo, Raz; véase su defensa del positivismo fuerte en Raz, Joseph, "Authority, law and morality", *The Monist*, vol. 68, 1985. Por lo tanto, los autores que habrían aceptado la idea de integrar reglas derrotables podrían no coincidir más cuando las razones de primer orden se usan para determinar el contenido de la regla derrotable. Este movimiento, para ellos,

una regla, el juez elige una entre las reglas respaldadas por la información dada en la opinión. El juez lo hace de acuerdo con las razones de primer orden sobre cuál de esas reglas es la mejor: jurídica y/o moralmente. Por supuesto, es importante decir que, cuando hace esto, debe asegurarse de que la regla que elija no esté en conflicto con ninguna de las leyes circundantes. Aun así, esto cambia la fuente y la fuerza de la restricción precedente de manera bastante dramática. Si la opinión no proporciona fácilmente una regla, entonces esta restricción proviene del contenido disponible en la opinión precedente que restringe las reglas entre las cuales el juez puede elegir.⁵⁸ Este cambio puede ser representado en el esquema argumental de la manera siguiente:

Argumento

Desde un punto de vista normativo, la mejor regla jurídica que también es consistente con la información proporcionada en la opinión del precedente A es la regla A (si un caso x tiene propiedades n1, n2 → (presumiblemente), se debe llegar a la decisión Y).⁵⁹

Por lo tanto, si un caso B tiene las propiedades n1, n2 → (presumiblemente), se debe alcanzar la decisión Y.

podría simplemente equivaler a la admisión de que el precedente no es restrictivo en absoluto y que los realistas jurídicos americanos tenían razón. No estoy de acuerdo, pero creo que es importante darse cuenta de cuán lejos se reduce el efecto restrictivo de los precedentes por medio de este cambio.⁵⁸ La capacidad del juez para elegir una regla podría estar más limitada por los principios asociados con la interpretación precedente. Por ejemplo, existen principios sobre lo que debe contar como *dicta* en una opinión, y lo que puede incluirse en una regla precedente, o cómo deberían ser las reglas precedentes estrechas. No discutiré estos principios aquí. Creo que, incluso, con ellos en su lugar, permitir que los jueces elijan reglas mezclando sus propias razones de primer orden con las razones proporcionadas en la opinión significa reducir considerablemente la restricción precedente, dependiendo de cuán vaga sea la opinión. Y, por supuesto, luego está el argumento del realismo jurídico americano de que estos principios realmente no limitan nada porque por cada principio que apunta en una dirección, puede encontrarse uno apuntando en la otra. Véase Llewellyn, Karl, "Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed", *Vanderbilt Law Review*, vol. 3, 1950.

⁵⁹ Obsérvese que, si la opinión del precedente A proporciona suficiente información para que sólo una regla sea consistente con ella, entonces la regla a es la mejor opción simplemente en virtud de ser la única opción.

Si un caso B tiene las propiedades $n_1, n_2 \rightarrow$ (presumiblemente) se debe llegar a la decisión Y.

El caso B1 tiene las propiedades n_1, n_2 .

(Presumiblemente), por lo tanto, la decisión Y debe ser alcanzada.

Cuestionamientos

¿Es la regla *a* la mejor opción entre esas reglas jurídicas consistentes con la información en la opinión del precedente A, al tener en cuenta las consideraciones normativas aplicables?

¿La regla elegida es consistente con el derecho como ha sido ya establecido con antelación al precedente?

¿El silogismo jurídico de la forma *modus ponens* que utiliza la regla *a* en la premisa principal y el caso B en la premisa menor es deductivamente válido?

¿Existe una razón que derrote la presunción de alcanzar la decisión Y basada en una propiedad del caso presente B que el caso precedente A no tenga?

¿El caso B tiene las propiedades n_1, n_2 ?

Ahora estamos en el punto en el que podemos preguntarnos qué es lo que queda del atractivo del enfoque de reglas. Para recordar, el argumento era que, de acuerdo con la versión *estricta de preservación de la certidumbre* del enfoque de reglas, los precedentes tienen un efecto restrictivo fuerte sobre la toma de decisiones judiciales. Proporcionan a los jueces reglas que pueden ser utilizadas en silogismos jurídicos de preservación de la certidumbre, por lo tanto, librándolos de la necesidad de involucrarse en razonamientos normativos de primer orden. No obstante, las dos enmiendas que se hicieron al enfoque de reglas para que fuera consistente

con la práctica real del razonamiento por precedentes trajeron de vuelta el razonamiento de primer orden en dos lugares.

Primero, el juez podría emplear un razonamiento de primer orden para determinar si la regla que identificó era de hecho la más preferible entre las que consisten en la información proporcionada en la opinión. En segundo lugar, el juez emplea un razonamiento de primer orden para determinar si existía una propiedad en el caso presente que no se encontraba en el caso precedente, y si esta propiedad era una razón relevante en contra de seguir la regla precedente.

El enfoque de reglas doblemente enmendado incluye el razonamiento normativo de primer orden como una característica importante del razonamiento por precedentes. Como resultado, no creo que los precedentes aparezcan completamente sin restricciones. Después de todo, los jueces deben elegir reglas que incluyan toda la información que sí proporciona la opinión, y que no está precluida por el derecho fuera del precedente. Además, se excluyen las razones en contra del seguimiento de precedentes basadas en aspectos concurrentes en el caso precedente. Parece que la visión enmendada ahora logra cierto equilibrio entre restricción y libertad. Sin embargo, espero haber demostrado que entre los enfoques de reglas existentes actualmente, aquellos que pueden sobrevivir a las objeciones también son los que representan los precedentes como proporcionando una cantidad moderada de restricción. Ahora, en comparación, es oportuno preguntarse qué tan bien funciona el enfoque de razonamiento por precedentes en el enfoque de analogías.

E. Enmendar el enfoque de analogías

Ahora recorro al enfoque de analogías en el razonamiento por precedentes. Para recordar, de acuerdo con el enfoque de analogías, el caso precedente y el caso presente se comparan directamente para determinar si el juez cuenta con una razón autoritativa y vinculante por seguir. Esto sucede cuando los dos casos son jurídicamente iguales, es decir, si son similares de una manera jurídicamente relevante y no tienen diferencias jurídicamente relevantes. Por lo tanto, la primera parte del argumento,

en el esquema argumental que se presenta a continuación, puede leerse como de la analogía, con ésta como la premisa y la afirmación de que el precedente y el caso presente son jurídicamente los mismos que la conclusión. Ésta es la parte crucial del argumento. La segunda parte es deductivamente válida y simplemente utiliza un resumen de la interpretación del enfoque de analogías de la doctrina del precedente como la premisa principal:

Argumento

El caso precedente A y el caso presente B son similares.

Por lo tanto, el caso precedente A y el caso presente B son jurídicamente iguales.

Cuandoquiera que el caso presente B es jurídicamente igual al caso precedente A, A debe ser seguido en B.

El caso precedente A y el caso presente B son jurídicamente iguales.

Por lo tanto, A debe ser seguido en B.

Cuestionamientos

¿Son A y B similares en una manera jurídicamente relevante?

¿No existen diferencias jurídicamente relevantes entre A y B?

El enfoque de analogías no encuentra problemas para explicar la práctica de la distinción porque ya incorpora el cuestionamiento en búsqueda de diferencias relevantes. La falta de reglas específicas en las opiniones no plantea problemas, porque las reglas no juegan un papel en el enfoque de analogías. No obstante, justamente como en el enfoque de reglas, el enfoque de analogías ha sido sujeto de fuertes críticas. La objeción que se le ha dirigido con mayor frecuencia es que no es capaz de explicar

cómo el caso precedente restringe al juez. A menos que se puedan determinar de alguna manera la relevancia y las similitudes, parece arbitrario denominar a dos casos como similares o diferentes. Esto lleva a dos objeciones de Sherwin y Alexander, así como de Schauer.⁶⁰

Estimo que el enfoque de analogías del razonamiento por precedentes se puede enmendar para que explique la fuerza restrictiva del precedente tan bien como el enfoque de reglas enmendado. El proyecto principal de este artículo consiste en hacer justamente esto. Además, identificaré algunas ventajas que el enfoque de analogías enmendado tiene sobre el enfoque de reglas (puro) y que ha recibido poca atención hasta ahora. Pero, para hacerlo, tengo que describir cómo podría funcionar la comparación analógica entre dos casos. Esto es especialmente importante porque algunos autores niegan la existencia del "razonamiento analógico por completo. Por ejemplo, Posner ha afirmado que el término simplemente denota "una clase inestable de métodos de razonamiento dispares" consistentes en alguna instrucción débil, algunas deducciones y algunas repentinas ráfagas de inspiración.⁶¹ Alexander y Sherwin afirman que el razonamiento analógico en realidad simplemente es un razonamiento deductivo encubierto o una mejor manera de denominar a la intuición.⁶² La mejor manera de demostrar que se equivocan es explicar la estructura del razonamiento analógico, que es muy diferente de la deducción y la inducción. Aquí seguiré la teoría de las múltiples restricciones, como ha sido desarrollada por Holyoak y Thagard.⁶³ Aunque esta teoría bien establecida ha existido durante mucho tiempo en las ciencias cognitivas,

⁶⁰ Véase *supra* nota 2.

⁶¹ Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1993, pp. 86 y ss.; Posner, Richard, "Reasoning by analogy", *Cornell Law Review*, vol. 91, 2006.

⁶² Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *op. cit.*, pp. 68 y ss.

⁶³ Propuesta, por ejemplificar, en Holyoak, Keith y Thagard, Paul, "Analogical mapping by constraint satisfaction", *Cognitive Science*, vol. 13, 1989. La introducción clásica y de fácil acceso y el resumen de su teoría se encuentra en Holyoak, Keith y Thagard, Paul, *Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*, Cambridge (MA), MIT Press, 1995. Dedre Genter ha desarrollado un modelo ligeramente distinto, Genter, Dedre, "Structure mapping. A theoretical framework for analogy", *Cognitive Science*, vol. 7, 1983. El modelo multirestrictivo y similares siguen siendo la base de investigaciones acerca de la analogía. Véase Holyoak, Keith, "Analogy and relational reasoning", en Holyoak, Keith y Morrison, R. G., (eds.), *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 134-259.

no puedo asumir que cada lector está familiarizado con ella, y el éxito de mi enmienda depende en gran medida de ello. Por lo tanto, presentaré una breve visión general de ella.

I. Mapeo analógico

Las analogías consisten en la comparación de dos análogos, un objetivo analógico sobre el cual se dice algo y una fuente analógica que se usa para decirlo. Imagínese, por ejemplo, que yo afirmara que *Dillon v. Legg* debería ser seguido si la madre de la víctima no presenció el accidente, sino un profesor del jardín de niños. Podría justificar esto diciendo que "los profesores de jardín de niños son como padres". En este ejemplo, los "profesores de jardín de niños" son el objetivo, mientras que los "padres" es la fuente. En un enfoque de analogía de razonamiento por precedentes, el caso precedente sirve como el analógico de fuente, mientras que el caso presente sirve como el analógico objetivo.

En la vida cotidiana, parece que hacemos juicios con confianza acerca de los grados de similitud, así como la idoneidad de los análogos de fuente u origen. Según la teoría de la analogía de las múltiples restricciones, hacemos estas evaluaciones basadas en con cuánto éxito podemos realizar un mapeo analógico entre los dos objetos. El tema del mapeo analógico es muy complejo, y aquí proporcionaré una visión general y simplificada lo suficientemente justa como para desarrollar mi línea de razonamiento. Básicamente, el mapeo analógico consiste en el establecimiento de un conjunto de correspondencias sistemáticas entre la fuente y el objetivo.⁶⁴

FUENTE		OBJETIVO
Padres	↔	Profesores de jardín de niños
Aman a sus hijos	↔	Aman a sus pupilos

⁶⁴ Holyoak, Keith y Thagard, Paul, "Analogical mapping by constraint satisfaction", *op. cit.*, p. 296; Holyoak, Keith y Thagard, Paul, *Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*, *op. cit.*, p. 26.

Por supuesto, podemos simplemente *afirmar* que existe correspondencia entre cualquier cosa. Por ejemplo, en lugar de mapear "aman a sus pupilos" por "aman a sus hijos", podríamos simplemente *declarar* la correspondencia entre "aman a sus hijos", "ser un profesional". Si embargo, de acuerdo con la teoría de las múltiples restricciones, sentimos el tirón de diferentes restricciones cuando realizamos un mapeo analógico. El éxito del mapeo puede ser determinado por cuánto éxito tengamos en adherir a estos límites. Primero, consideramos al mapeo más exitoso si los aspectos correspondientes comparten *similitudes superficiales*. Las similitudes superficiales son, por ejemplo, similitudes perceptivas en el color o la forma, o similitudes semánticas en los tipos de conceptos que utilizamos cuando pensamos acerca de análogos.⁶⁵ Segundo, tendemos a adherir a *restricciones-estructurales*.⁶⁶ Con antelación mapeamos atributos, pero las relaciones también pueden ser mapeadas. Por ejemplo, podríamos tratar de decir que los profesores de jardín de niños son como padres al mapear la relación de que los padres *confían el cuidado* de sus hijos con los profesores.

FUENTE		OBJETIVO
x cuida a y	↔	x cuida a y
Padres	↔	Profesores de jardín de niños
Hijos	↔	Pupilos

En la proposición "los padres cuidan de sus hijos", denominamos "padres" y "sus hijos" a los *rellenos* de los *espacios* de la relación "x cuida de y".⁶⁷ Entonces se vuelve aparente que mapear una relación también involucra mapear sus rellenos.⁶⁸ Las restricciones son aplicables aquí. En el ejemplo, las dos relaciones son mapeadas debido a su similitud superficial. Pero las correspondencias padres/maestros e hijos/pupilos son establecidas porque

⁶⁵ Holyoak y Thagard, *Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*, *op. cit.*, pp. 26, 37 y ss.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 29 y ss.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 25. Véase también Holyoak & Thagard, "Analogical mapping by constraint satisfaction", *op. cit.*, pp. 299 y ss.

⁶⁸ Holyoak & Thagard, *Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

cada una rellena el mismo espacio: "x" representa tanto a la madre como al profesor de jardín de niños e "y" representa tanto a los hijos como a los pupilos. Un mapeo de la relación es más exitoso si es *uno a uno*, esto es, si cada elemento en su fuente corresponde a un único elemento en su objetivo.⁶⁹ Puesto que los espacios de "x cuida de y" son rellenos por dos diferentes rellenos en "los padres cuidan de sus hijos", sería una debilidad del mapeo si esto no fuera así en el objetivo. Si uno tratara de mapear "los padres cuidan de sus hijos" en profesores de jardín de niños, y los profesores de jardín de niños cuidarían solamente de sí mismos, entonces el mapeo (x cuida de y) no sería exitoso. En lugar de una similitud, uno habría encontrado una diferencia.

Una restricción ulterior se vuelve aparente cuando pensamos acerca de mapear relaciones de orden superior, esto es, relaciones de relaciones.⁷⁰ Por ejemplo, podríamos tratar de mapear la relación del cuidado de los padres por los hijos *porque* los aman por los profesores de jardín de niños.

FUENTE		OBJETIVO
a causa b	↔	a causa b
x siente amor por y	↔	x siente amor por y
x cuida a y	↔	x cuida a y
Padres	↔	Profesores de jardín de niños
Hijos	↔	Pupilos

Nuevamente, tenemos que mapear los rellenos para mapear las relaciones de orden superior. Aquí, el mapeo es mejor si los rellenos son mapeados *consistentemente*.⁷¹ Esto significa que cuandoquiera que una relación es mapeada, los rellenos también son mapeados. En el ejemplo, el mapeo

⁶⁹ *Idem*, p. 29.

⁷⁰ *Idem*, p. 28.

⁷¹ *Idem*, p. 29.

será más exitoso si las observaciones acerca de los profesores de jardín de niños y los pupilos siempre permiten mapear "pupilos" en "hijos", en todas las relaciones en donde "hijos" sirve como relleno.

En su artículo "Reason is too large", Dan Hunter presenta evidencia de que los jueces se involucran en el mapeo analógico tanto bajo la restricción superficial como bajo las dos restricciones estructurales cuando deciden casos.⁷² Las restricciones superficiales y las estructurales explican de qué manera las similitudes y diferencias entre los dos casos se vuelven aparentes: cuanto más exitosamente un juez asigne aspectos que son parte de su caso precedente a su caso presente mientras se adhiere a las restricciones, con más confianza se puede llamar similitud a la correspondencia resultante. El fracaso apunta a una diferencia.

Sin embargo, estas restricciones no explican por qué el precedente podría ser una limitación para la toma de decisiones judiciales. La pregunta sigue siendo qué similitudes y qué diferencias son relevantes. Si se piensa en la analogía entre los profesores de jardín de niños y los padres, se verá fácilmente que dependiendo de lo que se elija entre las muchas características que poseen los padres, algunos mapeos serán exitosos mientras que otros fallarán. Así que hay similitudes y diferencias. ¿Cuáles son relevantes? Planteado de este modo, es una pregunta torpe. No puede ser respondida sin más información. La relevancia es un concepto relacional, algo que es relevante respecto de una meta, una labor o una cuestión; nada es *solamente* relevante.⁷³

No es sorprendente que los científicos cognitivos hayan descubierto que cuando realizamos mapeos analógicos nos adherimos a otro tipo de restricción: una restricción de propósito.⁷⁴ Por lo general, no *sólo* se nos

⁷² Hunter, Dan, op. cit., pp. 1217 y ss., y 1222 y ss.

⁷³ Para una influyente y ahora clásica exposición de la relevancia, véase Sperber, Dan y Wilson, Deirdre, *Relevance: Communication and Cognition*, Nueva Jersey, Wiley-Blackwell, 1986.

⁷⁴ Véase Holyoak y Thagard, *Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*, op. cit., pp. 35-ss.; Holyoak, Keith, "The pragmatics of analogical transfer", en Bower, G. H. (ed.), *The Psychology of Learning and*

presentan analogías; éstas se trazan con algún propósito, por ejemplo, para resolver un problema o para argumentar una afirmación. En este caso, el *mapeo* analógico se realiza como base del *razonamiento* analógico para trazar una *inferencia* acerca del objetivo análogo.

Las inferencias analógicas se realizan a través de un proceso llamado "copia y sustitución".⁷⁵ Supongamos que hemos establecido una correspondencia constante entre los padres/profesores de jardín de niños y los hijos/pupilos. Sabemos que es cierto que "los padres aman a sus hijos". ¿Los profesores de jardín de niños aman a sus pupilos? Podríamos tratar de obtener una respuesta a través de nuestra analogía con los padres. Copiamos la relación, sustituimos los rellenos con equivalentes de profesores de jardín de niños y llegamos a la suposición de que "los profesores de jardín de niños aman a sus pupilos". Ahora, esta inferencia no preserva la certeza.⁷⁶ Incluso si estamos completamente seguros de que los padres aman a sus hijos, la mera realización de una *copia y sustitución* no garantiza ninguna certeza sobre la relación de los profesores de jardín de niños y sus pupilos.

Pero esto no significa que la afirmación "los profesores de jardín de niños aman a sus pupilos" no pueda ser sustentada por el mapeo entre los profesores y los padres. Existen conexiones inferenciales entre nuestro conocimiento de que "los padres aman a sus hijos" y otras cosas que sabemos acerca de los padres y los hijos. Por ejemplo, podríamos saber que existe una conexión causal entre el hecho de que los padres aman a sus hijos y el hecho de que los padres protegen/alimentan/juegan con sus hijos: realizar todas estas acciones está causalmente (aunque no necesariamente) relacionado con fomentar el amor. Eso nos proporciona una guía sobre qué buscar en los profesores de jardín de niños.⁷⁷ Si podemos

Motivation, Nueva York, Elsevier, 1985 pp. 70 y ss; Holyoak y Thagard, "Analogical mapping by constraint satisfaction", *op. cit.*, p. 297.

⁷⁵ Holyoak y Thagard, *Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*, *op. cit.*, pp. 30 y ss. Véase también Holyoak, Keith, "Analogy and relational reasoning", *op. cit.*, pp. 249 y ss.

⁷⁶ Holyoak y Thagard, *Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁷ Véase *idem* p. 35 y ss; Holyoak y Thagard, "Analogical mapping by constraint satisfaction", *op. cit.*, pp. 303 y ss.

encontrar con éxito correspondencias con estos aspectos en los profesores mientras nos adherimos a las restricciones superficiales y estructurales, entonces el mapeo resultante respalda la inferencia de que "los profesores de jardín de niños aman a sus pupilos". Cuantos más mapeos exitosos podamos realizar acerca de los padres que se encuentran en relaciones inferenciales con el aspecto de que aman a sus hijos, mejor respaldada se vuelve la inferencia analógica.⁷⁸ El propósito de responder a la cuestión de si los profesores de jardín de niños aman a sus pupilos nos lleva a concentrarnos en los mapeos *específicos* entre los profesores de jardín de niños y los padres. Las similitudes y diferencias que se manifiestan a través de *estos* mapeos son las relevantes.

II. Argumentos analógicos y la restricción de propósito

En su artículo, Dan Hunter expresa su creencia de que la restricción de propósito guía a los jueces para elegir los precedentes que les permitirán tomar sus decisiones preferidas en los casos presentes. Hunter señala que esta conclusión funcionaría bien con las observaciones hechas por los realistas americanos, quienes afirman que los jueces se guían más por sus inclinaciones sobre qué resultados serían justos que por las razones jurídicas.⁷⁹ Esta interpretación se encuentra en línea con la crítica de Frederick Schauer al enfoque de analogías. Schauer considera que la teoría cognitiva sobre el mapeo analógico muestra que el razonamiento analógico no se puede restringir. Al igual que Hunter, piensa que la restricción de propósito guía a los jueces a elegir las fuentes análogas que

⁷⁸ Por supuesto, esto todavía no responde a la pregunta de qué tan bien respaldada debe estar la inferencia para que la aceptemos. En el razonamiento analógico en general, depende del contexto en el que realizamos el mapeo. ¿Nos interesa la pregunta de si deberíamos permitir que los profesores de jardín de niños se despidan de sus pupilos una vez que hayan sido destituidos de su cargo? ¿O nos interesa la pregunta de si los profesores deberían poder demandar por la custodia de los pupilos? ¿O nos interesa la pregunta de si es probable que los profesores de jardín de niños sufran un trauma emocional intenso cuando sean testigos de la muerte accidental de sus pupilos?

⁷⁹ Hunter, Dan, *op. cit.*, pp. 1224 y ss. Esto es lo que cree Frederick Schauer en "Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy", *op. cit.*

les permitan tomar sus decisiones preferidas de forma independiente.⁸⁰ Concuero en que el razonamiento analógico puede proporcionar a los jueces autocomplacientes la opción de determinar deliberadamente cómo les gustaría decidir un caso y luego rechazar los precedentes porque no pueden relacionar su decisión preferida con la decisión precedente. Sin embargo, no creo que ningún método de razonamiento pueda impedir que tales jueces autocomplacientes racionalicen sus decisiones preferidas. Esto incluye el razonamiento de acuerdo con el enfoque de reglas, que hace posible la racionalización porque requiere la interpretación de opiniones. La pregunta más interesante es qué puede hacer el razonamiento analógico por los jueces que intentan evaluar honestamente las consideraciones tanto a favor como en contra de seguir un precedente específico. Dichos jueces no tratan de encontrar el precedente correcto para un argumento que apoye una conclusión que les gusta. En cambio, intentan determinar si un precedente específico puede servir en un argumento exitoso para una conclusión que puede que les guste o no. En otras palabras: no pueden elegir una fuente analógica o una conclusión, sino que deben evaluar si una fuente análoga dada puede respaldar con éxito una conclusión dada sobre un objetivo análogo determinado. Mostraré que, para los jueces en esta posición, la restricción de propósito del razonamiento analógico es la clave para comprender cómo los precedentes pueden ejercer una restricción en el enfoque de analogías del razonamiento por precedentes.

Anteriormente, dije que el esquema de argumentación para el enfoque de analogías del razonamiento por precedentes contiene un argumento analógico en el que la analogía apoya la conclusión de que los dos casos son jurídicamente iguales.⁸¹ La inferencia hacia esta conclusión es lo que un juez debe evaluar para determinar si se debe seguir el precedente.

⁸⁰ Véase, "Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy", *op. cit.*

⁸¹ La explicación de los argumentos por analogía que daré ahora se encuentra en armonía (aunque no del todo igual) con la explicación proporcionada por Juthe, Andre, "Argument by analog", *Argumentation*, vol. 19, 2005.

La pregunta se convierte en: ¿la analogía con el precedente como fuente análoga y el caso presente como objetivo análogo apoya la conclusión de que los dos casos son jurídicamente iguales? Para responder a la cuestión, el juez necesita determinar cuán fuerte es la analogía si *su propósito es mostrar que los dos casos son jurídicamente relevantes*. Podemos ilustrar la situación del juez pensando en un razonador que se enfrenta a un argumento por analogía que respalda una conclusión que debe aceptar o rechazar en función del argumento. A través de la presentación de la conclusión, el argumento muestra el propósito por el cual se trazó su analogía. El razonador debe evaluar si la analogía puede cumplir este propósito.⁸² Tomemos este ejemplo:

"Los profesores de jardín de niños son como padres.

Por lo tanto, el bienestar de los pupilos es de extrema importancia para su bienestar emocional".

La premisa de un argumento está destinada a apoyar su conclusión. Por lo tanto, esta analogía claramente tiene el propósito de respaldar una *copia y sustitución* que da como resultado la afirmación de que "el bienestar de sus pupilos es de suma importancia para el bienestar emocional de los profesores de jardín de niños". Para entender el argumento (un paso necesario para evaluarlo), necesitamos ver cómo el mapeo entre los profesores y los padres podría apoyar la sustitución.

Esta restricción de propósito guía el mapeo de dos maneras. En primer lugar, lo orienta un mapeo desde la afirmación que se supone sustentada sobre los profesores de jardín de niños hasta su mejor correspondencia

⁸² En otras palabras, en lugar de asumir el papel de un argumentador que trata de encontrar un argumento que demuestre que su conclusión es aceptable, el juez asume el de un evaluador de argumentos que trata de determinar si uno tiene éxito en apoyar una conclusión no elegida por él, pero presentada en el argumento. He argumentado extensamente a favor de esta interpretación de los jueces como interlocutores en otros lugares. Stevens, Katharina, "The constraining force of analogies and the role of the judge", en Himma, Kenneth, Jovanovic, Miodrag y Spaic, Bojan (eds.), *Unpacking Normativity: Conceptual and Descriptive Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2018.

en los padres. Realizamos el mapeo y obtenemos que "el bienestar de sus hijos es de suma importancia para el bienestar emocional de los padres".

En segundo lugar, guía los intentos de mapeo entre los profesores de jardín de niños y los padres para todos los aspectos de éstos que consideramos que están inferencialmente conectados con que el bienestar de sus hijos y tienen una importancia emocional extrema para su propio bienestar. Una señal de esto podría ser que los padres muestren fuertes signos de estrés y depresión cuando sus hijos no están bien. La restricción de propósito nos guía para intentar un mapeo de este aspecto en los profesores de jardín de niños. Podríamos observarlos a los profesores y darnos cuenta de que tienen más conflictos en casa con sus parejas cuando sus pupilos no están bien. El éxito de este mapeo se medirá en qué tan bien se pueden observar las restricciones superficiales y estructurales. Cuantos más mapeos exitosos se puedan realizar, mejor será el apoyo para la "copia y sustitución" que sugiere el argumento. Éstas son similitudes que son relevantes para el argumento. Para comprender el argumento, buscamos tantos mapeos exitosos relevantes como sea posible para ver qué tan fuerte es el apoyo del argumento para su conclusión. La conclusión de un argumento guía el mapeo al darle un propósito a la analogía.⁸³

Al razonar por precedentes de acuerdo con el enfoque de analogía, la conclusión del argumento analógico es simplemente que los dos casos son similares en las formas jurídicamente relevantes y que no hay una diferencia relevante (que son jurídicamente iguales). ¿Cómo puede esto proporcionar bastante guía?⁸⁴

⁸³ Quizás ahora sea posible entender por qué autores como Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, *op. cit.* y Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *op. cit.* pensaron que el razonamiento analógico no es más que un razonamiento inductivo o deductivo. Una vez que se ha realizado el mapeo, es posible simplemente elegir una categoría para cada mapeo individual que contenga ambos aspectos mapeados y crear una regla. Una vez que se ha formulado la regla, se pueden construir argumentos tanto deductivos como inductivos. Pero decir que tal reconstrucción es posible después del mapeo analógico no es lo mismo que decir que el mapeo analógico nunca sucedió.

⁸⁴ Una vez que se establece esa conclusión, se combina con la doctrina autoritativa del precedente según la cual la igualdad jurídica requiere el mismo tratamiento, y lleva a la conclusión de que el caso presente debe decidirse de acuerdo con la decisión del precedente. Véase *supra* nota 30.

Para responder a esta pregunta debo señalar que el enfoque de analogías tiene más defectos que el simple problema de explicar la restricción del precedente. Así como el enfoque directo de reglas no reflejaba adecuadamente la práctica de distinguir, el enfoque original de analogías no hace referencia al importante papel que juegan la *opinión precedente* y la *ratio*. Pero una explicación adecuada del razonamiento basado en precedentes debería tomar en serio este papel, al menos por dos razones: primero, no integrar opiniones y *rationes decidendi* hace que la explicación no sea descriptivamente adecuada. En segundo lugar, es probable que los argumentos presentados en la opinión precedente den lugar a expectativas sobre cómo se tratarán los casos posteriores, expectativas que van más allá de las que podría generar la decisión por sí sola. Si se supone que la doctrina del precedente ejecuta los valores del Estado de Derecho, entonces el método de razonamiento basado en el precedente debería conducir a decisiones que generalmente no defraudan estas expectativas, al menos cuando son razonables.

¿Cómo se pueden integrar *opiniones* y *rationes* en una explicación del razonamiento por precedentes que se basa en un mapeo analógico? Desarrollaré la propuesta de que desempeñan un papel como *descripciones autoritativas* de la fuente análoga, es decir, el precedente. Por lo tanto, le dan al precedente su fuerza constrictiva.

III. Opiniones precedentes como fuentes análogas descritas con autoridad

Cuando razona de acuerdo con el enfoque de analogías, el juez presente está en una posición en la cual trata de evaluar un argumento por analogía, las partes (la fuente, el objetivo y la conclusión) que le han sido proporcionadas en la forma del caso precedente, el caso presente y la decisión en el precedente. El juez presente se informa respecto del caso precedente al leer la opinión. Ésta contiene una descripción detallada del caso precedente que proporciona un énfasis especial en aquellos aspectos que el juez precedente buscaba presentar como cruciales para su decisión.

Aquí, el juez precedente presenta las razones oficiales de su decisión. Eso significa que el precedente no es como la mayoría de las otras fuentes análogas. Por un lado, a través de la descripción de la opinión, el juez precedente proporciona al juez presente una indicación de cómo apareció el caso precedente desde su punto de vista (o al menos desde el punto de vista que quería documentar). Resalta retóricamente aquellos aspectos que consideraba importantes, por ejemplo, mencionándolos a menudo o dándoles un lugar importante en uno de sus argumentos. A veces, también los ordena en categorías claras. En otras ocasiones la categoría a la que pertenecen no será clara, como cuando el hecho de que fue la madre quien presencié la muerte de su hijo en *Dillon v. Legg* se especifica vagamente como una *relación cercana*.⁸⁵ Otros hechos serán omitidos o mencionados de pasada y nunca más serán retomados, recibiendo poca atención, dejando claro que el juez precedente no los consideró importantes. Otros se destacarán como base para contraconsideraciones posibles pero rechazadas.

Sin embargo, que una opinión precedente enfatice algunos de los aspectos del caso precedente no lo es todo. Hay muchos argumentos por analogía que lo hacen, porque al enfatizar ciertos aspectos en la fuente analógica es posible dirigir la atención de la audiencia hacia ellos y aumentar la probabilidad de que intenten mapearlos. Por ejemplo, imagine que tenemos una amiga en común que es profesora de jardín de niños, y yo simplemente intento convencerle de que debemos tomar en serio el daño emocional que sufriría si su pupilo resultara herido:

Cuando los padres son testigos de cualquier tipo de daño a sus hijos, se estresan y se pelean.

Los profesores de jardín de niños son como padres.

Por lo tanto, el bienestar de sus pupilos es de suma importancia para el bienestar emocional de los profesores de jardín de niños.

⁸⁵ *Dillon v. Legg*, 441 P.2d 912 (1968).

Si pensamos en opciones, resulta que funcionan como fuentes análogas que son bastante distintas de otro tipo de fuentes análogas: no sólo describen la fuente análoga, sino que su descripción es *autoritativa*.⁸⁶

Primero, un miembro vigilante de la audiencia al que se le presenta el argumento del profesor de jardín de niños triste puede legítimamente criticar la caracterización de la fuente análoga. Podría sostener que algunos padres son insensibles y se preocupan poco por el bienestar de sus hijos. Ésta sería una posible (aunque no plausible) objeción al argumento. No así con las opiniones precedentes. En la opinión, el juez precedente describe los hechos del caso *autoritativamente*, aquellos hechos que *conforman* el caso precedente, incluso si resulta que las situaciones de la vida real del caso no los contienen después de todo.⁸⁷ También, si un juez escribe que un aspecto pertenece a cierta categoría (si esta categoría es específica o no), entonces, se trata de uno de los aspectos del caso precedente el hecho de que tiene un aspecto que cae en esta categoría. Entonces, la opinión determina *autoritativamente* los aspectos del precedente como una fuente análoga.

En segundo lugar, un miembro de la audiencia del argumento del profesor de jardín de niños triste podría criticarlo negando las conexiones inferenciales que están implícitas en la descripción de la fuente análoga. Por ejemplo, podrían objetar que los padres suelen ser culpados cuando sus hijos sufren algún daño, y eso es lo que los estresa y provoca los conflictos. Entonces, incluso si los profesores de jardín de niños muestran

⁸⁶ Esto también es señalado, por ejemplo, por Horty, *Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁷ Tomemos el famoso caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916). Los hechos descritos en el dictamen escrito por el magistrado Cardozo incluyeron que la rueda de un automóvil fabricado por Buick Motor Company se rompió porque estaba defectuosa, lo que podría haberse descubierto con una inspección razonable. Sin embargo, se ha señalado que, de hecho, había buenas razones para creer que la rueda podría haberse roto por otros motivos. Henderson, Jr., "MacPherson v. Buick Motor Company: simplifying the facts while reshaping the law", en Rabin, Robert y Sugarman, Stephen, (eds.), *Torts Stories*, Nueva York, Foundation Press, 2003. Pero incluso si lo hiciera, eso no cambia el hecho de que el caso responde a una pregunta que involucra el tema de quién tiene el deber de cuidar los *productos defectuosos*.

comportamientos similares, esa no es una razón para pensar que su bienestar emocional depende (directamente) del bienestar de sus pupilos —a ellos simplemente no le gusta que los regañen—. Esto tampoco es posible con las opiniones precedentes. Las opiniones también determinan autoritativamente cuáles aspectos del caso precedente son jurídicamente relevantes para la decisión precedente. Lo hacen porque contienen una descripción de la estructura argumentativa que, según el juez precedente, presenta las razones en virtud de las cuales se tomó la decisión.

Ahora bien, en general se reconoce que los jueces toman malas decisiones y que éstas, no obstante, siguen siendo vinculantes. Levenbook ha traducido esto en la afirmación de que no todas las decisiones precedentes son justificables, pero incluso las decisiones injustificables son autoritativas. Los jueces cometen errores. Podrían pensar que un aspecto de un caso precedente presenta una razón para una decisión cuando en realidad no es así. Entonces, podría ser que la decisión fuera injustificable cuando el juez la tomó. Con este entendimiento de las razones, no es plausible decir que un caso presente debe decidirse siguiendo un caso precedente si las razones que justificaron la decisión precedente también se aplican a él.⁸⁸ Pero mientras que puede ser verdad que una opinión precedente específica no logra manifestar *razones* que en conjunto justifiquen la decisión precedente, a menudo presenta *argumentos* (aunque posiblemente sean malos). Los argumentos *buscan* presentar razones para una conclusión, pero pueden fallar en hacerlo. Estos argumentos citan algunos aspectos en lugar de otros como siendo las bases de la decisión. Al escribir la opinión, el juez *marca* estos aspectos como relevantes para su decisión. Y puesto que nuestro juez opera en un sistema del *common law*, el hecho de que los marque como relevantes también es algo autoritativo. Podemos decir que pone una marca de autoridad sobre ellos para que, de ahora en adelante, los aspectos que *él* presenta como razones para su decisión sean ahora jurídicamente relevantes para la

⁸⁸ Levenbook pone gran énfasis en este punto. Levenbook, Barbara B., "The meaning of a precedent", *Legal Theory*, vol. 6, 2000.

autoridad judicial.⁸⁹ Lo mismo ocurre con aquellos aspectos que el juez describe como fundamentos de los argumentos *en contra* de su decisión y que pensó superados o derrotados por los argumentos a su favor. Como señala Lamond, las consideraciones basadas en estos aspectos ahora se *determinan autoritativamente* como demasiado débiles para pesar más que los argumentos para la decisión. Por lo tanto, hay dos preguntas críticas que son útiles para evaluar los argumentos normales por analogía, pero que están excluidas en los precedentes: la pregunta de si la fuente análoga se describe correctamente y la pregunta acerca de si las propiedades que la descripción de la fuente análoga presenta como relevantes verdaderamente son relevantes.⁹⁰

Estas determinaciones autoritativas afectan significativamente a la restricción de propósito del argumento analógico en el razonamiento por precedentes. Ya señalé que el juez presente está evaluando un argumento con la conclusión de que los dos casos son iguales en los *aspectos jurídicamente relevantes*. Por lo tanto, la restricción de propósito, con respecto a ese argumento requiere que se mapeen los aspectos jurídicamente relevantes en la fuente análoga, es decir, el caso precedente. Y esos son los que autoritativamente han sido determinados como tales. Entonces, la restricción de propósito en el razonamiento basado en guías precedentes intentó mapeos a partir de estos aspectos al caso presente. El éxito de los mapeos se juzga de acuerdo con las otras dos restricciones. Si se pueden encontrar aspectos correspondientes, el juez ha encontrado una similitud que es jurídicamente relevante, y lo es porque contiene, como un corresponsal, un aspecto que fue señalado así autoritativamente por el juez precedente. Por lo tanto, la pregunta de qué similitudes son jurídicamente relevantes puede responderse en el enfoque de analogía modificado del razonamiento por precedentes.

⁸⁹ Pienso que se trata de una de las ideas centrales de Lamond, Grant, *op. cit.*

⁹⁰ Creo que hablar de *cuestiones críticas* que están excluidas de la consideración en el razonamiento por precedentes es otra forma —posiblemente ilustrativa— de expresar la idea de Lamond de que los jueces posteriores deben tratar a los precedentes como si fueran decididos correctamente: si el juez precedente obtuvo correctamente la descripción o evaluación del caso precedente, simplemente no debe ser cuestionado porque no hay objeciones utilizables en esa dirección.

Ahora bien, si el juez está sinceramente interesado en determinar si el precedente proporciona una razón por seguir, tratará de elegir a los corresponsales que hagan los mejores mapeos porque eso le permitirá ver el caso más sólido que pueda entender para seguirlo. En general, el intento de evaluar el argumento analógico por medio del precedente lleva al juez a realizar el mapeo más exitoso que pueda lograr del caso precedente y del caso presente.

La *ratio* juega un papel importante aquí, por muy bien descrita que esté. Aquellos aspectos que pueden ser identificados como perteneciendo a la *ratio*, por ejemplo, porque son presentados como una parte integral del argumento, son de lo más importantes para el éxito del mapeo. Para estos aspectos, el juez *debe* ser capaz de encontrar una correspondencia exitosa en el caso presente de acuerdo con las restricciones superficiales y estructurales. Las opiniones de las determinaciones son autoritativas; por lo tanto, la manera en que caracterice los aspectos precedentes determinará si esas restricciones pueden cumplirse, incluso si las caracterizaciones son vagas. Por ejemplo, el aspecto de la relación cercana en *Dillon v. Legg*. Aquí, la restricción superficial aplica para la relación: ambas partes de la correspondencia deben encuadrar en la categoría "relación cercana". Las restricciones estructurales aplican para los rellenos de la relación a través de los casos.

Si no se puede lograr un mapeo con respecto a una parte de la *ratio*, entonces el argumento en favor de la igualdad jurídica falla: los casos no son similares en las formas jurídicamente relevantes. De lo contrario, el mapeo es exitoso. Entonces los dos casos son similares en una forma jurídicamente relevante y la existencia del precedente es una razón autoritativa por seguir. Por supuesto, no necesariamente es una razón vinculante: la distinción es posible, tal como ocurría con el enfoque de reglas.

Nótese que la opinión no necesita proporcionar una regla que guíe el mapeo de esta forma. Tampoco necesita el juez determinar tal regla al rellenar en donde falta la información en una opinión vaga. En cambio, el

juez utiliza cualquier información que sea proporcionada como guía para sus propios mapeos. Simplemente, elige esos aspectos para el caso presente que le parece que permiten el mapeo más exitoso para los aspectos en el caso precedente. Esto no es una forma de negar que el razonamiento analógico por precedentes involucre un razonamiento de primer orden. Cuando la opinión es vaga, el propio razonamiento de primer orden ayuda a determinar si el juez considera que un mapeo es exitoso. Por ejemplo, la especificación "relación cercana" puede llevarle a reconocer que el *mejor* mapeo para el aspecto "padre" disponible en el caso presente es el aspecto de que "profesor de jardín de niños" y "padre" son similares para contar. Para esto tendrá que considerar todas las formas en que el mapeo es exitoso (aspectos referentes a las emisiones pueden ser mapeados) y en las que falla (aspectos referentes a la biología no pueden ser mapeados).

Respecto a las partes vagas de las opiniones, el enfoque de analogías involucra razonamiento de primer orden, justo como el enfoque de reglas. No obstante, cuando la opinión *sí* proporciona una categoría definida, el enfoque de analogías excluye la discreción, justo como en el enfoque de reglas. Esto es así porque cuando una categoría definitiva es proporcionada, hay un mapeo exitoso cuandoquiera que un aspecto en el caso presente encuadra en esta categoría simplemente porque la restricción superficial es máximamente satisfecha. En este caso, la opinión ha dejado en claro que lo relevante es *encuadrar en esta categoría*. Por lo tanto, la opinión proporciona al juez exactamente tanta o tan poca orientación cuando razona analógicamente como cuando trata de determinar una regla.

Recordemos también que un juez que razona de acuerdo con el enfoque de reglas debe asegurarse de que la regla que elija encaje con el derecho que la rodea. En esta línea, un juez no puede afirmar que un mapeo es exitoso o no si existen partes del derecho circundante que prohíben tratar los aspectos respectivos en el precedente y en el caso presente como iguales o diferentes (como podría hacerlo una ley contra la discriminación, por ejemplificar).

Al integrar de esta manera *opiniones* y *rationes* en el enfoque de analogías del razonamiento por precedentes, hemos matado dos pájaros de un tiro: el enfoque de analogías es ahora descriptivamente más satisfactorio de lo que era antes de ser enmendado. Además, el enfoque de analogías ahora puede explicar cómo los precedentes sirven para limitar la toma de decisiones judiciales. La determinación autoritativa del caso precedente en el dictamen es lo que constriñe al juez. A diferencia de los argumentadores, que pueden elegir su descripción de la fuente análoga para influir en el éxito del mapeo, el juez presente debe tomar la descripción de su fuente análoga del juez precedente. La opinión determina qué aspectos del caso precedente deben mapearse con éxito para que el mapeo completo de los dos casos sea exitoso.

Para representar la importancia de la opinión y de la *ratio*, el esquema argumental para el enfoque de analogías en el razonamiento por precedentes debe ser enmendado de la manera siguiente:

Argumento

El caso precedente A, *como es presentado en la opinión precedente*, y el caso presente B, son similares.

Por lo tanto, el caso precedente A y el caso precedente B son jurídicamente iguales.

Cuandoquiera que un caso presente B sea jurídicamente el mismo que un caso precedente A, A debe ser seguido en B.

El caso precedente *a* y el caso presente B son jurídicamente iguales.

Por lo tanto, A debe ser seguido en B.

Cuestionamientos

¿A y B son similares en un sentido jurídicamente relevante?

¿Se puede hacer un mapeo exitoso a un aspecto del caso presente para cada aspecto del caso precedente que la opinión destaca lo suficiente como para indicar que es parte de la *ratio* en la opinión?

¿El derecho circundante permite que el caso presente y el caso precedente sean mapeados de manera exitosa?

F. Enfoque de reglas y enfoque de analogías en comparación

Los dos enfoques parecen ahora mucho más similares de lo que lo eran antes de ser enmendados. En su forma original, cada uno era el objeto de objeciones diferentes, pero igualmente importantes: se decía que el enfoque de reglas no es descriptivamente atractivo porque no integra la práctica de la distinción o el hecho de que, a menudo, las opiniones no proporcionan reglas precisas. El enfoque de analogías fue criticado porque no era capaz de explicar la restricción precedente. Además, no refleja la importancia de las opiniones y las *rationes*. Los enfoques enmendados responden a estas objeciones. Los dos enfoques muestran al razonamiento por precedentes involucrando un grado de discreción por parte del juez; un espacio en el que el razonamiento de primer orden del juez juega un papel. En cada enfoque la discreción es restringida por la información proporcionada en la opinión y en el derecho que la rodea. Parece que, respecto de estos estándares de éxito, las dos posturas deberían ser juzgadas igualmente como óptimas. ¿Pero esto puede verdaderamente ser así?

Creo que no es absurdo decir que, en efecto, puede ser. En la vida cotidiana, a menudo y con soltura, nos involucramos tanto en el mapeo analógico *como* en la identificación y aplicación de reglas. Bien puede ser que algunos jueces razonen por precedentes de una manera y otros de otra, o que el mismo juez emplee una forma de razonar para un caso y otra forma para otro. Creo que también es posible que el mismo juez utilice ambos procesos para decidir un mismo caso. Una versión de este enfoque mixto podría ser que un juez primero realice un mapeo analógico entre

el caso precedente y el caso presente. Después de eso, el juez formula una regla que encajaría en ambos casos, antes de evaluarla y proceder sobre la base de esta evaluación.⁹¹ Creo que cualquiera de estas posibilidades —razonando de acuerdo con un enfoque puro de reglas, un enfoque puro de analogías, o alguna mezcla entre ellos— podría usarse para tomar una decisión a través del razonamiento por precedentes. Descriptivamente, lo más probable es que todos se utilicen algunas veces. Normativamente, este resultado también parece ser aceptable. Después de todo, cada uno de estos modos de razonamiento otorga a un caso precedente el poder de restringir las decisiones judiciales.

Ahora, podría parecer que la diferencia entre el enfoque de analogías enmendado y el enfoque de reglas enmendado es tan pequeña que sería insignificante. ¿En qué se diferencia el enfoque de analogías enmendado de un enfoque como el de Lamond, Harty, Bench-Capon y Rigoni (mezclado con la sugerencia de Shecaira de permitir que los jueces elijan la mejor regla anulable entre aquellas consistentes con la opinión precedente)? ¿Es en realidad solamente que en el razonamiento analógico los aspectos relevantes del caso presente se seleccionan en el proceso de mapeo, mientras que en el razonamiento basado en reglas se seleccionan en el proceso de tratar de ajustarlo a la regla? De hecho, en verdad subsiste más en la distinción entre los dos enfoques.

Recordemos la diferencia entre las estructuras básicas de los dos enfoques. La del enfoque de reglas es la de elegir aspectos categorizados del antecedente de una regla a partir del precedente, aspectos que *luego* son aplicados al caso presente. La estructura básica del enfoque de analogías consiste en la interacción entre los dos casos en la mente del razonador a través del mapeo. En la siguiente sección explicaré dos formas en las que esto se traduce en importantes diferencias entre los efectos que el razonamiento con el enfoque de analogías y el razonamiento con el enfoque de reglas tienen sobre el razonador, y trataré de argumentar que estas diferencias se traducen en ventajas para el enfoque de analogías.

⁹¹ Considero que esto es lo que tenía en mente Brewer, Scott, *op. cit.*

Son ventajas porque, como ya debería ser evidente, no es posible excluir el razonamiento de primer orden del razonamiento por precedentes a la vez que se mantiene la precisión descriptiva. Esto no significa que la restricción precedente sea ilusoria o que carezca de importancia. Mientras más clara y específica sea la *ratio* de una opinión, más restringido se encontrará el juez. Sin embargo, esto *sí* significa que cuando los jueces emplean el razonamiento de primer orden, deberíamos preocuparnos por asegurarnos de que su decisión final se base en tantas consideraciones relevantes como sea posible. Digo esto porque es mucho más sencillo ceder a los propios sesgos y prejuicios si uno no toma siquiera en consideración el otro lado.⁹² Una buena decisión se basa en los argumentos de ambos lados que son más convincentes para el razonador. Por lo tanto, es una ventaja para un enfoque del razonamiento basado en precedentes si fomenta un uso más equilibrado del razonamiento de primer orden. Sostengo que el razonamiento analógico puede ayudar a los jueces a asegurarse de que presten atención a formas de entender el precedente y el caso presente que son diferentes de sus primeras impresiones intuitivas de los casos. Puede hacerlo debido a cómo difiere del razonamiento basado en reglas.

I. Una primera diferencia y ventaja: futuros posibles

Los argumentos por analogía son utilizados no sólo debido a su propio poder justificativo, sino también debido a su *fuera retórica*. Las analogías son retóricamente efectivas porque alientan a aquellos que tratan de entenderlas a reestructurar su comprensión de los análogos de manera que los hagan parecer más semejantes.⁹³ El mero intento de entender

⁹² La evidencia de que el intento de presentar argumentos en contra de la propia posición inicial conduce a la eliminación del sesgo y a un juicio más equilibrado se puede encontrar, por ejemplo, en Zenker, Frank, "Know thy Biases! Bringing argumentative virtue to the classroom", en *OSSA Conference Archive*, 2013, p. 191.

⁹³ Véase, por ejemplo, Holyoak y Thagard, "Analogical mapping by constraint satisfaction", *op. cit.*, p. 101. La afirmación de que la fuente y el objetivo interactúan en la mente del razonador, formando nuevos entendimientos, también se ha realizado sobre las metáforas (que están estrechamente relacionadas con las analogías) por Black, Max, *Models and Metaphors*, Nueva York, Cornell University Press, 1962, cap. 3.

una analogía presta cierta plausibilidad a la analogía a la luz del razonador. Por qué esto es así se puede explicar más fácilmente utilizando el concepto retórico de *presencia*.⁹⁴

Existen muchos aspectos en cualquier tema. Por ejemplo, hay muchas cosas que se pueden decir sobre los profesores de jardín de niños. No obstante, si les pido que piensen en ellos habrá algunas cosas que les vendrán a la mente más fácilmente que otras. Primero se puede pensar en el hecho de que cuidan a los niños. Cualquier cosa que le venga a la mente primero es lo que tiene más *presencia* en su mente. Los aspectos de los profesores de jardín de niños que tengan más presencia en su mente, influenciarán ampliamente en su impresión acerca del tipo de persona que es un profesor de jardín de niños —un cuidador cariñoso, un profesional, un trabajador crónicamente mal pagado y probablemente explotado—. A usted le será más fácil razonar con aquellos aspectos de un tema que tienen mucha presencia en su mente que con aspectos que, para usted, flotan en un segundo plano. Por lo tanto, es más fácil para usted comprender y aceptar un argumento cuyas premisas juegan con aquellos aspectos que ya están presentes para usted. Cuando usted realiza un mapeo analógico para entender el argumento del profesor de jardín de niños triste, esto influye (temporalmente) en la presencia que ciertos aspectos respecto de los padres y los profesores tienen en su mente: usted presta atención a aquellos aspectos que le guían a mapear según la restricción de propósito. Como resultado, usted llega a pensar en los profesores de jardín de niños y en los padres de manera diferente. Las formas en que son significativamente similares para el argumento pasan a primer plano. El argumento por analogía lo ha llevado a *considerar* que los profesores de jardín de niños son similares a los padres con respecto a sus reacciones emocionales hacia el bienestar de los infantes a su cargo. Usted se concentra en esas

⁹⁴ Para discusiones acerca de presencia, véase Perelman, Cahim y Olbrechts-Tyteca, Lucy, *The New Rhetoric*, South Bend (IN), University of Notre Dame Press, 1969, p. 116 y ss.; Perelman, Cahim y Olbrechts-Tyteca, Lucy, *The Real of Rhetoric*, South Bend (IN), University of Notre Dame Press, 1982, pp. 35 y ss.; Tindale, Christopher, *The Philosophy of Argument and Audience Reception*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, cap. 10.

reacciones en lugar de, por ejemplo, en el hecho de que a los profesores se les paga por hacer su trabajo. Los profesores y los padres ahora tienen una similitud a la que quizás usted nunca haya prestado atención. Por este motivo los argumentos por analogía son herramientas retóricas tan persuasivas. Los argumentos por analogía logran que usted quiera entenderlos, y entenderlos hace que usted construya una comprensión del objetivo y la fuente como similares que también incorpora la conclusión como plausible.⁹⁵ Cuando usted evalúa tal argumento, también evalúa la adecuación de la comprensión de los análogos que este argumento lo incita a adoptar. El truco es que esta comprensión ha sido construida por usted bajo la restricción del propósito y, por lo tanto, es una comprensión plausible para usted.

Existen algunas diferencias importantes entre el razonamiento normal por analogías y el razonamiento analógico por precedentes. Lo que permanece igual, no obstante, es el efecto retórico que el buscar mapear las dos categorías en conjunto posee sobre el entendimiento que el juez tiene de ellas. En el razonamiento analógico por precedentes, el juez presente puede usar este efecto para construir y evaluar una comprensión del caso presente que lo haga tan plausible y posible como similar al caso precedente en una forma jurídicamente relevante. Esto le permite ver la versión más persuasiva de cómo el caso presente debe ser entendido si decide seguirlo. Al tratar de comprender cómo se pueden mapear los dos casos, construye la visión del caso presente que es más probable que le convenza de que el caso presente es como el caso precedente, simplemente porque esta visión es el resultado de su intento de cumplir con la restricción de propósito y, por lo tanto, suministra presencia a los mapeos exitosos entre los casos.

⁹⁵ Lilian Bermejo-Luque formula este punto de manera especialmente hermosa: "Por ejemplo, al manifestar que el tiempo es dinero, transmitimos la idea de que el tiempo es dinero en algún sentido relevante; sentido que, por otra parte, no se ha explicitado. Lo que transmitimos no es mera información, sino una propuesta cognitiva de ver al tiempo como dinero de cierta manera, es decir, la forma en que la comparación es relevante. En la medida en que el destinatario comprenda perfectamente la analogía..., el destinatario estará pensando en el tiempo como dinero... Es por eso que comprender una analogía es, al final, caer, al menos un poco, bajo su hechizo retórico". Bermejo-Luque, Lilian, "A unitary schema for arguments by analogy", *Informal Logic*, vol. 32, 2012, p. 8.

Curiosamente, este proceso de considerar cómo los dos casos podrían ser similares también muestra al juez cómo debe entenderse el *caso precedente* si se desea que el mapeo se considere exitoso. El juez está limitado en su comprensión del caso precedente por la forma en que la opinión lo describe. Pero cuando la opinión es vaga, su intento de mapear los dos casos en conjunto le llevará a construir una comprensión del caso precedente para que se ajuste al caso presente. Tomemos un caso en el que la mejor correspondencia para la "relación cercana" en *Dillon v. Legg* es la relación entre un profesor de jardín de niños y su pupilo. Entonces, el mapeo puede considerarse exitoso solamente si la "relación cercana" se interpreta ampliamente y no se limita a las relaciones sanguíneas. Entonces, si el juez dice que *Dillon v. Legg* debe seguirse en el caso presente, debe comprometerse a leer "relación cercana" como una categoría al menos así de amplia. Cuanto más vaga sea la opinión precedente, más fuerte será este efecto, porque se aplicará a muchos aspectos del caso precedente. Al realizar un mapeo analógico entre los dos casos, el juez llega a los *dos*, al caso precedente y al caso presente, *de la manera en que deben ser entendidos* si decide seguirlo. También ve cuál comprensión de los dos casos debe rechazar si decide no seguir el caso pasado. Si esta comprensión es significativamente distinta de cómo entendió ambos casos a primera vista, diferencias atraerán su atención. Si reconoce que seguir en un caso presente requeriría un cambio en la forma en que entiende el precedente, entonces también reconoce que su decisión en cualquier sentido influirá en lo que representará ese precedente en el futuro. El mapeo del caso precedente y el caso presente podría ser consistente con la opinión precedente y el derecho circundante. Ahora el juez ve que, por ejemplo, el punto de vista de la parte que planteó el precedente no es absurdo, que hay una manera de verlo como aplicable. Entonces, el hecho de que hace justicia al presente caso pesará como un argumento para cambiar su comprensión del precedente. El juez concluye que los dos casos son relevantemente similares, incluso si el caso presente *no* es relevantemente similar al caso precedente como *lo entendió el juez original*. Sin mapear, el juez puede no llegar a darse cuenta de esto.

El mapeo analógico dirige la atención del juez en maneras de entender el precedente que podría no haber considerado si no hubiera tratado lo mejor posible de mapearlo con el caso presente. Por lo tanto, la fuerza retórica del precedente genera una ventaja, permitiendo al juez realizar una decisión más balanceada al basarse en más consideraciones. Este beneficio puede no encontrarse disponible si el juez razona de conformidad con el enfoque de reglas. En éste el juez elige una regla al considerar solamente al precedente y cómo él considera que puede ser considerado como una buena norma jurídica. Es posible que el juez no considere siquiera otras maneras de entender el precedente que lleven a decisiones diversas. El juez se concentra en el caso precedente y en las razones normativas que cree relevantes para determinar la regla conectada con éste. Solamente cuando la regla ha sido elegida es que el caso presente entra en la imagen, y para entonces se cierra la cuestión de cómo debería ser entendido el precedente. El enfoque de analogías dirige la atención de juez hacia la manera en que su decisión de seguir o rechazar el precedente puede influenciar el desarrollo del *common law*.

II. La segunda diferencia y ventaja: distinguir y las diferencias relevantes

Hasta ahora, no he dedicado mucho tiempo a discutir el razonamiento involucrado en decidir si distinguir o no. Mencioné que un enfoque de reglas *completamente puro* requeriría que el juez realice una lista de categorías que contengan todas las propiedades del caso precedente que son la base de las razones excluidas contra la decisión precedente. Entonces, el caso presente podría distinguirse solamente con base en razones que citan propiedades que *no* están en esa lista. Esta lectura del enfoque de reglas sería consistente con lo que dice Lamond sobre distinguir, a saber, que cualquier razón basada en un hecho ya presente en el caso precedente está excluida de la consideración cuando se trata de distinguir. Sin embargo, debería ser fácil ver que el enfoque de analogías también puede acomodar este aspecto porque sólo permite distinguir con base en las *diferencias* relevantes entre el precedente y el caso presente.

Todo esto se trata de lo que *no puede* ser motivo de distinción. Pero ¿cuál es una razón para distinguir? Ésta es una pregunta importante porque la injusticia cometida por seguir erróneamente un caso pasado es tan grande como la injusticia cometida por distinguir erróneamente uno presente. Como señala Rigoni, siempre hay algunas diferencias entre dos casos, pero éstas sólo pueden justificar la distinción si el hecho que constituye la diferencia proporciona una *razón en contra de la decisión que resultaría de seguir el precedente*.⁹⁶ Se podría escribir todo un artículo acerca de la cuestión de cuándo la decisión de distinguir puede ser considerada justificada en el enfoque de analogías, pero el espacio me permite decir poco. Lo que puede ser obvio es que cuando el juez conozca por primera vez el caso presente, éste tendrá ciertos aspectos que advierte como pertinentes o que el abogado de una de las partes señala como pertinentes. Cualquiera de estos aspectos que no esté incluido en el mapeo de los dos casos amerita especial atención. Si es base para formular razones en contra de seguir la decisión precedente, entonces es una posible base para distinguir. Éste es el motivo por el que tendría poco sentido que un juez mapeara analógicamente sólo aquellos aspectos del caso precedente en el caso presente que la opinión claramente marca como parte de la *ratio*. Todos los aspectos del caso presente que puedan ser incluidos con éxito en el mapeo son similitudes entre el caso presente y el caso precedente que son relevantes *al menos* en la medida en que todos los aspectos mapeados con éxito no pueden ser la base de diferencias relevantes.

Además, el mapeo analógico puede llamar la atención sobre diferencias relevantes que podrían no ser obvias inicialmente. Los científicos cognitivos han descubierto que es más fácil ver las diferencias entre análogos que tienen una estructura general común que entre aquellos cuyas estructuras no han sido mapeadas.⁹⁷ Esto tiene sentido desde un punto de vista retórico, porque el proceso de mapeo hace que los aspectos

⁹⁶ Rigoni, Adam, "Common-law judicial reasoning and analogy", *op. cit.*, p. 153.

⁹⁷ Genter, Dredre y Makrman, Arthur, "Structural alignment in comparison: no difference without similarity", *Psychological Science*, vol. 5, 1994. Véase también Holyoak, Keith, "Analogy and relational reasoning", *op. cit.*, p. 246.

mapeados estén más presentes para el razonador, facilitando su inclusión en razonamientos posteriores. Al influir en cómo se encuentran presentes los aspectos, el proceso de mapeo analógico conduce no sólo al reconocimiento de similitudes, sino también al de diferencias. En cierto sentido, esto ya estaba implícito en lo que dije antes: la restricción de propósito podría conducir al intento de mapear un hecho que claramente es parte de la razón y este mapeo podría fallar. Sin embargo, existe otra forma en la que el mapeo puede ayudar con el reconocimiento de las diferencias, esta vez diferencias relevantes que conducen a la distinción. Tomemos nuevamente el ejemplo de *MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp.*⁹⁸ Recuérdese que el dictamen dio una clara formulación reglamentaria: el deber de advertir al consumidor no se aplica si un intermediario competente ha sido informado del riesgo. El tribunal citó el caso de *McEwen v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, según el cual, tanto los médicos que recetan como los que tratan cuentan como tales intermediarios.⁹⁹ Esto podría haber sido el final de la decisión.

Sin embargo, de acuerdo con el enfoque de analogías, incluso una formulación similar a una regla se utiliza como guía para un mapeo, en lugar de sólo para una aplicación de las categorías. Y un mapeo más detallado entre el médico de *MacDonald* y el médico de *McEwen* revela la diferencia relevante entre los dos casos. En *McEwen*, el tribunal trató tanto a los médicos que realizan las prescripciones como a los médicos tratantes como intermediarios competentes. Una de las razones, mencionó, era que el médico tratante podría ver cómo reaccionaría el paciente a la medicación a largo plazo y determinar si debería dejar de tomarla. El tribunal decidió distinguir en *MacDonald*. Lo hizo porque la paciente decide con relativa autonomía cuándo tomar anticonceptivos. Es plausible que el intento de mapear una relación médico-paciente de control de la natalidad en la relación entre paciente y médico, como se describe en *McEwen*, podría haber hecho evidente esta diferencia.

⁹⁸ *MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 475 N.E.2d 65 (1985).

⁹⁹ *McEwen v. Ortho Pharm. Corp.*, 528 P.2d 522 (1974).

El mapeo fue exitoso en lo que respecta a la *categoría* que el tribunal había establecido (debe haber un médico que esté advertido), por lo que hubo una similitud relevante simplemente porque la restricción superficial se cumplió al máximo. Pero el mapeo también dio presencia al papel de los médicos y, por lo tanto, a la diferencia entre estos aspectos en los dos casos. Por supuesto, el hecho de que una usuaria de píldoras anticonceptivas sea más autónoma que los usuarios de otros medicamentos recetados, podría haberlo notado también un juez que razonó de acuerdo con el enfoque de reglas. No pretendo afirmar que haya fundamentos para distinguir que *sólo* pueden notarse a través del mapeo analógico. Lo que afirmo es que el mapeo analógico es más prometedor cuando se trata de *dirigir la atención* sobre las diferencias que están debajo de las similitudes relevantes y que pueden justificar la distinción. El éxito de un mapeo es juzgado por el grado con el que cumple también con las *restricciones estructurales* y con las superficiales. Determinar si las restricciones estructurales pueden ser cumplimentadas exige que el juez explore en detalle si las relaciones del atributo mapeado también pueden ser mapeadas, y sus rellenos, etc. El enfoque de reglas no exige tanto detalle; de acuerdo con este enfoque, el juez construye una categoría y determina si ésta puede ser aplicada al caso presente. Si puede hacerlo, entonces es un éxito.

G. Conclusión

Tanto el enfoque de reglas como el enfoque de analogías en el razonamiento por precedentes pueden ser enmendados para lidiar con las objeciones más prominentes en la literatura. Entonces pueden ser útiles para describir el proceso de razonamiento por medio del cual un juez determina si la existencia de un precedente constituye una razón autoritativa y vinculante por seguir en un caso presente. Contrariamente a lo que han afirmado otros autores, la capacidad de dar cuenta de la práctica de distinguir o del fenómeno de la restricción de los precedentes no es lo que decidirá entre los dos enfoques. Sin embargo, sí creo que la integración del mapeo analógico en el razonamiento por precedentes

involucra importantes ventajas que se pierden en el razonamiento según el enfoque puro de reglas. Específicamente, el mapeo analógico tiene el beneficio de dirigir la atención del juez hacia las formas más plausibles en las que puede comprender el precedente para que se aplique al caso presente. También puede llamar la atención sobre las diferencias entre los casos en que podrían subyacer a similitudes relevantes. Esto hace que sea más fácil para el juez llegar a una decisión más equilibrada.

Bibliografía

Alexander, Larry, "Constrained by precedent", *South California Law Review*, vol. 63, 1989.

Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Antonelli, Aldo G., "Non-monotonic Logic", *The Stanford Encyclopedia*, 2021. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/logic-nonmonotonic/>.

Bermejo-Luque, Lilian, "A unitary schema for arguments by analogy", *Informal Logic*, vol. 32, 2012.

Black, Max, *Models and Metaphors*, Nueva York, Cornell University Press, 1962.

Bower, G. H. (ed.), *The Psychology of Learning and Motivation*, Nueva York, Elsevier, 1985.

Brewer, Scott, "Exemplary reasoning: semantics, pragmatics and the rational force of legal argument by analogy", *Harvard Law Review*, vol. 109, No. 5, 1996.

Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1986.

Edin, Douglas (ed.), *Common Law Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, Brentano's, Inc., 1949.

Genter, Dedre, "Structure mapping. A theoretical framework for analogy", *Cognitive Science*, vol. 7, 1983.

Genter, Derdre y Makrman, Arthur, "Structural alignment in comparison: no difference without similarity", *Psychological Science*, vol. 5, 1994.

Golding, Martin y Edmundson, William (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing, 2005.

Henderson, Jr., "MacPherson v. Buick Motor Company: simplifying the facts while reshaping the law", en Rabin, Robert y Sugarman, Stephen, (eds.), *Torts Stories*, Nueva York, Foundation Press, 2003.

Himma, Kenneth, Jovanovic, Miodrag y Spaic, Bojan (eds.), *Unpacking Normativity: Conceptual and Descriptive Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2018.

Holyoak, Keith, "The pragmatics of analogical transfer", en Bower, G. H. (ed.), *The Psychology of Learning and Motivation*, Nueva York, Elsevier, 1985.

Holyoak, Keith, "Analogy and relational reasoning", en Holyoak, Keith y Morrison, R. G., (eds.), *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Holyoak, Keith y Thagard, Paul, "Analogical mapping by constraint satisfaction", *Cognitive Science*, vol. 13, 1989.

Holyoak, Keith y Thagard, Paul, *Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*, Cambridge (MA), MIT Press, 1995.

Holyoak, Keith, "Analogy and relational reasoning", en Holyoak, Keith y Morrison, R. G., (eds.), *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

Holyoak, Keith y Morrison, R. G., (eds.), *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Horty, John, "Rules and reasons in the theory of precedent", *Legal Theory*, vol. 17, 2011.

Horty, John y Bench-Capon, Trevor, "Factor-based definition of precedent constraint", *Artificial Intelligence & Law.*, vol. 20, 2012.

Hunter, Dan, "Reason is too large: analogy and precedent in law", *Emory Law Journal*, vol. 50, 2001.

Juthe, Andre, "Argument by analog", *Argumentation*, vol. 19, 2005.

Klein, David y Mitchell, Gregory, *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Lamond, Grant, "Do precedents create rules?", *Legal Theory*, vol. 11, 2005.

Leiter, Brian, "American legal realism", en Golding, Martin y Edmundson, William (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing, 2005.

Levenbook, Barbara B., "The meaning of a precedent", *Legal Theory*, vol. 6, 2000.

Levi, Edward, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, Chicago University Press, 1949.

Llewellyn, Karl, "Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed", *Vanderbilt Law Review*, vol. 3, 1950.

Llewellyn, Karl, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, Nueva York, Oceana Publications, 1960.

MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Perelman, Cahim y Olbrechts-Tyteca, Lucy, *The New Rhetoric*, South Bend (IN), University of Notre Dame Press, 1969.

Perelman, Cahim y Olbrechts-Tyteca, Lucy, *The Real of Rhetoric*, South Bend (IN), University of Notre Dame Press, 1982.

Pollock, John L., *Knowledge and Justification*, Nueva York, Princeton Legacy Library, 1974.

Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1993.

Posner, Richard, "Reasoning by analogy", *Cornell Law Review*, vol. 91, 2006.

Postema, Gerald, "A *similibus ad simila*: analogical thinking in the law", en Edin, Douglas (ed.), *Common Law Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Rabin, Robert y Sugarman, Stephen, (eds.), *Torts Stories*, Nueva York, Foundation Press, 2003.

- Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- Raz, Joseph, "Authority, law and morality", *The Monist*, vol. 68, 1985.
- Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- Rigoni, Adam, "Common-law judicial reasoning and analogy", *Legal Theory*, vol. 20, 2014.
- Rigoni, Adam, "An improved factor based approach to precedential constraint", *Artificial Intelligence & Law*, vol. 23, 2015.
- Schauer, Frederick, "Precedente", *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987.
- Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- Schauer, Frederick, "Do cases make bad law?", *University of Chicago Law Review*, vol. 73, 2006.
- Schauer, Frederick, *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2009.
- Schauer, Frederick, "Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy", *Perspectives on Psychological Science*, vol. 3, 2018.
- Schecaira, Fabio, "Analogical arguments in ethics and law: a defense of deductivism", *Informal Logic*, vol. 33, 2013.
- Sperber, Dan y Wilson, Deirdre, *Relevance: Communication and Cognition*, Nueva Jersey, Wiley-Blackwell, 1986.
- Stevens, Katharina, "The constraining force of analogies and the role of the judge", en Himma, Kenneth, Jovanovic, Miodrag y Spaic,

Bojan (eds.), *Unpacking Normativity: Conceptual and Descriptive Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2018.

Stevens, Katharina, "Setting precedents without making norms?", *Law and Philosophy*, vol. 39, 2020.

Stone, Julius, "The ratio of the ratio decidendi", *Modern Law Review*, vol. 22, 1959.

Tindale, Christopher, *The Philosophy of Argument and Audience Reception*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Waldron, Jeremy, "Stare decisis and the rule of law: a layered approach", *Michigan Law Review*, vol. 111, 2012.

Walton, Douglas, *Argumentation Schemes for Presumptive Reasoning*, Londres, Routledge, 1996.

Weinreb, Lloyd, *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Zenker, Frank, "Know thy biases! Bringing argumentative virtue to the classroom", en *OSSA Conference Archive*, 2013.

Precedente y analogía*

Giovanni Tuzet**

* Traducido al español por Natalia Scavuzzo.
** Bocconi University.

SUMARIO: A. Introducción; B. Sobre la analogía; I. Analogía y decisiones judiciales; II. La analogía como inferencia compleja; C. Sobre el precedente; D. Conclusión.

*Undoubtedly philosophers are in the right when they tell us
nothing is great or little otherwise than by comparison.*

Swift, *Gulliver's Travels*

A. Introducción

En este trabajo sostengo que, a pesar de sus similitudes y del hecho de que generalmente se encuentran juntos, el precedente y la analogía son argumentos jurídicos diferentes.

No trataré el tema de la validez jurídica de los precedentes, ni el de su fuerza vinculante, ni el de su eficacia persuasiva. Éstas son cuestiones que la literatura ha explorado en gran medida cuando se ha discutido qué entendemos por "precedente", "*holding*", "*ratio decidendi*" y "*obiter dicta*".¹ Frecuentemente estos términos tienen ciertos grados de molestia

¹ Véanse, entre otros, Stone, Julius, *Precedent and Law. Dynamics of Common Law Growth*, Sydney, Butterworths, 1985; Goldstein, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987; MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents*, Aldershot, Ashgate, 1997; Chiassoni, Pierluigi, "Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto", en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2004*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 75-101; Chiassoni, Pierluigi, *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, Cham, Springer, 2019; Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez, Carmen, *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016, parte II. Véase también (enfocado en la Suprema Corte mexicana) Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui,

indeterminación, pero los filósofos y teóricos del derecho poseen herramientas analíticas para hacerlos más precisos.

Aquí, me ocuparé de la estructura del argumento del precedente y de la estructura del argumento de la analogía. Permítanme comenzar considerando dos afirmaciones que parecen capturar su lógica jurídica:

(P) Aplicar un precedente consiste en decidir el caso *B* (el caso presente) del mismo modo y por las mismas razones que el caso *A* (el precedente).

(A) Razonar por analogía consiste en tratar del mismo modo casos similares (analogía en sentido propio) y casos diferentes de modo diferente (desanalogía); es decir, suponiendo que el caso *B* es significativamente similar al caso *A*, *B* debe tratarse como *A*.

Las afirmaciones (P) y (A) parecen ser explicaciones aceptables de los argumentos a los que se refieren. Por un lado, capturan la lógica esencial de aplicar un precedente y de razonar por analogía, y muestran cuán notablemente cerca ambos se encuentran: el caso *B* debe ser tratado como *A*, porque se aplican las mismas razones o porque son casos similares. Por el otro lado, las dos afirmaciones nos permiten ver que sus diferencias son más que meramente verbales: la *igualdad* de razones que aparecen en (P) no puede equipararse con la *similitud* de los aspectos de los que trata (A).

Por lo tanto, no es sorprendente que los estudiosos difieran en las formas en que comparan el precedente y la analogía como técnicas de argumentación jurídica y de toma de decisiones judiciales. Algunos entienden que identificar precedentes aplicables es básicamente una cuestión de ver similitudes y diferencias entre casos. Otros van en la dirección opuesta y

Alejandra (eds.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales, 2018.

entienden que razonar por analogía es esencialmente una cuestión de encontrar el precedente correcto. Algunos pueden insistir en sus diferencias, otros en lo que tienen en común. Y, como posición conciliadora, uno podría pensar que las diferencias entre las dos técnicas de argumentación no son significantes.

El cuadro se vuelve más complejo si consideramos los sistemas jurídicos en los que éstos se utilizan. Los argumentos basados en el precedente pertenecen típicamente a los sistemas del *common law*, y aquí la analogía es usada frecuentemente para conectar el caso presente con algunos precedentes relevantes. En los sistemas de tradición civilista los argumentos basados en el precedente históricamente tiene un papel menor, mientras que la analogía es usada para colmar lagunas en el derecho. A pesar de las grandes ambiciones de la codificación, rápidamente se advierte que la práctica jurídica presenta a los jueces casos que tienen relevancia jurídica pero que no pueden subsumirse bajo ninguna regla del sistema. Solemos decir entonces que hay una laguna en el derecho. Razonar por analogía es la forma de colmar esas lagunas, con la excepción de aquellas partes del sistema en las que la analogía no se puede usar (el ejemplo es el derecho penal, en los casos en que el razonamiento por analogía se usa en contra del acusado). Sin embargo, estas distinciones tradicionales han perdido relevancia en las últimas décadas. La globalización de los intereses, instancias y procesos jurídicos hace que diferentes sistemas interactúen o hasta se superpongan en alguna medida. Se producen trasplantes jurídicos, nos guste o no; los conceptos jurídicos se fusionan (considérese el uso de "estándares de prueba", terminología angloamericana, en los sistemas de derecho civilistas contemporáneos), y las técnicas de argumentación jurídica y justificación son reformuladas según las circunstancias y la influencia de una tradición sobre otra. Como un ejemplo significativo de esto, el uso del precedente está experimentando un cambio importante en las jurisdicciones civilistas. Por un lado, las cortes de apelación y, en particular, las cortes supremas han estado usando y citando precedentes desde hace mucho tiempo, pero ahora esto es más que una práctica si consideramos que algunos sistemas jurídicos en su totalidad

(por ejemplo, el derecho de la Unión Europea) han sido modelados por decisiones judiciales (del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) produciendo efectos en los sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembro. Por otro lado, algunas leyes nacionales han sido dictadas (por ejemplo, en Italia) para aumentar la fuerza vinculante de los precedentes y autorizar a los tribunales a usarlos en algunos casos.² Tomando todo esto en consideración, no sólo el papel del argumento del precedente parece extenderse: en la medida en que identificar el precedente correcto requiere algún tipo de analogía, es decir, la evaluación de las similitudes y diferencias entre casos, también el argumento de la analogía expande su papel y va más allá del tradicional colmado de lagunas.

Sin embargo, pienso, debemos permanecer con la mente clara en relación con la estructura de cada argumento y en qué se diferencian. Las afirmaciones anteriores, (P) y (A), los retratan con un pincel bastante grueso. Un análisis más profundo es necesario. Nos ayudaría a ver estos argumentos en una mejor luz. Sin esto, uno sería incapaz de establecer cuáles son sus condiciones de justificación e incapaz de evaluar su uso. Consideraré primero la analogía (§ B), luego el precedente (§ C). Concluiré reafirmando que no son la misma técnica de justificación jurídica y observando que "analogía" en el sentido de colmado de lagunas no es solo una evaluación comparativa de propiedades (§ D).

B. Sobre la analogía

En un sentido muy general, el razonamiento por analogía sirve al propósito de extender a un dominio objetivo o *target*³ una pretensión que se aplica a un dominio fuente (*source*). Cuando tiene un propósito cognitivo, la analogía tiene como objetivo mejorar el conocimiento de un objeto

² Véase Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni, *La justificación de la decisión judicial*, Lima, Palestra, 2021, pp. 138 y ss.

³ N. de la T.: *target* puede traducirse al castellano como 'objetivo', 'blanco', 'destino'; sin embargo, se decide mantener el término en inglés para dar mayor claridad y evitar así posibles ambigüedades que estos términos podrían causar.

target; cuando tiene un propósito normativo, en cambio, tiene como objetivo regular un caso *target*. Así, en el derecho, el argumento de la analogía mejora un sistema jurídico existente colmando una laguna normativa.⁴ En breve proporcionaré ejemplos de tales usos.

En contextos cognoscitivos, uno usa la analogía para mejorar el conocimiento de un objeto *target* dado el conocimiento de una o más fuentes. En estos contextos, lo que está frecuentemente en disputa es la relación causal entre una propiedad *P* y una propiedad *Q*, asumiendo que ambos objetos —la fuente y el *target*— tienen *P* y la fuente tiene *Q*. Entonces el razonamiento analógico asume una forma como la siguiente:

La sustancia *a* (fuente) es perjudicial para la salud (*Q*).

La sustancia *a* (fuente) y la sustancia *b* (*target*) tienen una composición química similar (*P*).

Probablemente, la sustancia *b* (*target*) es perjudicial para la salud (*Q*).

Como señalaré (§ B. II), esta forma puede descomponerse en una pluralidad de inferencias y, si esto es correcto, la analogía debe considerarse un argumento complejo. Ahora obsérvese que el argumento no trata sobre dos sustancias que tienen *la misma* composición química. La composición del objeto *target* y del objeto fuente es solo *similar*, ya que ambos tienen algo en común y algo que no es común. Un segundo aspecto que vale la pena notar: obsérvese que un adverbio califica la conclusión

⁴ Véase Chiassoni, Pierluigi, *op. cit.*, pp. 167 ss. (se proporciona una tipología de lagunas en el derecho). Cf. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Wien, Springer, 1971, p. 20, sobre el concepto de laguna normativa. Cf. Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006 y Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013 sobre la argumentación jurídica más en general.

del argumento. "Probablemente" la conclusión sea verdadera. Esto no es solo un modo de presentar las cosas de forma modesta. La semejanza de la composición química entre el *target* y la fuente no autoriza una conclusión que se impone como una verdad necesaria, o ciertamente verdadera. Aun asumiendo la verdad de las premisas sobre la fuente y el *target*, la información contenida en las premisas solo autoriza una conclusión probable o plausible. Los simpatizantes de la investigación cuantitativa preferirían un resultado en términos de probabilidad, que se cuantifica según la información. Los simpatizantes del pensamiento cualitativo, en cambio, preferirían usar la idea de plausibilidad según cierto criterio dado. Sin embargo, esto no es algo que tenemos que resolver aquí. Obsérvese solo que la probabilidad o plausibilidad de la conclusión sería mayor cuando más estricta sea la similitud de la composición química del objeto fuente y del *target*. Podrían examinarse más fuentes (sustancias $a_1, a_2, a_3 \dots a_n$) para tener una base de evidencias más rica y trazar una conclusión más confiable sobre el objeto *target*, en términos de probabilidad o plausibilidad. En todo caso, un mejor conocimiento del objeto *target* (b) es lo que se supone la analogía debe proveer.

En la argumentación jurídica este tipo de analogía puede entrar en juego en el contexto del razonamiento probatorio, cuando las partes y los investigadores reconstruyen el perfil causal del caso en cuestión.⁵ En estos contextos, lo que es generalmente requerido es que la similitud entre fuente y *target* sea causalmente relevante.

Otros usos cognitivos de la analogía no tienen relación con la causalidad. La analogía puede ser usada para inferir propiedades estructurales: si nos preguntamos por las propiedades estructurales de un objeto *target*, y sabemos que la fuente y el *target* comparten algunas características que parecen ser relevantes para una cierta estructura que la fuente tiene,

⁵ Sobre el razonamiento probatorio en el derecho véase, entre otros, Tuzet, Giovanni, *La prueba razonada*, Puno, Zela, 2020. Cf. Dahlman, Christian, Stein, Alex y Tuzet, Giovanni (eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

tenemos una razón para pensar que también el *target* tiene esa estructura. Además, la analogía puede usarse para inferir algunas propiedades funcionales del objeto *target* una vez que sabemos que la fuente y el *target* tienen ciertas propiedades estructurales y que la estructura de la fuente sirve para cierta función. En todo caso, lo que queremos tener es un mejor conocimiento del objeto *target* o, hablando más generalmente, del dominio *target*.

En contraste, en contextos normativos el razonamiento por analogía tiene como objeto extender, a un caso no regulado, el tratamiento normativo dado a uno o más casos con los que el primero tiene una o más propiedades en común. Como voy a enfatizar, las propiedades en común deben ser relevantes, de modo que se pueda sostener que los casos tienen una similitud relevante. Otra vez podemos usar la terminología de la fuente y el *target*. El caso *target* es el no regulado, y la fuente es el regulado. Por analogía podemos colmar una laguna en el sistema jurídico, tratando al caso *target* del mismo modo en que el caso fuente es tratado, dada su semejanza relevante. Y, para llegar inmediatamente al punto crucial, necesitamos entender qué es lo que hace que cierta similitud sea *relevante*. Una extensión es justificada por la *ratio* o propósito del tratamiento normativo de la fuente. Retomando el ejemplo anterior, el razonamiento por analogía toma una forma de este tipo:

Vender *a* (fuente) no está permitido (Q).

La sustancia *a* (fuente) y la sustancia *b* (target) son perjudiciales para la salud (P).

La protección de la salud (R) hace la similitud entre *a* y *b* relevante.

Vender *b* (target) no está permitido (Q).

La estructura lógica de las analogías normativas como esta tiene tres elementos esenciales: *P* como una propiedad relevante común, *Q* como consecuencia normativa de *P*, y *R* como propósito (*ratio*) que hace a *P* relevante. Aquí *P* es una razón para *Q*, no una causa de *Q*.

Un argumento analógico que extiende a un caso no regulado la consecuencia *Q* establecida para otro caso está justificado si 1) los dos casos tienen *P* en común y 2) *P* es considerada relevante por *R*. Esta es, en breve, la estructura que se aplica cuando la analogía está permitida legalmente. Como es bien sabido, en efecto, hay contextos jurídicos en los que la analogía no está permitida. El ámbito del derecho penal de las normas que tipifican conductas es uno de estos contextos en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos.

Si lo dicho anteriormente es correcto, para justificar una aplicación analógica del derecho, cuando esta esté permitida, uno necesita identificar el propósito de una regulación normativa. Esto generalmente significa que el argumento de la analogía requiere un entendimiento o interpretación teleológica de los textos normativos pertinentes,⁶ para determinar la *ratio* de una cierta disposición o conjunto de disposiciones y luego proceder a una posible extensión por analogía.⁷ De forma similar con la *ratio decidendi* de los precedentes. Dado que la interpretación teleológica no sólo es usada para determinar el contenido de un texto a la luz de su razón subyacente, sino que también para identificar esta razón o propósito, la interpretación teleológica es necesaria para la analogía. Para ver

⁶ Sobre las diferencias entre comprensión e interpretación, véase Marmor, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001. La idea básica es que la primera es irreflexiva y la segunda no lo es. No discutiré este punto aquí. Cf. Dascal, Marcelo y Wróblewski, Jerzy, "Transparency and doubt: understanding and interpretation in pragmatics and in law", *Law and Philosophy*, vol. 7, 1988, pp. 203-224.

⁷ Discuto un caso español al respecto en Tuzet, Giovanni, "Analogía e interpretación teleológica. Un caso aragonés: ¿palas eólicas como ramas?", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. 53, 2020, pp. 108-126. El caso se refería a las astas de aerogeneradores como ramas de árboles y a la energía producida como fruto.

mejor esto, aclaremos algunos puntos conceptuales sobre la analogía en la toma de decisiones judiciales.

I. Analogía y decisiones judiciales

Hay al menos siete puntos que requieren una clara formulación. Primero, hay una diferencia analítica entre disposiciones normativas (o textos normativos) y normas (reglas, estándares o principios). Las normas son el contenido de las disposiciones, y las obtenemos mediante argumentos interpretativos. El argumento literal, el de la intención del legislador, el teleológico, el de la coherencia del sistema y la argumentación con base en principios son algunos de los cánones interpretativos comúnmente usados en la práctica jurídica para determinar el contenido de las disposiciones jurídicas.

Segundo, la analogía *no* es una forma de interpretación. La analogía requiere que una interpretación de las disposiciones que son pertinentes para el caso ya haya sido llevada a cabo y que ninguna de las interpretaciones admisibles regule el caso *target*. Por "interpretaciones admisibles" me refiero a aquellas autorizadas por los argumentos interpretativos. Para usar la metáfora kelseniana, aquellos que caen en el "marco"⁸ de las interpretaciones aceptables.

Tercero, si ninguna de las interpretaciones admisibles regula el caso en cuestión, entonces hay una laguna normativa. Una laguna que colmar cuando el derecho permite colmar lagunas por medio de un razonamiento analógico. Esto significa que necesitamos la analogía cuando la interpretación es insuficiente. La analogía comienza cuando la interpretación termina y prueba fracasar en regular el caso.

Cuarto, es correcto decir que el argumento por analogía extiende el alcance de la ley: colma las lagunas en un sistema positivo, bajo la asunción

⁸ Véase Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 59-60.

de que la interpretación de ciertas disposiciones haya sido hecha y el intérprete concluye que el caso en cuestión en efecto no está regulado, ya que no cae en el campo de aplicación de ninguna de las normas.

Quinto, para colmar una laguna, una similitud relevante entre la fuente y el *target* debe ser identificada. Este es un paso problemático, especialmente en los casos de "analogías en disputa".⁹ En estos casos una parte apunta a una similitud y la otra parte apunta a otra similitud diferente. Una parte considera a_1 como el caso fuente relevante para b , mientras que otra parte sostiene que es a_2 . Esto sucede cuando el *target* es similar a un caso fuente en algunos aspectos y a otro caso fuente en otros aspectos. *Adams* (más sobre esto en §3) es un famoso caso de este tipo.

Sexto, el propósito o ratio de la regulación normativa del caso fuente hace a una similitud relevante o no. Y séptimo, para identificar la ratio, uno debe hacer uso de un entendimiento o interpretación teleológica de los textos relevantes. Este canon de interpretación mira a los propósitos u objetivos de la regulación normativa e intenta determinar su contenido de forma que se maximice la realización de esos propósitos u objetivos. De esta forma, la interpretación teleológica y la analogía son parte de una compleja cadena de argumentos.

Una de las cuestiones más discutidas en la literatura de tradición civilista es si la analogía se diferencia de la "interpretación extensiva". Con base en lo que hemos dicho, por definición *analogía* no es interpretación y por lo tanto tampoco es interpretación extensiva. Pero el límite entre las dos cosas es incierto, en la práctica jurídica mucho más que en la teoría. Para ver con más claridad dónde radican las diferencias debemos hacer un pequeño *detour* y entender que queremos decir con "interpretación extensiva".

⁹ Véase Schauer, Frederick, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (Mass.) y London (England), Harvard University Press, 2009, pp. 96-99.

Distingo tres nociones de "interpretación extensiva":¹⁰ 1) en sentido amplísimo, como una interpretación que extiende el alcance de otra; 2) en sentido amplio, como una interpretación admisible que extiende el alcance de otra; 3) en sentido estricto, como una interpretación admisible que extiende el alcance de una interpretación literal (especialmente, la interpretación literal estándar de una palabra o expresión). El sentido estricto es el más usado en el campo del derecho penal, donde la interpretación debe generalmente ser estricta y literal. Por lo tanto, puede suceder que el significado literal estándar de una expresión se extienda sobre la base de consideraciones teleológicas o de la intención del legislador, para regular el caso en cuestión sin sostener que hay una laguna en el derecho. Esto es especialmente posible cuando es un caso límite respecto a la interpretación literal estándar de los textos en consideración.

Por ejemplo, si es verdad que una red social es un caso límite de casos de "espacio público o abiertos al público", la consideración de las razones subyacentes puede justificar una interpretación extensiva de las reglas sobre acoso en un "lugar público o abierto al público". Esto calificaría a la decisión como interpretativa, una decisión que determina el contenido del texto pertinente y lo aplica al caso en cuestión, sin pasar por la identificación de una laguna y el procedimiento para colmar una laguna.

II. La analogía como inferencia compleja

Desde una mirada más cercana, el razonamiento por analogía es más complejo que lo antes presentado. Puede ser considerado como un patrón inferencial complejo, compuesto de distintos componentes. Esto es correcto para ambas, la forma cognitiva y la normativa.¹¹

La analogía como inferencia compleja requiere en primer lugar una hipótesis sobre la propiedad y similitud relevantes. Dado que se trata de

¹⁰ Cf. Tuzet, Giovanni, *Analogia e ragionamento giuridico*, Roma, Carocci, 2020, pp. 59 ss.

¹¹ Para una discusión más extensa, véase *ibidem*, pp. 17 y ss.

formular una hipótesis, la analogía tiene por esto un carácter *abductivo*. Cuando razonamos por analogía, primero debemos formular una hipótesis sobre una propiedad de la que otra propiedad depende. Esto es, una hipótesis sobre la conexión entre la propiedad *P* y la propiedad *Q*, donde *Q* es un efecto de *P* si la conjetura es sobre su conexión causal, y donde *Q* es una consecuencia normativa de *P* si la conjetura es sobre el propósito de cierta norma. Para reafirmar la explicación que damos, un argumento por analogía es aquel en el que, partiendo de la consideración de que dos o más cosas tienen ciertas propiedades en común, se infiere que ellas tienen algunas otras propiedades en común. Cuando puede establecerse con certeza si la similitud entre las cosas consideradas es relevante, el argumento entonces básicamente toma un carácter deductivo. Sin embargo, en muchos casos no podemos establecer con certeza si la similitud entre dos o más cosas en un aspecto es relevante para su similitud en otro aspecto. Por lo tanto, formular la hipótesis es la fase abductiva del razonamiento. Al tener el argumento un carácter abductivo, la siguiente tarea de quien razona, es, mientras sea posible, poner a prueba la hipótesis inicial frente a información adicional. Cuando es posible ponerla a prueba, la hipótesis será fortalecida o debilitada, o aun conclusivamente verificada o falseada si la información recopilada elimina todo margen de duda. La recopilación y valoración de la información adicional constituye la fase *inductiva* del razonamiento, después de la cual debe concluirse si, a la luz de la hipótesis y de la información adicional, la analogía entre fuente y *target* está o no justificada. Desde un punto de vista lógico, la última fase tiene un carácter *deductivo* ya que, habiendo establecido lo que se considera que es una similitud relevante (o no), la extensión analógica se sigue (o no). Pero ésta es una deducción condicionada por el valor de la hipótesis inicial y su posterior escrutinio. En otras palabras, dependiendo de una hipótesis la conclusión no es correcta con certeza, pero lo es ciertamente si la hipótesis es correcta.

Dado que las reglas jurídicas generalmente no especifican su propósito y los precedentes son frecuentemente poco claros en sus *rationes decidendi*, es necesario hacer hipótesis al respecto y someterlas a prueba considerando

el sistema jurídico en cuestión, su historia, sus instituciones, las doctrinas relevantes y el conjunto de opiniones judiciales.

Una de las dificultades de las analogías normativas es que no contamos con procedimientos de prueba tan determinados como en las ciencias empíricas y, particularmente, en términos causales. La analogía entre sustancias que tienen una composición química similar puede ser testeada, al menos en principio, observando efectos empíricos, mientras que es más difícil probar la verdad de la hipótesis sobre la *ratio* de una regla o conjunto de reglas, o sobre la *ratio decidendi* de un precedente o una línea de precedentes. Imaginemos que intentamos probar algunas de estas hipótesis en relación con un sistema de referencia; podemos encontrar confirmaciones, pero también razones para dudar, si el sistema normativo se caracteriza por numerosas excepciones, o por la ambigüedad de las intenciones legislativas, o por desacuerdos doctrinales, o por diferentes criterios interpretativos adoptados en la práctica judicial.

Otra dificultad es que legalmente comparamos casos, no cosas. Un barco a vapor es similar a un tren en algunos aspectos y similar a un hotel en otros. El gas natural es como un animal salvaje en ciertos aspectos y como un tesoro enterrado en otros. Las sustancias *a* y *b* pueden ser similares en su composición química, pero diferir en otras propiedades. En *Adams* la Corte tuvo que comparar, con el caso del robo en un tren y en un hotel, el caso en el que la propiedad fue robada de la cabina de un barco a vapor. En la perspectiva del análisis económico, hay que comparar gas natural, animales salvajes y tesoros enterrados para establecer los derechos de propiedad. Y, a los fines de la protección de la salud, se deben comparar sustancias por los efectos que tienen en la salud. Si consideramos ciertas definiciones estándar de analogía como relacionadas con las propiedades que dos o más cosas tienen en común, nos damos cuenta de que estas definiciones hacen foco en la comparación entre dos o más cosas. Pero la complejidad de la analogía en el derecho reside también en el hecho de que jurídicamente consideramos *casos*, no simples cosas. Y los casos se caracterizan por la interacción de las cosas y los agentes que

las usan o son afectados por ellas. Por lo tanto, como es necesario comparar casos, esto significa que estas cosas deben ser consideradas en relación con lo que determinan a la luz de los intereses jurídicos de los sujetos involucrados, dentro del marco de un sistema jurídico con una pluralidad de principios y valores en juego.

C. Sobre el precedente

El papel y la fuerza vinculante de los precedentes pertenece típicamente a los sistemas del *common law*, como sistemas jurídicos que crecen a través de las decisiones judiciales que producen consecuencias jurídicas más allá de los casos que las originan. En forma indirecta, también la legislación puede aprovechar las decisiones judiciales como precedentes. Es justo decir que el *Sherman Act* de Estados Unidos (1890), originariamente constituido sólo por unas pocas secciones, fue diseñado para generar derecho jurisprudencial: la idea era que los jueces iban a desarrollar una regulación jurídica antimonopolio de una manera sensata.¹²

Las principales virtudes del precedente son la previsibilidad, estabilidad, y coherencia del derecho. Estos son los valores del Estado de derecho, ya que cooperan para reducir la discrecionalidad judicial, y también cumplen una función de economía, ya que reducen el tiempo y los recursos empleados para resolver casos. Al mismo tiempo, los precedentes no son inflexibles e inmutables. Con técnicas como la no aplicación de decisiones pasadas (*overruling*) y las distinciones entre casos (*distinguishing*), los jueces pueden apartarse del precedente cuando sea necesario, para extender el derecho en distintas direcciones, de forma más directa en algunos casos, y más solapada en otros.

En cuanto a las variedades de precedente, es un lugar común el distinguir entre precedente vertical y horizontal. Los precedentes verticales vinculan

¹² Véase Schauer, Frederick, *op. cit.*, p. 148.

a los niveles de toma de decisión inferiores en una estructura jerárquica. Por lo general, los tribunales están vinculados por los precedentes de las cortes de alzada. Los precedentes horizontales, en cambio, se supone que son vinculantes para el mismo nivel de toma de decisiones al que ellos pertenecen, a lo largo de una dimensión temporal. Es el principio del *stare decisis*.¹³ Esta es una idea más controversial, porque se basa en el presupuesto de que el pasado tiene autoridad sólo porque es el pasado. Sin embargo, si un tribunal se refiere a sus propias decisiones pasadas sólo como una cuestión de práctica, sin ninguna regla de que así debe hacerlo, el tribunal es libre de cambiar sus precedentes (*de facto* puede suceder sólo por el hecho de que cambian sus miembros). Obviamente este margen de autonomía judicial es apropiado cuando los jueces tienen algún tipo de discrecionalidad jurídica.¹⁴

Ahora bien, para lo que nos interesa aquí, el precedente es, desde un punto de vista analítico, diferente de la analogía porque consiste en decidir el mismo tipo de casos del mismo modo. Recordemos la afirmación (P) que antes presentamos (§1): aplicar un precedente consiste en decidir el caso presente del mismo modo y por las mismas razones que el precedente. El requisito de la *igualdad* lo hace diferente de la analogía que requiere *similitud*. Necesitamos saber si *B*, el caso presente, pertenece a la misma categoría que el caso *A*, el precedente.

Sin embargo, distintos precedentes requieren comparación. Cuando las partes en una disputa invocan distintos precedentes, digamos A_1 y A_2 , para decidir el caso presente, *B*, es necesario compararlos. Es verdad que no solo se buscan las similitudes y diferencias relevantes; lo que se busca es la igualdad de las razones. Pero este resultado es filtrado, por así decirlo, a través del análisis de las similitudes y diferencias entre casos.¹⁵ Entonces,

¹³ Para una evaluación de esto, véase *ibidem*, pp. 37 ss. Cf. Schauer, Frederick, "Precedent", *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987, pp. 571-605.

¹⁴ Véase Hart, H. L. A., "Discretion", *Harvard Law Review*, vol. 127, 2013, pp. 652-565.

¹⁵ Para una clásica presentación de este proceso, véase Levi, Edward Hirsch, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, The University of Chicago Press, 1949.

¿es el precedente una "analogía filtrada"? El ojo de la analogía observa las similitudes y diferencias entre los elementos dados. Esto se hace identificando las propiedades que éstos tienen en común y las que no. Recuérdese que dos elementos cualesquiera en el mundo tienen algunas similitudes y algunas diferencias, por lo que no son iguales en todos los aspectos, pero *son iguales en algún aspecto*. Por lo tanto, si el precedente es sobre *igualdad*, podemos identificar la igualdad relevante a través de un examen analógico del caso presente y el precedente invocado.

Si ahora consideramos el asunto al revés, podemos darnos cuenta de que la analogía frecuentemente funciona con precedentes. Cuando se realiza un razonamiento por analogía considerando los precedentes, hay una obvia conexión entre las dos técnicas. Es el momento de considerar a *Adams* en detalle. Es un caso estadounidense de 1896, un caso de "analogías en disputa", en el que una parte veía una similitud relevante entre un barco a vapor y un hotel, mientras que la contraparte entendía que la similitud relevante era entre un barco a vapor y un tren. El caso del barco a vapor es el *target* (*B*) y el hotel y el tren representan las posibles fuentes (*A*₁ y *A*₂). Esta es la forma en la que Bartosz Brożek describe el caso:

A Adams, un pasajero de un barco operado por New Jersey Steamboat Co., le fue robado dinero de su cabina, a pesar de haber dejado su puerta con la cerradura cerrada y la ventana también cerrada. La cuestión que la Corte tenía que resolver era si el demandado era responsable como un asegurador, i.e., sin necesidad de probar su negligencia. No había ninguna regla explícita que estableciera el criterio de responsabilidad de los prestadores del servicio de barco a vapor. Había, sin embargo, otros casos relacionados con la responsabilidad de los proveedores de servicios. En estos casos, como *Pinkerton v. Woodward*, se asumió que los hoteleros eran responsables como aseguradores por las pérdidas de sus huéspedes. Por otro lado, en casos como *Carpenter v. N.Y.* [...] se estableció que los operadores del servicio del vagón coche cama de una compañía ferroviaria eran responsables solo en caso de negligencia. Hay analogías entre un barco a vapor y un hotel,

al igual que las hay entre los barcos a vapor y el tren. La Corte consideró ambas analogías y decidió que la primera era más relevante, estableciendo que el prestador del servicio del barco a vapor es responsable como un asegurador.¹⁶

Nótese que había una laguna en el sistema, ya que ninguna regla explícita establecía el criterio para determinar la responsabilidad del proveedor del servicio del barco a vapor. Ambas partes intentaron colmar la laguna en direcciones opuestas. Ambos argumentos eran *prima facie* razonables, ya que en un sentido los barcos a vapor al proveer camarotes se parecen a los hoteles y en otro sentido, como vehículos, se parecen a los trenes. La demandante sostenía la primera analogía, el demandado la segunda. La Corte estableció la primera como la relevante, a los fines de proteger la especial relación de confianza entre las partes (proveedor del servicio y cliente). Sin embargo, como punto general, para Brožek "no hay una única forma comúnmente aceptada de determinar la similitud relevante entre dos casos".¹⁷ En efecto, pienso que la *ratio* de una regla o precedente brinda cierta forma para determinar qué es lo relevante, pero admito que determinar el propósito de una regla o precedente no es siempre una tarea sencilla, en parte porque hay reglas y precedentes que tienen propósitos múltiples y a veces estos propósitos están en tensión entre sí.

En relación con lo que aquí nos interesa, nótese ahora que las razones jurídicas para las analogías en disputa fueron encontradas en corrientes diferentes de precedentes. En casos como *Pinkerton v. Woodward* se asumió que los hoteleros eran responsables como aseguradores por las pérdidas de sus huéspedes, mientras que en casos como *Carpenter v. N.Y.* se estableció que las compañías ferroviarias eran responsables solo en caso de

¹⁶ Brožek, Bartosz, "Analogical arguments", en Bongiovanni, Giorgio, et al. (eds.), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, Dordrecht, Springer, 2018, p. 368. Cf. Brewer, Scott, "Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy", *Harvard Law Review*, vol. 109, 1996, pp. 935 y ss.

¹⁷ Brožek, Bartosz, *op. cit.*, p. 378.

negligencia. No necesitamos establecer aquí qué precedentes fueron realmente relevantes para el caso en cuestión. Lo que es destacable es el hecho de que en un caso como *Adams* las fuentes del razonamiento analógico son algunas decisiones pasadas que pertenecen a corrientes diferentes de precedentes.

Por lo tanto, aun si el precedente y la analogía son técnicas diferentes de justificación jurídica, la práctica jurídica muestra que, por un lado, la identificación de un precedente relevante requiere una evaluación analógica y que, por el otro, la identificación de la similitud relevante a los fines del razonamiento analógico puede requerir la evaluación de precedentes diferentes. De estas dos cuestiones una parece ser más fundamental. Si la identificación de un precedente *siempre* requiere una analogía, y la analogía *a veces* requiere un precedente, la analogía parece ser más fundamental. La idea del precedente como una analogía filtrada está en perfecta sintonía con esto. ¿Pero "analogía" hace referencia a la misma cosa en ambos casos? El precedente como una analogía filtrada se refiere a la analogía como una herramienta básica. Esta es, en otras palabras, la idea de que comparar cosas es una habilidad cognitiva fundamental. El incremento del conocimiento sería imposible sin ella. De forma similar, la construcción de un sistema jurídico sería imposible sin la habilidad de comparar casos y cuestiones.

También en el derecho penal, donde la analogía contra el acusado está prohibida, no se puede no comparar casos, cuestiones, decisiones, reglas, principios, etc. El caso italiano que mencioné antes ejemplifica esto: el imputado acosó a la víctima a través de una red social y la fiscalía argumentó que esto equivalía a un acoso en un "lugar público o abierto al público".¹⁸ La Corte, como señalé, resolvió el caso con un argumento interpretativo, brindando razones para una interpretación extensiva de la disposición; no se necesitó una laguna, y *a fortiori* tampoco fue necesario

¹⁸ Véase Tuzet, Giovanni, *op. cit.*, pp. 83 y ss.

ningún argumento para colmar una laguna. Por lo que, la justificación de la decisión no involucró un tipo de razonamiento por analogía en el sentido técnico (de colmar lagunas), pero ciertamente sí fue el resultado de una evaluación comparativa de casos, cuestiones, reglas, etc. ¿Cuál es el ejemplo típico de un espacio público? Una plaza pública, diría yo. ¿Cuál es el ejemplo típico de un espacio abierto al público? Un cine. En efecto, la Corte realizó una comparación de este tipo, mencionando plazas, cines y otros lugares para ver qué es lo que una red social tenía en común y qué no con estos. Más aún, la Corte mencionó varios precedentes en los que a la frase "lugar público o abierto al público" se había dado un contenido interpretativo; esto se hizo desde una perspectiva de derecho civil, básicamente en búsqueda de la persuasión, pero también de guía legal. Lo que finalmente justifica la interpretación extensiva del texto fue una apreciación del propósito de la regla que sanciona el acoso en un lugar público o abierto al público: el propósito es la protección de los intereses de la víctima, privacidad y tranquilidad, que se ven más afectados por el acoso si este tiene lugar en un lugar público o abierto al público. La misma lógica se aplica al acoso en las redes sociales, creía la Corte. Ahora bien, todo esto involucró a la analogía en el sentido cognitivo básico de comparación, pero no la involucró en el sentido de razonamiento por analogía como una técnica de justificación jurídica para colmar lagunas.

Al mismo tiempo, un caso como el apenas mencionado muestra que las razones jurídicas que se aplican al acoso en un cine se aplican también a una red social. Hay un elemento de similitud que justifica la decisión. Finalmente, esto también es verdad en relación con el resultado de la analogía en el sentido técnico: las razones que se aplicaron a *Pinkerton* (como hoteleros) también se aplicaron a *Adams* (como prestadores del servicio del barco a vapor). Una vez que la similitud relevante es identificada y la laguna colmada, casos iguales son tratados igualmente (y casos diferentes, de modo diferente) ya que en última instancia pertenecen a la misma categoría jurídica.

A esta reconstrucción teórica del precedente y la analogía uno puede oponer un grado de escepticismo que deriva de la práctica jurídica y de los problemas en identificar precedentes y sus *justificaciones*. Julius Stone, específicamente, sostuvo que "si el uso del precedente procede por analogía, antes que por silogismo, el precedente en sí mismo no puede ser *decisivo* en su aplicación"; que "el razonamiento por analogía frecuentemente involucra elecciones entre reglas jurídicas o versiones o significados de estas reglas"; y que "la *ratio decidendi* de un caso siempre debe ser vista en el conjunto del discurso judicial".¹⁹ El énfasis en la indeterminación de las reglas y los precedentes, en la pluralidad de razones que los soportan, y en el margen de decisión discrecional de los jueces, potencia tal escepticismo pero también resalta la responsabilidad en elegir. La reconstrucción que propuse en último término se centra en la igualdad de razones requerida por la idea de tratar del mismo modo a casos iguales. Esto puede considerarse como un resurgimiento del viejo y venerable modelo del silogismo que vincula a los jueces.²⁰ Todavía, como señaló Stone y como muestra la tesis de la analogía como inferencia compleja (§ B. II), la analogía no puede ser reducida a un silogismo deductivo aun si su último paso es deductivo (consistente en la aplicación de las razones relevantes al caso en cuestión).

Michel Moore lo puso en estos términos: "Uno de los principales valores protegidos por la doctrina del precedente es la igualdad, el mismo trato de casos iguales. La pregunta obvia que siempre debemos hacernos aquí es cómo la igualdad y las diferencias *relevantes* deben ser juzgadas."²¹

¹⁹ Stone, Julius, *op. cit.*, pp. 2, 96, 56. Cf. Walton, Douglas, Macagno, Fabrizio y Sartor, Giovanni, *Statutory Interpretation. Pragmatics and Argumentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 228-230 (discutiendo *inter alia* el "caso de béisbol" de 2002 *Popov v. Hayashi*, donde los precedentes para colmar una laguna se encontraron entre los casos de caza y pesca).

²⁰ Véase Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni, "What is legal reasoning about: a jurisprudential account", en Cserne, P. y Esposito, F. (eds.), *Economics in Legal Reasoning*, Cham, Palgrave-Macmillan, 2020.

²¹ Moore, Michael, "Precedent, induction, and ethical generalization", en Goldstein, L. (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 186.

Frederick Schauer lo presenta como un problema sobre el nivel de generalidad o abstracción del precedente: ¿el caso *MacPherson* es un caso sobre los Buick, un caso sobre las ruedas, un caso sobre los autos, un caso sobre la responsabilidad por productos?²² ¿Cuál es la categoría desde la cual el juez debe hacer el silogismo? ¿Debemos tratar por igual todos los casos sobre ruedas? ¿Debemos tratar por igual todos los casos sobre autos? Dos fuerzas en competencia impulsan estas consideraciones: la aspiración de generalidad y la apreciación de lo que es específico de cada caso. Esto no nos impide observar las diferencias entre las dos técnicas de argumentación jurídica y justificación. "Si bien el uso de analogías se encuentra muy extendido en la argumentación jurídica, razonar por analogía no es lo mismo que estar vinculado por un precedente"²³ y el precedente es vinculante de una forma en que la analogía no lo es.

D. Conclusión

Mi conclusión será corta. Hay al menos dos formas de usar "analogía", a saber, para referirse a 1) comparar cosas y sus propiedades, y 2) colmar lagunas. La primera es cognitivamente básica, la segunda es más específica de algunos ámbitos y tiene algunas características distintivas en el derecho. En el primer sentido la analogía está siempre en funcionamiento, en el segundo no. Cuando pensamos en el segundo sentido, en el ámbito jurídico la analogía puede operar sobre la base de precedentes. La identificación y aplicación de precedentes, a su vez, siempre depende de la habilidad de evaluar similitudes y diferencias, por lo tanto, en el

²² Schauer, Frederick, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, op. cit. p. 51. Cf. Brewer, Scott, op. cit., pp. 935 y 1001-1002 sobre *MacPherson*.

²³ Schauer, Frederick, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, op. cit. p. 85. Véase también Ferrer Beltrán, Jordi, "El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial", en Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez, Carmen (eds.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 182-183 (quien afirma que la aplicación de un precedente es, en última instancia, una cuestión de subsunción bajo una regla) y Stevens, Katharina, "Reasoning by precedent-between rules and analogies", *Legal Theory*, vol. 24, 2018, pp. 216-254 (quien discute e integra la explicación del precedente como regla y como analogía).

primer y básico sentido de "analogía". Sin embargo, los precedentes vinculantes son vinculantes de una forma en que las analogías no lo son.

Todo considerado, podemos reafirmar que el precedente y la analogía no son la misma técnica de argumentación y justificación jurídica. Esto no nos impide observar las complejas formas en las que interactúan, lo que no es una tarea banal.

Bibliografía

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Wien, Springer, 1971.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975.

Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra (eds.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales, 2018.

Brewer, Scott, "Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy", *Harvard Law Review*, vol. 109, pp. 923-1028, 1996.

Brożek, Bartosz, "Analogical arguments", en Bongiovanni, Giorgio, et al. (eds.), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, Dordrecht, Springer, 2018, pp. 365-385.

Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni, *La giustificazione della decisione giuridiziale*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2020.

- Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni, *La justificación de la decisión judicial*, Lima, Palestra, 2021.
- Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni, "What is legal reasoning about: a jurisprudential account", en Cserne, P. y Esposito, F. (eds.), *Economics in Legal Reasoning*, Cham, Palgrave-Macmillan, 2020, pp. 9-24.
- Chiassoni, Pierluigi, "Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto", en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2004*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 75-101.
- Chiassoni, Pierluigi, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007.
- Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Chiassoni, Pierluigi, *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, Cham, Springer, 2019.
- Dahlman, Christian, Stein, Alex y Tuzet, Giovanni (eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- Dascal, Marcelo y Wróblewski, Jerzy, "Transparency and doubt: understanding and interpretation in pragmatics and in law", *Law and Philosophy*, vol. 7, 1988, pp. 203-224.
- Ferrer Beltrán, Jordi, "El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial", en Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez, Carmen (eds.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, pp. 177-191, 2016.
- Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez, Carmen, *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Goldstein, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.

Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

Hart, H. L. A., "Discretion", *Harvard Law Review*, vol. 127, 2013, pp. 652-565.

Levi, Edward Hirsch, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, The University of Chicago Press, 1949.

Levi, Edward Hirsch, *Introducción al razonamiento jurídico*, Ciudad de México, Coyoacán, 2013.

MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents*, Aldershot, Ashgate, 1997.

Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, 2ª ed., Oxford y Portland, Hart Publishing, 2005.

Marmor, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001.

Moore, Michael, "Precedent, induction, and ethical generalization", en Goldstein, L. (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 183-216.

Schauer, Frederick, "Precedent", *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987, pp. 571-605.

Schauer, Frederick, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (Mass.) y London (England), Harvard University Press, 2009.

Schauer, Frederick, *Pensar como un abogado*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Stevens, Katharina, "Reasoning by precedent-between rules and analogies", *Legal Theory*, vol. 24, 2018, pp. 216-254.

Stone, Julius, *Precedent and Law. Dynamics of Common Law Growth*, Sydney, Butterworths, 1985.

Tuzet, Giovanni, "Analogía e interpretación teleológica. Un caso aragonés: ¿palas eólicas como ramas?", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. 53, 2020, pp. 108-126.

Tuzet, Giovanni, *Analogía e ragionamento giuridico*, Roma, Carocci, 2020.

Tuzet, Giovanni, *Analogía y razonamiento jurídico*, Puno, Zela, en prensa, 2020.

Tuzet, Giovanni, *La prueba razonada*, Puno, Zela, 2020.

Walton, Douglas, Macagno, Fabrizio y Sartor, Giovanni, *Statutory Interpretation. Pragmatics and Argumentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

Derogación y resolución de antinomias entre precedentes

Álvaro Núñez Vaquero*

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia. Agradezco a Víctor García Yzaguirre y Lorena Ramírez Ludeña por sus comentarios a una versión previa de este texto. Este trabajo se enmarca en el Proyecto Papiit (N.º IN302422) de la UNAM, cuya investigadora principal es Sandra Gómora Juárez.

SUMARIO: A. Resumen; B. Los tres términos clave: precedente, *ratio decidendi* y regla del precedente; I. Precedentes; II. *Ratio decidendi*; III. Regla del precedente; C. (In)Compatibilidad entre precedentes; I. La especificidad de la incompatibilidad entre precedentes; II. La relevancia de las reglas del precedente; III. Reglas del precedente no vinculantes; D. Formas y modos de la derogación; I. El acto de derogación; II. Normas y actos derogatorios; III. La singularidad de la derogación de precedentes; E. Derogación y competencia; F. El objeto de la derogación; I. Normas individuales y normas generales; II. Precedentes (disposiciones) y *rationes* (normas); G. Ratio posterior y jerarquías entre precedentes; I. Existencia de la RDP (regla que limita la derogación de precedentes); II. La existencia de JTPD (jerarquía de base temporal entre precedentes con efecto derogatorio); III. ¿No existe entonces una norma que establezca la jerarquía material entre precedentes dictados sucesivamente? Ensayos de respuestas normativas; H. Resolución de conflictos entre precedentes; I. Ponderación entre precedentes; II. Criterios tradicionales de resolución de antinomias; 1. Temporalidad; 2. Jerarquía; 3. Especialidad; I. Conclusión.

A. Resumen

El presente trabajo pretende abordar los problemas relativos a la derogación y antinomias entre precedentes. En primer lugar, se parte por definir los términos clave de toda teoría y/o ideología del precedente. En segundo lugar, se hace referencia a la especificidad de las antinomias entre precedentes para, en tercer lugar, analizar las principales formas de derogación. En cuarto lugar, se presentan las razones para considerar como competencias diferentes la de dictar precedentes y aquella de derogarlos. En quinto lugar, se delimita el objeto de la derogación de precedentes. En sexto lugar, se analiza la vigencia del criterio de *ratio* posterior como criterio de resolución de antinomias entre precedentes. En séptimo, se analizan los criterios para la resolución de antinomias sin efecto derogatorio. Por último, se finaliza con unas breves conclusiones.

Aunque los desarrollos de la literatura del precedente en el ámbito del *civil law* han sido impresionantes en los últimos años, no cabe duda de que su estudio en el ámbito del derecho codificado ha sido fuertemente influido por la cultura del *common law*. De hecho, ésta es la forma

estándar en la que se trata de dar cuenta de los precedentes en el ámbito del derecho legislado: estudiando cómo funciona en su caso paradigmático (el precedente vertical descendente del *common law*), para después adaptar su estudio a las peculiaridades de los ordenamientos de *civil law*. Aunque parece inevitable (y recomendable) conocer el funcionamiento de los precedentes en el *common law* para comprender cómo operan en el *civil law*, dicho dominio e influencia tiene algunas desventajas. Por decirlo en pocas palabras, al situar a aquellos del *common law* como el caso paradigmático de precedentes, se ha considerado a los del *civil law* como un subproducto o una copia mal conseguida.

Pero no es ésta la única desventaja que se produce por haber tomado como modelo al *common law* para el estudio de los precedentes en el *civil law*. Además de ello, se han dejado de usar algunas herramientas teóricas, construidas en el ámbito del *civil law*, para dar cuenta del funcionamiento de los precedentes. Son varios los casos en los que, pese a tenerse instrumentos analíticos sofisticados, se ha optado por acudir a categorías propias del *common law*, no todas precisamente finas ni útiles para dar cuenta de su funcionamiento.¹ Por supuesto, no es recomendable prescindir totalmente de dichas categorías —*distinguish* y *overruling*—, pero el margen de mejora es importante. Aquí me concentraré únicamente en la teoría de la derogación y las antinomias (y sus formas de resolución) entre precedentes. De esta manera, me propongo llevar a cabo una reconstrucción de la dinámica de precedentes, válida al menos para el *civil law*, pero con pretensiones de arrojar algo de luz también sobre el *common law*.

B. Los tres términos clave: precedente, *ratio decidendi* y regla del precedente

Para poder enmarcar mi reconstrucción, primero es necesario explicitar qué voy a entender por cada uno de los términos clave que contiene toda

¹ Por poner sólo dos ejemplos: es frecuente en la doctrina estadounidense que se hable de "undermine" un precedente o de precedentes "eroded". Aunque sugestivas, lo cierto es que no se trata de nociones demasiado precisas.

teoría y/o ideología del precedente. No se trata de una tarea sapiencial, sino que la forma en la que concibamos los precedentes determinará cómo reconstruimos su creación y derogación.

I. Precedentes

Lo primero que corresponde hacer con el término "precedente" es advertir de la gran equivocidad de la que adolece. Como este no es el lugar indicado para dar cuenta de los múltiples significados que puede adoptar el término,² aquí definiré los precedentes de manera tal que sea una definición útil para una reconstrucción acerca de cómo funciona su derogación.

Pues bien, un precedente, en primer lugar, es el resultado de una decisión jurisdiccional. A saber: el producto lingüístico de una decisión jurisdiccional que califica normativamente un caso individual (o un caso genérico)³ a partir no únicamente de normas de carácter puramente procedimental. Dicha decisión, para poder llamarla sensatamente "precedente", ha de ser tomada por un órgano con competencias jurisdiccionales, creado o reconocido por algún ordenamiento jurídico, y en ejercicio de tales competencias. Se trata, además, de una decisión jurisdiccional que contiene o emplea una norma de carácter general que, en algún sentido, innova el ordenamiento,⁴ por lo que puede resultar relevante para la decisión de otros casos.

² Resulta, en este sentido, excepcionalmente útil el trabajo de Chiassoni, Pierlugi, "¿Los precedentes civiles son obligatorios? Consideraciones sobre el artículo 360-Bis del CPC", en *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2012, pp. 214 y ss.

³ Un caso genérico es un caso de cuya calificación normativa nos preguntamos en abstracto, es decir, sin relación con ningún tipo de hecho que haya sucedido en el mundo empírico. Ello es especialmente importante en el ámbito del *civil law* en los que se han instaurado tribunales constitucionales, entre cuyas atribuciones suele estar el control de constitucionalidad en abstracto de las leyes. Véase Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos*, Buenos Aires. Astrea, 2012, pp. 35-36.

⁴ Qué quiera decir que innova el ordenamiento no es en absoluto una tarea sencilla de dilucidar. No basta con afirmar que una norma nueva sería aquella que no puede ser reconducida a la interpretación de ninguna disposición normativa previa. Si sostuviéramos esto, dejaríamos fuera del ámbito de los precedentes todas aquellas decisiones de carácter interpretativo que establecen la interpretación (en concreto, su producto) de una determinada disposición normativa como la correcta.

La aquí propuesta es una definición discutible porque es controvertido si los precedentes crean o no normas.⁵ Con todo, la definición de "precedente" aquí adoptada no coincide con aquellas que identifican los precedentes con normas (las *rationes decidendi*), ni micro-sistemas normativos de formación jurisprudencial (las líneas jurisprudenciales y/o doctrina de los tribunales)⁶, ni con la forma en la que se ha resuelto el caso (norma individual contenida en la parte dispositiva). Ello es especialmente relevante en el ámbito de la derogación de precedentes porque sólo distinguiendo entre los precedentes y las normas que expresan, es posible dar cuenta de qué es exactamente lo que se deroga cuando se deroga un precedente.

II. *Ratio decidendi*

Si el término precedente adolece de ambigüedad, el caso de "*ratio decidendi*" es aún más equívoco.⁷ No sólo no nos ponemos de acuerdo acerca de qué es la *ratio decidendi*, sino que tampoco acordamos acerca de cuál es el método correcto para identificarla.⁸ Sin embargo, esta primera observación ya nos permite aclarar un poco el panorama.

Para un análisis más extenso de la cuestión me permito remitir a Núñez Vaquero, Álvaro, *Precedentes. Una aproximación analítica*, Madrid, Marcial Pons, 2022, 2.2.2.

⁵ Sobre el tema, véase, Alexander, Larry y Sherwin, Emily L., "Los jueces como creadores de reglas", *Problema*, México. UNAM, 4, 2004, pp. 127-167; Lamond, Grant, "Do precedents create rules?", *Legal Theory*, 11, 2005, pp. 1-26.

⁶ Algunos autores sostienen que los precedentes se van formando paulatinamente en el tiempo, como si de perlas se tratase, en la que una capa (decisión) se añade a la anterior. Ahora bien, esta forma de entender los precedentes identifica aquellos no con decisiones, ni con alguna concreta norma, sino con normas que forman conjuntos desde un punto de vista diacrónico. Con todo, esta forma de entender los precedentes impide ver cómo, sincrónicamente, los precedentes que se añaden (mejor dicho, sus *rationes*) pueden contradecirse y/o derogarse entre sí. Véanse, por ejemplo, Marinoni, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorios*, Lima, Palestra, 2013, p. 88; Moral Soriano, Leonor, "Precedente extranjero ¿Diálogo o discurso?", en Gascón Abellán M. y Núñez Vaquero, Á. (eds.), *La construcción del precedente en el civil law*, Atelier, Barcelona, 2020, p. 249; López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2001, pp. 139 ss.

⁷ Además, no es el único término disponible. En el ámbito estadounidense es frecuente que se emplee el término "*holding*". Y en el mundo del *civil law*, frecuentemente se llama "precedente" o "doctrina del tribunal" precisamente a lo que aquí estoy entendiendo por *ratio decidendi*. Véase, en cualquier caso, Chiassoni, Pierluigi, *Desencantos para abogados realistas*, op. cit., pp. 216 ss.

⁸ Las principales fuentes de desacuerdo para identificar las *rationes decidendi* vienen dadas por la pluralidad de métodos disponibles y la indeterminación producida por cada una de ellas. Me permito remitir a Núñez Vaquero, Álvaro, *Precedentes. Una aproximación analítica*, op. cit., cap. v.

Julius Stone señaló —al calor de un debate sobre la obra de Goodhart— que en el ámbito del *common law* normalmente se empleaban de manera inadvertida dos conceptos diferentes de *ratio decidendi*.⁹ El primero de ellos es de carácter estructural y define la *ratio* como una norma general empleada en alguna parte especialmente importante de la decisión considerada como precedente. El segundo, de carácter normativo, hace referencia exclusivamente a la relevancia normativa de la *ratio decidendi*, es decir, se trata de una norma cuya aplicación es "obligatoria" (en algún sentido aún por precisar) para la resolución de otros casos.

Sin embargo, antes que a dos conceptos diferentes de *ratio*, cabe reconducir esta distinción hacia dos cuestiones conectadas, pero distintas. En efecto, aquellos conceptos que definen la *ratio decidendi* como una determinada parte de la decisión jurisdiccional son útiles para identificar qué norma *ha de contar* como *ratio*.¹⁰ Los desacuerdos persistentes acerca de cuál es o cómo debe identificarse la *ratio*, sumados a las diferencias entre cada ordenamiento a este respecto,¹¹ deberían hacernos sospechar que éste sea un buen concepto de *ratio*.¹²

⁹ Véanse Goodhart, Arthur L., "Cómo determinar la *ratio decidendi* de un caso", en Ahumada, C. (ed.), *Obligatoriedad de la jurisprudencia. Seis lecturas sobre el precedente*, Buenos Aires: Ad-Hoc: 91-130; Stone, Julius, "La *ratio* de la *ratio decidendi*", en Ahumada, Carolina (ed.), *Obligatoriedad de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2020.

¹⁰ Es más, en ocasiones se llegan a considerar como *rationes* incluso normas contenidas en votos concurrentes, cosa de la que no es seguro que los métodos habituales para identificar la *ratio* puedan dar cuenta. Por ejemplo, la doctrina del escrutinio estricto de constitucionalidad se fundamenta en la nota a pie de página número 4 introducida por el juez Harlan F. Stone a través de un voto concurrente en el precedente de *U. States vs. Carolene Products* de 1938.

¹¹ Por poner el énfasis sólo en uno de los aspectos: son varios los ordenamientos en los que se identifican como *rationes decidendi* normas que no han sido aplicadas, en ningún sentido plausible de este término, en la decisión jurisdiccional, sino que únicamente han sido formuladas. Un par de ejemplos bastarán para iluminar el punto: recientemente el Tribunal Supremo español ha identificado 28 normas acerca de cuándo estamos frente a un caso de maltrato, no siendo posible que haya aplicado las 28 normas (STS 3374/2021); frente a una de las primeras causas que se planteó mediante amparo frente a la Corte Constitucional colombiana para solicitar la eutanasia, la solicitante falleció antes de la finalización del proceso, pero ello no hizo que la Corte dejara de dictar una sentencia en la que determinaba cuáles eran las normas que debían regir para solicitar una muerte digna (Sentencia T-970/2014, de 15 de diciembre).

¹² El grado de desacuerdo es tal que ha llevado incluso a varios autores a afirmar que no es posible identificar de manera objetiva la *ratio decidendi* de un precedente.

Más fructífero resulta fijarse en cambio en el elemento normativo para establecer qué son las *rationes decidendi*. De este modo, la *ratio decidendi* sería una norma que es considerada normativamente relevante para la decisión de otros casos. Ello nos permite ofrecer una definición de *ratio* independiente de las diferentes formas de identificarla y de las respectivas diferencias de cada ordenamiento.¹³

No obstante, es importante introducir tres precisiones.

1. Esta definición de *ratio* no se compromete con ninguna suerte de escepticismo a la hora de establecer cuál es la *ratio*; de hecho, es perfectamente compatible tanto con la tesis de que existe una sola *ratio* objetivamente determinable como con aquella según la cual es imposible identificarla. La cuestión sobre la identificación de las *rationes decidendi* depende de lo dispuesto por cada ordenamiento, de las prácticas interpretativas vigentes en cada comunidad jurídica.
2. Al haber diferentes formas en las que se puede identificar la *ratio decidendi* de una decisión jurisdiccional es posible —siempre que haya más de una forma reconocida como vigente en la comunidad jurídica para identificar la *ratio*— que haya más de una norma que pueda ser considerada como *ratio decidendi*. En este sentido, justamente porque nos hemos centrado en el elemento normativo de las *rationes*, resulta perfectamente posible haya más de una *ratio* por cada precedente.¹⁴
3. Es importante señalar que todas las formas de identificar la *ratio decidendi* son compatibles con el concepto de *ratio* que estoy

¹³ La misión de la teoría del derecho debe ser, en este sentido, si bien no buscar conceptos universales, sí al menos que sirvan para dar cuenta de fenómenos similares en diferentes ordenamientos de una misma familia jurídica. Véase Bouvier, Hernán, Gaido, Paula y Sánchez Brígido, Rodrigo, "Estudio preliminar: teoría del derecho y análisis conceptual", en Raz, Joseph, Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio, *Una discusión sobre teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 9-39.

¹⁴ Por ejemplo, es posible que una misma decisión se den una *ratio* interpretativa, una *ratio* sobre la competencia del tribunal y otra sobre cuestiones probatorias.

presentando. En efecto, el concepto normativo de *ratio* no sirve para identificar qué norma va a tener relevancia normativa, sino únicamente que si es identificada como *ratio*, entonces es que se le atribuye relevancia normativa.

La definición de *ratio* aquí ofrecida también es compatible con las diferentes formas en la que las *rationes* pueden vincular (si es que alguna vez vinculan) la decisión de casos posteriores. Pero para entender la forma en la que los precedentes (es decir, sus *rationes*) son vinculantes es necesario pasar al tercer concepto clave de toda teoría y/o ideología del precedente.

III. Regla del precedente

Si la *ratio decidendi* de un caso resulta normativamente relevante para la decisión de otros casos, se debe a que hay otra norma —precisamente, la regla del precedente— que establece tal relevancia normativa. En efecto, la regla del precedente sería aquella norma que dota de relevancia normativa a los precedentes (y de la que el *stare decisis* angloamericana sería sólo un ejemplo). Ahora bien, la regla del precedente —además de dotar de relevancia a los precedentes— otorga competencia a los órganos jurisdiccionales para establecer precedentes, fijando las condiciones para su ejercicio.¹⁵ De esta forma, además de decirnos en qué sentido son re-

¹⁵ En el texto estoy expresándome como si cada uno de los precedentes constituyese un acto intencional de creación judicial del derecho. Aunque creo que esto es lo que sucede en la mayoría de las ocasiones, es posible —y de hecho sucede con no poca frecuencia— que la creación del derecho se dé como consecuencia no intencional de un acto intencional (Barberis, Mauro, "Contro il creazionismo giuridico", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44, 2015, 67-101). A saber: la intención del órgano jurisdiccional es decidir un caso, pero tiene como consecuencia no intencional la creación judicial de derecho. Para este tipo de actos me parece que se puede recurrir, como hace Josep Aguiló ("Fuentes del derecho", en Fabra, Jorge y Rodríguez Blanco, Verónica, (eds.), *Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. II, México, UNAM, 2015, pp. 149 y ss.), a la noción de fuente-hecho. Es más, es posible que un órgano lleve a cabo un acto con la intención de que cuente como un determinado tipo de acto, pero sea considerado como ejercicio de otra competencia. Por ejemplo, pensemos que tras la emanación de una nueva constitución (como en Chile), algún tipo de fuente desaparece del ordenamiento (autos acordados). Pues bien, no resultaría extraño que la nueva constitución previese que las normas creadas bajo la competencia del tipo de fuente

levantes, la regla del precedente sirve para identificar qué decisiones cuentan como precedentes.

Ambos aspectos merecen desarrollos ulteriores, más aún en relación con la derogación y las antinomias entre precedentes. Sin embargo, por razones de espacio, resulta necesario limitar la explicación a los aspectos clave.

- 1) Por el lado de la competencia que otorga la regla del precedente, y los criterios para el reconocimiento de qué decisiones cuentan respectivamente en cada ordenamiento como precedentes, es necesario subrayar que la norma que establece la competencia —y los criterios para la identificación de precedentes— no tienen por qué encontrarse en disposiciones formuladas por el legislador. Antes bien, además de no estar normalmente formuladas en el ámbito del *common law*, tampoco en el contexto del *civil law* son siempre formuladas expresamente en el plano legislativo.¹⁶

No obstante, ello no permite concluir que la práctica de identificación de precedentes sea anómica o aleatoria. Por el contrario, los operadores jurídicos de cada cultura jurídica (incluidos los órganos judiciales) emplean una serie de criterios para determinar si una decisión cuenta o no como precedente. Desde luego, tales criterios pueden estar infradeterminados y puede llegar a resultar francamente complicado identificarlos, debido a que muchas veces son el resultado de prácticas no explicitadas. Con todo, no resulta muy plausible pensar que una decisión jurisdiccional va a contar como precedente únicamente dependiendo de si es reconocida por algún concreto sujeto,¹⁷ sino que la mayoría de los operadores jurídicos

desaparecida (autos acordados) pasen a ser consideradas como otra fuente (reglamentos), desapareciendo la posibilidad de dictar nuevas normas por esta vía.

¹⁶ La ausencia de regulación legal del precedente es especialmente acusada en los ordenamientos del *civil law* europeo. Sin embargo, en el *civil law* latinoamericano hay ejemplos de sofisticada regulación legal sobre el precedente, como en México, Brasil, Perú o Colombia.

¹⁷ En este sentido, no parece muy plausible decir, al menos si no adoptamos un punto de vista radicalmente escéptico, que las decisiones que cuentan como precedentes son aquellas que son reconocidas

parecen compartir —al menos parcialmente— una serie de criterios acerca de cuándo una decisión cuenta como precedente.¹⁸

- 2) Por el lado de la relevancia normativa, aquí presupondré que la mejor forma de reconstruir tal relevancia es configurando la regla del precedente no como una norma que establece obligaciones, prohibiciones y/o permisos, sino como una norma que establece las condiciones de validez de otras decisiones.¹⁹ De este modo, la regla del precedente establecería que una decisión es válida si sigue el precedente. Ahora bien, la anterior formulación adolece de imprecisión, por lo que resulta necesario aclarar tres aspectos.
 - a) El primero es que la regla del precedente puede establecer diferentes tipos de condiciones para la validez de otras decisiones dependiendo del seguimiento o no del precedente. Desde este punto de vista, es frecuente que se presuponga que la regla del precedente establece el seguimiento del precedente como una condición necesaria para la validez de las decisiones jurisdiccionales.²⁰ Sin embargo, nada impide —y de hecho así sucede en algunos ordenamientos— que la regla del precedente condicione de manera suficiente o

como tales por el órgano jurisdiccional de última instancia. Tampoco resulta muy plausible pensar que una decisión jurisdiccional va a ser precedente sólo si es reconocida como tal por un órgano jurisdiccional de manera posterior. Véase, Núñez Vaquero, Álvaro y Arriagada Cáceres, María Beatriz, "¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia? Un examen desde la teoría analítica del derecho", en *Ius et Praxis*, 27, 1, 2021, pp. 80 ss.

¹⁸ Entre las condiciones que normalmente prevén los ordenamientos jurídicos para que una decisión cuente como precedente se encuentra que aquella haya sido publicada, que en el caso de los órganos colegiados sea votada por una determinada mayoría y que innove el ordenamiento jurídico, entre otras. Véase, Núñez Vaquero, Álvaro, *Precedente. Una aproximación analítica*, op. cit., cap. VI, apartado 2.

¹⁹ Núñez Vaquero, Álvaro, "Constitutive rules of precedent. A non-prescriptivist account of stare decisis", *Revus*, 46, 2022.

²⁰ Aquí, por validez de las decisiones jurisdiccionales estoy entendiendo que aquella ha sido dictada de manera conforme a normas jerárquicamente superiores y a normas de procedimiento. Una decisión inválida será nula o anulable. Esto significa, más en concreto, que la norma individual contenida en su parte dispositiva ya no podrá ser usada para justificar ninguna otra decisión jurisdiccional ni como instrumento de ejecución.

meramente contribuyente la validez de otras decisiones al seguimiento o no del precedente.

Tal sería lo que sucedería, por ejemplo, cuando en un ordenamiento los órganos jurisdiccionales no tienen la "obligación" de decidir del mismo modo, pero se considera que la decisión está mejor justificada si aquella sigue un precedente.²¹ Este aspecto es sumamente importante. En efecto, cuando se configura el seguimiento de precedentes como una condición necesaria, entonces estamos calificando también el no seguimiento del precedente, que será una condición suficiente para la invalidez de la decisión. Sin embargo —y esto es lo que nos permite explicar en buena parte el papel que juegan los precedentes en los ordenamientos de *civil law*, sobre todo europeo—, cuando se configura el seguimiento (su comisión) de precedentes como condición suficiente o contribuyente para la validez de decisiones jurisdiccionales, no estamos calificando la omisión de seguir el precedente. En estos casos, el seguimiento de precedentes resulta desde luego relevante —seguir el precedente es una condición suficiente o contribuyente para la validez de la decisión, aunque su no seguimiento no suponga su invalidez, sino que únicamente aparece como no calificado—, pero no podemos afirmar que resulte vinculante.

- b) Si así están las cosas, y la regla del precedente puede establecer que el seguimiento de precedentes sea condición necesaria, suficiente o contribuyente, es preciso establecer si la

²¹ Presupongo aquí la existencia de una norma en nuestros ordenamientos según la cual, entre dos posibles decisiones jurisdiccionales, ha de preferirse aquella que esté mejor justificada. No obstante, no resulta del todo claro qué quiera decir "mejor justificada". En efecto, dicha expresión puede interpretarse, por un lado, como sinónima de "aquella con mejores argumentos explícitos" y, por el otro, como sinónima de "mayormente justificada, más allá de los argumentos aportados". Por supuesto, ambos supuestos no necesariamente coinciden.

regla del precedente regula la comisión, la omisión, o ambas respecto de la acción regulada (seguir el precedente). Sólo cuando la regla del precedente califique como necesaria la comisión de la acción "seguir el precedente" para la validez de otras decisiones podremos decir que estamos frente a un sistema de precedentes vinculantes.²²

- c) Con todo, bajo la expresión "seguir el precedente" se esconde una enorme heterogeneidad de comportamientos cuya comisión u omisión puede constituir una condición para la validez de otras decisiones. La lista de posibles comportamientos regulados es tan larga que no merece la pena tratar de ofrecer una enumeración que resultaría necesariamente incompleta.²³ Lo que sí podemos decir, con todo, es que la regla del precedente bien puede regular la acción de aplicar la misma *ratio decidendi* (u otra norma de ella en algún sentido dependiente), únicamente tenerla en cuenta, aplicarla si no hay otras consideraciones en juego, y un larguísimo etcétera.

C. (In)Compatibilidad entre precedentes

Antes de abordar la derogación en general, y la de los precedentes en particular, hay que hacerse cargo de una cuestión previa a la luz de las tres categorías recientemente delimitadas: cuándo dos precedentes resultan incompatibles.

²² Desde luego, es posible que, además de constituir una condición para la validez de decisiones posteriores, haya también una norma prescriptiva de obligación que establezca que el comportamiento es debido. Sin embargo, para que podamos hablar sensatamente de sistemas de precedente, aquello que se requiere es que se condicione la validez de las decisiones al seguimiento de otras previas, mientras que resulta contingente la presencia de normas prescriptivas. Núñez Vaquero, Álvaro, "Constitutive rules of precedent. A non-prescriptivist account of stare decisis", *op. cit.*

²³ Chiassoni, Pierluigi, "¿Los precedentes civiles son obligatorios? Consideraciones sobre el artículo 360-Bis del CPC", *op. cit.*, pp. 253 ss.

En rigor, no tiene mucho sentido decir que existe un conflicto de precedentes (salvo si queremos expresarnos metonímicamente), ya que se trata de textos a los que aún hay que atribuir sentido; más en concreto, es necesario identificar qué *rationes* contienen. Los conflictos normativos se producen sólo entre normas (no entre textos), sean *rationes decidendi*, normas de origen legislativo o de cualquier otro tipo.

Aunque es de sobra conocido, no está de más recordar que las normas de carácter prescriptivo van a ser lógicamente incompatibles, lo que genera una antinomia, cuando no se pueden satisfacer ambas normas al mismo tiempo.²⁴ Ello se produce toda vez que un comportamiento está regulado por dos normas diferentes que regulan casos total o parcialmente iguales y: (i) N_1 califica como obligatorio realizar p y N_2 califica p como prohibido; (ii) N_1 califica como obligatorio realizar p y N_2 califica la omisión de p como permitida; (iii) N_1 califica como prohibido realizar p y N_2 califica la comisión de p como permitida.²⁵

Por su parte, en el caso de las normas constitutivas, nos encontraremos frente a una antinomia toda vez que, teniendo supuestos de hecho diferentes, al menos una de ellas correlaciona tal supuesto con una consecuencia normativa de manera exclusiva. Por ejemplo: tendremos una antinomia si tenemos la norma N_1 según la cual se adquiere la mayoría de edad a los 16, y una norma N_2 según la mayoría de edad se obtiene únicamente a los 18 años; o bien cuando tenemos una norma N_1 según

²⁴ No obstante, la bibliografía sobre antinomias es abundantísima. Véase, por todos, Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2011, cap. V.

²⁵ Pongamos un sencillo ejemplo. Imaginemos que el precedente P_1 , dictado en el momento T_1 , establece como *ratio decidendi* la N_1 según la cual es obligatorio para todos los representantes populares "donar" una parte de su estipendio al partido político en el que fueron elegidos. En un precedente P_2 , dictado en el momento T_2 , que ni siquiera menciona a P_1 , se establece que los representantes tienen permitido "donar" parte de su sueldo. Pues bien, si lo que establece la segunda decisión P_2 es únicamente que está permitido "donar" parte del sueldo, pero no dice nada sobre la omisión de "donar", no se produce antinomia alguna entre las dos *rationes decidendi*. Ello se debe a que es posible cumplir ambos comportamientos al mismo tiempo realizando la mencionada "donación". Cosa distinta, por supuesto, habría sucedido si el segundo precedente P_2 hubiese establecido que es facultativo "donar" parte del sueldo, lo que implicaría que está tanto permitido llevar a cabo la "donación" como no realizarla.

la cual exclusivamente el 1 de mayo es la fiesta de los trabajadores, mientras que la norma N₂ nos dice que es el 8 de mayo.²⁶

I. La especificidad de la incompatibilidad entre precedentes

Bajo qué condiciones dos normas de origen legislativo (en sentido amplísimo) generan una antinomia no resulta normalmente problemático. En efecto, más allá de que puedan tener ámbitos de aplicación externa o tiempos diferentes, cuándo dos normas resultan incompatibles es una cuestión que depende de las condiciones previstas en sus antecedentes y de las soluciones normativas asociadas a aquellos.

Ahora bien, del mismo modo que dos normas antinómicas pueden no generar un conflicto práctico porque, por ejemplo, sólo una de ellas es aplicable en razón de su alcance territorial,²⁷ sucede algo similar en relación con los precedentes. Para comprobar si dos precedentes son incompatibles no basta con que sus *rationes decidendi* sean incompatibles, sino que además es necesario analizar las reglas del precedente que los gobiernan.²⁸ En tal sentido, es importante subrayar que un mismo ordenamiento puede contener diferentes reglas del precedente que regulen de manera diferente el seguimiento de diferentes precedentes, haciendo que dos precedentes cuyas *rationes* son incompatibles, no generen finalmente un conflicto.²⁹

²⁶ Se trata de una antinomia lógica por exclusividad, unilateral o bilateral. Cfr. Chiassoni, Pierlugi, *Técnicas de interpretación jurídica*, op. cit., pp. 299-300.

²⁷ Aquí estoy presuponiendo la distinción entre aplicabilidad interna y aplicabilidad externa formulada por Moreso y Navarro (Moreso, Josep Joan y Navarro, Pablo, "Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas", *Isonomía*, 5, 1996, pp. 119-139). En este sentido, estoy presuponiendo que unas normas limitan la aplicación de otras, siendo las primeras las condiciones de aplicabilidad externa de las segundas.

²⁸ Para que haya un conflicto entre precedentes debe darse una antinomia tanto en el sistema del juez (entre las diversas reglas del precedente) como en el sistema del ciudadano (entre las diferentes *rationes decidendi*). Véase, no obstante, Núñez Vaquero, Álvaro, *Precedentes. Una aproximación analítica*, op. cit., cap. iv, 10.

²⁹ Dentro de la clasificación de Chiassoni sobre los tipos de antinomias, estos conflictos parecían conflictos lógicos por exclusividad bilateral (Chiassoni, Pierlugi, *Técnicas de interpretación jurídica*,

II. La relevancia de las reglas del precedente

Por ejemplo, un mismo ordenamiento puede prever que los precedentes de diferentes salas especializadas por materias, pero pertenecientes a un mismo órgano, tengan atribuido diferente valor (es decir, relevancia) normativo. Es así posible que el seguimiento de los precedentes en materia penal sea condición necesaria (o necesaria y suficiente) para la justificación de la decisión jurisdiccional y, de este modo, para la validez de la misma; pero, al mismo tiempo, establezca que el seguimiento de precedentes en materia civil sea tan sólo una condición suficiente para la justificación —y así de la validez— de la decisión jurisdiccional.

No hay qué sorprenderse de que dos subórganos pertenecientes a un mismo órgano jurisdiccional decidan de manera contradictoria sobre un mismo tema, ni tampoco de que precedentes de diferentes salas estén regulados por diferentes reglas del precedente. Piénsese, por ejemplo, en el caso chileno en el que la Sala Civil de su Corte Suprema afirmó que la acción de resarcimiento contra el Estado chileno por violación de derechos humanos durante la dictadura de Augusto Pinochet era prescriptible, mientras que la Sala Penal del mismo órgano consideró la acción como imprescriptible.³⁰ Pues bien, en este caso nos encontraríamos con dos *rationes decidendi* antinómicas. Sin embargo, si, como he hipotizado, el seguimiento de los precedentes provenientes de la Sala Penal es considerado condición necesaria y suficiente para la justificación de la decisión jurisdiccional, mientras que el seguimiento de los precedentes de la Sala Civil es sólo condición suficiente, entonces únicamente tendríamos una antinomia entre *rationes decidendi*, pero no un conflicto entre precedentes.

Desde luego, las *rationes decidendi* de estos precedentes siguen siendo antinómicas. Sin embargo, estos precedentes no generan conflicto porque,

op. cit., pp. 299-300). A saber: cuando dos normas tienen en su antecedente estados de cosas diferentes, pero ambos son condición necesaria y suficiente para la una misma consecuencia normativa.

³⁰ Carbonell, Flavia, "Variaciones sobre el precedente judicial: una mirada desde el sistema jurídico chileno", en *Problema*, 16, pp. 9-38.

para que la decisión sea válida, es condición necesaria (o necesaria y suficiente) la aplicación del precedente penal, mientras que el seguimiento del precedente civil es sólo condición suficiente. De este modo, *rationes decidendi* antinómicas no dan lugar, siempre y necesariamente, a conflictos entre precedentes.

En definitiva, el conflicto entre precedentes se va a producir únicamente en el caso de que ambos precedentes estén gobernados por reglas del precedente —o por una misma regla— que considera su seguimiento como condición necesaria (o necesaria y suficiente) y las *rationes* sean antinómicas.

III. Reglas del precedente no vinculantes

Si, por el contrario, el seguimiento de uno de los precedentes es condición necesaria, pero el seguimiento del otro es condición suficiente o contribuyente, no se produce un conflicto. Por ejemplo: si tenemos dos precedentes que establecen como *rationes decidendi* N_1 y N_2 , y aquellas establecen que la competencia para regular en materia sanitaria durante la pandemia corresponden, según N_1 , al gobierno nacional (federal) y, según N_2 , a los gobiernos autonómicos (federados), estas normas no generarán una antinomia. Se trata, sencillamente de un caso de competencias concurrentes porque sus *rationes* establecen que ser dictadas por tales órganos es una condición contribuyente para que dichas normas sean válidas³¹ y las respectivas reglas del precedente establecen que su seguimiento es únicamente condición suficiente para la validez de las decisiones jurisdiccionales que enjuician la legalidad (en sentido amplio) de dichas normas.

Ahora bien, se podría objetar que atribuir competencias concurrentes en materia sanitaria durante la pandemia a órganos diferentes genera alguna

³¹ Por supuesto, es posible que las normas derivadas producidas con base en dichas competencias concurrentes sí entren en conflicto. Pero ésta es sólo una posibilidad.

suerte de conflicto práctico, aunque no sea exactamente un conflicto lógico. Más en concreto, cuando nos encontramos frente a dos reglas del precedente que establecen el seguimiento de la *ratio* como condición suficiente, podría configurarse una antinomia impropia de tipo pragmático, es decir, los fines que persiguen cada una de las reglas del precedente y las *rationes* se verían frustrados.³² Ahora bien, esta forma de antinomia se configurará dependiendo de cómo reconstruyamos los fines que persiguen cada una de las normas. Sin embargo, como diremos más adelante (*infra*, "I. Ponderación entre precedentes"), al menos en lo que a las reglas del precedente se refiere, son múltiples los fines que aquellas pueden perseguir, por lo que la configuración de una antinomia de este tipo dependerá irremediabilmente de los fines que intérprete-aplicador atribuya a cada una de las normas en juego.

D. Formas y modos de la derogación

Una vez reconstruidos los elementos centrales de toda teoría y/o ideología del precedente, y las condiciones bajo las cuales dos precedentes resultan incompatibles, hay que reconstruir los elementos centrales de la teoría de la derogación. A continuación será necesario ver qué podemos obtener de la teoría de la derogación para comprender mejor el comportamiento dinámico de los precedentes.

I. El acto de derogación

Los términos *derogar* o *derogación* hacen referencia a una acción (y/o su resultado) por la que una norma (o enunciado normativo) queda expulsada del conjunto de normas válidas. De este modo, para hablar propiamente de "derogación" tenemos que presuponer un conjunto de elementos,³³

³² Dependiendo de que se frustrate total o parcialmente los fines de la norma no aplicada se configurará bien un conflicto pragmático bien uno teleológico. Chiassoni, Pierlugi, *Técnicas de interpretación jurídica*, op. cit., pp. 303-304.

³³ Podría tratarse también de un conjunto vacío, pero en tal caso no tendría mucho sentido hablar de derogación.

cuya derogación supone la expulsión de uno de sus elementos. Cuando estamos frente a conjuntos normativos, o frente al conjunto de normas válidas de un ordenamiento, la derogación supone la expulsión de una norma de dicho conjunto.

En este momento surge un primer problema. En efecto, para poder hablar propiamente de la derogación de precedentes parece preciso considerar que (sus *rationes*) pertenecen al conjunto de normas del derecho válido. Que los precedentes expresen o no normas válidas es una cuestión bastante compleja y contingente, pues depende de las condiciones de pertenencia fijadas por cada ordenamiento.³⁴

Sin embargo, no resulta necesario comprometerse con una tesis acerca de la validez de los precedentes (mejor dicho, de sus *rationes decidendi*) para hablar propiamente de derogación de precedentes. Antes bien, es suficiente presuponer que nuestros ordenamientos contienen una norma (conjunto de normas) que nos permiten reconocer —a través de las reglas del precedente (*supra*, "III. Regla del precedente")— un conjunto de decisiones jurisdiccionales como "precedentes". Así las cosas, "derogar un precedente" querrá decir que una determinada decisión deja de pertenecer al conjunto de decisiones jurisdiccionales consideradas como "precedentes" en un determinado ordenamiento.

II. Normas y actos derogatorios

La derogación, como acto de expulsión de normas (y/o las disposiciones que las expresan en el caso de los textos legislativos, y de los textos de

³⁴ Existe —al menos en el ámbito del *civil law*— una resistencia generalizada a considerar las *rationes* como normas válidas debido a una determinada doctrina o ideología de las fuentes del derecho. Resulta, en este sentido, paradigmática la opinión de Clemente de Diego, quien trata al mismo tiempo de reconocer la relevancia de la jurisprudencia, pero negándole el carácter de fuente formal en un sinfín de retorsiones conceptuales (Clemente de Diego, Felipe, 2016: *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Granada, Comares, 2016, p. 78). Sobre los diferentes significados del término "fuente" y los intentos de hacer encajar la jurisprudencia en alguna otra de las fuentes del derecho, véase Iniesta Delgado, Juan José, *Enunciados jurídicos en la sentencia judicial*, Bologna, Colegio de España, 2003, pp. 16-17 y 215.

las decisiones jurisdiccionales consideradas como precedentes) es normalmente³⁵ el resultado de un acto normativo. En efecto, para derogar una norma N_1 es necesario introducir otra norma N_2 , de carácter derogatorio que establece que N_1 ha dejado de pertenecer al derecho.³⁶ De esta forma, cuando se expulsa una norma del ordenamiento jurídico, lo que se hace es emanar una norma cuyo único fin es expulsar a otra.

No es, sin embargo, el único modo en que se pueden derogar normas en el ámbito legislativo. Como es bien sabido, en la mayoría de nuestros ordenamientos rige el "principio" de *lex posterior*, esto es, la norma según la cual, en caso de antinomia entre dos normas, aquella previa queda derogada. Esto no es ningún efecto mágico que tenga la emanación de nuevas normas, sino que depende de una norma que establezca que, en caso de conflicto entre normas dictadas en diferentes momentos temporales, debe considerarse derogada la previa. El principio de *lex posterior*, que establece una jerarquía material entre normas,³⁷ funciona así como una norma de cobertura para derogar normas mediante la simple emanación de normas incompatibles posteriores. Se trata, con todo, de una norma contingente, que puede estar presente o no en nuestros ordenamientos; es más, como veremos enseguida, es posible que aquella no esté presente cuando el objeto de la derogación son precedentes (y/o sus *rationes*).

Existe además una forma de derogar normas que, del mismo modo que en el caso de la aplicación de *lex posterior*, no supone la emanación por parte del legislador de una norma de carácter derogatorio, sino que se

³⁵ Se pueden, en este sentido, producir derogaciones tácitas como consecuencia de una derogación expresa. En efecto, es posible que una norma derogatoria, además de expulsar la norma a la que hace referencia, derogue también alguna o todas sus consecuencias lógicas. Véase Sauca Cano, José María, *Cuestiones lógicas en la derogación de normas*, México, Fontamara, 2001, pp. 25 y ss.

³⁶ Se trata, es importante advertirlo, de normas constitutivas. Véase Carcaterra, Gaetano, *Norme costitutive*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 48 y ss.

³⁷ Según Guastini, tenemos una jerarquía material entre normas toda vez que hay una norma N_3 que establece que, frente al conflicto de N_1 con N_2 , prevalece una de las dos, quedando la otra derogada. Véase Guastini, Riccardo, *La sintaxis del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 209-210. Sin embargo, no veo problema en la posibilidad de que una norma N_3 establezca la preferencia de N_1 frente a N_2 , pero sin carácter derogatorio.

vale de una norma de cobertura. Se trata del controvertido mecanismo descrito por Kelsen como *desuetudo*. En efecto, según Kelsen,³⁸ una norma jurídica puede perder validez y, por tanto, dejar de pertenecer al ordenamiento, si aquella pierde su eficacia.³⁹

En definitiva, hay dos grandes formas de derogación: la derogación expresa y la derogación tácita. Dentro de la expresa, a su vez, suele distinguirse entre derogación expresa formal (en la que se indica expresamente qué disposiciones normativas son las que se derogan) y la expresa material (en la que se hace referencia a la materia regulada).⁴⁰ En la tácita, suele distinguirse entre la derogación tácita por incompatibilidad (mediante la introducción en el ordenamiento de una norma posterior incompatible) y la derogación tácita por *desuetudo*.

III. La singularidad de la derogación de precedentes

Sin embargo, es evidente que la teoría de la derogación ha sido formulada para las normas legislativas. Existen diferencias muy importantes en el ámbito de los precedentes en relación con la derogación respecto de las normas de origen legislativo. La más notoria es que mientras que el legislador no tiene por qué justificar la derogación de normas,⁴¹ aquella

³⁸ Para Kelsen la pérdida de validez suponía, además de dejar de pertenecer, la pérdida de la obligatoriedad y la existencia misma de la norma jurídica. Ahora bien, me parece que se puede admitir que una norma pierda su pertenencia a un ordenamiento por falta de eficacia sin comprometernos con la idea de que deje de existir. Véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México Porrúa, 2005, pp. 25 y 223.

³⁹ La falta de eficacia no supone entonces la comisión de una acción que tiene por objeto expulsar a una norma del ordenamiento, sino que hay una norma de origen consuetudinario que considera que las normas no eficaces dejan de pertenecer al ordenamiento. *Idem*.

⁴⁰ En el caso de la derogación expresa formal, estaremos frente a una norma individual; en el caso de la derogación expresa material, estaremos frente a una norma general. Nótese que la individualidad o generalidad de la norma nada tiene que ver con los efectos *inter partes* o *erga omnes* de dicha norma. Evidentemente, cuando se deroga una norma se hace con efecto *erga omnes*.

⁴¹ No obstante, puede suceder que un órgano jurisdiccional anule una norma por falta de justificación de la regulación, especialmente en materia de igualdad. Por ejemplo, para que una ley no sea considerada arbitraria, la Corte Costituzionale italiana considera que si se usan categorías sospecho-

realizada por órganos jurisdiccionales —tanto si deroga precedentes como si deroga normas de origen legislativo— ha de ser expresamente justificada.

Normalmente son sólo tres⁴² las causales bajo las cuales se pueden derogar un precedente: un importante cambio normativo, un importante cambio de circunstancias sociales y que la decisión en cuestión nunca debió de haber sido considerada como precedente. Pero, además, no sólo es necesario que concurra alguna de estas circunstancias, sino que parecería seguirse que aquellas han de ser expresamente enunciadas y justificadas en cada caso concreto.⁴³ Llamaré a la regla que establece la necesidad de justificación expresa y sólo bajo determinadas causales para la derogación de precedentes "regla de derogación de precedentes" (RDP).

E. Derogación y competencia

Una vez identificado el significado que voy a atribuir a los tres términos clave de toda teoría y/o ideología del precedente y reconstruido la estructura básica de la derogación, es necesario centrarnos en nuestro tema: la derogación de precedentes.

sas de constituir trato discriminatorio, existe una presunción de inconstitucional, siendo necesario que el legislador justifique dicho tratamiento diferenciado.

⁴² Esto, por supuesto, puede cambiar de ordenamiento a ordenamiento. Sin embargo, pese a las diferentes formulaciones lingüísticas, dichas causales suelen ser equivalentes en los diferentes ordenamientos. Cabría, con todo, añadir una cuarta justificación: la discordancia de la decisión considerada como precedente con el ordenamiento internacional, especialmente aquella normativa y precedentes regionales en materia de derechos humanos o de derecho comunitario. Véase, en este sentido, los capítulos dedicados a cada uno de los ordenamientos jurídicos en MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents*, New York, Routledge, 2016. Para un análisis de las justificaciones para la derogación de precedentes en el ámbito de la Tribunal Europeo de Justicia, véase Szabados, Tamás, "Precedents' in EU Law—The Problem of Overruling", *Elte Law Journal*, 1, 2015, pp. 138 y ss. Con todo, podría pensarse que esta cuarta causal puede ser reducible a las causales de cambio normativo o error de derecho. Sin embargo, al no formar parte el derecho comunitario o el regional de los respectivos derechos nacionales —o, al menos, no necesariamente— me parece conveniente configurarla como una causal distinta.

⁴³ La presencia de esta norma es, por supuesto, contingente. Ahora bien, si no fuera necesario justificar expresamente la derogación del precedente, nos encontraríamos frecuentemente con problemas aún mayores de indeterminación para saber si un precedente deroga a otro.

Pues bien, si es necesaria la expresa y específica justificación de la necesidad de derogar el precedente (*supra*, "III. La singularidad de la derogación de precedentes), entonces parece difícil aceptar que la emanación de un precedente posterior incompatible produzca la derogación de un precedente previo (derogación tácita por emanación de precedente posterior incompatible).⁴⁴ De este modo, la emanación de precedentes posteriores incompatibles no (necesariamente) produciría la derogación del precedente anterior.⁴⁵ El resultado, muy probablemente, sería que tendríamos precedentes incompatibles no derogados en nuestros ordenamientos.

Además, si se requieren especiales condiciones para la derogación de precedentes, podemos concluir que las competencias para emanarlos y para derogarlos son competencias diferentes.⁴⁶ Al requerirse condiciones diferentes para su creación y derogación, es posible concluir que las competencias para crear y derogar precedentes son pues distintas.⁴⁷ Es más, podría darse incluso el caso de que las competencias para crear y derogar precedentes no correspondiesen al mismo órgano.

De este modo, cabe poner en duda el carácter derogatorio al menos de dos operaciones a las que, en el ámbito de la teoría precedente, se les podría atribuir tal efecto.

⁴⁴ Aquí, retomando la clasificación de Chiassoni (Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 303-304), se daría una antinomia impropia porque los fines que protegen ambas normas se frustrarían mutuamente. Por un lado, exigir la especial justificación para la derogación parece constituir un límite al poder de creación de normas generales por parte de los jueces. Por su lado, la norma que establece una jerarquía material por temporalidad (*ratio posterior*) parece favorecer la actualización del ordenamiento jurídico.

⁴⁵ No hay que descartar, y de hecho no es un caso infrecuente, que un mismo precedente contenga, al mismo tiempo, una norma derogatoria y una *ratio* nueva que sustituye a la antigua *ratio* ya derogada. Ahora bien, si la eliminación de precedente requiere de esta especial justificación, entonces es necesario que concurren ambas normas. En caso de que sólo tuviésemos una norma derogatoria, entonces un precedente derogaría al otro; si sólo tuviésemos la nueva *ratio*, tendríamos un precedente que se añade al otro.

⁴⁶ Una competencia será diferente de otra al menos bajo dos criterios diferentes. En primer lugar, cuando aquella sea atribuida a órganos diferentes. En segundo lugar, cuando las normas que regulen el procedimiento para ejercer tal función sean disímiles.

⁴⁷ Sobre este tema, véase Pulido Ortiz, Fabio, *Jueces y reglas*, Bogotá, Universidad de la Sabana, 2018, p. 113.

- (i) La primera de ellas es decidir de manera disconforme al precedente (su *ratio decidendi*), aunque sea justificadamente.⁴⁸ En tal sentido, una decisión que se separa de un precedente (esto es, no sigue su *ratio*) puede, a su vez, ser considerada como otro precedente (o no), dependiendo de si cumple o no con las condiciones que la regla del precedente impone para que una decisión cuente como precedente. Si la decisión que se separa del precedente implica la formulación de una norma que regula un caso especial (más fino)⁴⁹ que aquel previsto en el antecedente de la *ratio*, estaremos frente a lo que se conoce como un *distinguish*.

Ahora bien, incluso aunque el órgano sea competente para dictar precedentes, del hecho de que un órgano dicte un precedente posterior con una *ratio* especial incompatible no podemos derivar todavía la derogación (ni total ni parcial) del precedente anterior.⁵⁰ Ello, claro está, siempre que exista una norma en el ordenamiento que circunscriba a determinadas condiciones la derogación de precedentes (RDP). Si la derogación de precedentes requiere de una especial justificación, entonces la emanación de un nuevo precedente P₂ contradictorio con un precedente anterior P₁ no supone la derogación implícita del precedente P₁.

- (ii) La segunda operación es cuando directamente se ignoran las decisiones previas, no teniéndolas en cuenta.⁵¹ Dicho de manera

⁴⁸ Cuándo una decisión se aparta "justificadamente" de un precedente es una cuestión extremadamente compleja en la que aquí no es posible detenerse.

⁴⁹ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos*, op. cit., pp. 142 y ss.

⁵⁰ En efecto, es posible que al no seguir un precedente se realice un *distinguish* o disociación. Ahora bien, que dicha decisión cuente o no como precedente es una cuestión contingente. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que tal operación sea llevada a cabo por un órgano de primera instancia o por aquel de última instancia. Con todo, incluso aunque la nueva decisión cuente como precedente, de ahí no se sigue que el nuevo precedente tenga efectos derogatorios sobre el antiguo. Para hacerlo, deberíamos presuponer la regla de *ratio posterior*, pero la existencia de tal principio es contingente (y difícil de comprobar) de cada ordenamiento.

⁵¹ De hecho, no son pocos los autores que han considerado que el precedente no es creado por el órgano que dicta la decisión jurisdiccional considerada como precedente, sino que es una decisión posterior la que atribuye la calidad de precedente a dicha decisión. Cfr. Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge. Cambridge University Press, 2008, p. 275; Orozco Muñoz,

sencilla: no seguir una norma —una *ratio decidendi*, la regla del precedente o cualquier otra norma— no supone *ipso facto* su derogación. Desde luego, una *ratio* aplicable que no es nunca aplicada podrá caer en *desuetudo*. Pero salvo en este último caso —y siempre que el ordenamiento contemple la *desuetudo* como norma al menos aplicable— del no seguimiento de una norma, no podemos deducir sin más su derogación, sino que tendría que darse un comportamiento omisivo reiterado en el tiempo.

F. El objeto de la derogación

Hasta este momento no he distinguido entre la derogación del precedente y la derogación de las *rationes decidendi*. Ahora, una vez establecidas las formas en las que precedente puede ser derogado, es importante establecer qué estamos haciendo cuando se deroga un precedente.

I. Normas individuales y normas generales

En primer lugar, es necesario subrayar que la derogación de precedentes tiene que ver con la expulsión de *rationes decidendi*, y no con las normas individuales que constituyen la parte dispositiva de las decisiones jurisdiccionales. En efecto, es preciso no confundir la derogación de un precedente con la anulación de la decisión jurisdiccional que lo genera, ni viceversa. Desde este punto de vista, no sólo es posible eliminar un

Manuel, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Navarra, Aranzadi, 2011, p. 230; Taruffo, Michelle, *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 447, 559). Esta tesis puede ser entendida de dos maneras diferentes: como una tesis escéptica radical acerca de la interpretación de precedentes —si no podemos saber con certeza cuál es la *ratio*, entonces es la segunda decisión la que, al establecer cuál es la *ratio*, crea el precedente—; como una tesis escéptica acerca de la existencia misma de condiciones para reconocer cuándo una decisión cuenta como precedente. Desde luego, ambas cuestiones pueden estar infradeterminadas jurídicamente, pero no parece que ni la identificación de precedentes ni su interpretación sean tareas completamente anómicas. Núñez Vaquero, Álvaro y Arriagada Cáceres, María Beatriz, "¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia? Un examen desde la teoría analítica del derecho", *op. cit.*, pp. 82 y ss.

precedente, pero que la decisión jurisdiccional siga surtiendo efectos sobre el caso concreto; además, es posible que una decisión anulada siga siendo considerada como precedente.

Aunque para que sensatamente podamos decir que existe un precedente tiene que haberse dado una decisión jurisdiccional, no se requiere que sea una decisión válida, ni que no haya sido anulada. Dos ejemplos bastarán para iluminar este punto. Primer ejemplo: una decisión puede haber sido anulada por razones sustantivas (por ejemplo, por error en la aplicación de la ley), pero aquella siga constituyendo un precedente en relación con la determinación de cuestiones procesales, o viceversa. Segundo ejemplo: un precedente puede haber sido anulado, pero seguir surtiendo efectos en el caso concreto en la decisión que constituye el precedente (*prospective overruling*) o que tenga capacidad ultractiva.⁵²

También es necesario no confundir la derogación de un precedente con que aquel pase a tener un carácter negativo. En efecto, cuando un precedente es derogado, se vuelve normativamente irrelevante. Ahora bien, en ocasiones, bajo la etiqueta de la "derogación" u "*overruling*" se esconde otra operación de alcance distinto. A saber: a veces un precedente no deja de ser considerado como tal, sino que su uso (la aplicación de su *ratio*) sería una condición para la invalidez de la decisión. Por ejemplo, parece que nadie hoy estaría dispuesto a emplear la doctrina separados pero iguales (*Plessy vs. Ferguson*), aunque si alguien la emplease, no sería considerado irrelevante, sino más bien como una condición para determinar la nulidad de la decisión que la acoge. Dicho de otro modo: usar *Plessy* es condición, al menos contribuyente, para la invalidez de la decisión que la aplica.

⁵² Por ejemplo, recientemente el Consejo de Estado colombiano ha afirmado que resulta necesaria la aplicación de un precedente derogado si, al momento de juzgarse el caso, tal precedente estaba aún vigente. De esta manera, es posible la aplicación ultractiva de precedentes. Véase la Sentencia 2018-00934 de 2021 Consejo de Estado colombiano.

II. Precedentes (disposiciones) y *rationes* (normas)

Si nos centramos en qué es exactamente aquello que resulta derogado, es necesario retomar la distinción entre precedente y *ratio decidendi*. Pues bien, de manera similar a lo que sucede en relación con la dupla disposición/norma, debemos determinar si lo que se deroga es todo un precedente, alguna de sus partes o sólo alguna de sus posibles *rationes decidendi*.

1. Cuando una decisión jurisdiccional deroga un precedente en cuanto documento normativo, se están eliminando *todas* las posibles *rationes decidendi* que se podrían obtener de dicha decisión jurisdiccional. Ahora bien, si existe la necesidad de justificar la razón por la cual una determinada *ratio decidendi* debe ser derogada (RDP), resulta especialmente difícil que cualquier decisión jurisdiccional elimine todo un precedente. Esto se debería a que habría que justificar tanto la derogación de una *ratio* específica, así como cualquier otra *ratio* que se pudiese derivar de dicho precedente.⁵³
2. Cuando una decisión jurisdiccional deroga un determinado enunciado de la decisión jurisdiccional que cuenta como precedente, parece que está eliminando todas las *rationes decidendi* que se pueden establecer a partir de dicho enunciado. Ahora bien, de manera similar al caso anterior, el órgano jurisdiccional tendría que hacerse cargo de todas las posibles normas que se pudiesen derivar de dicho fragmento lingüístico de la decisión jurisdiccional. En caso contrario, es posible que se considere que la derogación del precedente sólo afecta a una de las posibles *rationes*.

⁵³ Desde luego, nominalmente un órgano jurisdiccional puede afirmar que se está derogando todo el precedente, pero no es seguro que esto constituya una razón suficiente para considerar derogadas todas y cada una de las *rationes decidendi*, debido a que sería necesario establecer —siempre que exista la norma que condiciona la derogación de precedentes a la específica justificación bajo determinadas causales (RDP)— la justificación de la derogación de cada una de ellas.

3. Finalmente, también es posible que únicamente se derogue una concreta *ratio decidendi* de las múltiples *rationes* que puede expresar un precedente. Con todo, es importante tener en cuenta que, en caso de que el fragmento que expresaba la *ratio* derogada esté afecto por algún tipo de equívocidad, entonces el intérprete tendría la posibilidad de derivar otras (diferentes) *rationes decidendi* a partir del mismo enunciado de la decisión jurisdiccional.

Las cosas se complican un poco cuando, además, se adopta un concepto de *ratio decidendi* y/o un método para su identificación que no hace depender cuál sea la *ratio* de ningún concreto enunciado de la decisión jurisdiccional.⁵⁴ En tales casos puede hacerse referencia tanto al precedente considerado globalmente así como a alguna de sus específicas *rationes*. Al no identificarse, con todo, qué enunciado expresa la *ratio decidendi*, resulta aún más indeterminado cuáles son las *rationes* que se están eliminando.

G. Ratio posterior y jerarquías entre precedentes

Es posible que cuando estamos frente a un *overruling* o derogación explícita del precedente surjan dudas acerca de si se da alguna de las condiciones previstas para la derogación del precedente. Pueden, en este sentido, surgir problemas de vaguedad y casos difíciles a la hora de establecer si la derogación está o no justificada. Ahora bien, más difícil todavía resulta establecer si en el ordenamiento de referencia existe la norma que limita la derogación de precedentes a determinados supuestos (RDP).⁵⁵

⁵⁴ Dentro de los métodos para identificar *rationes decidendi* podemos establecer una clasificación entre aquellos (lingüísticos o semánticos) que pretenden identificar la *ratio decidendi* a través de la atribución de sentido a los enunciados resultado de la decisión jurisdiccional, y aquellos (inductivos o pragmáticos) que buscan qué norma ha sido aplicada, más allá de los concretos enunciados de la decisión. Por supuesto, esto último no debe hacer pensar que en este segundo conjunto de métodos no se atribuye sentido al texto de la decisión, sino únicamente que no se pretende identificar la *ratio* con ningún concreto enunciado de la decisión jurisdiccional.

⁵⁵ De hecho, es perfectamente posible que, del mismo modo que puede haber diferentes reglas del precedente dentro de un mismo ordenamiento, pueda haber diferentes normas sobre su derogación.

Se trata de un problema muy real porque habitualmente los órganos jurisdiccionales del *civil law* ignoran sus propios precedentes y emanan otros incompatibles.⁵⁶ Hasta este momento, he presupuesto que existe la RDP, por lo que la emanación de precedente incompatibles no tendría efectos derogatorios por razón temporal. Ahora bien, en realidad, para que la emanación de precedentes incompatibles no tenga efectos derogatorios simplemente por haber sido dictados en momentos sucesivos, también es necesario presuponer la inexistencia del principio de *ratio posterior*. Llamaré a la norma que instaura una relación de jerarquía material entre el precedente posterior y el precedente anterior, con efectos derogatorios sobre el más antiguo, como jerarquía material con base temporal entre precedentes (JTPD)

I. Existencia de la RDP (regla que limita la derogación de precedentes)

Para analizar si en un determinado ordenamiento existe una norma del tipo RDP, existen dos estrategias diferentes.

- (i) Respuesta formalista. Una primera opción es comprobar si, en el ordenamiento en cuestión, existe alguna disposición normativa (o precedente) que establezca un enunciado a partir del cual podamos derivar una norma que establezca dicha norma. Ahora

Bustamante, (Bustamante, Thomas de Rosa, *Teoría del precedente judicial*, Lima, Ediciones Legales, 2016, pp. 398 y ss.), además del grado de vinculatoriedad, añade que el precedente a derogar ha de ser aplicable al caso *sub iudice*. Además, sostiene que el "grado de vinculatoriedad" puede determinar un conjunto de normas específicas sobre la derogación de los relativos precedentes.

⁵⁶ Como ejemplos de cambios de jurisprudencia sin la suficiente justificación o, incluso, en fraude de justificación (aducir como *ratio decidendi* aquello que constituye un voto de disidencia escrito por uno mismo juez, pero haciéndolo pasar como si fuera el voto de mayoría), véanse Ratti Mendaña, Florencia, "La argumentación de la Corte Suprema argentina sobre cambio de precedente: del dicho al hecho...", en Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (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". Santa Rosa: EdUNLPam; Vergara Blanco, Alejandro, "Fundamentos y método del estudio de la conducta jurisprudencial. Ausencia del precedente vinculante en la Corte Suprema chilena", en Núñez Vaquero, Álvaro *et al.* (comps.), *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 185-210.

bien, esta forma de responder a la pregunta tiene un alcance limitado al fundarse únicamente en el análisis de los discursos explícitos del legislador y/o de los precedentes. Sin embargo, es perfectamente posible que, pese a no haber sido expresamente formulada, los jueces de hecho consideren inválida la derogación de precedentes sin la suficiente justificación o, al contrario, que les resulte completamente irrelevante que se haya dado tal justificación.⁵⁷

- (ii) Una respuesta empirista. Una segunda opción consiste en preguntarse si, en los hechos, los jueces consideran derogado o no el precedente que ha sido expresamente derogado, pero sin concurrir ninguna de las causales y/o en ausencia de justificación explícita al respecto. Sin embargo, como veremos enseguida, también la estrategia empirista tiene una importante limitación.

II. La existencia de JTPD (jerarquía de base temporal entre precedentes con efecto derogatorio)

En este segundo caso, aquello que debemos determinar es si, en un concreto ordenamiento, existe una norma que establezca la JTPD que fija una jerarquía material entre precedentes P_1 y P_2 sucesivos en el tiempo. La pregunta es cualquier cosa menos sencilla de responder. Del mismo modo que relación a la RDP, existen al menos dos tipos de respuestas disponibles.

- (i) Respuesta formalista. Una primera opción es comprobar si, en el ordenamiento en cuestión, existe alguna disposición normativa o precedente jurisdiccional que establezca la JTPD. Ahora bien, aquí

⁵⁷ Como ya he señalado, esto se podría dar en un mismo ordenamiento. Por ejemplo, según Zagrebelsky (Zagrebelsky, Gustavo, "Caso, regola di diritto, massima" en Visintini, G. (ed.), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, Cedam, 1988, p. 107), la *Corte Costituzionale* no tendría problemas en admitir la derogación tácita por contradicción; según Passanante (Passanante, Luca, 2018, *Il precedente impossibile*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 307 ss.), al menos en materia procesal, la *Cassazione* sería muy cuidadosa a la hora de exigir especial justificación para considerar derogado un precedente.

también, esta forma de responder a la pregunta tiene un alcance limitado, al fundarse únicamente en el análisis de los discursos explícitos del legislador y/o los precedentes. En efecto, es perfectamente posible que, pese a no haber sido expresamente formulada, los órganos jurisdiccionales de hecho consideren que el precedente anterior queda derogado por el precedente previo,⁵⁸ o que habiendo disposición expresa, aquella sea sistemáticamente ignorada.

- (ii) Respuesta empirista. Una segunda opción consiste en ver si los órganos jurisdiccionales, cuando dictan decisiones jurisdiccionales incompatibles, consideran que los precedentes previos —hayan sido mencionados o no— han quedado derogados. Si existiese tal consenso, podríamos afirmar que existe una norma de origen convencional, producto de la convergencia del comportamiento de los jueces, que establece una regla de jerarquía material según la cual el precedente posterior deroga al anterior.

El problema de esta respuesta es que nos conduce a otra pregunta, aún más difícil de responder: ¿cómo podemos establecer si los jueces consideran derogados los precedentes posteriores incompatibles? Debido a que no tenemos acceso a los estados mentales de los jueces, la única forma de comprobarlo es viendo si los órganos jurisdiccionales no "resucitan" precedentes, es decir, que los órganos jurisdiccionales citen o no precedentes previos incompatibles con precedentes posteriores.

Desde luego, cabe afirmar que la JTPD existe si los órganos jurisdiccionales, cuando el precedente P_1 , supuestamente derogado, resultando aplicable, finalmente no es aplicado. Ahora bien, no hay manera de saber si los órganos jurisdiccionales estarían dispuestos a aplicar un determinado precedente si llegara el caso, salvo que realicemos estudios empíricos de cada uno de los precedentes. Ello se debería a que siempre puede haber una ocasión futura en la que decidan aplicarlo.

⁵⁸ Cross, Rupert y Harris J.W. *El precedente en el derecho inglés*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 156.

De este modo, lo único que podemos hacer es comprobar si, a lo largo del tiempo y en diferentes ocasiones en las que aquel resulte aplicable, el precedente previo aplicable no resultó finalmente aplicado. Sin embargo, esto hace colapsar la constatación de la existencia de la JTPD que fija un criterio de jerarquía temporal entre precedentes incompatibles P_1 y P_2 , con la existencia de una norma que establece la derogación de precedentes por *desuetudo*. En efecto, si para comprobar que existe una norma que crea una jerarquía material por razón de su temporalidad entre precedentes (JTPD) es necesario ver que un precedente no es aplicado permanentemente pese a ser aplicable, entonces la pregunta coincide con aquella de la derogación por *desuetudo*.⁵⁹ Si, como es de suponer, no basta una única decisión jurisdiccional⁶⁰ —en la que, pese a ser aplicable, no se aplique el precedente P_1 — para que podamos concluir que el precedente se considera derogado por la emanación de un precedente P_2 , entonces la comprobación de que el precedente P_1 ha sido derogado por la emanación de P_2 viene a coincidir con la constatación de que P_1 ha caído en *desuetudo*.

III. ¿No existe entonces una norma que establezca la jerarquía material entre precedentes dictados sucesivamente? Ensayos de respuestas normativas

Ante la dificultad para probar que forma parte del ordenamiento la JTPD que establece la jerarquía material entre precedentes dictados en momentos sucesivos, podemos intentar justificar la falta de pertenencia de tal norma. Aquí ya no estamos en el plano de la *lege data*, sino —con

⁵⁹ No estoy afirmando que *desuetudo* y derogación tácita por incompatibilidad sean lo mismo. Lo único que defiendo en este punto es que la comprobación de que se han producido alguno de estos efectos es el mismo tanto para un caso como para el otro.

⁶⁰ Puede resultar plausible fijar el acto de derogación en el momento de su primera no aplicación. Ahora bien, para saber si realmente se trata de un acto de derogación no bastará con analizar tal primer acto de no aplicación, sino que será necesario observar diferentes y sucesivos actos de no aplicación. Véase, no obstante, Guibourg, Ricardo, *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986. p. 39.

base en otras normas y valores presentes en nuestros ordenamientos— en el de la crítica interna del derecho, esto es, la denuncia de incoherencia del propio derecho y propuestas de solución desde el propio derecho. Dicho de manera clara: estaríamos pasando de la descripción a la sugerencia de reforma del derecho.

Existen dos maneras de justificar la afirmación según la cual no existe la JTDP en un determinado ordenamiento jurídico.

- (i) La primera de ellas es, una vez que hayamos comprobado la existencia de la NDP, argumentando de manera sistemática. A saber: si existe una norma N_1 que impone especiales requerimientos para la derogación de precedentes, entonces resultaría incoherente⁶¹ que perteneciese al mismo una norma de JTDP.

Sin embargo, no se trata de una justificación especialmente convincente. En efecto, puede darse el caso de que haya una NDP que imponga especiales deberes para la derogación formal de precedentes, y que aquella conviva con una norma JTDP que establece una jerarquía material. En tal sentido, la NDP sería aplicable únicamente a las derogaciones formales, pero no a las tácitas, por lo que podría haber incoherencia, pero el sistema seguiría siendo consistente, sin contradicciones lógicas. Desde luego, no se trataría de la solución óptima, pero se podría justificar que las derogaciones formales son más radicales que los simples cambios de doctrina a lo largo del tiempo, aunque esto sea solo un expediente retórico para llevar a cabo el mismo tipo de operaciones.

- (ii) La segunda respuesta afirma que, en ausencia de norma que regule la derogación de precedentes (NDP), se deben presumir como existentes todos los precedentes dictados con base en el principio de conservación de las normas. A menos que exista una norma que

⁶¹ En concreto, generaría una antinomia impropia de tipo pragmático según la clasificación de Chiassoni. Véase Chiassoni, Pierlugi, *Técnicas de interpretación jurídica*, op. cit., pp. 303-304.

atribuya la competencia a algún órgano para derogar precedentes, entonces podríamos justificar que no hay ningún órgano competente para eliminar precedentes. De este modo, *a fortiori*, si no hay razón para afirmar que existe una NDP que conceda expresamente la competencia para derogar precedentes, a mayor razón no existiría tampoco una norma JTPD que establezca una jerarquía material con carácter derogatorio con base en el tiempo de los precedentes.

Pero tampoco esta justificación resulta plenamente persuasiva. En primer lugar, tiene un alcance bastante limitado, ya que sería aplicable únicamente para el caso en que no haya una NDP que conceda competencia para derogar precedentes. En segundo lugar porque, en lugar de razonar *a fortiori*, siempre se podría razonar *a contrario*, sosteniendo el principio de dinamicidad de los ordenamientos jurídicos modernos. En tal sentido, se podría argüir que, a falta de norma que otorgue competencia para derogar precedentes, dado el principio de dinamicidad de nuestros ordenamientos, los precedentes posteriores derogan a los anteriores porque el mismo órgano que los crea también puede derogarlos.⁶²

No existen, por tanto, razones normativas concluyentes para sostener que en un determinado ordenamiento está presente la JTPD. Tampoco resulta fácil justificar la existencia de la NDP, como veremos más adelante (*infra*, " 1. Temporalidad").

H. Resolución de conflictos entre precedentes

El panorama que arroja la descripción de los conjuntos de normas sobre el comportamiento dinámico de precedentes que rigen —podrían regir—

⁶² Cuestión diferente es cómo establecer la identidad del órgano. Parecería *prima facie* sensato pensar que la identidad viene dada por las normas que crean, e incluso las que regulan sus competencias. Sin embargo, no ha faltado quien ha pensado que la identidad depende de las concretas personas que componen el órgano. Véase, por ejemplo, la sentencia No. 1035-12-EP/20 de la Corte Constitucional de Ecuador. Para la posición contraria, véase Gascón Abellán, Marina, "Racionalidad y (auto) precedente: Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente", *Teorder*, 10, 2011, p. 250.

en nuestros ordenamientos no resulta muy esperanzadora: más allá de las concretas investigaciones por parte de los estudiosos del derecho acerca de la vigencia de la JTPD y la NDP en los concretos ordenamientos, es muy probable que nuestros ordenamientos resulten desordenados: contengan multitud de precedentes incompatibles no derogados.

No es tampoco algo que deba extrañarnos. Es práctica habitual en la cultura del *common law*, en el cual el sistema del *case law* se ha ido formando de manera paulatina y por sedimentación,⁶³ que los juristas lleven a cabo ejercicios de arqueología jurídica para desenterrar algún viejo precedente que les dé la razón para justificar su pretensión. Y si lo hacen, es porque se considera que dichas decisiones siguen siendo relevantes para las decisiones de casos posteriores.

Ahora bien, del hecho de que existan varios precedentes disponibles en contradicción, no se sigue todavía que el sistema sea caótico, o que lo sea completamente. Por el contrario, es posible que el ordenamiento jurídico sí contemple relaciones jerárquicas entre precedentes, pero sin efectos derogatorios, estableciendo únicamente relaciones de preferencia en la aplicabilidad de la *ratio decidendi*.⁶⁴ De este modo, aunque haya diferentes precedentes (es decir, *rationes decidendi*) aplicables e incompatibles, puede darse el caso de que existan criterios para resolver los casos en los que más de un precedente resulta aplicable.

Además de considerar que precedentes incompatibles pierden ambos su relevancia normativa, son dos las formas en las que se puede resolver las

⁶³ Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Madrid, Civitas, p. 14.

⁶⁴ Aquí habría que seguir a García Yzaguirre, quien distingue entre pérdida de relevancia y vulneración justificada de una norma. En el primer caso, la *ratio* del precedente no aplicada deja de serlo porque ya no regula el caso (su alcance ha sido variado de tal manera que ya no califica el caso individual); en el segundo caso, la *ratio* del precedente no aplicada no deja de ser aplicable, pero el intérprete ha creado una relación de preferencia a favor de otra norma a efectos de que sea esa la usada como premisa normativa que califica la acción. La diferencia es sustancial porque el segundo caso podría dar pie a deberes compensatorios, a diferencia del primero que no es apto para justificar ninguna consecuencia normativa aplicable al caso individual. Véase García Yzaguirre, Víctor, *Conflictos entre normas y derrotabilidad: una propuesta de análisis*, Madrid, Colex, 2022, pp. 285-93.

incompatibilidades entre precedentes. En primer lugar, se puede recurrir a métodos como la ponderación y el equilibrio reflexivo para establecer una jerarquía axiológica entre precedentes. En segundo lugar, es posible emplear los criterios tradicionales de resolución de antinomias para resolver las antinomias entre ellos.

I. Ponderación entre precedentes

Una primera forma de abordar los conflictos entre precedentes (es decir, sus *rationes*) es recurriendo a su ponderación. La ponderación es un mecanismo originalmente pensado para resolver los conflictos entre principios, pero que sucesivamente ha ido ampliando su alcance, en diferentes versiones, para dar cabida a la resolución de cualquier tipo de conflicto práctico.

En la formulación de Robert Alexy, la ponderación sirve para resolver los conflictos entre principios entendidos como mandatos de optimización (es decir, normas de cumplimiento gradual) que pueden ser sólo parcialmente satisfechos.⁶⁵ Sin embargo, ante la posibilidad de recurrir a las razones subyacentes —no sólo a los mandatos de optimización, sino de cualquier norma— se ha ampliado sucesivamente el alcance de este mecanismo (y otros similares) para resolver cualquier dilema práctico.

Ahora bien, cuando se ponderan precedentes, ¿qué es exactamente lo que se pondera? Una primera posibilidad consiste en pensar que aquello que es ponderado son únicamente las *rationes decidendi* entendidas como normas y/o sus respectivas razones subyacentes. No obstante, aunque de hecho pueda hacerse de este modo, llevar a cabo una ponderación solamente entre las *rationes* parece poco respetuoso de los valores que justifican el

⁶⁵ Para una brevísima introducción a los problemas de ponderación de principios, véase [Atienza, Manuel, "A vueltas con la ponderación", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 43-59.](#) Para un análisis sistemático de la cuestión puede verse [Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.](#)

seguimiento de precedentes. Antes bien el respeto de la(s) regla(s) del precedente(s) implicadas parece requerir que se tengan en cuenta los principios y/o razones de carácter formal o institucional que justifican las respectivas reglas del precedente, es decir, aquellas que dotan de relevancia a las correspondientes *rationes*.⁶⁶

Con todo, inmediatamente surge el problema de que no es en absoluto claro cuáles son concretas las razones que deben ser tenidas en cuenta en la ponderación entre precedentes. En efecto, en la medida en que las reglas del precedente pueden encontrar múltiples justificaciones, y no sabemos cuáles son aquellas que han de ser tenidas en cuenta a la hora de ponderar los precedentes, no es fácil establecer qué razones son relevantes y, por tanto, qué precedente ha de prevalecer.

Una lista no exhaustiva de las razones que justifica tener un sistema de precedentes incluyen los siguientes: igualdad formal, proscripción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, coherencia, eficiencia en la toma de decisiones y en su justificación, respecto de la tradición, el ideal del gobierno mixto o la jerarquía judicial. Pues bien, dependiendo de cuál sea la justificación que consideremos relevante⁶⁷ para la ponderación de precedentes, la solución del conflicto será una u otra. Ello, además, sin tener en cuenta el peso atribuido a cada una de estas justificaciones, la plausibilidad de las propias *rationes* y de otras consideraciones particulares del caso que sean consideradas relevantes para la decisión.⁶⁸

⁶⁶ Para las cuestiones relativas a la ponderación con principios formales, véase, por todos, Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2016.

⁶⁷ Como ya se ha señalado, cuáles sean los valores relevantes dependerá de cómo reconstruyan los intérpretes la justificación de las respectivas reglas del precedente. Si bien no es una actividad completamente arbitraria, el margen de discrecionalidad es amplio.

⁶⁸ Por ejemplo, si un órgano jurisdiccional se encuentra con un precedente P_1 dictado por un órgano de última instancia que contiene una *ratio* R_1 que considera una violación del derecho de propiedad la expropiación de bienes inmuebles sin indemnización, y un precedente posterior P_2 dictado por otro órgano que contiene una *ratio* R_2 que considera que en el caso en que los tienen interés cultural histórico no se requiere indemnización, dependiendo de cuáles sean los principios que consideramos que justifican emplear precedentes, las soluciones serán muy diferentes.

No estoy sosteniendo que, en el ámbito de la ponderación de precedentes, valga cualquier cosa.⁶⁹ Sin embargo, parece del todo evidente que los márgenes de discrecionalidad a la hora de establecer qué precedente debe prevalecer se elevan exponencialmente cuando los ponderamos. De hecho, quienes consideran que los precedentes han de ser ponderados suelen tener una profunda aversión hacia cualquier tipo de norma que clausure el universo de propiedades relevantes, dejando maniatado al intérprete-aplicador para considerar como relevantes nuevas propiedades.⁷⁰ Ahora bien, esta imposibilidad de reabrir el debate en cualquier circunstancia, cerrando el paso al aplicador del derecho para incorporar propiedades no consideradas, de manera previa como normativamente relevantes, está justificada en algunas de las mismas razones que justifican implantar un sistema de precedentes (y seguirlo): seguridad jurídica, igualdad formal y tradición. La clausura de los universos de propiedades relevantes satisfacen dichos valores.⁷¹

Por último, es oportuno subrayar que aquel de la ponderación es el método preferido para la resolución de conflictos entre precedentes cuando no son tomados individualmente, sino como "líneas jurisprudenciales":⁷² conjuntos de precedentes y sus correspondientes *rationes*. Sin embargo, el hecho de que tengamos líneas jurisprudenciales no parece que sea un motivo suficiente para optar por la ponderación como método de decisión,

⁶⁹ Comanducci, Paolo, "Aarnio: certezza del diritto", en *A proposito di... Note sparse sulla teoria del diritto del secondo novecento*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 13-32.

⁷⁰ Puede atribuirse dicha tesis, entre otros, a Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 135 y ss.; Bernal Pulido, Carlos, "El precedente y la ponderación", en Bernal Pulido Carlos y Bustamante, Thomas da Rosa (eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente*, Bogotá, Universidad del Externado, 2015, pp. 105-124; Camarena González, Rodrigo, "La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Bernal Pulido, Carlos et al. (eds.), *El Precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018, pp. 103-142; Sodero, Eduardo, "Sobre el cambio de precedentes", en *Isonomía*, 21, 2004, pp. 207-251.

⁷¹ Esto va a depender, en términos de Schauer, de los diferentes tipos de aplicadores del derecho que tengamos. Desde un modelo atrincherado de reglas, la incorporación de nuevas propiedades está vedada. Desde un punto de vista conversacional, se podrán incorporar nuevas propiedades en cualquier momento. Véase Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 97 y ss.

⁷² Véase nota 5.

pues siempre es posible analizar individualmente cada uno los precedentes, y observar las diferentes relaciones que se pueden establecer entre sus correspondientes *rationes*.

II. Criterios tradicionales de resolución de antinomias

La segunda opción es, presuponiendo que aquellos sean aplicables a los precedentes,⁷³ emplear los criterios tradicionales de resolución de antinomias para establecer qué *ratio decidendi* debe prevalecer: los criterios o principios de temporalidad, especialidad y jerarquía.

Ya hemos visto que es dudoso que exista en la mayoría de ordenamientos una norma que, con carácter derogatorio, establezca una jerarquía material entre precedentes por razón del momento en el que fueron dictados (JTPD). Sin embargo, de ello no podemos concluir que un tal principio esté presente en nuestros ordenamientos sin carácter derogatorio. Ahora bien, el principio o criterio de temporalidad tiene, como los demás criterios de resolución de antinomias, algunas especificidades en el ámbito de los precedentes.

Antes de pasar a analizar algunas de las especialidades que mantienen los criterios tradicionales de resolución de antinomias cuando se aplican a precedentes, es necesario tener en cuenta que podemos emplear dichos criterios en relación con diferentes entidades: la(s) *ratio(nes) decidendi*, la regla del precedente, la norma individual producto de la decisión jurisdiccional y, al menos para los precedentes interpretativos, el texto normativo que sirve como base para la interpretación. Debido a la falta de espacio y al aparato conceptual empleado, el análisis que aquí presentaré tendrá un carácter sumamente sintético.⁷⁴

⁷³ Véase Orozco Muñoz, Martín, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Navarra, Aranzadi, 2011, p. 211.

⁷⁴ Por supuesto, además de los problemas relativos a la aplicación de cada uno de los criterios, surge el problema ulterior de que sean aplicables más de uno de dichos criterios. De este modo,

1. Temporalidad

Lo primero que hay que decir respecto del criterio de temporalidad es que, más allá de que no exista una norma que establezca la JTPD, se trata de una norma contingente. Es más, es posible que la que se encuentre positivizada sea precisamente la norma contraria:⁷⁵ aquella según la cual, frente a dos precedentes P_1 y P_2 incompatibles y dictados en momentos diferentes, se prefiera el precedente más antiguo.⁷⁶ En efecto, si, como hemos visto, una de las razones para tener sistemas de precedentes es el respeto de la tradición, la seguridad jurídica y la igualdad formal, sería razonable pensar que ha de prevalecer el precedente previo, al menos para el caso *sub iudice*.⁷⁷

Pero no es la única dificultad. Aunque sea un problema no suficientemente tematizado, existe una dificultad para establecer qué momento cuenta para establecer cuál de los precedentes es posterior y cuál anterior. En efecto, los precedentes son publicados de diferentes maneras y, a veces, en múltiples ocasiones. Baste con señalar que en muchos ordenamientos primero el tribunal anuncia la resolución y sintéticamente los motivos, mientras que en otros se publican las decisiones en múltiples ocasiones.⁷⁸

aunque existan algunas relaciones de jerarquía claras entre precedentes establecidas por los criterios de resolución de antinomias, los casos en que su aplicación genera indeterminación por antinomias en concreto entre tales criterios no deben ser minusvalorados. Véase, por ejemplo, Dickman, Henry J., "Conflicts of Precedent", en *Virginia Law Review Association*, 106, pp. 1377 y ss.

⁷⁵ Tal parece ser la idea de María José Falcón y Tella (*La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 164). Para la opinión contraria en derecho español véase Ollero Tassara, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 53-57.

⁷⁶ Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, op. cit., pp. 145 y ss.

⁷⁷ De hecho, la forma más respetuosa de los valores que justifican el precedente es aquella en la que todas las derogaciones de precedentes tengan carácter prospectivo, es decir, que tengan que aplicarse al caso, aunque el precedente sea derogado para casos futuros. Para los problemas vinculados al *prospective overruling*, pueden verse Passanante, Luca, *Il precedente impossibile*, op. cit., pp. 283 ss; Marinoni, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorios*, op. cit., pp. 481 y ss.; Bustamante, Thomas da Rosa, *Teoría de los precedentes judiciales*, op. cit., pp. 425 y ss.

⁷⁸ Sobre los problemas relativos a la publicación de precedentes, me permito remitir a Núñez Vaquero, Álvaro, "Problemas abiertos sobre la publicación de los precedentes", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (España), 43, 2020, pp. 104-129.

Además, es posible que, al menos en el caso de los precedentes interpretativos, pueda ser tomada en cuenta la disposición normativa que sirve como base para la justificación de la decisión jurisdiccional. En efecto, puede darse el caso de que tengamos dos precedentes, P_1 y P_2 , haciendo cada uno de ellos, respectivamente, referencia a las disposiciones D_2 y D_1 . En tal sentido, podría argüirse que debe prevalecer el precedente que hace referencia a la disposición más reciente.⁷⁹

Finalmente, cuando lo que tenemos son decisiones que han sido recurridas y llegan a los órganos de última instancia, en el caso de que tal órgano recoja, o directamente asuma, los argumentos de alguna de las instancias inferiores, podría considerarse que la fecha relevante de la decisión es aquella en la que se dicta la primera decisión. Con todo, podría objetarse que en este caso estaríamos recurriendo no al precedente del órgano de última instancia, sino a aquel de la instancia previa.

2. Jerarquía

Uno de los criterios a los que se suele recurrir con mayor frecuencia para la resolución de antinomias entre precedentes es aquel de jerarquía.⁸⁰ Sin embargo, es preciso tener en cuenta que, al menos en los ordenamientos de *civil law*, no existe jerarquía entre los órganos jurisdiccionales. En efecto, incluso bajo las interpretaciones más minimalistas de la independencia judicial interna,⁸¹ parece que los jueces no están sometidos a disciplina ni pueden recibir órdenes de sus superiores. Si tiene entonces sentido hablar de jerarquía, ésta debe ser predicada no de los órganos, sino de

⁷⁹ Algo similar se podría sostener en relación con las respectivas reglas del precedente, es decir, en el caso de que las respectivas reglas del precedente fuesen normas expresas y estuviesen colocadas en diferentes rangos jerárquicos (materiales) del ordenamiento.

⁸⁰ Resulta especialmente llamativo que algunos autores, como Frederick Schauer, funden la obligatoriedad del seguimiento de precedentes precisamente en la existencia de una relación de jerarquía entre tribunales. Véase Schauer, Frederick, *Pensar como un abogado*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 52.

⁸¹ Véanse Núñez Vaquero, Álvaro, "¿Violan los precedentes la independencia judicial interna? Desencuentros desde la incompreensión", *Derecho PUCP*, 84, 2020, pp. 303-336; Ratti Mendaña, Florencia, "La independencia judicial y el precedente vinculante: una tensión aparente", *Revista de la Facultad* (Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho), 2021, 12, 1, Nueva Serie II, pp. 133-158.

las normas que producen dichos órganos. En particular, parece que cuando hablamos de la jerarquía entre tribunales nos referimos a las normas individuales que constituyen la parte dispositiva de las decisiones jurisdiccionales. De esta manera, sí tendría sentido emplear el criterio de jerarquía para referirnos a las normas individuales contenidas en las partes resolutivas de las decisiones que constituyen los precedentes.

Ahora bien, caben, al menos, otros dos usos del principio de jerarquía, dependiendo del objeto del que la prediquemos: la *ratio decidendi* y la regla del precedente.

Si asumimos el punto de vista de las *rationes*, no parece claro que existan relaciones de jerarquía entre aquellas, salvo que recurramos a la anterior idea de órganos jerárquicamente ordenados. Ahora bien, al menos para el caso de los precedentes interpretativos y de algunos tipos de lagunas,⁸² es posible emplear el criterio de jerarquía en referencia no directamente a las normas, sino a las disposiciones normativas en las que se basan las *rationes*. De este modo, precedentes dictados por órganos de diferente jerarquía podrían pronunciarse sobre documentos normativos de diferente rango jerárquico.⁸³ De este modo, la aplicación del principio de jerarquía nos podría llevar a diferentes soluciones.

Si intentamos aplicar el criterio de jerarquía a las reglas del precedente, es posible que sean normas de diferente rango jerárquico material, por

⁸² El criterio de jerarquía resulta aplicable, al menos a las lagunas normativas en sentido estricto y a las lagunas axiológicas parciales. Con "lagunas axiológicas parciales" me refiero aquellas que, existiendo norma que regula el caso, el intérprete considera que hay una propiedad que no ha sido tenida en cuenta, generando una laguna y eventualmente colmándola posteriormente.

⁸³ Un caso especialmente controvertido a este respecto se produce en relación con la difusión del control de convencionalidad con base en la Carta Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, ya han sido varios los órganos de primera y segunda instancia que han aplicado directamente dicho documento normativo, incluso en contradicción con precedentes interpretativos constitucionales de órganos de última instancia. El caso resulta especialmente complicado porque no está claro si existe una relación de jerarquía, ni de qué tipo, entre las disposiciones de derecho interno y aquellas de derecho internacional regional de derechos humanos. Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre el oso Chucho (Sentencia SU016/20).

lo que se podría justificar que se ha de seguir el precedente cuyo funcionamiento esté regido por una norma jerárquicamente supraordenada. Sin embargo, es importante recordar que, en muchas ocasiones, las normas que gobiernan el uso de precedentes son implícitas, por lo que no es fácil determinar su rango jerárquico.

3. Especialidad

El tercer criterio tradicional para la resolución de antinomias es el de especialidad. Sin embargo, antes de adentrarnos en las peculiaridades que adopta tal criterio en el ámbito de los precedentes, es preciso señalar que entre dos normas se pueden dar diferentes relaciones de especialidad.⁸⁴ En efecto, es posible establecer la relación de especialidad con base, al menos, en la acción regulada, los destinatarios de las normas, la calificación normativa y consecuencia asociadas.⁸⁵

Además, es preciso tener en cuenta que podemos predicar el criterio de especialidad de diferentes normas, pero también de los órganos que dictan los precedentes. Desde el punto de vista de las normas, es posible predicar relaciones de especialidad con base en las *rationes* de los precedentes, pero también es posible predicar relaciones de especialidad entre las normas individuales y las reglas del precedente que rijan el funcionamiento de los respectivos precedentes.

Desde el punto de vista de los órganos, es posible establecer una suerte de relación de especialidad. En efecto, es frecuente en nuestros ordenamientos jurídicos la división de los órganos jurisdiccionales en salas especializadas. De este modo, frente a dos precedentes incompatibles,

⁸⁴ Sobre los problemas relativos al principio de especialidad, Zorzetto, Silvia, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, ETS, 2011.

⁸⁵ Por ejemplo: podemos encontrarnos con una norma N_1 que establezca la obligación para los jueces de primera instancia de fundamentar todas sus decisiones con base en los criterios interpretativos del Código Civil, y una norma N_2 que otorgue un permiso para todos los jueces de emplear cualquier criterio interpretativo vigente en la comunidad jurídica en sus sentencias. Dejo al lector la tarea de establecer las relaciones de especialidad que se pueden establecer entre ambas normas.

podría preferirse aquel proveniente del subórgano especializado en la materia. Pero no se trata sólo de las divisiones en salas y secciones de los órganos jurisdiccionales: también es frecuente en nuestros ordenamientos que existan órganos jurisdiccionales de materias especializadas, sobre todo cuando éstas son sumamente complejas.⁸⁶

I. Conclusión

No debería resultarnos sorprendente que exista bastante indeterminación a la hora de establecer qué precedentes son relevantes en un determinado ordenamiento, así como qué sucede cuando nos encontramos frente a la incompatibilidad entre precedentes. Sin embargo, en el ámbito del *civil law*, una resistencia secular a reconocer relevancia normativa a los precedentes ha impedido analizar los concretos problemas que surgen de su creación y aplicación. Pese a ello, más allá de que los consideren o no como fuente del derecho, los juristas los emplean constantemente. Más vale que fijemos nuestra atención en los casos de precedentes incompatibles y su sucesión en el tiempo, o nos encontraremos frente a poderes judiciales descontrolados debido al amplísimo margen de discrecionalidad del que gozarán por dicha indeterminación.

Bibliografía

Aguiló Regla, Josep, "Fuentes del derecho", en Fabra, Jorge y Rodríguez Blanco, Verónica, (eds.), *Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. II, México, UNAM, pp. 1019-1066.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos*, Buenos Aires, Astrea, 2012.

⁸⁶ Basten como ejemplos los Tribunales Tributarios y Aduaneros y los Ambientales en Chile, o los diferentes órganos de control en diferentes ordenamientos europeos, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores o el *Garante della Privacy* italiano.

Alexander, Larry y Sherwin, Emily L., "Los jueces como creadores de reglas", *Problema*, México, UNAM, 4, 2004, pp. 127-167.

Atienza, Manuel, "A vueltas con la ponderación", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 43-59.

Barberis, Mauro, "Contro il creazionismo giuridico", *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 44, 2015, pp. 67-101.

Bernal Pulido, Carlos, "El precedente y la ponderación", en Bernal Pulido, Carlos y Bustamante, Thomas da Rosa (eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente*, Bogotá, Universidad del Externado, 2015, pp. 105-124

Bouvier, Hernán et al., "Estudio preliminar: teoría del derecho y análisis conceptual", en Raz, Joseph, et al., *Una discusión sobre teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 9-39.

Bustamante, Thomas de Rosa, *Teoría del precedente judicial*, Lima, Ediciones Legales, 2016.

Carbonell Belloio, Flavia, "Variaciones sobre el precedente judicial: una mirada desde el sistema jurídico chileno", en *Problema*, 16, pp. 9-38.

Camarena González, Rodrigo, "La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Bernal Pulido, Carlos et al. (eds.), *El Precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018, pp. 103-142.

Carcattera, Gaetano, *Norme costitutive*, Giappichelli, Torino, 2014.

Clemente de Diego, Felipe, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Granada, Comares, 2016.

Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Chiassoni, Pierluigi, "¿Los precedentes civiles son obligatorios? Consideraciones sobre el artículo 360-Bis del CPC", en *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2012, pp. 211-265.

Comanducci, Paolo, "Aarnio: certezza del diritto", en *A proposito di... Note sparse sulla teoria del diritto del secondo novecento*, Madrid, Marcial Pons, pp. 13-32.

Cross, Rupert y Harris J. W., *El precedente en el derecho inglés*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Dickman, Henry J., "Conflicts of precedent", *Virginia Law Review Association*, 106, pp. 1345-1393.

Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Falcón y Tella, María José, *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

García Yzaguirre, Víctor, *Conflictos entre normas y derrotabilidad: una propuesta de análisis*, Madrid, Colex, 2022.

Gascón Abellán, Marina, "Racionalidad y (auto) precedente: breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente", *Teorder*, 10, 2011, pp. 132-148.

Goodhart, Arthur L., "Cómo determinar la *ratio decidendi* de un caso", en Ahumada, Carolina. (ed.), *Obligatoriedad de la jurisprudencia. Seis lecturas sobre el precedente*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2020, 91-130.

Guastini. Riccardo, *La sintaxis del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Guibourg, Ricardo, *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986.

Iniesta Delgado, Juan José, *Enunciados jurídicos en la sentencia judicial*, Bologna, Colegio de España, 2003.

Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Madrid, Civitas.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México Porrúa, 2005.

Lamond, Grant, "Do precedents create rules?", *Legal Theory*, 11, 2005, pp. 1-26.

López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2001.

Marinoni, Luiz Guillerme, *Precedentes obligatorios*, Lima, Palestra, 2013.

Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002

Moral Soriano, Leonor, "Precedente extranjero ¿Diálogo o discurso?", en Gascón Abellán, Marina y Núñez Vaquero, Álvaro. (eds.), *La construcción del precedente en el civil law*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 237-256.

Moreso, Josep Joan y Navarro, Pablo, "Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas", *Isonomía*, 5, 1996, pp. 119-139.

Núñez Vaquero, Álvaro y Arriagada Cáceres, María Beatriz, "¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia?"

Un examen desde la teoría analítica del derecho, *Ius et Praxis*, 27, 1, 2021, pp. 75-94.

Núñez Vaquero, Álvaro, "Problemas abiertos sobre la publicación de los precedentes", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (España), 43, 2020, pp. 104-129.

Núñez Vaquero, Álvaro, "¿Violan los precedentes la independencia judicial interna? Desencuentros desde la incompreensión", *Derecho PUCP*, 84, 2020, pp. 303-336.

Núñez Vaquero, Álvaro, *Precedentes. Una aproximación analítica*, Madrid, Marcial Pons, 2022.

Ollero Tassara, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

Orozco Muñoz, Manuel, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Navarra, Aranzadi, 2011.

Passanante, Luca, 2018, *Il precedente impossibile*, Torino, Giappichelli, 2018.

Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Pulido Ortiz, Fabio, *Jueces y reglas*, Bogotá, Universidad de la Sabana, 2018.

Ratti Mendaña, Florencia, "La argumentación de la Corte Suprema argentina sobre cambio de precedente: del dicho al hecho", en Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (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, Santa Rosa, EdUNLPam, 2021.

Ratti Mendaña, Florencia, "La independencia judicial y el precedente vinculante: una tensión aparente", *Revista de la Facultad* (Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho), 2021, 12, 1, nueva serie II, pp. 133-158.

Sartor, Giovanni, "Il precedente giudiziale". Disponible en: <https://www.docenti.unina.it/webdocenti-be/allegati/materiale-didattico/268258>. [Consultado el 8 de mayo de 2022].

Sauca Cano, José María, *Cuestiones lógicas en la derogación de normas*, México, Fontamara, 2001.

Szabados, Tamás, "'Precedents' in EU Law-The Problem of Overruling", *Elte Law Journal*, 1, 2015, pp. 125-146.

Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Schauer, Frederick, *Pensar como un abogado*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Sodero, Eduardo, "Sobre el cambio de precedentes", *Isonomía*, 21, 2004, pp. 207-251.

Stone, Julius, "La ratio de la *ratio decidendi*", en Ahumada, Carolina (ed.), *Obligatoriedad de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2020, pp. 145-180.

Taruffo, Michelle, *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

Vergara Blanco, Alejandro, "Fundamentos y método del estudio de la conducta jurisprudencial. Ausencia del precedente vinculante en la

Corte Suprema chilena", en Núñez Vaquero, Álvaro *et al.* (comps.), *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 185-210.

Zagrebelsky, Gustavo, "Caso, regola di diritto, massima" en Visintini, G. (ed.), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, Cedam, 1988, pp. 95-108.

Zorzetto, Silvia, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, ETS, 2011.

Sentencias

Sentencia del Tribunal Supremo Español 3374/2021.

Sentencia de la *Supreme Court of the United States of America*, *U. States vs. Carolene Products* de 1938.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-970/2014, de 15 de diciembre.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia SU016/20

Sentencia del Consejo de Estado de Colombia 2018-00934 de 2021.

Sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador No. 1035-12-EP/20.

**La transformación de la "jurisprudencia"
tradicional en el "precedente"
contemporáneo: hacia una historia
regional entrelazada de las fuentes del
derecho en América Latina**

Diego López Medina*

* Diego López Medina es investigador jurisprudencial del Centro de Estudio Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes en Bogotá, Colombia. Doctor en Derecho (SJD) de la Universidad de Harvard; maestro en Derecho (LL.M.) de la Universidad de Harvard. Abogado y Filósofo de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

SUMARIO: A. Planteamiento general del problema: la función normativa de la jurisprudencia en América Latina; B. Legocentrismo: la desconfianza frente a los jueces y jurisprudencia en la tradición liberal franco-latinoamericana; C. La "jurisprudencia constante" en Francia y su influencia en América Latina; D. El concepto de "doctrina legal" en el derecho judicial español; E. La "doctrina legal" viaja a las Américas: el nacimiento del poder jurisprudencial de las Cortes Supremas en la región; F. "Cinco ejecutorias uniformes": formación y estabilización del concepto tradicional de jurisprudencia en México (1882-2021); G. La jurisprudencia en el derecho colombiano (1886-1995): ¿"doctrina legal" o "sistema libre"?; H. La escena contemporánea: de la "jurisprudencia" al "precedente judicial" (1995-2022 y más allá). I. Conclusión.

A. Planteamiento general del problema: la función normativa de la jurisprudencia en América Latina

Los sistemas jurídicos de América Latina, neorromanistas, francófilos y positivistas por filiación, han asumido tradicionalmente que: i) los jueces meramente aplican la ley, sin crearla, ii) que los pronunciamientos judiciales son importantes para ilustrar las normas positivas sólo cuando éstas excepcionalmente pueden ser consideradas oscuras o ambiguas, iii) que la obligación judicial de fallar conforme a derecho se cumple exclusivamente mediante la obediencia a alguna regla clara o evidente establecida por el legislador y iv), como corolario de lo anterior, que los jueces están atados a la ley pero son, en términos generales, "independientes" frente a las sentencias judiciales con las que se han fallado casos anteriores. La jurisprudencia, en ese sentido, ha sido tradicionalmente considerada como una fuente "secundaria" o "auxiliar" del derecho que sólo opera en casos de silencio de la fuente primaria. Como resultado de estas convicciones básicas, v) el derecho se enseña en las escuelas como un

cuerpo complejo de reglas primordialmente establecidas en normas jurídicas positivas de naturaleza legislativa y, además, frecuente e idealmente codificadas; por esta misma razón, pues, el derecho judicial es escasamente conocido y estudiado ya que no resulta de fácil acceso, se encuentra pobremente ordenado y sistematizado y, en fin, no se le da mayor importancia cultural como fuente de conocimiento del derecho vigente. El mensaje implícito de esta posición es, entonces, que el derecho legislado es superlativamente exitoso en la transmisión de órdenes y reglas precisas y coherentes, y que las texturas abiertas, ambigüedades, indeterminaciones o contradicciones de la ley escrita son excepcionales. Con ello se mantiene una idea cultural según la cual los jueces no toman decisiones (puesto que ellas ya han sido definitivamente tomadas en los textos legales de alguna forma) y, por tanto, no participan en el proceso de creación del derecho.

A partir a esta contundente primacía histórica del derecho legislado y codificado, la jurisprudencia de los tribunales de cierre de los sistemas jurídicos latinoamericanos se concentra, todavía en muchos países, en expedir fallos concretos. En este sentido, la jurisprudencia es tradicionalmente usada para cerrar de manera definitiva contenciones jurídicas en torno a casos concretos que se presentan ante la judicatura. Con esta concepción, la jurisprudencia tiene valor meramente "interpartes"; sin embargo, como sabemos, en la experiencia histórica y comparada, la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre también puede ostentar un valor más amplio y sistémico. Su propósito no se encamina tanto a la resolución del caso concreto sino a la fijación de doctrina jurisprudencial con vocación de universalización que ayude, por ejemplo, a resolver desacuerdos interpretativos entre los jueces y tribunales de instancia, a llenar vacíos o problemas de aplicación de la ley no previstos por el legislador, a conciliar potenciales contradicciones o antinomias que surgen al interior de sistemas jurídicos cada vez más complejos o, finalmente, a resolver problemas de balanceo, ponderación y jerarquización de intereses y derechos que surgen de la aplicación de la plenitud del

sistema jurídico pero que no reciben respuestas obvias o concluyentes a partir de los puros textos legislados.

La visión tradicional de la adjudicación y del papel de la jurisprudencia sigue siendo dominante en muchos países latinoamericanos que no reconocen su función sistémica y que, en general, limitan su papel a la función específica de dirimir pleitos y casos específicos. Esto es cierto, por ejemplo, en los países centroamericanos y en la comprensión teórica de los sectores jurídicos y judiciales más conservadores de todo el continente. Fundamentan esta visión en una imagen excesivamente constreñida y parcializada de la función adjudicativa en la que se subraya la importancia del principio de legalidad. A este exceso, los autores críticos lo han denominado "legocentrismo" o, incluso, "fetichismo legal". Esta primacía de la legalidad, que no deja de ser importante, se entroniza, sin embargo, con costos muy altos para otros valores fundamentales de la función judicial contemporánea. Una visión acrítica del principio de legalidad y de su contracara, la teoría mecánica de la adjudicación, i) oscurece la naturaleza dialéctica de la argumentación judicial; ii) reduce de manera muy significativa la transparencia de los argumentos y las complejidades en las que se hacen ponderaciones entre derechos e intereses enfrentados, negando tal complejidad y escondiéndola bajo el principio de legalidad; iii) socava la responsabilidad social y política que los jueces tienen que asumir en la toma de decisiones en casos que son intrínsecamente difíciles o en los que el principio de legalidad no puede cerrar, por sí solo, las controversias sociales sobre la dirección y sentido en que el derecho debe resolver dichas situaciones; iv) se formaliza excesivamente la jurisprudencia de los órganos de cierre, lo que genera una hipertrofia del derecho de casación (o de otras expresiones de ritualismos procesales) en detrimento del derecho sustantivo y de su interpretación; v) se invisibiliza o reduce el papel de la Constitución y de los derechos fundamentales y humanos en la adjudicación contemporánea, y, finalmente, como consecuencia de todo lo anterior, vi) se termina negando el papel efectivo que tiene la jurisprudencia como fuente del derecho y mecanismo poslegislativo de discusión y armonización social y política de criterios jurídicos intrínsecamente controversiales.

Pero esta posición ha dejado de ser monolítica en América Latina en el último cuarto de siglo (1995-2021). En varios países de la región, el derecho formal y las prácticas judiciales han empezado a reconocer y validar un nuevo papel sistemático de la jurisprudencia como fuente del derecho. Se ha llegado a reconocer entonces el nuevo papel de "precedente" que tiene la jurisprudencia y con ello se ha aumentado de forma significativa el peso de esa fuente del derecho frente a la teoría tradicional. Este cambio, además, se ha dado en un proceso dinámico de "contagio" normativo en la región: Brasil¹ y Colombia,² quizás, iniciaron repensando sus propios sistemas de "jurisprudencia auxiliar" en la década de 1990, y esa reflexión se ha traspasado y continuado en los países andinos (Ecuador³ y Bolivia,⁴ no tanto en Perú)⁵ con unos pocos años de diferencia. En 2021, en un evento más reciente, México⁶ también ha dado un paso fundamental para reconocer un papel ampliado del "precedente vinculante" en el derecho federal.

Otros países, sin embargo, han mantenido cierto aislamiento cultural y político de esta tendencia regional. Así, por ejemplo, la inercia conceptual e histórica del legalismo tradicional del siglo XIX continúa siendo muy dominante en los países centroamericanos; el "centralismo democrático"

¹ Oliveira Silva, Beclaute y Medeiros Valente de Lima, Bruna, "Vinculação do precedente no Brasil: análise normativa", *Revista Brasileira de Direito Processual*, año 26, núm. 103, pp. 63-85, 2018.

² Bernal, Carlos, "El precedente en Colombia", *Revista Derecho del Estado*, núm. 21, pp. 81-94, 2008. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/493>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

³ Bazante, Vladimir, *El precedente constitucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.

⁴ Calderón, Carlos, *La importancia de la jurisprudencia y el precedente en el sistema de justicia boliviano*, Sucre, Imprenta grafica Chucamanis, 2020. Disponible en: <https://obs.organojudicial.gob.bo/assets/archivos/publicacion/526f08abb3357d64333ca45a86eb842e.pdf>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

⁵ García, Domingo, "Los orígenes del precedente constitucional en el Perú", *Ius Inkarrí: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma*, núm. 9, 2020. Disponible en: <https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarrí/article/view/3679>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

⁶ Diario Oficial de la Federación (DOF), Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación, 11 de marzo de 2021. Véase el análisis de Negrete, Michael, *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*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.

del constitucionalismo revolucionario de Venezuela ha inhibido la afirmación del poder independiente de los jueces,⁷ y, finalmente, los países del Cono Sur (Argentina, Uruguay, Paraguay y Chile) han conservado también una cierta ortodoxia legalista si se les compara con las renovaciones ocurridas en los países andinos del norte del continente y, más recientemente, en México.

El objetivo de este artículo es mostrar, con algún nivel de detalle, la historia regional de una tendencia jurídica contemporánea en que la "jurisprudencia auxiliar" ha pasado a convertirse en "precedente vinculante". Como se verá, ésta no es una historia de la transición del *civil law* al *common law* como usualmente se asume. Se trata, más bien, del desarrollo regional y de la "criollización" de conceptos jurídicos del norte global que han sido lentamente transformados hacia una noción más eficaz del "precedente" como fuente de derecho. Mostraré cómo los sistemas jurídicos de la región han seguido, en general, algunas rutas prototípicas en el desarrollo del papel de la jurisprudencia y, con ella, de la función constitucional de sus cortes de cierre. Estos patrones se han alimentado de insumos comunes en un espacio abierto de trasplantes entre "sitios de producción" y "sitios de recepción". El uso local de estos insumos comunes ha ocasionado divergencias y convergencias que serán también descritas en el artículo y que constituyen una verdadera "historia entrelazada" en la que se comparten un grupo básico de conceptos e ideas que se mezclan de diferentes maneras y que, como se ha dicho, han generado diferentes rutas institucionales para los países de la región dentro de un rango más bien reducido de opciones. El tema de las fuentes del derecho está usualmente abocado en estudios nacionales sin mayor perspectiva comparada: el objetivo de este artículo es ofrecer una "historia entrelazada" del tema⁸ en América Latina que nos permita tener puntos comunes de referencia,

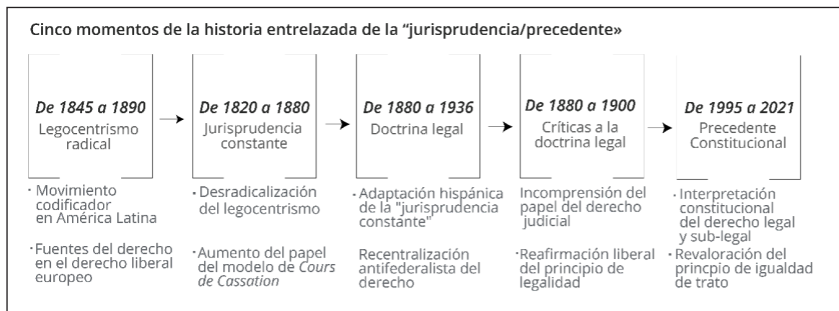
⁷ Brewer-Carías, Allan, *La demolición de la autonomía e independencia del poder judicial en Venezuela 1999-2021*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2021.

⁸ El historiador Álvaro Caso aporta una motivación historiográfica en su artículo "Sobre historias entrelazadas y otras conexiones", *Humanidades: Revista De La Universidad De Montevideo*, núm. 3, 2018, pp. 9-22. Disponible en: <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistahumanidades/article/view/199>. [Consultado del 22 de septiembre de 2022].

contacto y diálogo con ocasión de la reciente reforma judicial mexicana y de los desafíos que su implementación concienzuda presentará en los próximos años.

A partir de una matriz de conceptos comunes traídos de Europa y criollizados en los propios contextos locales, es posible intentar una historia entrelazada de las fuentes del derecho. Esos conceptos básicos comunes son los siguientes.

Figura 1. Cinco momentos de la historia entrelazada de la "jurisprudencia/precedente"



Fuente: Elaboración propia

B. Legocentrismo: la desconfianza frente a los jueces y jurisprudencia en la tradición liberal franco-latinoamericana

En la historia del derecho latinoamericano la expedición de los códigos civiles tiene una importancia histórica estructural. Con ellos se señaló el inicio o la profundización de la soberanía jurídica a la que aspiraban los nuevos estados independientes del poder colonial español. De igual forma, en dichos códigos se incorporaron elementos fundamentales de la cultura jurídica liberal europea del siglo XIX que siguen siendo centrales en las concepciones contemporáneas aún vigentes en la región. El liberalismo jurídico, por regla general, encontró expresión muy marcada en el Código Napoleón y en los otros instrumentos legislativos expedidos en Europa,

que bebieron de esa misma fuente ideológica y que luego ejercieron influencia en la construcción de los sistemas jurídicos y judiciales de las jóvenes repúblicas hispanoamericanas. Con relación al papel de los jueces, el Código Civil francés de 1804 tenía una visión política muy clara, encarnada en varias de sus disposiciones:

Article 4: Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

Article 5: Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.

Article 6: On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.

La recepción de la esta teoría liberal de la adjudicación se hizo en la región de forma lenta (pero muy profunda) a lo largo de los siglos XIX y XX. En una primera ola de recepción de la nueva legalidad francesa en el Caribe, Haití, en 1825, y luego la República Dominicana, en 1845, adoptaron directamente el Código francés (sin traducción, en *français*) como derecho nacional vigente. La traducción al castellano (necesaria para el caso de la República Dominicana) habría de esperar casi 60 años (hasta 1884), cuando los artículos 4, 5 y 6 recibieron la siguiente para el Código de la parte española de la isla:

Art. 4.- El juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia.

Art. 5.- Se prohíbe a los jueces fallar por vía de disposición general y reglamentaria las causas sujetas a su decisión.

Art. 6.- Las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres no pueden ser derogadas por convenciones particulares.

Versiones posteriores del legalismo liberal francés en la región recogieron en términos generales la misma ideología de la función judicial a pesar de que algunos autores han tratado de hablar de una "maduración" o "criollización" del proceso codificador.⁹ Alejandro Guzmán Brito ha argumentado que, luego de estas traducciones más o menos directas del Code Civil en el Caribe, se inició a mediados del siglo XIX un proceso de codificación endógena en países como Perú (1852) y Chile (1855). Cualquiera que sea el valor de esta opinión, lo cierto es que la ideología judicial liberal del Código Civil no recibió cambio o matización alguna en esta segunda oleada de codificaciones civiles nacionales. El proceso de criollización de la codificación no implicó una diferenciación significativa en la visión de la función del juez en la región: antes, por el contrario, la confirmó.

En esta segunda ola de códigos civiles también se evidencia la presencia clara del ideal montesquiano de juez que debe proteger la legalidad en la resolución de los casos individuales. Con esta teoría de la adjudicación se niega cualquier papel que el juez pueda tener en la creación del derecho; en consecuencia, estos códigos también niegan, como lo hiciese el artículo 5 del francés, el potencial valor "general" y "reglamentario" de la jurisprudencia. Con ello, pues, se generó la idea de que las sentencias de los jueces sólo tenían efectos *inter partes* y que, por lo tanto, no podían generar reglas judiciales de derecho válidas *erga omnes*.

Así, por ejemplo, el Código Civil de Chile de 1855, redactado por don Andrés Bello y adoptado luego por varios países de la región,¹⁰ también

⁹ Véase al respecto el libro Guzmán Brito, Fernando, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Madrid, Aranzadi, 2006.

¹⁰ La difusión del Código de Bello empezó en Chile en 1855 y rápidamente se extendió por la periferia. Muchos países lo recibieron e implementaron literalmente mientras que otros, como es natural, le hicieron ajustes según su derecho interno, Colombia fue uno de los primeros en adoptarlo. El Cono Sur fue el que más receptibilidad tuvo del Código de Bello, sin embargo, estudios sobre su influencia ha determinado que algunos países han recibido algún influjo como Portugal en 1867, Angola y Mozambique. Véase Guzmán, Alejandro et. al., *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias: Escritos en conmemoración del bicentenario del código civil francés*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2004. También, Bravo Lira, Bernardino, "La difusión del código civil de Bello en los países de Derecho castellano y portugués", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 7, pp. 71-106. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/126621>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

recogió una visión de la función judicial en la que, por un lado, se resaltaba una enorme confianza en la capacidad de la ley de coordinar el comportamiento social y, por el otro, se mostraba una muy marcada antipatía frente al papel interpretativo de los jueces. En el artículo 5 del Código Napoleón, como ya hemos visto, se le prohibía a los jueces "fallar por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas sujetas a su decisión".¹¹ El Código chileno incluso muestra con mayor claridad el sentido político de la original prohibición francesa. La concatenación de sus tres primeros artículos es un ejemplo señero de la ideología liberal, legalista y antijudicialista de la cultura jurídica liberal de la posrevolución:

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

Art. 2. La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.

Art. 3. 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.

Como se ve en estos textos, la ley tiene predominancia decisiva frente a la costumbre y a la jurisprudencia, a las que concibe como fuentes del derecho en potencial competencia y a las que pretende sujetar. En la Francia prerrevolucionaria la costumbre y la jurisprudencia eran formas de creación del derecho propias del detestado *ancien régime*. Los códigos posrevolucionarios, por tanto, prohíben su utilización como fuentes de derecho e impiden que éstas usurpen la voluntad general soberana que sólo se puede expresar por medio de la Ley. En especial, a la costumbre

¹¹ Según las voces de la traducción dominicana de 1884.

y a la jurisprudencia se les acusaba de tan sólo representar voluntades políticas particulares (de la aristocracia feudal o de la nobleza de toga) y, por tanto, tendían a preservar derechos provenientes del estatus propio de sus intereses políticos, violando así las máximas de generalidad, impersonalidad e igualdad propias del nuevo derecho. Estas fuentes del derecho, pues, eran consideradas reaccionarias y se buscaba anular su capacidad de obstaculizar el desarrollo del nuevo derecho democrático de base exclusivamente legal. Aunque las condiciones jurídico-políticas de la América hispana no eran idénticas a las de Francia, lo cierto era que el gobierno colonial español se expresó a través de instituciones en las que, como la Real Audiencia, se mezclaban funciones administrativas y judiciales que hicieron igualmente detestable, a los ojos de los revolucionarios americanos, el papel de los jueces y de sus decisiones. Mientras que en Inglaterra los jueces eran parte de la revolución constitucional contra el poder absolutista del monarca, en Francia y en España el Poder Judicial era parte de tal despotismo, por lo menos ante los ojos de los revolucionarios.¹²

El juez colonial español pudo así caer en la misma situación de descrédito general con la que los ilustrados franceses fustigaron a los *parlements* franceses. Estas tenuous, aunque plausibles, similitudes políticas hicieron factible la recepción y trasplante de esta prestigiosa y muy dominante teoría liberal de la adjudicación que constituía un elemento central de la ideología política contenida en la doctrina ilustrada de la época. Libros como *El contrato social* de Rousseau, *El espíritu de las leyes* de Montesquieu y *De los delitos y de las penas* de Beccaria y, luego, el derecho positivo francés, están embebidos de esta visión del papel de los jueces que, en consecuencia, terminó siendo altamente influyente en la creación de los tempranos derechos poscoloniales en toda la América Latina.

Es por esta razón que varios códigos de la región fueron adoptando en cadena una disposición normativa en la que se buscaba disminuir o

¹² North, Douglass, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

anular el poder de los jueces para crear derecho. Así, por ejemplo, el artículo 3 del Código Civil de El Salvador de 1859 ordenó, acogiéndose tan sólo el primer inciso del artículo 3 del Código Bello, que "[s]ólo al legislador corresponde explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio". Idéntica disposición es recogida en el artículo 3 del Código Civil de Honduras de 1880. De igual forma el artículo 17 del Código Civil de la Federación colombiana (de 1872) dispuso que "[l]as sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria".¹³

Lo más importante, sin embargo, no son los textos positivos adoptados en los diferentes países de la región. Baste un ejemplo: aunque el Código de Nicaragua de 1880 tuvo la misma influencia general del chileno de Bello, su texto no incorporó los artículos preliminares que venían de la tradición francesa y en los que se daba expresión a la teoría liberal de la adjudicación que se viene describiendo. Esta omisión, sin embargo, no resultó determinante: con norma o sin ella, los nicaragüenses también recibieron y aceptaron el clima ideológico general dominante en la época. El trasplante y la recepción de la ideología judicial francesa no requirió de la adopción de normas expresas: ella constituía, en realidad, la atmósfera cultural de la época que se impuso, bien sea a través de su recepción formal o a través de procesos de aculturación más difusos. La jurisprudencia era vista con recelo como fuente del derecho y se esperaba que la función judicial funcionara de manera silogística, deductiva y mecánica con el propósito de salvaguardar la soberanía legislativa al tiempo que se extirpaba la posibilidad de arbitrariedad judicial. El liberalismo jurídico francés, así no se hubiera sido positivizado explícitamente (como en efecto no ocurrió en Nicaragua), era la ideología judicial compartida por las élites jurídicas latinoamericanas del siglo XIX.

¹³ Como lo puede observar el lector, la norma colombiana es una mezcla de la fraseología contenida en el artículo 5º del Código francés y del 3º del chileno.

A pesar de este origen aparentemente remoto, la persistencia de estos imaginarios se extiende de manera muy clara hasta el presente. La indagación hecha hasta ahora, por tanto, no tiene interés meramente histórico o de anticuario. El liberalismo jurídico y judicial del siglo XIX también tiene expresión en los siglos XX y del XXI. Constituye, por tanto, historia del presente que todavía determina, en buena medida, el papel y la función de los jueces latinoamericanos y, en especial, de sus cortes de cierre. En los países donde se adoptó la prohibición de que los jueces fallaran por vía general y reglamentaria (por ejemplo, en Haití, República Dominicana, Chile, El Salvador, Honduras, Ecuador y Colombia) hay que reparar que tales textos son todavía derecho vigente que han soportado admirablemente los embates del tiempo y los cambios en ideología sobre la función judicial. En los países donde la norma no se adoptó de forma expresa, la teoría liberal de la adjudicación es ideología todavía actuante y dinámica en la manera de comprender efectivamente el derecho. Pero ésta es, en realidad, tan sólo la primera mitad de la historia.

C. La "jurisprudencia constante" en Francia y su influencia en América Latina

La otra mitad de la historia, mucho menos conocida pero no por ello menos influyente, es la siguiente: la posición marcadamente "antijurisprudencial" y "antijudicialista" del legocentrismo francés fue modificándose con el tiempo en la misma Europa continental. Ya desde la mitad del siglo XIX los franceses empezaron a reconocer el potencial valor cognitivo de la *jurisprudence constante* que los tribunales iban formando con sus fallos; al mismo fenómeno se le denominó en España y sus códigos civiles liberales bajo el concepto de "doctrina legal".¹⁴

¹⁴ Véanse, al respecto, De Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, Londres, Cavendish 1999, p. 245; Fon, Vincy y Parisi, Francesco, "Judicial precedents in civil law countries: a dynamic analysis", *George Mason University. Law and Economics Research Paper*, núm. 04-15, 2004.

Estas nuevas expresiones contenían un cambio muy importante en el concepto del derecho que el legalismo liberal había instaurado en estos dos países europeos. La interpretación radical del principio de legalidad apostaba a que *todos los casos* podían ser resueltos por el juez en estricta y literal obediencia de alguna disposición legal. Sin embargo, la práctica forense fue haciendo visible con los años que, de hecho, muchos casos no podían resolverse con exclusiva referencia a la ley: los códigos tenían muchos más vacíos, ambigüedades, contradicciones y choques de intereses y derechos de lo que preveía el ideal ilustrado de la codificación omni-comprehensiva. De la misma forma el odio revolucionario frente al valor normativo de la jurisprudencia (fundamentado en estrictas razones político-constitucionales) resultaba excesivo desde el punto de vista del crecimiento técnico y orgánico del derecho hacia situaciones imprevistas por el legislador y, en general, hacia los múltiples puntos contenciosos y controversiales que la práctica forense iba abriendo con el tiempo. Contra el espíritu revolucionario del legalismo y de la estricta exégesis de textos, se empezaba a aceptar con lentitud que la jurisprudencia podía, según primero se dijo, suplir criterios para casos que no estaban regulados explícitamente y, luego con mayor audacia, "crear derecho" sin que ello significara usurpar indebidamente la función legislativa. Esta constatación permitiría, con el tiempo, una cierta rehabilitación del valor normativo y del significado político de la jurisprudencia.

Según estos nuevos conceptos, la interpretación reiterada que hiciera la Corte de Casación sobre un mismo punto de derecho constituía autoridad persuasiva (en Francia) o incluso llegaba a obligar (en España) a los jueces inferiores. En las nuevas reglas de procedimiento civil españolas establecidas en 1855, la violación de la doctrina legal por el juez inferior fue declarada causal suficiente para casar el fallo de instancia. No se trataba de que los jueces tuvieran la obligación de decidir el caso de la misma manera como se habían decidido casos anteriores. La doctrina legal no era, en ese sentido, el mismo *stare decisis* que se había desarrollado

ya por esta época en la tradición anglo-sajona.¹⁵ Se trataba más bien de obligar a los jueces inferiores a respetar el sentido o significado abstracto (esto es, sin relación con hechos concretos) que la Corte de Casación había dado a una disposición legal o a un concepto jurídico de manera constante: era, pues, una forma de respeto conceptual al sentido fijado para la norma en varias sentencias. En el *stare decisis* anglosajón, en cambio, el énfasis se daba a la idea de que casos iguales se fallaran de manera igual a los casos ya fallados. Por tanto, en el *stare decisis* hay menos necesidad de respetar la definición interpretativa o normativa del caso anterior, pero mayor apremio a decidirlo de igual manera si sus hechos son análogos.

Con esta recuperación paulatina de la fuerza normativa de la jurisprudencia empiezan a prepararse y publicarse en Francia y otros países europeos "colecciones" o "compendios" de jurisprudencia que, poco a poco, se van tornando indispensables en el trabajo diario de los abogados y de los jueces. La utilización forense de la jurisprudencia crece de manera notoria de la mano de la amplia disponibilidad que las sentencias empiezan a tener con estas formas de difusión. El propósito de estas colecciones consiste en ofrecer el criterio constante que los tribunales se han formado sobre un cierto concepto jurídico ya que empieza a aceptarse que tales doctrinas tienen fuerza persuasiva innegable frente a la creciente complejidad del sistema jurídico. Así, en Francia, se publica desde 1827 el *Recueil* de sentencias de Armand Dalloz bajo el título de *Jurisprudence générale du Royaume : en matière civile, commerciale et criminelle ou journal des audiences de la cour de cassation et des cours royales*. El mismo autor publica en 1835 el *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence*. En el prefacio de la obra, Dalloz alerta que ya resulta difícil para los juristas de la época encontrar las soluciones adecuadas a los casos que se les presentan debido a la creciente dispersión de opiniones jurisprudenciales y doctrinales. Tal estado de cosas requiere

¹⁵ El principio de *stare decisis* es también producto del siglo XIX. Al respecto, véase Glenn, Patrick, *Legal Traditions of the World*, Londres, Oxford, 2000, pp. 226-229.

el nuevo esfuerzo de sistematización de la jurisprudencia que Dalloz emprende en estas obras. Estas manifestaciones revelan que ya temprano en el siglo XIX la nítida ideología legalista de la codificación francesa estaba haciendo agua en el mar cada vez más bravío de una creciente complejidad doctrinal y jurisprudencial.

Esta gran empresa de Dalloz (tanto en sentido intelectual como comercial) terminaría por consolidarse en 1845, cuando aparece el *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*.¹⁶ Éste, tanto en sus aspectos teóricos como comerciales, tendría pronto un análogo funcional en España: José María Pantoja publicará entre 1867 y 1884 el *Repertorio de la jurisprudencia civil española, ó Compilación completa, metódica y ordenada por orden alfabético de las diversas reglas de jurisprudencia sentadas por el Tribunal Supremo de Justicia*.¹⁷ El énfasis de estas obras era doble: se aceptaba y presentaba la jurisprudencia para uso de los abogados pero, al mismo tiempo, se pretendía ordenarla o sistematizarla. Ya era claro, en ese entonces, el hecho de que la jurisprudencia es una fuente útil de derecho pero que, sin la adecuada sistematización, es prolija, dispersa y potencialmente contradictoria. Los primeros editores de referencia jurisprudencial, pues, ya se preguntaban cuáles eran los métodos de organización y sistematización de los fallos judiciales que los hicieran realmente aprovechables en la argumentación jurídica.

La empresa recopiladora de Dalloz en Francia y de Pantoja en España encontraría, con el paso del tiempo, émulos en América Latina. En Colombia, por ejemplo, en 1864, Secundino Álvarez ya está advirtiendo a la cultura jurídica local la necesidad de leer con cuidado la jurisprudencia como forma de complementar los vacíos necesariamente existentes en el derecho nacional. En un escrito titulado "Decisiones judiciales o estudios

¹⁶ *Bureau de la Jurisprudence générale du royaume*, 1845-1873.

¹⁷ Imprenta de la Revista de la Legislación, Madrid.

sobre el derecho patrio", Álvarez reprende a la cultura jurídica nacional al notar que el derecho patrio no había tenido

un solo Espositor ni un simple Comentador. En nuestros archivos se encuentran doctrinas preciosas, decisiones admirables, en que resalta un criterio jurídico tan exacto y tan perfecto, que para nada necesita ir a mendigarse del foro francés —el más justamente afamado sin duda; pero todo yace en el olvido más deplorable, si ya no es también en la incuria i en el desgreño más completos. Obtenida una decisión en un negocio cualquiera, surte sus efectos de actualidad[...] i luego va a confundirse en el voluminoso caudal de expedientes de un archivo, sin dejar la más pequeña huella luminosa para que encamine al litigante que viene después, o aparte del mal sendero al que vaya extraviado, o contenga las pretensiones absurdas o temerarias del ignorante y malicioso, u obligue al juez voluntarioso a mantener i respetar las tradiciones de la lei.¹⁸

Como se ve, Pantoja está tratando de argumentar con cautela que detrás de los múltiples fallos con efectos *inter partes* se esconden doctrinas con un potencial general y sistemático para contener al *juez voluntarioso*, para orientar a los litigantes, en fin, para crear memoria jurídica que permita recoger *la pequeña huella luminosa*. Como ha ocurrido con Dalloz en Francia o Pantoja en España, la afirmación de Álvarez no es gratuita. La razón última de su argumento apunta a conseguir suscriptores que puedan sufragar por anticipado "diez pesos sencillos" para poder pagar los costos de impresión de su obra.¹⁹ La oportunidad de negocio, sin embargo, sólo es posible frente a un cambio fundamental de perspectiva teórica en el derecho:

¹⁸ Álvarez, Secundino, "Decisiones judiciales o estudios sobre el derecho patrio". Biblioteca Nacional de Colombia, Fondo Pineda n.º 815, Folio 40, 1864. En la cita se ha conservado la ortografía de la época. Obsérvese como utiliza en el texto el concepto de "doctrina" de manera muy técnica. Es preciso notar, de otro lado, que gran parte de la jurisprudencia de las altas cortes en América Latina, casi siglo y medio después, todavía sufre el lamentable destino contra el cual advertía Álvarez tan severamente.

¹⁹ A lo que agrega: "Precio excesivamente módico atendida la extensión i calidad de la obra[...]". Álvarez, Secundino, *op. cit.*

Millares de las cuestiones que ocurren frecuentemente en los juzgados i tribunales de los Estados, aún no pueden decidirse exclusivamente de conformidad con las disposiciones de los Códigos modernos [...]. Para estos casos es entonces de un grande interés social una colección de decisiones judiciales, que irradiarán —por decirlo así— una gran luz en el campo del foro, i que ayudarán eficazmente a formar —por comparación— el juicio de los tribunales.²⁰

Álvarez entiende perfectamente, conforme a la tradición jurídica francesa, que "[l]as *decisiones judiciales*, es verdad, no son un canon ni aun para casos idénticos". De todas formas, continúa:

[...] un cuerpo de *doctrina* basada en hechos reales, de naturaleza siempre diversa, revestidos de caracteres siempre cambiantes —a nuestro modo de ver— no puede menos que ofrecer una grande utilidad en las diferentes situaciones de la vida del hombre, en que por cualquier evento haya de ponerse en contacto con la siempre temible rejion del intrincado foro.²¹

La propuesta de Álvarez ya muestra que algunos juristas latinoamericanos de vanguardia estaban conectados con los cambios que en la práctica sufría el valor de la jurisprudencia en la Europa de la época. Los franceses habían empezado desde hacía varios años a sistematizar y publicar los resultados de su jurisprudencia otorgándoles gran fuerza persuasiva, aunque sin variar formalmente su papel dentro del sistema de fuentes. El artículo 5 del Code seguía vigente y todavía irradiaba su enorme peso ideológico. A pesar de ello, podría decirse que el valor de la jurisprudencia francesa estaba aumentando por vía de la cultura forense práctica. Su autoridad persuasiva iba así en aumento en la medida en que los operadores jurídicos podían usar las sentencias en labores cotidianas de argumentación. Tal era el núcleo de la noción de *jurisprudence constante*.

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

La "doctrina legal" fue, pues, el concepto específico bajo el cual España y América Latina empezaron a medirle el pulso a la "jurisprudencia constante" de sus tribunales. Tan importante llegaría a ser tal *jurisprudence constante* en Francia que a finales del siglo XIX gran parte del nuevo derecho francés era verdaderamente judicial, como lo señalan de manera concluyente François Geny o León Duguit.²²

D. El concepto de "doctrina legal" en el derecho judicial español

Los españoles, como hemos visto, habían empezado a hablar de una noción de "doctrina legal" que encontró cabida, primero, en la legislación procesal civil y luego en el Código Civil de 1889. En el artículo 1.6 de esta última norma se afirma que "[l]a 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". En esta norma ya se deja ver que la desconfianza en la jurisprudencia como fuente de derecho estaba ya cediendo de forma considerable. Mientras que la posición clásica francesa negaba valor alguno a la jurisprudencia, el Código Civil español de 1889 ya aceptaba su papel "complementario" en la interpretación y aplicación de la ley. El cambio parece sutil, pero en realidad reflejaba un acontecimiento cultural en la vida del derecho euro-latinoamericano.

El aumento del papel de la jurisprudencia, pues, llegó a América Latina a través de la nueva función que debían asumir las Cortes Supremas de la región cuando se convirtieron en Cortes de Casación, casi siempre siguiendo en ello el modelo de la ley procesal civil española. Las Cortes Supremas de América Latina fueron asumiendo lentamente su función de Cortes de Casación en el último cuarto del siglo XIX y en los primeros años del siglo XX. La "doctrina legal" española, por oposición a la

²² Este tema es considerado a profundidad en mi obra. Véase López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, octava reimpresión, Bogotá, Legis/Universidad de los Andes, 2016. Específicamente, el capítulo 4.

jurisprudence constante de los franceses, había llegado a adquirir reconocimiento normativo explícito y no meramente el cultural y profesional que ahora se reconocía a los célebres *arrêts* franceses. En muchos países, de hecho, los *arrêts* de la *Cour de Cassation* eran utilizados directamente como doctrina legal en la solución de los casos contenciosos. Esta dependencia jurisprudencial de Francia es particularmente notoria, por ejemplo, en el caso de la Suprema Corte de República Dominicana que cita jurisprudencia francesa hasta bien entrado el siglo XX.

Para probar estas afirmaciones es menester realizar un breve recorrido por el periodo formativo de las Cortes de Casación en la región. Podría incluso adelantarse una conclusión al respecto: constituye un rasgo común del derecho de América Latina la aceptación generalizada, en algún momento histórico, de que la jurisprudencia tiene valor como fuente de derecho bajo la forma de "doctrina legal".

El concepto general de doctrina legal fue tomado por los legisladores latinoamericanos, ya no del derecho francés, sino específicamente del ordenamiento procesal español.²³ Allí, en efecto, se había establecido desde el artículo 7 del Decreto de 4 de noviembre de 1838 que el recurso de nulidad podía fundarse mediante la citación de la ley o doctrina legal violada.²⁴ A mediados del siglo XIX el Supremo español adopta el modelo francés de casación con el cual se reemplaza el recurso de nulidad pero, con todo, conserva la casabilidad por violación de la doctrina legal: así en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se afirmaba en su artículo 1.012 que "[e]l recurso de casación puede fundarse: En que la Sentencia sea contra Ley o contra doctrina admitida por la Jurisprudencia de los

²³ El desarrollo histórico de la "doctrina legal" en derecho español es juiciosamente expuesto por Ramón López. Véase López Vilas, Ramón, *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 69-100; Peces Morate, Jesús, "Valor de la jurisprudencia", en, Samper, Joaquín, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 31-48. La reconstrucción de la historia normativa española aquí presentada descansa parcialmente en estas obras y en el derecho positivo español consultado.

²⁴ Debe dejarse constancia de que, en todo caso, hay importantes discrepancias entre los autores españoles sobre el sentido de esta norma procesal. Véase al respecto Peces Morate, Jesús, *op. cit.*, pp. 33-34.

Tribunales [...]".²⁵ De la misma forma, en una Real Orden de 30 de enero de 1855, mediante la cual se reorganizaba la justicia española en las "provincias de Ultramar", se permitió la casación por violación directa de la Ley y por "violación de una doctrina legal recibida a falta de ley por la jurisprudencia de los tribunales".²⁶

Estos dos textos legales de 1855 claramente sugieren, como lo subraya Pedro de Pablo Contreras,²⁷ que la expresión doctrina legal no hacía referencia propiamente a las decisiones de los jueces sino a los principios u opiniones (cualquiera que fuera su fuente) que ellos "admitieran" o "recibieran". Obsérvese un ejemplo de este uso en una sentencia española de 1867:

[e]s doctrina legal y admitida por la jurisprudencia la de que procede la excepción de cosa juzgada, aun cuando en el segundo pleito que se proponga se haya variado el nombre de la acción deducida en el primero, siendo idénticos el fundamento de ambos su objeto y la causa ó razón de pedir; en el supuesto de que, concurriendo los demás requisitos legales, se haya decidido también el pleito en que recayó la ejecutoria por el mismo fundamento y no por otro diferente.²⁸

Por tanto, las expresiones "doctrina legal" y "doctrina jurisprudencial" no eran originalmente sinónimas, así con el tiempo llegaron a serlo. En España, al menos, la noción de doctrina legal parecía estar abiertamente apegada a conceptos clásicos del romanismo europeo. La idea de que la doctrina de los autores podía ser fuente de derecho si era autorizada

²⁵ Decía el artículo 1.012 de esta norma: "El recurso de casación puede fundarse: En que la Sentencia sea contra Ley o contra doctrina admitida por la Jurisprudencia de los Tribunales."

²⁶ Artículo 194.

²⁷ Contreras, Pedro de Pablo, "Problemas actuales de la casación foral en Aragón", *Revista de Derecho Civil Aragonés III*, núm. 2, 1997. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1141>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

²⁸ Véanse este y muchos otros ejemplos en la *Ley de enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881 concordada y anotada con gran extensión según la doctrina de los autores a jurisprudencia del Tribunal Supremo por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia bajo la dirección de D. Emilio Reus*, Madrid, Hijos de Reus editores, 2.ª edición, tomo I, 1907, p. 801.

por el legislador o recibida y aceptada por las Cortes era históricamente imputada a prácticas del derecho romano bizantino recogidas en la Ley de Citas del año 426 del Emperador Valentiniano III o en las dinámicas de recepción doctrinal autorizada que están a la base del *Digesto* o *Pandectas* del emperador Justiniano. Aunque esta interpretación neorrománica de la "doctrina recibida" no cruzó claramente el Atlántico a los derechos de América Latina, es imposible dejar de ver su presencia en el derecho español. Evidencia máxima de ello se encuentra, por ejemplo, en el artículo 1.729, núm. 10.º de la Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 1881 cuando se afirma que la casación no procede "cuando se citen como doctrina legal principios que no merezcan tal concepto, ó las opiniones de los Jurisconsultos á que la legislación del país no dé fuerza de ley". En el Nuevo Mundo la "doctrina legal" fue rápidamente entendida como jurisprudencia de los jueces, quitando así el tinte de romanismo medieval y clásico que todavía connotan las normas españolas de finales del XIX.

El reconocimiento en España de la "doctrina legal" se puede entender, según Contreras,

[...] desde la perspectiva de la superación del legalismo a ultranza propio de los primeros intentos codificadores. Como he indicado, el inicialmente llamado recurso de nulidad responde a la idea de que la ley es perfecta y completa, capaz por tanto de resolver todos los casos posibles sin que el juez pueda interpretarla sino sólo aplicarla automáticamente: no hay en él, consecuentemente, lugar para regla subsidiaria alguna. Sin embargo, en 1855 parece ya superado este planteamiento y se piensa, con realismo, en la necesidad de establecer algún género de regla supletoria que pueda resolver los supuestos no previstos en la ley.²⁹

Esta superación del legocentrismo no se hizo, empero, sin importantes hesitaciones. La separación de poderes y la soberanía legisfaciente del

²⁹ Contreras, Pedro de Pablo, *op. cit.*

Congreso todavía constituyeron dogmas casi sagrados de la teoría liberal de la adjudicación. Por tal razón fueron obstáculos formidables al reconocimiento del valor ampliado de la jurisprudencia. Por esto, como veremos más adelante, la doctrina legal se recubrió en América Latina de todo tipo de salvaguardas y prevenciones para que no se percibiera como una indebida confusión entre los poderes Legislativo y Judicial.

Mientras tanto el aumento del valor de la jurisprudencia siguió su decurso en la historia del derecho español con la Ley de Casación Civil de 1870, cuyo título XXI, artículo 4 afirmaba: "El recurso de casación se fundará en una de las causas siguientes: 1.º Ser la Sentencia contra ley o doctrina legal [...]".³⁰ Este movimiento evolutivo terminaría de consolidarse finalmente con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (tan sólo derogada en el año 2000)³¹ al disponer en su artículo 1.691: "El recurso de casación habrá de fundarse en alguna de las causas siguientes: 1.ª) Infracción de la ley ó de doctrina legal en la parte depositiva de las sentencias [...]".

E. La "doctrina legal" viaja a las Américas: el nacimiento del poder jurisprudencial de las Cortes Supremas en la región

³⁰ Decía, a su vez, el artículo 4 del título XXI de la norma citada: "El recurso de casación se fundará en una de las causas siguientes: 1.º. Ser la Sentencia contra ley o doctrina legal".

³¹ Ley 1 de 2000 "De enjuiciamiento civil". Publicado en BOE núm. 7, de 08/01/2000. En la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, el legislador español abandona la noción de "doctrina legal" y habla ya de "doctrina jurisprudencial". La tradición romanista de la "recepción de autores" queda así definitivamente abandonada. El nuevo Código mantiene sin embargo una especie de "ambigüedad estratégica" con relación a la jurisprudencia: no es una fuente de derecho estrictamente vinculantes, pero su violación sí constituye un motivo muy importante de "interés casacional". En la "exposición de motivos", al explicar el "interés casacional", se dice que "en un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante —sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo—, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica.

De ahí que el interés casacional, es decir, el interés trascendente a las partes procesales que puede presentar la resolución de un recurso de casación, se objective en esta Ley, no sólo mediante un parámetro de cuantía elevada, sino con la exigencia de que los asuntos sustanciados en razón de la materia aparezcan resueltos con infracción de la ley sustantiva, desde luego, pero, además, contra doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (o en su caso, de los Tribunales Superiores de Justicia) o sobre asuntos o cuestiones en los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Se considera, asimismo, que concurre interés casacional cuando las normas cuya infracción se denuncie no lleven en vigor más tiempo del razonablemente previsible para que sobre su aplicación e interpretación haya podido formarse una autorizada doctrina jurisprudencial, con la excepción de que si exista tal doctrina sobre normas anteriores de igual o similar contenido."

Varias legislaciones latinoamericanas adoptaron el concepto de doctrina legal tomando como fuente el acervo jurídico español del siglo XIX. La adopción del instituto se hizo tanto en normas de procedimiento civil como en las legislaciones típicamente autóctonas de amparo de derechos fundamentales que se expandían también desde el siglo XIX por México y varios países de América Central. La doctrina legal y su particular concepción de vinculatoriedad de la jurisprudencia es recibida en América Latina en la década que corre entre 1880 y 1890, así las motivaciones políticas en cada país fueran más o menos diferentes, más o menos explícitas. En todos los países de la región parece que se expresaba una tendencia difusa hacia la centralización de la producción del derecho, en fin, hacia la consolidación del estado central frente a fuerzas regionales centrífugas. El positivismo jurídico y científico de la época quería la construcción de un orden social basado en sólidas bases científicas.³² La jurisprudencia podía hacer las veces de la "ciencia" que reclamaba el positivismo; el orden resultante buscaba la vinculación de todos los jueces a la "doctrina" jurisprudencial y científica, a la vez, que emanaba de los tribunales.

Esta justificación política es particularmente cierta en los casos de México y Colombia, donde sus supremos adoptaron la jurisprudencia vinculante como mecanismo explícito para asegurar la unidad política del país frente a los conatos de un localismo judicial salido de cauce. En otros países de la región, en cambio, la tendencia a la centralización política no fue necesariamente tan explícita, y allí la pura imitación del derecho europeo parece ser la explicación más adecuada para la adopción del instituto español. Esta diferencia revela con bastante precisión un caso dentro del debate general que los comparativistas han tenido con relación a la llamada "funcionalidad" de los trasplantes jurídicos: para algunos son respuestas funcionales a problemas sociales que los estados verdaderamente tienen, pero para otros son una explicación menos funcionalista y que subraya componentes más "irracionales", los trasplantes normativos se explican

³² Hale, Charles, *The Transformation of Liberalism in Late Nineteenth Century Mexico*, Princeton, Princeton University, 1989.

como resultado no de necesidades, sino de mecanismos de presión, prestigio y, finalmente, contingencia.³³ Las nuevas leyes trasplantadas, según esta tesis, no buscaban solucionar nada, sino que apenas copiaban prestigiosos modelos por razones menos funcionales. Los casos de México y Colombia parecieran tener una *causa* política basada en la necesidad de controlar el federalismo judicial; incluso en estos casos, sin embargo, es también evidente que la pura influencia de la por entonces nueva casación española se hizo notar de forma determinante para permitir así la construcción de muy pesados poderes de ordenación jurisprudencial en sus respectivas cortes supremas. Bajo una teoría o la otra, lo cierto es que las supremas cortes regionales estaban asumiendo poderes de ordenación jurisprudencial en contra de la visión hiperlegocéntrica de la exégesis y del legalismo liberal francés.

Así, como ejemplo de este proceso regional de expansión, la doctrina legal fue adoptada en Honduras en su Código de Procedimientos de 1880 y posteriormente en su nueva codificación de 2006;³⁴ en México, en la

³³ Watson, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Georgia, University of Georgia Press, 1993.

³⁴ Cuya derogación sólo vino a ser efectiva en mayo de 2009 cuando terminó la *vacatio legis* del nuevo Código Procesal Civil (Decreto 211 de 2006) y en el que se adopta un sistema muy diferente con relación al papel de la jurisprudencia en Honduras. Los artículos 716 y 723 del Código de 2006 dicen: "Artículo 716. FINES DE LA CASACIÓN.

1. El recurso de casación tiene como fines la protección de las normas del ordenamiento jurídico, procurando y promoviendo la más adecuada aplicación e interpretación del derecho objetivo, así como la unificación de la jurisprudencia nacional.

2. Las normas sobre recurso de casación deberán aplicarse e interpretarse en la forma más favorable a la finalidad de unificación de la jurisprudencia como instrumento de garantía de la igualdad de todos ante la ley, y de la seguridad y certidumbre jurídicas.

Artículo 723. TRÁMITE DE ADMISIÓN.

1. Recibido el expediente, la Corte Suprema de Justicia deberá decidir, en los diez (10) días siguientes, sobre la admisión a trámite del recurso.

2. Sólo podrá inadmitirlo por las siguientes causales:

a) Incumplimiento de las exigencias y requisitos establecidos por este Código para el escrito de interposición y formalización, entre las que se comprende la falta de relación de las normas de derechos citados como infringidos con las cuestiones debatidas y la pretensión de que se revise la interpretación y valoración de las pruebas.

b) Carencia manifiesta de fundamento del recurso, o haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. En este último caso la Corte Suprema de Justicia podrá, no obstante, admitir el recurso si motivadamente entiende que procede permitir la evolución de la línea jurisprudencial mantenida hasta entonces. 3. Si los defectos o faltas detectados por la Corte Suprema de Justicia son de carácter subsanable, se concederá un plazo de cinco (5) días para la subsanación, y solo se decretará la inadmisión del recurso si transcurrido el plazo el recurrente no los subsana".

Ley Federal de Amparo de 1882,³⁵ en Colombia, en su Ley de Casación de 1886;³⁶ en El Salvador, en su Ley de Casación de 1953,³⁷ y en Guatemala, en su Código Procesal Civil y Mercantil de 1964.³⁸ Obsérvese que, sin embargo, mientras los códigos procesales adoptaban el concepto de doctrina legal de la España de finales del XIX, sus contrapartes civiles se apegaban al ideal ilustrado y dieciochesco de la más rigurosa legalidad (que, como hemos visto, no parecía necesitar de complementos jurisprudenciales). Esta antinomia ideológica y normativa nunca fue resuelta en realidad; se ha mantenido constante, si bien sumergida en el subconsciente colectivo, en la práctica y la teoría de los sistemas jurídicos regionales.

Un ejemplo temprano de esta tendencia de recepción de la doctrina legal en América Latina se encuentra en el artículo 739 del Código de Procedimientos de la República de Honduras de 1880:

El recurso de casación ha de fundarse precisamente en alguna o algunas de las causas siguiente:

1.º En haber sido dada la sentencia contra lei o contra doctrina legal.

Se entiende por doctrina legal, para el efecto de este artículo, la que, derivada más o menos directamente de la lei o de los principios i reglas de derecho, se halla jeneralmente recibida por la jurisprudencia de los tribunales.³⁹

³⁵ La recepción de la jurisprudencia en México es particularmente interesante: la Ley de Amparo de 1869 no contiene ninguna norma al respecto. La primera noticia de la institución proviene de la Ley de Amparo de 1882, en la que se afirma en su artículo 70: "La concesión o denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución ó contra su interpretación, fi jada por la Suprema Corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigará con la pérdida del empleo, y con prisión de seis meses a tres años, si el juez ha obrado dolosamente; si obró por ignorancia ó descuido, quedará suspenso de sus funciones por un año."

³⁶ Ley 61 de 1886 "Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales".

³⁷ Ley 3726 de 1953 Sobre procedimiento de casación. 29 de noviembre de 1953.

³⁸ El Decreto-ley 107 del 14 de septiembre de 1963 promulgado en 1964 modificó el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil promulgado el 20 de agosto de 1934.

³⁹ En esta cita, como en otras del periodo, se ha conservado la ortografía original del texto.

En esta norma es evidente la ansiedad del legislador para evitar que los jueces usurpen su poder legisfaciente. Por tanto se exige que las proposiciones normativas expresadas en la doctrina legal sean "derivada[s] más o menos directamente de la ley [...]". El "más o menos" de la norma es teóricamente fascinante y muestra la profunda ambivalencia de la mentalidad legocéntrica frente al poder de los jueces, cuya capacidad de creación del derecho no puede negar al tiempo que intenta atarla, de alguna manera, al principio de legalidad.

F. "Cinco ejecutorias uniformes": formación y estabilización del concepto tradicional de jurisprudencia en México (1882-2021)

La recepción del valor ampliado de la jurisprudencia en México es particularmente interesante y está firmemente atada a la necesidad del Poder Federal de la nación de lograr la centralización de la jurisdicción frente a las andanzas de los jueces de las entidades federativas. La Ley de Amparo de 1869 ya contenía este objetivo político de forma clara, pero en realidad no tomó mayores precauciones para obligar a los jueces a obedecer las órdenes dadas por la Corte Suprema cuando, según las voces de su artículo 1.º, se violarán las garantías individuales, se vulnerará o restringiera la soberanía de los estados o se invadiera la esfera de la autoridad federal. La excesiva amplitud de esta norma le da un papel de arbitraje político general a la judicatura federal, pero en el esquema de la Ley de 1869 no se adoptaron suficientes medidas para asegurar de forma eficiente la preeminencia del poder judicial federal sobre los estatales. Como respuesta a esta situación, se expidió en 1882 una nueva Ley de Amparo. Entre las leyes de 1862 y 1889 se deja leer con facilidad la historia de unos jueces federales que debían imponer la autoridad de la Federación sobre los estados pero donde era posible, con relativa facilidad, que el amparo federal fuera neutralizado con diversas tácticas procesales o que, incluso, los mismos jueces federales fueran cooptados o amedrentados por los poderes locales. En un texto de 1882, Fernando

de Vega hace un diagnóstico claro del funcionamiento del Amparo: "Así pues [presenciamos] multitud de amparos estacionarios; los derechos discutidos indecisos; á la jurisprudencia federal sin jurisprudencia y, en fin, á la institución del amparo convertida en un sarcasmo. ¿Es esto sostenible? No, sin duda".⁴⁰

En respuesta a esta situación, la Ley de 1882 buscó aumentar el poder del amparo federal mediante un sistema de apremios aplicables a los jueces responsables para que se comprometieran con la efectiva aplicación de sus decisiones contra las autoridades locales. Uno de los institutos fundamentales que trajo la Ley para lograr este cometido fue el de aumentar la vinculación formal de los jueces federales de instancia a la jurisprudencia de la Suprema Corte.

De esta forma, la nueva ley introdujo tres normas que prefiguran algunas de las bases fundamentales del sistema mexicano de jurisprudencia que se mantuvieron vigentes cerca de siglo y medio, hasta los profundos cambios que generó en el tema la Reforma Judicial de 2021. Entre estas normas de 1882, empero, hay una cierta tensión que no resulta fácil de explicar jurídica o ideológicamente. En este triángulo normativo algunas reglas parecen aumentar el poder normativo de la jurisprudencia; en otra, parece adoptarse la teoría francesa según la cual la jurisprudencia no puede tener valor general.

De un lado, pues, el artículo 34 dispuso que "[l]as sentencias pronunciadas por los jueces serán en todo caso fundadas en el texto constitucional de cuya aplicación se trate. Para su debida interpretación se atenderá al sentido que le hayan dado las ejecutorias de la Suprema Corte y las doctrinas de los autores". Esta norma, empero, no expresa con claridad suficiente la ferocidad⁴¹ con la que en realidad se quería instaurar la

⁴⁰ Vega, Fernando, *La nueva ley de amparo de garantías individuales. Comentarios acerca de sus disposiciones más importantes. Ensayo crítico filosófico de la ley*, México, Imprenta de J. Guzmán, 1883, p. 249.

⁴¹ En un momento el lector concordará que el uso de esta palabra no es excesivo.

supremacía interpretativa del supremo federal. Ésta se revela plenamente en el artículo 70 de la ley que es uno de los sistemas más draconianos que se han intentado para lograr la obligatoriedad vertical de la jurisprudencia:

La concesión o denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución ó contra su interpretación, fijada por la Suprema Corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigará con la pérdida del empleo, y con prisión de seis meses a tres años, si el juez ha obrado dolosamente; si obró por ignorancia ó descuido, quedará suspenso de sus funciones por un año.

En el resto de los países de la región, siguiendo el modelo español, la violación de jurisprudencia era causal de casación, en México llegó a convertirse en amenaza penal y administrativa contra los jueces, incluso si la desobediencia a la jurisprudencia era meramente culposa. Esta marcada diferencia en la sanción muestra el enorme peso de las consideraciones políticas que se escondían detrás de la norma mexicana.

Del otro lado, sin embargo, la misma Ley de Amparo mexicano de 1882 traía un artículo mucho más suave, más francófilo si se quiere, en el que se parecía reconocer el mero valor *inter partes* de las sentencias de los jueces de instancia: "Las sentencias de amparo solo favorecen á los que hayan litigado. En consecuencia no podrán alegarse por otros como ejecutorias para dejar de cumplir las leyes ó providencias que las motivaren".

La incongruencia es aparente y, de resolverse, se entenderán algunas características de cómo los mexicanos (y los latinoamericanos en general)⁴² entendían en ese momento el *poder normativo* de la jurisprudencia. Las normas de 1892 parecen, al unísono, aumentar y disminuir el valor de la jurisprudencia. ¿Cómo resultó compatible esto para el legislador mexicano? La respuesta a estas preguntas parece ser esta: la Ley concede

⁴² De forma más amplia, esta comprensión epistemológica también es aplicable a la jurisprudencia europea.

alto valor normativo a la jurisprudencia de la Suprema Corte que debe ser respetada por los jueces federales de instancia; de otro lado, las sentencias de estos jueces federales tienen valor en el caso concreto, pero no poder normativo general. Así las cosas, la jurisprudencia constante de la Suprema Corte es obligatoria para los jueces inferiores. Los fallos de los jueces de instancia, en casos en los que llegase a existir jurisprudencia constante, debían acomodarse al criterio de la Suprema. Los ciudadanos, de otro lado, no parecen ser destinatarios directos de la jurisprudencia porque, como hemos visto, los fallos solo tienen efectos interpartes. Derecho judicial "interno" o de "*back office*", sin mayor impacto "externo" o en el "*front office*". Por esa razón, el comportamiento *ex ante* de los destinatarios generales del derecho no parece estar normativamente condicionado por jurisprudencia ya que, en estricto sentido, las sentencias sólo obligan entre las partes del proceso. *Res iudicatae pro veritate habetur, inter partes*, según el clásico aforismo de derecho civil. Las partes, pues, pueden regresar ante los jueces con causas y argumentos en los que intenten de nuevo forzar el cambio jurisprudencial: si se ha dicho cinco veces que una ley tributaria es constitucional, esto no afecta como derecho objetivo la posición de todos, no obliga a los particulares a variar la planeación *ex ante* de sus negocios como si la jurisprudencia fuese verdadero derecho. El particular puede intentar por sexta vez la inconstitucionalidad de la norma.⁴³

Desde ese punto de vista puede ser inconveniente, impráctico, incluso estúpido, no atender la jurisprudencia, pero no resulta *ilegal, ilícito o antijurídico*: las cinco ejecutorias uniformes son fundamentalmente obligatorias para los jueces a quienes se les obliga a la obediencia al superior. Pero la jurisprudencia no es derecho propiamente dicho para los particulares que solo están atados a la Ley. Desde este punto de vista, y siguiendo la conocida distinción de H. L. A. Hart, la jurisprudencia no constituye

⁴³ Vega, Fernando, *op. cit.* El ejemplo en realidad es de Vega para explicar cómo las decisiones de inconstitucionalidad por vía de control difuso no pueden considerarse, *erga omnes*, como una verdadera derogación de la ley.

realmente un conjunto de "normas primarias", esto es, reglas sustantivas aplicables en la planeación y creación de expectativas de los ciudadanos, sino que la jurisprudencia es apenas un conjunto de "normas secundarias", parte de las llamadas "reglas de adjudicación" que los abogados invocan en los procesos, pero que los ciudadanos no sienten como parte nuclear de su deber de obediencia al derecho. La jurisprudencia, pues, suministra argumentos que pueden ser utilizados en el proceso, constituye un motivo fuerte para que los jueces fallen en uno u otro sentido, pero no es parte de las "normas primarias" que se imponen a la sociedad.

La jurisprudencia, pues, no es aplicable ante terceros que no hayan participado en algún proceso anterior (artículo 46 de la Ley de Amparo de 1882), pero los jueces deben basar sus decisiones en ella (artículo 34), incluso so pena de terminar en la cárcel (artículo 70). Repárese en lo siguiente: contrario a lo que le puede ocurrir a los jueces, los particulares no van a la cárcel, no tienen apremio penal por la violación de la jurisprudencia; no existe el delito ni la responsabilidad civil basada en la violación del "derecho consuetudinario", en la expresión inexacta, pero dicente, con que Vega caracterizaba la recepción de la doctrina legal en el derecho mexicano. El injusto penal del artículo 70, por así decirlo, es la violación de la autoridad de la Corte, no la violación del contenido del derecho sustantivo expresado en sus normas. Por esta vía se nota el papel de la jurisprudencia: mecanismo de disciplina judicial, incluso argumento procesal válido, pero no regla primaria de planeación y conducción de la vida social. En ello, pues, radica fundamentalmente la diferencia de significado social y cultural entre la particular forma de doctrina legal mexicana y la institución social del *case law* angloamericano.

Este estricto sistema de jurisprudencia, con esta espada de Damocles pendiendo sobre los cuellos de los jueces, no podía llegar a funcionar en la realidad. Don Fernando de Vega⁴⁴ muestra ya la enorme reticencia de los doctrinantes y de los jueces para aceptar este diseño del legislador

⁴⁴ *Ibidem*, p. 154.

mexicano. De un lado, se aceptó como apenas natural el sentido del artículo 34 que quería reconocer el carácter doctrinario relevante de la jurisprudencia dictada por la Corte. Para Vega, pues, cinco ejecutorias "uniformes" de la Suprema constituían "jurisprudencia constante" (usando así el concepto francés), pues formaba una "doctrina" o un "criterio científico". Se conjuntan así, en la descripción del doctrinante mexicano, el concepto francés y el español. Con relación a este artículo 34 manifiesta Vega:

Este [...] precepto [tiene una] claridad [que] no necesita comentario. El Juez debe fundar expresamente su sentencia en un texto constitucional y en el sentido que le haya dado la jurisprudencia de la Suprema Corte. Siendo este Tribunal el intérprete legítimo de la Constitución sus decisiones son finales y envuelven la verdad científica como regla de decisión. Basta que esa verdad científica esté revelada en cinco ejecutorias uniformes (art. 70) para que la teoría que consagren pueda invocarse como una interpretación usual y con los honores de un motivo científico para pronunciar un fallo. Si no se ha fijado la jurisprudencia con la uniformidad que el art. 70 exige pueden motivarse los fallos en las doctrinas de publicistas aceptados interpretando la Constitución. Forma racional, medio muy legítimo para obtener á su influjo la unidad de las decisiones y el derecho público nacional.⁴⁵

Lo que no podía aceptar Vega (y que en realidad nunca terminó por ser operativo) fueron dos proposiciones jurídicas adicionales que fluían del artículo 70 de la Ley de Amparo. La primera de ellas, como hemos visto, daba tratamiento sancionatorio a los jueces federales que desobedecieran la jurisprudencia. Para Vega se trata de un "sistema terrorista [que] sembrará tal pánico en nuestros funcionarios, que solamente á impulsos de una abnegación sin ejemplo abordarán en lo futuro el ejercicio de las augustas funciones de un Juez federal [...]".⁴⁶ La segunda, sugerida no

⁴⁵ *Ibidem*, p. 154.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 283.

directamente en la Ley sino en sentencias de la Suprema Corte mexicana del año de 1882, ordenaba a los jueces rechazar *in limine* las demandas que plantearán un criterio contrario a la jurisprudencia constante. Con ello se buscaba reducir la carga de litigios activos pero, según Vega, se impedía a los jueces que revisaran su jurisprudencia sin siquiera considerar en sentencia de fondo los argumentos de los litigantes:

¿La jurisprudencia es inmutable? La jurisprudencia es el conjunto de principios sancionados bajo la égida [sic] de la ley escrita; es el conjunto de teorías elaboradas al calor de la interpretación que aseguran la eficacia de las leyes terminantes que explican las dudosas ú oscuras y que suplen también las que no satisfacen las necesidades de los ciudadanos: en otros términos es el derecho no escrito. Y si la ley escrita es mudable, si su existencia obedece á los impulsos de las evoluciones sociales, por los cuales se muda y se trasforma ¿la no escrita podría escapar á esa fuerza invencible? De ningún modo, y sin embargo , tal es la pretensión que engendra la nueva faz que acaba de imprimirse á las teorías que me estoy permitiendo combatir, porque á fuerza de rehusar de desechar sin solemnidades las demandas de amparo que imploren alguna teoría desacorde con la jurisprudencia establecida, esta jurisprudencia queda inalterable y revestida de cierto carácter de infalibilidad, que la hará más poderosa que la ley misma, más omnimoda y sobre todo más imperecedera, casi inmortal.⁴⁷

En el ambiente cultural mexicano flotaba la idea de que la jurisprudencia podría servir como fuente de renovación, no de esclerotización, del derecho. Autores extranjeros y locales hablaban profusamente de ella en el nuevo tipo de exposición doctrinal que se estila. La "doctrina científica" del derecho ya parece provenir de las elaboraciones de los jueces. La expresión legislativa que recibió esta tendencia, empero, resultó excesivamente dura, represiva y formalista. "Terrorista", incluso la llamó Vega.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 262-263.

Una nueva reforma legal en México, ahora en el unificado Código de Procedimientos Civiles federal de 1897, acogió muchas de las dudas y resistencias que se estaban planteando sobre el excesivo valor de la jurisprudencia y regresó así a una solución legocéntrica más clásica. En la exposición de motivos del nuevo Código se explicaba cómo el nuevo procedimiento de amparo "se asimilará en cuanto fuere posible al del orden común para unificar la legislación aprovechando, sin embargo, las lecciones de la experiencia á fin de no incurrir en los defectos de los Códigos vigentes".⁴⁸ El octavo fundamento de la reforma manda que "[l]a jurisprudencia que formen los Tribunales federales no tendrá fuerza obligatoria y será considerada sólo como especulación científica".⁴⁹ Para lograr ese propósito el artículo 826 del nuevo Código afirmaba lo siguiente: "[l]as sentencias de amparo sólo favorecen á los que hayan litigado en el juicio y no podrán alegarse por otros como ejecutorias para dejar de cumplir las leyes ó providencias que las motivaren".

Y con ello parecía poner fin a la institución de la jurisprudencia constante que los mexicanos habían aceptado en 1882. Quedaban así superados, de un plumazo, los apremios penales y disciplinarios y parecí regresarse a la idea de que la jurisprudencia es meramente asunto *inter partes* sin ningún valor normativo como fuente del derecho. Esta posición del Código era obviamente contraria a la que se sostenía en la Ley de Amparo de 1882 y se manifestaban así ideologías jurídicas enfrentadas que circulaban en México (y, más ampliamente, en la región) sobre el poder normativo de la jurisprudencia. A pesar de estos vaivenes e incoherencias legales, sin embargo, la Suprema Corte de la Nación ya había ganado un enorme poder de dirección y control de sus propios jueces federales y, a través de ellos, de los jueces estatales, al que no estaba dispuesto a renunciar con tanta facilidad.

En la encrucijada entre jurisprudencia generalmente obligatoria y jurisprudencia sólo válida para el caso concreto, las leyes mexicanas poste-

⁴⁸ Véase al respecto *Código de procedimientos civiles federales*. Con las anotaciones hechas por Antonio de J. Lozano, México, Herrero Hermanos editores, 1901, p. 13.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 14.

riores escogieron preservar el poder vinculante de las sentencias reiteradas de la Suprema. Este poder fue ratificado, en concreto, en la Ley de Amparo de 1936, en la que se incluyeron nuevas normas explícitas sobre el valor de la jurisprudencia que dominaron por mucho tiempo en el derecho mexicano hasta su reforma, muchos años después, en 2021.⁵⁰ La Ley de 1936 estabilizó un "sistema moderno" de jurisprudencia en México, que había arrancado con la particular recepción nacional de la jurisprudencia constante y de la doctrina legal en 1882. Este sistema moderno, definitivamente cimentado en 1936, ha tenido un impacto decisivo en las dinámicas jurídicas del país y ha servido como cimiento del impresionante edificio de sistematización de las llamadas "tesis de jurisprudencia" que se publicaron en el *Semanario Judicial de la Federación* durante 10 "épocas". Este sistema moderno se construyó en México a partir de unos cuantos principios básicos plasmados en los artículos 192 a 197 de la Ley de Amparo original de 1936. Estos 5 artículos originales se expandieron a algo más de una decena (con creaciones, por ejemplo, de artículos 193 bis, 194 bis, 195 bis, etc.) en las reformas sucesivas de la Ley. A pesar de estas modificaciones, el sistema moderno de jurisprudencia en México se puede resumir en algunas normas básicas:

(i) Regla de supremacía: la Suprema Corte de Justicia produce jurisprudencia obligatoria para sí misma⁵¹ y para los jueces federales inferiores;⁵²

(ii) Regla de reiteración: para que una jurisprudencia sea vinculante tiene que ser reiterada o permanecer constante en cinco sentencias ejecutoriadas sin interrupción;⁵³

(iii) Regla de aprobación super-mayoritaria: la pentapluralidad de sentencias tiene que ser aprobada por una mayoría calificada en el seno del pleno o de alguna de sus dos salas;⁵⁴

⁵⁰ La última reforma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de junio de 2022.

⁵¹ Artículo 195 original de 1936.

⁵² Artículo 194 original de 1936.

⁵³ Artículo 193 original de 1936.

⁵⁴ *Idem*.

(iv) Regla de publicación oficial: la jurisprudencia así formada, o aquella que interrumpa su reiteración, deben ser publicadas en el Semanario Oficial de la Federación;⁵⁵

(v) Regla de titulación y síntesis oficialmente certificadas: en modificaciones posteriores a la Ley de Amparo,⁵⁶ se ordenó legalmente, a partir de prácticas desarrolladas por la propia Corte, que las autoridades judiciales productoras de jurisprudencia tendrían que seguir un proceso lexicográfico específico: las sentencias tendrían que ser resumidas en "tesis de jurisprudencia" y la misma Corte debía determinar un "título", un "rubro" y el "texto" que deberían ser finalmente publicados en el Semanario Judicial de la Federación. Con ello se le dio estructura a un "lexicón" mexicano de jurisprudencia en los que, en la sola 10ª etapa, hay 3731 registros jurisprudenciales.

Pero este sistema de organización, como veremos más adelante, sufrirá una modificación profunda y radical en la reforma judicial de 2021.

G. La jurisprudencia en el derecho colombiano (1886-1995): ¿"doctrina legal" o "sistema libre"?

Pero las resistencias y contradicciones que afectaron la recepción pacífica de la "doctrina legal" en la región también pueden verse con mucha

⁵⁵ Artículo 197 original de 1936.

⁵⁶ Hasta donde tengo conocimiento, estas técnicas lexicográficas se adoptaron en las prácticas de relatoría de la Suprema Corte y recibieron posteriormente, en la reforma a la Ley de Amparo de 1988, reconocimiento legal explícito en el artículo 195. Según la exposición de motivos de la Ley, "en el artículo 195 se proponen las reglas para dar precisión y claridad a la jurisprudencia, y asegurar su conocimiento y difusión. El órgano que establezca jurisprudencia debe aprobar el texto y rubro de la tesis y numerarla de manera progresiva; debe remitirla, dentro del término de quince días, al Semanario Judicial de la Federación para su publicación; debe remitirla a todos los demás órganos que pueden establecer jurisprudencia y que no hubiesen intervenido en su integración; y debe conservar un archivo, para consulta pública, que contenga todas las tesis jurisprudenciales establecidas por todos los órganos que pueden hacerlo. Se dispone que el Semanario Judicial de la Federación debe publicar, mensualmente y en una gaceta especial, las tesis jurisprudenciales que reciba del Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales Colegiados de Circuito, para facilitar su conocimiento, pues el conocimiento de esta importante fuente formal de Derecho es condición indispensable para su acatamiento."

claridad y detalle en el sistema de casación colombiana de 1886 con el que se reemplazó el derecho judicial castellano-indiano. El desarrollo del papel de la jurisprudencia en Colombia acusó a finales del siglo XIX la marcada influencia de la ideología y de la organización judicial de los franceses (la conversión de la corte de cierre en una *cour de cassation*). Con la expedición de la Ley 61 de 1886 se organizó el poder judicial de la república reconstruida después de la guerra civil de 1885-1886 ocasionada por luchas entre el poder central y los estados federados establecidos en la Constitución fallida de los Estados Unidos de Colombia (1863-1885). En el artículo 36 de esta ley se establecía el recurso de casación "con el fin principal de unificar la Jurisprudencia". Esta función adquiriría toda su dimensión en el artículo 37, cuando establecía en la causal primera de casación: "Son causales de nulidad, para el efecto de interponer el recurso de casación, los hechos siguientes: 1.º Ser la sentencia, en su parte dispositiva, violatoria de la ley sustantiva ó de doctrina legal, ó fundarse en una interpretación errónea de la una ó de la otra".

El artículo 39 se apresuraba a definir el concepto de doctrina legal exactamente dentro de las líneas de la tradición francesa y española en la que se asociaban los conceptos de "jurisprudencia constante" y "doctrina legal":

Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que haga la misma Corte, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso. La Corte, para interpretar la leyes, tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos de 27 á 32 del actual Código Civil de la Nación.

El desarrollo del papel de la jurisprudencia en Colombia acusó a finales del siglo XIX la influencia de una tradición jurídica europea que ya empezaba a dar muestras de conflicto interno y de acelerada renovación.

La discusión subsiguiente sobre el valor de la jurisprudencia en Colombia se da entonces dentro del marco del establecimiento de una Corte Suprema de Justicia con funciones de casación y unificación de la jurisprudencia nacional. Las luchas sobre el valor de la jurisprudencia en Colombia también muestran las dudas, flujos y reflujos que ya hemos examinado para el caso de México en el periodo 1882-1898. La oscilación colombiana se haría en un tiempo algo más corto y nunca habría de regresar, al menos durante el siglo XX, a un sistema obligatorio de jurisprudencia, lo cual sí ocurrió en México con la Ley de Amparo de 1936. Esto nos exige hacer un seguimiento del desarrollo del recurso de casación en la rápida sucesión de reformas que tuvo la noción de "doctrina legal" en el decenio 1886-1896. Esta década concentró la discusión en torno al valor de la jurisprudencia de la Corte Suprema, tal y como había ocurrido en México entre 1882 y 1898.

Bajo la Constitución colombiana de Rionegro de 1863 se habían creado sistemas judiciales estatales con plena independencia para interpretar el derecho soberano de los estados federados⁵⁷ y, por tanto, con capacidad de establecer criterios propios de interpretación de la Ley.⁵⁸ Luego de una cruenta guerra civil el partido nacionalista se impone y expide la Constitución centralista de 1886, en la que se da entierro de segunda al experimento de "Estados Unidos de Colombia". En la medida en que el Código Civil chileno de Bello había sido uniforme (aunque independiente y soberanamente) promulgado por los estados de la unión federal en el periodo 1863-1885, resultaba perfectamente posible que en el país ya existiera interpretaciones judiciales discordantes sobre este mismo texto legal. La Ley 61 de 1886, que organizaba el Poder Judicial luego de la

⁵⁷ Decía, en efecto, el artículo 21 de la Constitución de 1863: "El poder judicial de los Estados es independiente. Las causas en ellos iniciadas conforme a su legislación especial, y en asuntos de su exclusiva competencia, terminarán en los mismos Estados, sin sujeción al examen de ninguna autoridad extraña".

⁵⁸ Al explicar el nacimiento del recurso de casación en Colombia, Murcia Ballén afirma: " Antes de 1886 no existió en Colombia el recurso de casación, porque el régimen político entonces imperante era contrario a la unificación jurisprudencial , puesto que los Estados soberanos tenían su propia legislación", Murcia Ballén, Humberto, *Recurso de casación civil*, Bogotá, Editorial El foro de la justicia, 1983.

expedición de la nueva Constitución de 1886, se proponía centralizar la producción de jurisprudencia: "Ninguna de las atribuciones asignadas á la Corte Suprema en la Constitución ó en esta ley será ejercida por los Tribunales de Distrito, aun cuando conforme a la legislación de alguno de los extinguidos Estados, correspondiera ejercerla al Tribunal Superior del Estado".⁵⁹ El recurso de casación aseguraba así la unificación jurisprudencial de manera mucho más clara ya que, como hemos visto, la violación o interpretación errónea de la doctrina legal era causal de información de las sentencias de instancia.

El respeto de la "doctrina legal" sólo era posible a nivel práctico si las sentencias de la Corte Suprema de Justicia eran difundidas de la manera más masiva posible. Se crea así la *Gaceta Judicial, Órgano oficial de Corte Suprema de Justicia*.⁶⁰ Su primer número, del 12 de febrero de 1887, muestra sus objetivos políticos y jurídicos con gran fuerza:

Objeto de este periódico.

El régimen federal que imperó en la República desde 1863, había creado diferencias más o menos profundas y sustanciales en la legislación de los nueve Estados que al presente son Departamentos nacionales, produciendo discordancias en la vida social, en la familia, en la constitución de la propiedad, y en los procedimientos judiciales de los colombianos, que á la verdad no tenían razón de ser en el seno de un pueblo natural e históricamente unido por comunes sentimientos, caracteres y necesidades. Al mal de la diversidad de nueve cuerpos de legislación se añadía toda la legislación propiamente nacional, y nada era más difícil que hacer imperar en Colombia la unidad del Derecho y la uniformidad de la Justicia.

Guiado por altos propósitos de concordia nacional y de unificación de todos los grandes elementos de prosperidad con que contaba

⁵⁹ Ley 61 de 1886, artículo 99.

⁶⁰ Este periódico oficial, existente hasta el día de hoy, fue establecido por el Decreto 62 de 1887.

el país, el Consejo Nacional Constituyente reconoció la verdad de los hechos históricos y la necesidad de acomodar á ellos las instituciones políticas, y resueltamente proclamó la unidad de la República, como la base fundamental de la reconstitución y de toda reforma en lo futuro. Procediendo con la necesaria consecuencia, dio nuevas formas al Poder Judicial, y admitió los recursos de casación, entre los nuevos procedimientos judiciales, con el fin muy loable de asegurar la justicia en todas partes y abrir campo á la fijación, por medio del más alto Tribunal, de principios y reglas que, estableciendo una Jurisprudencia nacional, sirviesen de sólida garantía á todos los intereses que tienen en la ley su salvaguardia.⁶¹

Se presentaba así una tensión evidente entre dos textos fundadores del derecho positivo colombiano de finales del siglo XIX:⁶² de un lado, el Código Civil se hacía eco a la lucha de los revolucionarios franceses en contra del poder normativo general de la jurisprudencia de los tribunales del antiguo régimen y que buscaban reemplazar con confianza absoluta en el poder normativo plenario y completo de la Ley general y abstracta; del otro lado, sin embargo, la ley 61 de 1886 y los objetivos anunciados en la *Gaceta Judicial* desde su creación buscaban unificar una jurisprudencia ya dispersa en el experimento federal y con ello, se hacían eco, del clima de "judicialismo" e incluso de "jurisprudencialismo". Ese objetivo sólo era posible ordenándole a los Tribunales de Distrito que respetaran la doctrina legal de la Corte Suprema, so pena de casación de los fallos que la ignorasen. La noción de "doctrina legal", igualmente, parecía denunciar los límites que tenía la ley para la solución de todos los casos presentados. Frente a este hecho se requería establecer una fuente complementaria (pero vinculante) como lo había demostrado la experiencia

⁶¹ República de Colombia, *Gaceta Judicial*: Órgano oficial de la Corte Suprema de Justicia, núm. 1, 12 de febrero de 1887, pág. 1.

⁶² Aunque, como hemos afirmado varias veces, esta tensión es estructural en el derecho de muchos países de América Latina donde, a pesar de la consagración de la "doctrina legal", los jueces reclaman para sí una muy fuerte autonomía judicial.

européa en donde se había aceptado la necesidad de reconocer la "jurisprudencia constante" y la "doctrina legal".⁶³

Como hemos visto, la ley 61 de 1886 le ordenaba a la Corte Suprema casar los fallos que violaran o interpretaran erróneamente la doctrina legal. Este sistema de disciplina jurisprudencial fue completado en el año de 1887 con la expedición de la Ley 153.⁶⁴ Lo que en la Ley 61 era apenas una causal de casación por violación de la doctrina legal se volvió en la Ley 153 una regla hermenéutica general aplicable por todos los jueces en casos dudosos. Esta orden directa a los jueces de instancia afianzaba así la causal de casación mediante la vinculación de los jueces inferiores a la jurisprudencia de la Corte en casos dudosos. En ese orden de ideas el

⁶³ López Vilas hace notar con toda claridad la profunda tensión que también existía en España entre el Código Civil y las normas procesales. El Código Civil español de 1851 también reproducía como el Código Bello, la norma del artículo 5 del Código Napoleón: "Se prohíbe a los Jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general y reglamentaria". Las normas procesales españolas, como hemos visto, aceptaban la noción de "doctrina legal". Al respecto véase, López Vilas, Ramón, *op. cit.*, p. 72.

⁶⁴ La Ley 153 de 1887 sirve como punto final del momento constituyente de la Regeneración al declarar, en su artículo 321 que "por virtud de [esta ley], el artículo H transitorio de la Constitución ha surtido sus efectos íntegros". Dicho artículo transitorio disponía que "[m]ientras el Poder Legislativo no disponga otra cosa, continuará rigiendo en cada Departamento la legislación de dicho Estado". La Ley 153, por tanto, declara abolidas completamente las legislaciones de los Estados debido a que ahora existe un cuerpo completo de leyes nacionales que las reemplazan. La última pieza de esa refundación legal la hace la misma Ley 153 al dar reglas generales cada vez "que se advierta incongruencia entre las leyes, ú ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, ó trata de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo á derecho nuevo" (artículo 1). Con esto, la Ley 153 cumplía con dos propósitos fundamentales: en su parte primera consagraba "reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes". Si se examina con cuidado, la primera parte de la Ley 153 es un cuerpo normativo auto-suficiente. Consta de 49 artículos y termina con un artículo de derogaciones y modificaciones. El proyecto fue presentado y defendido por el presidente del Senado e ideólogo de la Regeneración, don Miguel Antonio Caro. Al Sr. Caro le correspondió la explicación de la parte primera de la Ley, lo cual hizo en la sesión congressional de 3 de agosto de 1887. Los artículos fueron aprobados sin modificación alguna con excepción del 1.º. El segundo objetivo general de la ley consistió en introducir variaciones, sobre todo en derecho de familia y penal, que permitían articular más adecuadamente la visión moral, política y económica de los regeneradores frente a la "liberalización" y, por tanto, "amoralización" del derecho civil que habían efectuado el radicalismo. Al respecto pueden verse a guisa de ejemplo los artículos 50 a 53, 73, 185 y s.s., 192 a 206, etc., etc. de la Ley 153. La "liberalización" del derecho civil efectuada por la Convención de Rionegro se puede apreciar con toda claridad en las condiciones materiales que imponían los artículos 6, 7, 8 y 15 (entre otros) de la Constitución de 1863 a la "legislación civil" expedida por los estados federados.

artículo 10 de la ley 153 de 1887 dispuso que "[e]n casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal probable".⁶⁵ La Ley 61 y la ley 153, entonces, establecían en su conjunto una doctrina de respeto vertical fuerte a la jurisprudencia de la Corte Suprema pero sin llegar nunca al "sistema terrorista" que por entonces intentó la legislación mexicana en la Ley de Amparo de 1882. El respeto a la jurisprudencia se consideraba tan importante en el proyecto político de la época que la Ley 153/87 vino además a añadir una nueva causal de casación, ya no por violación de la doctrina legal de la Corte, sino por violación del autprecedente al nivel de los Tribunales superiores. El objetivo era lograr con la mayor rapidez posible la consolidación de un derecho nacional que anulara las inconvenientes diferencias locales engendradas por el federalismo.⁶⁶

Una modificación posterior, en el artículo 371 de la Ley 105 de 1890, incluso reducía el número de sentencias uniformes requeridas para declarar la existencia de la "doctrina legal", facilitando por tanto su creación:

Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir ley apropiada al caso.

⁶⁵ La interpretación usual del artículo se inclinó por sostener que la inflexión verbal "aplicarán" señalaba, no una potestad, sino un deber de obligatorio cumplimiento.

⁶⁶ En efecto, el artículo 239 de la Ley 153 de 1887 dispuso lo siguiente: "Agrégase a las causales para interponer el recurso de casación, en todos los negocios civiles y criminales en que las leyes lo otorgan, la de ser la decisión contraria en un punto de derecho a otra decisión dictada por el mismo Tribunal ó por dos Tribunales diferentes, siempre que las dos decisiones contrarias sean posteriores a la época en que empezó a regir la unidad legislativa". Con esta norma, sorprendentemente, quedó solidificada en Colombia la necesidad de respetar tanto el precedente horizontal como el vertical.

El artículo 369, 1.º de la misma ley mantenía como causal de casación la violación de la ley sustantiva y de la doctrina legal. El sistema se hacía aún más rígido, ya que el artículo 383 obligaba a que la Corte anunciara en cada sentencia, a manera de regla de derecho explícita, la doctrina legal allí definida "en términos claros, precisos y generales".⁶⁷ Esta obligación del artículo 383 llevó a la Corte a pensar que la doctrina legal una vez pronunciada, sería inmodificable en sede judicial y requeriría de reforma legal. Bajo esa comprensión, por supuesto, se trataba de un sistema excesivamente rígido de jurisprudencia vinculante.

Curiosamente, sin embargo, el enorme poder que la doctrina legal parecía otorgarle a la Corte Suprema colombiana desde 1886 fue rechazado por ella misma algunos años después.⁶⁸ Este desarrollo, a primera vista curioso y contraintuitivo, es sin embargo estructural en América Latina, como hemos visto también en el caso de México: la obligación de respeto a la doctrina legal le quita, en vez de darle, poder a las cortes de cierre. ¿Cómo es esto posible? El sistema de la doctrina legal terminaba siendo en realidad, en opinión de la Corte, excesivamente rígido. En sus informes al Congreso (en una versión local del *referé* legislativo francés establecido por la Ley 61 de 1886)⁶⁹ la Corte se quejaba de los "defectos" de "incoherencia" que tenía el sistema de la doctrina legal frente a la cultura jurídica nacional. En el informe de 1892 al Congreso, la Corte "pasa a daros cuenta de las dudas, vacíos, contradicciones é inconvenientes

⁶⁷ Decía literalmente el artículo 383: "Respecto de la primera causal de las mencionadas en el artículo 369, la Corte fijará siempre en dicha parte resolutive, en términos claros precisos y generales, que constituyan regla de derecho, la genuina inteligencia de las leyes aplicadas[...]".

⁶⁸ En el trámite de la Ley 61 de 1886 los magistrados de la Corte Suprema no solamente no se opusieron a la "doctrina legal", como a partir de 1892 lo empiezan a hacer, sino que abiertamente le dieron la bienvenida. Véase al respecto la intervención del magistrado Angarita en la sesión de 22 de octubre de 1886, D.O. Año XXII, núm. 6858, p. 1201.

⁶⁹ Se disponía en el artículo 135 que "en todo caso en que la Corte Suprema ó algún Tribunal Superior de Distrito encontraren, al fallar en cualquier causa, que hay algún defecto en la legislación, por incoherencia, contradicción ó vacío, ó que por causa de defectos en la administración pública sufren perjuicio los intereses nacionales, deberán dirigir las indicaciones del caso al Congreso, ó al Gobierno, según la naturaleza de los defectos notados, a fin de que puedan ser corregidos por quien corresponda." Sobre la institución del *referé* legislativo véase López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho*, op. cit., p. 258

que ha notado en la aplicación de las leyes".⁷⁰ La crítica al sistema de la doctrina legal fue particularmente dura, en especial a la obligación cuasilegislativa de anunciarla en las sentencias "a manera de regla general de derecho" como establecía el artículo 383 de la Ley 105. La declaración de la Corte también examina implícitamente el problema relacionado con la identificación precisa ("a manera de regla general de derecho") de la *jurisprudencia* establecida en sus fallos.

La Corte ha procurado —decían los magistrados en 1892—⁷¹ llenar hasta donde le ha sido posible esta grave y difícil atribución [del art. 383 de la Ley 105]⁷²: pero ha observado que ella aminora en gran parte el fin primordial del recurso, que consiste en la discusión y aplicación de las leyes y doctrinas de derecho a los casos particulares, para que del estudio de sus sentencias pueda deducirse la verdadera doctrina legal y *lograrse poco a poco la uniformidad de la jurisprudencia*, como sucede en las naciones que han establecido este recurso, especialmente en Francia donde tuvo su origen, y de donde, en consideración a sus plausibles resultados, se ha ido extendiendo a diversos países.

Pero reducida la doctrina legal a los estrechos límites de una declaración general y abstracta sobre un punto de derecho, formulada como un verdadero artículo de ley, la Corte viene a asumir las atribuciones del legislador, sin la libertad de éste: porque el cuerpo legislativo puede reformar las leyes y debe hacerlo cuando de su aplicación resultan inconvenientes, y

⁷⁰ Gaceta Judicial, 16 de agosto de 1892 año VII, núm. 348, p. 28.

⁷¹ En 1892 la Corte Suprema de Justicia estaba conformada por siete magistrados según lo disponía el artículo 146 original de la Constitución de 1886. Eran ellos los señores Lucio Pombo, Luis Isaza, Jesús Casas, Manuel Ezequiel Corrales, Mariano Medina, Emilio Ruiz y Juan Evangelista Trujillo.

⁷² Existen, en efecto, varias sentencias de esos años en los que la Corte cita la existencia "doctrina legal" ya formada como fundamentación incontrovertible de sus fallos: así, en sentencia de 16 de marzo de 1891 dice la Corte que no puede ocuparse de la revisión de una sentencia del Tribunal de Santander "porque ya ha establecido la doctrina, de acuerdo con las respectivas leyes de procedimiento, de que sólo pueden ser objeto del recurso de casación las sentencias que propiamente se consideran con el carácter de definitivas". Véase al respecto Gaceta Judicial, año VI, núm. 267, abril 8 de 1891, p. 50. Otro ejemplo puede resultar útil: en sentencia de 29 de agosto de 1891 la Corte recuerda que ha "fijado una doctrina" con relación a la diferencia que hay entre la apelabilidad judicial de la imposición de multas y sanciones administrativas frente a las cláusulas penales de contratos civiles. Véase al respecto Gaceta Judicial, año VI, núm. 295, octubre 21 de 1891, p. 294.

la Corte, según la estrechez de nuestra ley de casación, quizá no puede variar una doctrina legal, aunque mejores estudios y el progreso constante de la ciencia jurídica demuestren el error en el que se había incurrido:

Por otra parte, reducida la fuerza de las doctrinas de la Corte de Casación a un principio formulado en los términos indicados, quedan sin valor alguno las consideraciones determinantes del fallo, que es en donde generalmente suelen encontrar las doctrinas que pueden servir de guía a los abogados, Jueces y Tribunales en casos semejantes.⁷³

Para la Ley 105, por tanto, la doctrina legal debía ser disecada en forma definitiva como artículo de ley en "términos claros, preciso y generales". La jurisprudencia se convertía así en productora de normas positivas que clarificaban problemas interpretativos o llenaban vacíos. Para la Corte, en cambio, "la verdadera doctrina legal" consistía en observar con detenimiento los argumentos que se utilizaban en la resolución del caso concreto para de allí extraer criterios de solución flexibles que fueran afinando el derecho en casos futuros. La idea de "verdadera doctrina legal" resultaba más flexible porque le permitía a la Corte (que para la época apenas era una institución joven en el primer decenio de su vida institucional) ir avanzando mediante prueba y error hasta lograr, con el tiempo, una verdadera tradición jurisprudencial. Para la Corte existía una doble razón para criticar la institución de la doctrina legal: primero, la resistencia a aplicar la doctrina legal (en el autprecedente o precedente horizontal) radicaba en que "congelaba" prematuramente la jurisprudencia; y segundo, la objeción a la aplicación de la doctrina legal en la relación vertical con los jueces de instancia (ordenada en la Ley 153) radicaba en que obligaba a los inferiores a buscar la "regla general" explícitamente anunciada por la sentencia y no su *ratio decidendi*, es decir, los argumentos y consideraciones que permitían que un determinado caso se hubiera decidido de determinada forma. Se apreciará, en conclusión, que para la

⁷³ Gaceta Judicial, 16 de agosto de 1892. Año VII, núm. 348, p. 291

Corte de 1892 la objeción contra la doctrina legal no radicaba tanto en negar la importancia genérica de la jurisprudencia como fuente de derecho, sino más bien en oponerse (y con razón, según creo) a los contornos particulares del sistema excesivamente rígido implantado por las Leyes 61 de 1886, 153 de 1887 y 105 de 1890. En México, de otro lado, este potencial argumento fue contrarrestado en su propio sistema de jurisprudencia con el artículo 195 de la Ley original de 1936 donde se decía que la Corte "respetará sus propias ejecutorias", pero que, sin embargo, podía "contrariar la jurisprudencia establecida siempre que exprese las razones para variarla". Como hemos visto, la Corte colombiana llegó a pensar que no contaba con esa potestad.

Pero la cuestión siguió desarrollándose con velocidad. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su informe de 1894, reporta que "se complace en dar testimonio de que la mayor parte de las observaciones hechas" han sido acogidas por el Congreso y atendidas en varias leyes. En el caso de la doctrina legal, por ejemplo, el artículo 383 de la Ley 105 fue efectivamente derogado por el artículo 87 de la Ley 100 de 1892 (en respuesta a lo argumentado en el informe de ese año), con lo que quedó suprimida la obligación de dar forma cuasilegislativa a las subreglas jurisprudenciales elaboradas en las sentencias de casación. Pero esta atenuación del sistema rígido no era suficiente ante los ojos de la Corte: en el informe de 1894 la Corte vuelve a insistir en su crítica a la doctrina legal, ahora con argumentos de mayor alcance a los propuestos en 1892. En primer lugar, era claro que la derogatoria del artículo 383 no resolvía definitivamente el problema ya que subsistían otras normas "que deben ser abolidas en interés de los principios y por conveniencia pública".⁷⁴ La Corte se refería, por supuesto, a la norma que establecían una causal de casación por violación de la doctrina legal. Esta norma resultaba inconveniente para la Corte Suprema porque:

⁷⁴ Informe de la Corte Suprema de Justicia al Congreso de 1894, Gaceta Judicial, 7 de septiembre de 1894, año X, núm. 473, p. 34.

[a] establecerse en Francia y en otras naciones que ha seguido su ejemplo, los Tribunales de Casación, no se creyó que debía derogarse *el principio de legislación universal* de que las sentencias sólo tienen fuerza obligatoria en los juicios en que fueron pronunciadas, y de que el Juez, al contrario del Legislador, sólo resuelven sobre el pasado y sus fallos no afectan el porvenir.⁷⁵

Con ello la Corte no niega que la jurisprudencia pueda tener algún nivel persuasivo, pero sin llegar a convertirse en fuente formal de derecho:

[...] si las decisiones judiciales llegan a fijar la inteligencia de las leyes o a colmar los vacíos que en ella existan, no es por modo de disposición general, sino por la natural autoridad que sus doctrinas infunden, por la fuerza de las razones que expongan, y, sobre todo, si los Tribunales están en desacuerdo con esas doctrinas, al fin prevalecen las de la Corte Suprema, mediante el mismo recurso, ó son aceptadas las de los Tribunales, si en definitiva la Corte se persuade que ha errado en alguna doctrina, lo que acontece a veces, merced al adelante continuo de la ciencia ó al mejor conocimiento de las fuentes del derecho y de la historia de su establecimiento.⁷⁶

Las observaciones de la Corte tuvieron rápida acogida en el Congreso colombiano. La ley 169 de 1896 reformó el recurso de casación mediante dos disposiciones fundamentales: en primer lugar, el artículo 2º redefinió la causal primera de casación al establecer que podían ser atacadas "la sentencia violatoria de ley sustantiva, ya sea efecto de una interpretación errónea de la misma ley, ya de indebida aplicación de ésta al caso del pleito". Esta redacción, como resulta evidente, eliminaba la referencia expresa a la doctrina legal. En segundo lugar, el artículo 4º de la Ley introdujo la regla sobre el valor de jurisprudencia que continuó vigente en Colombia

⁷⁵ *Ibidem*, p. 34 (énfasis añadido).

⁷⁶ *Ibidem*.

durante mucho tiempo:⁷⁷ tres decisiones uniformes dada por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen *doctrina probable* (ya no *doctrina legal*), y los jueces *podrán* aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte *varíe* la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.⁷⁸

La discusión dada entre 1886 y 1896 pone en contexto y permite apreciar de manera más clara el sentido de la nueva noción de "doctrina probable". La nueva norma, como apreciará el lector, trata de resolver directamente los problemas señalados por la Corte en su informe al Congreso de 1894. Busca, primero, aclarar que la doctrina es tan sólo "probable" y por tanto puede ser variada con el tiempo por la propia Corte, salvando así la excesiva rigidez cuasilegislativa del sistema de la "doctrina legal". De otro lado la norma *posibilita* (y por tanto *no los obliga*) a que los jueces utilicen la doctrina probable como fundamento de sus fallos. Cae así la idea de vinculatoriedad vertical de la jurisprudencia que los mexicanos de la época habían instituido con la reiteración de jurisprudencia.

Los comentaristas colombianos de la época rápidamente interpretaron el artículo 4 como el anhelado regreso a un "sistema libre de jurisprudencia" en la que los jueces podían (o no) usar la jurisprudencia y la Corte de Casación podía (o no) variarla. Esta visión del problema ya era articulada muy tempranamente por el civilista Antonio José Uribe en un texto de 1903, que tiene notables paralelismos ideológicos con las opiniones de don Fernando de Vega en México, que ya hemos examinado en páginas anteriores. Dice Uribe:

Así como lo dice el artículo 17 del Código Civil, las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria [...]. Sin embargo, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 contenía una disposición muy restrictiva

⁷⁷ Precisamente hasta 2001, cuando la Corte Constitucional preservó la norma en el ordenamiento jurídico colombiano pero transformó radicalmente su interpretación en la sentencia C-836/01.

⁷⁸ Énfasis añadido. El artículo está todavía vigente en Colombia y fue declarado constitucional en la sentencia C-836/01. En esta sentencia, como se verá más adelante, el artículo es profundamente reinterpretado por la Corte Constitucional.

de este principio [...]. De este modo cuando la Corte Suprema había dictado tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho, los demás tribunales tenían que conformarse a su interpretación y en contra de lo establecido en la ley civil sustantiva,⁷⁹ la Corte gozaba de una atribución análoga a la de los antiguos Parlamentos: se declaraba que la tercera sentencia dictada por ella sobre un punto de derecho, conforme a las anteriores, valía como sentencia general y reglamentaria.

Quizá una disposición semejante tenía algunas ventajas prácticas; podía evitar recursos ante la Corte Suprema porque se juzgarán inútiles. Sin embargo, era contraria a la separación de los poderes legislativo y judicial, y podía originar serias dificultades.

En primer lugar, había que preguntar: ¿La Corte quedaba también ligada por tres decisiones suyas uniformes? Si se optaba por la afirmativa, resultaba que la Corte era poder Legislador, con la sola obligación de decidir tres veces en el mismo sentido, obligación que también se impone, en cierto modo, al Congreso, con la exigencia constitucional de tres debates forzosos por cada proyecto de ley.⁸⁰ La experiencia demuestra que las Cortes Supremas modifican su jurisprudencia frecuentemente. Con el tiempo cambian las ideas y los hombres. A veces después de diez, quince y más decisiones en el mismo sentido, la Corte de Casación francesa ha adoptado el sistema opuesto. Toca al legislador resolver las dificultades de una manera definitiva, pero es por todo extremo peligroso conferir un poder de tal clase a la Corte Suprema.

Si, por otra parte, como creemos que debía decidirse, la Corte no quedaba ligada por tres decisiones suyas uniformes, resultaba que los tribunales inferiores quedaban obligados por la ley a conformarse a

⁷⁹ La alusión de Uribe es al artículo 17 del Código Civil colombiano.

⁸⁰ Se refiere aquí Uribe al numeral 1 del artículo 81 de la Constitución de 1886 que exigía, para que un proyecto fuera Ley de la República, que éste hubiera "sido aprobado en cada Cámara en tres debates, en distintos días, por mayoría absoluta de votos". Se trata de la época republicana anterior al estado administrativo contemporáneo en que todo el trabajo legislativo se hacía en plenarios y donde un proyecto de ley era considerado reiteradamente (¡seis debates en plenaria!) para asegurar su concordancia con el ideal político de la voluntad general.

una doctrina que la Corte Suprema podía variar. Así, suponiendo que un Tribunal hubiese fallado según la doctrina legal en asuntos en los cuales podía recurrirse á la Corte, si ésta no cambiaba de opinión, se anulaba la sentencia, aunque estuviese conforme a la ley. Si el juez no se ajustaba a la disposición del artículo 10, era forzoso infirmar la sentencia por violación de dicho artículo, aunque la Corte estimara el fallo aceptable en el fondo.

Como se ve, cualquiera que hubiese sido la interpretación del artículo 10 de la ley 153 de 1887, habría conducido a resultados inaceptables: si se admitía que la Corte quedaba ligada por sus propias decisiones, se la investía de facultades legislativas y se impedía el progreso de la jurisprudencia; si no, se llegaba a una extraordinaria confusión.

El artículo 371 de la Ley 105 de 1890 agravó el sistema de la doctrina legal de que estamos hablando [...]. La misma Ley 105 de 1890 concedía de una manera expresa (artículos 369 y 370) el derecho de interponer recurso de casación contra sentencias violatorias de la doctrina legal.

El Congreso de 1896 reformó, a solicitud de la Corte Suprema misma, las disposiciones anteriores, por medio del artículo 4.º de la Ley 169:⁸¹ [...].

La conclusión de los argumentos de Uribe es rotunda y constituye la idea dominante desde entonces hasta nuestros días. "Esto equivale a suprimir en absoluto el sistema de la doctrina legal, *restableciendo la libertad para todos los jueces y tribunales*, y habría bastado al efector derogar pura y simplemente las disposiciones que atrás hemos analizado".⁸²

⁸¹ En el texto original Uribe procede a esta altura a transcribir el artículo 4 de la Ley 169. En dicha transcripción, las expresiones "podrán" y "varíe" son destacadas en *itálica* por el mismo Uribe. Se trata, por supuesto, de un gesto muy diciente.

⁸² Uribe, Antonio José, *Introducción a Jurisprudencia Colombiana*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1900, p. XXX-XXXII (énfasis fuera de texto. La introducción está fechada en 1903 (agosto 12) aunque el libro aparece con fecha de publicación de 1900. Más arriba he sostenido que el artículo 4º, si se lee en el contexto histórico de su promulgación, no es equivalente a la derogatoria pura y simple de las normas que establecían la doctrina legal. Sin embargo, es preciso aceptar que la interpretación de Uribe terminó siendo dominante desde entonces.

H. La escena contemporánea: de la "jurisprudencia" al "precedente judicial" (1995-2022 y más allá)

Esta historia regional entrelazada sobre el valor tradicional de la "jurisprudencia" en América Latina se mantuvo relativamente estable hasta finales del siglo XX y comienzos del XXI. La jurisprudencia dominó bajo un cierto sistema tradicional proveniente del derecho europeo del siglo XIX y que se construyó a partir de la vinculatoriedad normativa de jurisprudencia donde hubiese reiteración de criterios (jurisprudencia constante/doctrina legal). Este proceso tuvo, sin embargo, escenarios diferenciales: en México se estabilizó en la noción de "tesis de jurisprudencia" vinculantes, y en Colombia, por el contrario, se disolvió en una "doctrina probable" meramente indicativa más cercana al legocentrismo liberal. Entre estos extremos se puede entender la conceptualización jurisprudencial de muchos otros países de la región que se desarrollaron con similares conceptos jurídicos y con similares discusiones jurídicas e ideológicas. Un mapa regional de tal dinámica sería difícil de hacer en este momento, pero los términos del debate quedan bien planteados en estos dos ejemplos centrales y las referencias adicionales a varios otros países.

Recientemente, sin embargo, se produjeron cambios sísmicos en los derechos nacionales de los países de la región que, por muy conocidos, no podemos repetir exhaustivamente en este momento.⁸³ Pero es necesario, para propósitos de esta exposición, recordar en breves y sintéticas puntadas algunos de ellos. Desde el último cuarto del siglo XX, el derecho latinoamericano ha sufrido un proceso de intensa "constitucionalización". La supremacía más bien absoluta de la ley se ha visto moderada por un principio constitucional: las normas legales deben ser interpretadas a la

⁸³ Esta es la materia del capítulo VI de López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, op. cit.

luz de la Constitución. Pero no de cualquier concepción de la Constitución: se trata de la primacía de derechos fundamentales y constitucionales de las personas para lograr una alineación entre leyes y actividad ordinario del Estado y los principios constitucionales de máximo respeto posible a las personas. Por esa ruta, la interpretación legal se ha integrado así a la interpretación de la Constitución en un periodo más bien corto que respondió a traumas masivos en la experiencia histórica reciente: en Europa apareció con el fin de la segunda guerra mundial y la crítica de la contribución del derecho (inocente o interesadamente) legalista a semejante hecatombe humanitaria;⁸⁴ en América Latina, por el contrario, la Guerra Fría de la segunda posguerra generó un impulso interno e internacional hacia la consolidación de estados legalistas y autoritarios que, en nombre del orden público amenazado, se convirtieron en masivos violadores de derechos humanos.⁸⁵ La constitucionalización regional del derecho buscó, a partir de las dos últimas décadas del siglo XX, un control constitucional (basado en derechos humanos y constitucionales) del Estado autoritario en América Latina.⁸⁶ Para ello fue necesario crear verdaderos tribunales constitucionales, bien sea en estructuras judiciales preexistentes (como ocurrió en México)⁸⁷ o en nuevas cortes constitucionales (como en Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú).⁸⁸ Este movimiento

⁸⁴ Radbruch, Gustav, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, "Arbitrariedad legal y derecho suprallegal", Tübingen, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1946. Hay una versión en español: Santiago de Chile, Olejnik, 2019. Publicado originalmente en SJZ. Y ver también Borowski, Martin, "Chapter 2: radbruchs formula and human rights", en La Torre, Massimo, Niglia, Leone y Susi, Mart (Editores). *The Quest for Rights: Ideal and Normative Dimensions*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019; Borowski, Martin (ed.), *Modern German Nichtpositivismus. Von Radbruch zu Alexy*. "Modern German Nonpositivism: From Radbruch to Alexy", publicado por Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

⁸⁵ Linz, Juan, "Una interpretación de los regímenes autoritarios", *Papers: Revista de Sociología*, núm. 8, 1978, p. 11-26. Disponible en: <https://papers.uab.cat/>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022]; Dinges, John, *Os Anos do Condor: Uma década de terrorismo internacional no Cone Sul*, São Paulo, Companhia das Letras, 2005; Ferraz, Francisco, *À Sombra dos Carvalhos: Escola Superior de Guerra e política no Brasil (1948-1955)*, Londrina, Eduel, 1997; Fico, Carlos et al., *Ditadura e Democracia na América Latina*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2008.

⁸⁶ Tate, Winifred, *Counting the Dead: The Culture and Politics of Human Rights Activism in Colombia* (vol. 18) (California Series in Public Anthropology), California, University of California Press, 2009.

⁸⁷ Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM-IJ, 2011.

⁸⁸ Eguiguren, Francisco, "Los Tribunales Constitucionales en la región andina: una visión comparativa", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2000, pp. 43-92. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=4240>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

hacia la "materialización del derecho" ha exigido que los resultados jurisprudenciales de este ejercicio sean fijados en "normas adscritas a principio" o "subreglas" que, con frecuencia, han modificado de forma más o menos profunda los resultados de la interpretación legal más tradicional. Para lograr la rápida fijación y sistematización de este nuevo análisis jurídico, las concepciones tradicionales de la jurisprudencia (bien sea bajo la forma de "tesis" o de mera "doctrina probable") se mostraron inadecuadas.

En el caso colombiano, por ejemplo, la interpretación constitucional requería de más amplios niveles de vinculatoriedad que los permitidos por la noción de "doctrina probable" a la que había llegado el debate de finales del siglo XIX; la doctrina probable impedía una adecuada "constitucionalización del derecho" porque daba excesiva latitud a los jueces para seguir o no (según su propio criterio) las definiciones de jurisprudencia de derechos fundamentales que se hacían en muchos casos contemporáneos donde la seguridad jurídica y la igualdad de trato jurídico resultaban esenciales.⁸⁹ En México, de otro lado, las "tesis de jurisprudencia" habían mantenido ciertamente una alta vinculatoriedad normativa (formal) que se había perdido en el resto de los países que siguieron, como Colombia, senderos más legocéntricos que otorgaban valor secundario o auxiliar a la jurisprudencia. Pero las tesis de jurisprudencia mexicana quedaron soportadas, en su aspecto técnico-lexicográfico, en un aparato rígido, abstracto, conceptual y complejo (con una metodología de resumen por tesis, rubros y texto) en el que se escapaba una genuina comprensión del impacto de la nueva jurisprudencia constitucionalizada en los escenarios sociales de litigio; el lexicón jurisprudencial mexicano llegó así a estar efectivamente lleno de un enorme listado de entradas de tesis vinculantes, pero éstas se encontraban aisladas entre sí y se presentaban de maneras demasiado abstractas (sin hechos ni contexto)

⁸⁹ La historia completa del cambio de sistema jurisprudencial en Colombia está en López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, 2.a ed., decimotava reimpresión, Bogotá, Legis/Universidad de los Andes, 2019.

como para que fueran genuinamente útiles en la decisión de nuevos casos basados en experiencia previa.⁹⁰ Con estas características, las "tesis de jurisprudencia" servían las más de las veces como argumentos meramente conceptuales o nocionales que se "tiraban" en los memoriales y sentencias, sin mayor relación analógica o práctica con el caso que se litigaba. Ese lexicón, por tanto, terminó alimentando una extendida "retórica" de citas jurisprudenciales, donde, sin embargo, no se preservaban la reflexión jurídica concreta que hubiesen hecho los jueces sobre escenarios de litigio y conflictos sociales específicos que empezaron a decidir desde una perspectiva constitucional.⁹¹

En los países legocentristas, pues, la jurisprudencia retomó un movimiento ascendente de importancia con la aspiración de convertirse en verdadero "precedente". Casos fallados por los jueces, sin necesidad de reiteración de la "jurisprudencia constante", en la que se resolvía un escenario de litigio concreto y se adoptaban "razones" jurídicas constitucionalizadas que tenían ahora una "fuerza de gravedad" concreta para atraer, por decirlo de alguna manera, la decisión de casos futuros análogos por hechos y circunstancias. Esta nueva concepción de precedente se extendió rápidamente por toda la región, como veremos a continuación.

El precursor de ese cambio parece haber sido la Corte Constitucional colombiana que, a partir de textos legales, terminó estableciendo una doctrina de precedente vinculante en un desarrollo jurisprudencial de alta intensidad entre los años 1995-2003. Esta concepción es hoy en día estable y domina la comprensión colombiana de análisis jurisprudencial. En otros países ese cambio pareció darse por una combinación de nuevas actitudes judiciales (como había ocurrido en Colombia) y la expedición de nuevas leyes que proponían esa actitud. En Ecuador, por ejemplo, la

⁹⁰ Magaloni, Ana, *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*, México: Centro de Investigación y Docencia Económicas, División de Estudios Jurídicos, 2011. Disponible en: <http://repositorio-digital.cide.edu/handle/11651/1324>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

⁹¹ Rodríguez, Jesús, "La Suprema Corte como tribunal constitucional: ¿el inevitable acercamiento de la función jurisdiccional a la política?", *Ciencia jurídica*, vol. 7, núm. 13, 2018.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) estableció, entre los "principios de justicia constitucional", una referencia específica a la "obligatoriedad del precedente":

los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

En Bolivia, el Código Procesal Constitucional de 2012 trajo un nuevo y controversial artículo 15 que establecía el carácter obligatorio y vinculante general de las sentencias: "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".

En México, como hemos visto, ese no parecía ser el problema: la jurisprudencia ya era vinculante, pero en una metodología que parecía rígida y remota. La reforma judicial de 2021 tomó ese sistema, conservó la vinculatoriedad, pero modificó de forma significativa sus contornos técnico-lexicográficos, con importantes consecuencias para el derecho mexicano. En el diagnóstico previo a la reforma, se decía que

desde 1994 la Suprema Corte se ha ido afianzando como un verdadero tribunal constitucional. Como protectora de la Constitución y de los derechos humanos, la jurisprudencia que emite la Suprema Corte juega un rol de suma importancia. Los criterios que derivan de este tribunal constitucional deben ser robustos, vigentes y tener fuerza para que permeen a los órganos jurisdiccionales inferiores. Sin embargo, la forma en que actualmente se integra la jurisprudencia entorpece su desarrollo.⁹²

⁹² Caballero, José, *La reforma judicial de 2021: ¿Hacia dónde va la justicia?*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2021. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6578-la-reforma-judicial-de-2021-hacia-donde-va-la-justicia>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

El diagnóstico exigía un remedio que se encontró, precisamente, en la transformación de la jurisprudencia en precedente:

Por ello, en el contexto de transformación que se encuentra México y el Poder Judicial es necesario dotar de mayor coherencia, uniformidad y fuerza a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para lograr lo anterior, se propone que dicho Alto Tribunal avance a un sistema de precedentes en el que las razones que justifiquen las decisiones [...] sean obligatorias para todos los órganos jurisdiccionales.⁹³

El sistema de precedentes exigía cambios en algunas de las reglas básicas que se habían positivizado desde 1936 y que hemos expuesto más arriba: en primer lugar, se eliminó la regla de reiteración como requisito de vinculatoriedad jurisprudencial en cinco sentencias no interrumpidas, y se llegó a la idea que, por razones de seguridad jurídica e igualdad, bastaba un fallo de la Suprema Corte para crear un precedente con "fuerza gravitacional" sobre el sistema, y, en el núcleo de la reforma, se cambió la forma de realizar y reportar el análisis jurisprudencial. Un "precedente" quedaría definido, según el artículo 218 de la reforma,⁹⁴ de la siguiente manera:

⁹³ Poder Judicial de la Federación, Reforma judicial con y para el poder judicial, Ciudad de México, 2020. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/carrusel_transparencia/documento/2020-02/Reforma-Judicial-PJF.pdf. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

⁹⁴ Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Federal:

"Artículo 218. Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los plenos regionales o los tribunales colegiados de circuito establezcan un criterio relevante, se elaborará la tesis respectiva en la que se recojan las razones de la decisión, esto es: los hechos relevantes, el criterio jurídico que resuelve el problema abordado en la sentencia y una síntesis de la justificación expuesta por el tribunal para adoptar ese criterio.

De esta manera la tesis deberá contener los siguientes apartados:

I Rubro: mediante el cual se identificará el tema abordado en la tesis.

II. Narración de los hechos: en este apartado se describirán de manera muy breve los hechos relevantes que dieron lugar al criterio adoptado por el tribunal para resolver el caso. Cuando se trate de jurisprudencia por contradicción, se describirá el punto en el que discreparon los órganos contendientes.

III. Criterio Jurídico: en el que se reflejará la respuesta jurídica adoptada para resolver el problema jurídico que se le planteaba al órgano jurisdiccional.

IV. Justificación: se expondrán de manera sucinta los argumentos expuestos por el órgano jurisdiccional en la sentencia para sostener el criterio jurídico adoptado en la resolución.

Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los plenos regionales o los tribunales colegiados de circuito establezcan un criterio relevante, se elaborará la tesis respectiva en la que se recojan las razones de la decisión, esto es: los hechos relevantes, el criterio jurídico que resuelve el problema abordado en la sentencia y una síntesis de la justificación expuesta por el tribunal para adoptar ese criterio.

Con esta nueva orientación lexicográfica, se busca pasar de un sistema conceptual de tesis de jurisprudencia a un análisis de sentencias donde se precise la *ratio decidendi* del caso concreto (con sus hechos y circunstancias específicos), de manera que su fuerza gravitacional vinculante o atrayente sea aplicable en casos futuros análogos. Este cambio de concepción lexicográfico tiene consecuencias profundas para la relatoría y utilización de los casos, ya que permite elaborar "líneas jurisprudenciales" en escenarios de litigio como lo ha hecho ya el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A la altura de 2022, el Centro había ya elaborado cerca de 300 líneas jurisprudenciales concretas que presentan el acervo decisonal mexicano de una forma mucho más clara y pertinente de lo que se podía lograr con los criterios tradicionales de organización de las "tesis de jurisprudencia".

I. Conclusión

¿Puede hacerse un resumen de un conjunto tan vasto de elementos?
 ¿Es el panorama que acabo de mostrar tan sólo la fantasía de un comparativista que busca (o quizá que fuerza) convergencias y paralelismos en experiencias históricas tan variadas y, sí, por qué no reconocerlo, tan fragmentadas? ¿Tiene sentido hablar de una historia regional entrecruzada de formación de jurisprudencia en América Latina?

V. ... Además de los elementos señalados en las fracciones anteriores, la jurisprudencia emitida por contradicción deberá contener, según sea el caso, los datos de identificación de las tesis que contiendan en la contradicción, el órgano que las emitió, así como la votación emitida durante las sesiones en que tales contradicciones se resuelvan.

Las cuestiones de hecho y de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión, en ningún caso deberán incluirse en la tesis".

Los argumentos y observaciones presentados en este artículo permiten ser optimistas sobre la posibilidad de tal reconstrucción panorámica. Veamos algunas similitudes regionales: en toda América Latina, por ejemplo, se utilizan conceptos tales como "jurisprudencia constante" y "doctrina legal" para determinar el valor normativo del derecho creado por los jueces. Este uso refleja la historia intelectual y normativa que se intentó resumir en párrafos anteriores. Estos conceptos, de otro lado, son apenas el campo en donde se desenvuelve, en toda la región, tensiones muy fuertes entre, de un lado, la necesidad de armonizar criterios interpretativos en una misma jurisdicción con el reclamo y, del otro, la defensa, aún muy insistente, que se hace de la autonomía adjudicativa de los jueces y de su exclusiva dependencia y responsabilidad frente a la ley.

A la luz de este panorama común, ¿se reconoce o no la jurisprudencia como fuente de derecho? Y si tiene algún valor normativo. ¿En qué consiste con precisión? Lo que hemos intentado hasta ahora es una clarificación histórica y genealógica entrelazada del tema. En América Latina, podemos concluir, existe efectivamente una comunidad de sentido y estilo en el tratamiento de la jurisprudencia: basta hablar con jueces y abogados de diferentes jurisdicciones para entender que los distintos derechos nacionales no son, en realidad, una plétora de soluciones dispersas y particulares, sino más bien expresiones nacionales de un tronco jurídico-ideológico común. ¿Cómo explicar y entender ese tronco común? De nuevo, las páginas anteriores son un esfuerzo en ese sentido.

Y si es cierto que hay un tronco común, una estructura desde la cual entender el valor de la jurisprudencia en la región, ¿qué conclusiones se pueden sacar? Conviene aquí intentar un rápido recuento de lo que se ha aprendido hasta ahora. La primera conclusión firme puede ser esta: América Latina hizo el tránsito, de la mano de Europa, de una profunda fobia legocéntrica hacia el derecho de los jueces, a la aceptación de su valor vinculante mediante la recepción de la constelación "jurisprudencia constante"- "doctrina legal". Este giro hacia el valor aumentado de la jurisprudencia se nota con toda claridad, como marca de época, en los libros,

comentarios y sentencias que cruzaban el Atlántico y, luego, en la doctrina científica del derecho que empiezan a escribir las élites jurídicas criollas hacia 1880. La consolidación de las Cortes Supremas de Justicia regionales (también después de 1880) se hizo en un momento en que ya no reinaba de forma suprema la ideología legalista de la revolución francesa, sino su adaptación más centralista, más autoritaria quizás, de la "doctrina legal" en el modelo de enjuiciamiento civil español.

¿Qué modelo de jurisprudencia se recibió en la región? Una característica de la doctrina legal es que se trata de un sistema relativamente formalista de jurisprudencia. Por "formalista" se quiere decir que el sistema está basado en reglas legales explícitas. Esta es una diferencia importante con el *common law* en la que el *case law* tiene una fuerza normativa de procedencia cultural o "consuetudinaria". En América Latina la cultura jugó también su parte, como hemos visto, pero en todos los países se reputa como central la expedición de normas legales que definiesen el valor normativo de la jurisprudencia. Estas normas, como hemos visto, no controlan definitivamente la jurisprudencia, pero a los juristas de la región les es difícil analizar el tema por fuera del estricto marco normativo. Se abre así un boquete entre el valor *de iure* de la jurisprudencia y su uso *de facto*. Desde el punto de vista de *iure*, el sistema latinoamericano de jurisprudencia es, pues, formalista: lo define la ley que además precisa quién la puede expedir y certificar (reglas de origen y certificación), con qué tanta uniformidad (regla de reiteración) y cuáles son las consecuencias de su violación (regla sancionatoria). Esto llevó en varios países a la adopción de un sistema altamente formalizado de doctrina legal que pervivió en México, hasta convertirse en parte de su identidad jurídica, y que murió en Colombia bajo las fuerzas opositoras del legocentrismo.

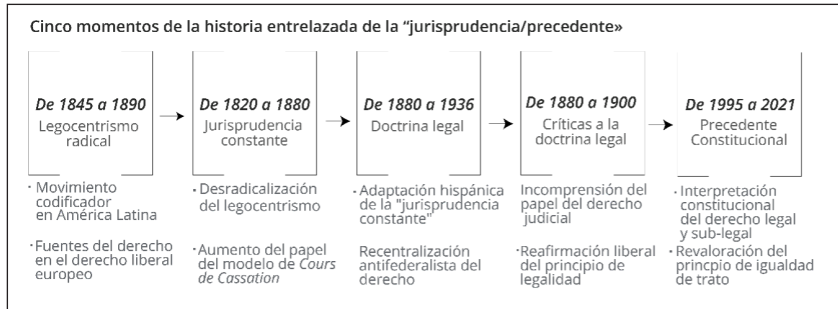
¿Cómo ofrecer sustento a estas afirmaciones? Piénsese en los siguientes puntos: las Cortes y los comentaristas jurisprudenciales de la región fueron apenas capaces, hasta hace muy poco, de consolidar ejemplos de doctrina legal que fuesen realmente invocables como fundamento de

casación de sentencias violatorias de la misma. En entrevistas con Magistrados y litigantes en países como Guatemala, Honduras, El Salvador, Colombia, Ecuador, Bolivia y República Dominicana se reconocía abiertamente que la violación de la doctrina legal era rarísimamente invocada y que en la inmensa mayoría de los casos los casacionistas acusaban las sentencias de los jueces por violación de la ley y no por violación de la jurisprudencia. Igualmente se reconocía que el cuerpo de doctrina legal actualmente existente era exiguo y que los fallos de las Cortes, en general, se movían con bajos niveles de articulación con sus fallos precedentes. Así, por tanto, las Cortes no tenían el hábito de construir líneas jurisprudenciales y no otorgaban a los fallos nuevos fuerza gravitacional para casos futuros con fundamento en el principio de igualdad de trato. Existía la idea de que la relación directa del fallador con la ley permitía que cada caso fuese resuelto ad hoc, según argumentos directamente extraídos de la ley pero que no tenían obligación de coherencia decisional horizontal con fallos preexistentes o futuros. La noción de doctrina legal, en la que fue preservada, no generó ni los hábitos ni las expectativas de construcción de líneas jurisprudenciales a partir de un examen longitudinal del precedente.

Esto, sin embargo, ha cambiado en los últimos años: en el último cuarto de siglo se hace notar una clara tendencia de reemplazar la vieja "jurisprudencia" (vinculante o no) con un concepto criollizado de "precedente" que se deja notar en todo el continente, aunque no todos los países lo hayan adoptado formalmente. Sin embargo, el derecho positivo de Colombia, Ecuador, Bolivia y México ya han hecho esa transición de forma decidida y ya se dejan notar cambios significativos de cultura jurídica que afectan la actividad judicial, la litigiosa y la conceptualización y enseñanza del derecho.

En un cuadro sintético, podríamos resumir una vez más la historia entrelazada de la "jurisprudencia/precedente" en una ruta común de cinco momentos históricos, que no todos han recorrido de igual forma, pero que sí plantean una matriz común de discusiones e instituciones.

Figura 1. Cinco momentos de la historia entrelazada de la "jurisprudencia/precedente"



Bibliografía

- Álvarez, Secundino, "Decisiones judiciales o estudios sobre el derecho patrio". Biblioteca Nacional de Colombia, Fondo Pineda n.º 815, Folio 40, 1864.
- Bazante, Vladimir, *El precedente constitucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.
- Bernal, Carlos, "El precedente en Colombia", *Revista Derecho del Estado*, núm. 21, pp. 81-94. 2008. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/493>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].
- Borowski, Martin, "Chapter 2: radbruchs formula and human rights", en La Torre, Massimo, Niglia, Leone y Susi, Mart (eds.). *The Quest for Rights: Ideal and Normative Dimensions*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.
- Borowski, Martin (ed.), *Moderner deutscher Nichtpositivismus. Von Radbruch zu Alexy*. "Modern German Nonpositivism: From Radbruch to Alexy", publicado por Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

Bravo Lira, Bernardino, "La difusión del código civil de Bello en los países de Derecho castellano y portugués", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 7, pp. 71-106. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/126621>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

Brewer-Carías, Allan, *La demolición de la autonomía e independencia del poder judicial en Venezuela 1999-2021*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2021.

Caballero, José, *La reforma judicial de 2021: ¿Hacia dónde va la justicia?*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2021. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6578-la-reforma-judicial-de-2021-hacia-donde-va-la-justicia>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

Calderón, Carlos, *La importancia de la jurisprudencia y el precedente en el sistema de justicia boliviano*, Sucre, Imprenta grafica Chucamanis, 2020. Disponible en: <https://obs.organojudicial.gob.bo/assets/archivos/publicacion/526f08abb3357d64333ca45a86eb842e.pdf>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM-IIJ, 2011.

Caso, Álvaro, "Sobre historias entrelazadas y otras conexiones", *Humanidades: Revista De La Universidad De Montevideo*, núm. 3, 2018, pp. 9-22. Disponible en: <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistahumanidades/article/view/199>. [Consultado del 22 de septiembre de 2022].

Código de procedimientos civiles federales. Con las anotaciones hechas por Antonio de J. Lozano, México, Herrero Hermanos editores, 1901.

Contreras, Pedro de Pablo, "Problemas actuales de la casación foral en Aragón", *Revista de Derecho Civil Aragonés III*, núm. 2, 1997. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1141>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

De Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, Londres, Cavendish 1999.

Diario Oficial de la Federación (DOF), Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación, 11 de marzo de 2021. Véase el análisis de Negrete, Michael, *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*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.

Dinges, John, *Os Anos do Condor: Uma década de terrorismo internacional no Cone Sul*, São Paulo, Companhia das Letras, 2005.

García, Domingo, "Los orígenes del precedente constitucional en el Perú", *Ius Inkarri: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma*, núm. 9, 2020. Disponible en: <https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarri/article/view/3679>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

Eguiguren, Francisco, "Los Tribunales Constitucionales en la región andina: una visión comparativa", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2000, pp. 43-92. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=4240>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

Ferraz, Francisco, *À Sombra dos Carvalhos: Escola Superior de Guerra e política no Brasil (1948-1955)*, Londrina, Eduel, 1997.

Fico, Carlos et al., *Ditadura e Democracia na América Latina*, Río de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2008.

Fon, Vincy y Parisi, Francesco, "Judicial precedents in civil law countries: a dynamic analysis", *George Mason University. Law and Economics Research Paper*, núm. 04-15, 2004.

Gaceta Judicial, año VI, núm. 295, octubre 21 de 1891.

Gaceta Judicial, 16 de agosto de 1892 año VII, núm. 348.

Glenn, Patrick, *Legal Traditions of the World*, Londres, Oxford, 2000.

Guzmán, Alejandro et. al., *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias: Escritos en conmemoración del bicentenario del código civil francés*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2004.

Guzmán Brito, Fernando, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Madrid, Aranzadi, 2006.

Hale, Charles, *The Transformation of Liberalism in Late Nineteenth Century Mexico*, Princeton, Princeton University, 1989.

Informe de la Corte Suprema de Justicia al Congreso de 1894, Gaceta Judicial, 7 de septiembre de 1894, año X, núm. 473.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Federal.

Ley de enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881 concordada y anotada con gran extensión según la doctrina de los autores a jurisprudencia del Tribunal Supremo por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia bajo la dirección de D.

Emilio Reus, Madrid, Hijos de Reus editores, 2.^a edición, tomo I, 1907.

Linz, Juan, "Una interpretación de los regímenes autoritarios", *Papers: Revista de Sociología*, núm. 8, 1978, p. 11-26. Disponible en: <https://papers.uab.cat/>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, octava reimpresión, Bogotá, Legis/Universidad de los Andes, 2016.

López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, 2.a ed., decimoctava reimpresión, Bogotá, Legis/Universidad de los Andes, 2019.

López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis.

López Vilas, Ramón, *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 2002.

Magaloni, Ana, *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*, México: Centro de Investigación y Docencia Económicas, División de Estudios Jurídicos, 2011. Disponible en: <http://repositorio-digital.cide.edu/handle/11651/1324>. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

North, Douglass, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

Oliveira Silva, Beclate y Medeiros Valente de Lima, Bruna, "Vinculação do precedente no Brasil: análise normativa", *Revista Brasileira de Direito Processual*, año 26, núm. 103, pp. 63-85, 2018.

Peces Morate, Jesús, "Valor de la jurisprudencia", en, Samper, Joaquín, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.

Poder Judicial de la Federación, Reforma judicial con y para el poder judicial, Ciudad de México, 2020. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/carrusel_transparencia/documento/2020-02/Reforma-Judicial-PJEpdf. [Consultado el 22 de septiembre de 2022].

Radbruch, Gustav, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, "Arbitrariedad legal y derecho suprallegal", Tübingen, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1946.

República de Colombia, Gaceta Judicial: Órgano oficial de la Corte Suprema de Justicia, núm. 1, 12 de febrero de 1887.

Rodríguez, Jesús, "La Suprema Corte como tribunal constitucional: ¿el inevitable acercamiento de la función jurisdiccional a la política?", *Ciencia jurídica*, vol. 7, núm. 13, 2018.

Tate, Winifred, *Counting the Dead: The Culture and Politics of Human Rights Activism in Colombia* (vol. 18) (California Series in Public Anthropology), California, University of California Press, 2009.

Uribe, Antonio José, *Introducción a Jurisprudencia Colombiana*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1900

Vega, Fernando, *La nueva ley de amparo de garantías individuales. Comentarios acerca de sus disposiciones más importantes. Ensayo crítico filosófico de la ley*, México, Imprenta de J. Guzmán, 1883.

Watson, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Georgia, University of Georgia Press, 1993.

El precedente constitucional en Argentina

Roberto Saba*

* Director del Centro de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo.

SUMARIO: A. Contexto histórico-institucional; B. Estructura del Poder Judicial y control de constitucionalidad en Argentina; I. Precedente vertical; II. Precedente horizontal; C. Conclusiones.

A. Contexto histórico-institucional

Se suele sostener en los estudios de derecho comparado que mientras que en la tradición del *common law* el derecho es producido por los jueces a través de sus decisiones en casos concretos, en la tradición continental el derecho, expresado en el Código Civil, es producido por el Parlamento.¹ Respecto de este último caso, se afirma generalmente que las decisiones de los jueces no crean derecho, pues estos funcionarios se limitan a aplicar silogísticamente las reglas generales del Código a casos concretos. Así, los jueces, como afirmó Montesquieu, son la "boca muda que pronuncia las palabras de la ley".² A partir de estos presupuestos de la tradición jurídica continental, se desprende una serie de consecuencias

¹ Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, Legis, Bogotá, 2006, pp. 34-37; Merryman, John, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 1969, pp. 27-34.

² Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, *op. cit.*, pp. 150-154.

concretas derivadas de esa supuesta función mecánica de los tribunales.³ La primera de ellas es la negación de que los magistrados al aplicar la ley (y la Constitución) desarrollan inevitablemente una labor interpretativa. Si se sostiene que el derecho está claramente expresado en el Código, y si la tarea de los funcionarios que lo aplican a casos concretos se reduce a un mero ejercicio deductivo, entonces no hay nada nuevo en un fallo judicial, salvo la previsible aplicación de la regla general al caso particular. Nada que, en principio, sea de interés de quienes sean ajenos a un pleito en particular. A partir de esta observación surge otra consecuencia práctica de aquellos presupuestos sobre la actividad de los jueces desarrollada en el marco de la tradición civil: no hay necesidad, en principio, de que esas decisiones sean siquiera publicadas para conocimiento del público o de la ciudadanía.⁴ De hecho, no es inusual que en aquellas jurisdicciones inmersas en la tradición continental la publicación de las sentencias no sea parte de la práctica jurisdiccional. Es interesante en este sentido el modo en que Mirjan Damaska explica el fenómeno:

[el] cisma entre el cargo y el que lo ocupa favorece el pensamiento institucional: los impulsos por dejar de lado los intereses institucionales y consultar con la conciencia son demasiado "protestantes" para ser tolerados. Los juicios se transforman en pronunciamientos de una entidad impersonal (una curia) incluso cuando un solo individuo tiene la misión de administrarla. Y porque la institución ha de ser unívoca para no resultar equívoca, el anuncio de un juicio hecho por varios funcionarios anula la disidencia interna previa: los que están de acuerdo han de reprimir sus emociones. La visión de aparato estatal que analizamos, el amplio fracaso de la justicia continental para publicar opiniones disidentes —o en ciertos casos mencionar los nombres de los jueces que votaron

³ Merryman, John, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 1969, pp. 35-39.

⁴ Damaska, Mirjan R., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven, 1986; Ratti, Florencia, "El precedente de la Corte Suprema de la Nación Argentina", *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, núm. 2 (diciembre de 2020), pp. 585-626, en pp. 621-622; Cross, R. y Harris, J. W., *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 6; Saba, Roberto, *A Community of Interpreters*, tesis doctoral, Yale Law School, 2011, pp. 129-134.

por una decisión— lejos de ser indeseable, puede adoptar una especie de dignidad melancólica. Como los zánganos que mueren tras fertilizar a la abeja reina, las voces disidentes y concurrentes, instrumentales en la formación de una decisión institucional, no sobrevivirán a su anuncio.⁵

Otra de las consecuencias prácticas derivadas de los presupuestos de la tradición continental referidos se relaciona con el tratamiento que el sistema jurídico y la práctica de juzgar les da a los precedentes judiciales. A diferencia de lo que sucede en la tradición del *common law*, y como consecuencia de concebir al derecho exclusivamente como producto de la decisión parlamentaria, en la tradición continental no rige la regla de precedente. En este sentido, consistentemente, a partir de los presupuestos políticos y jurídicos de esta tradición, no tendría justificación alguna que los jueces deban tener en consideración las decisiones tomadas por sus colegas en casos semejantes anteriores. ¿Por qué deberían hacerlo si es suficiente para desarrollar su tarea jurisdiccional con la aplicación de las reglas generales del Código a los casos concretos objeto de decisión? Si los jueces no interpretan el derecho, sino que sólo lo aplican, entonces resultaría irrelevante establecer una regla que los obligara a seguir, o incluso considerar, las aplicaciones de ese mismo derecho que otros jueces han realizado en otros casos. Esta caracterización de los sistemas jurídicos de la tradición continental expresa el mito de la labor mecánica y burocrática de los jueces. Mito que tiene importantes consecuencias prácticas, como sugerí hasta aquí y que veremos con mayor profundidad más adelante. Ese mito y esas consecuencias que afectan el modo en que se aplican las reglas previstas en el Código, se trasladarán a las decisiones judiciales que tienen por objeto aplicar la Constitución en aquellos sistemas de tradición civil que han incorporado, por un lado, una constitución escrita y, por el otro, un modelo de control judicial de

⁵ Damaska, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso*, Morales Vidal, Andrea y Ruiz Tagle, Pablo (trads.), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 38.

constitucionalidad, pues la aplicación de esta norma fundamental a casos concretos se verá afectada por las prácticas e implicancias institucionales generadas por esa tradición jurídica en la que la constitución y la labor judicial se inscriban.⁶

La combinación, por un lado, de la incorporación de constituciones escritas que operan como límite a las decisiones de los poderes políticos y, por el otro, el establecimiento de un modelo de control judicial de constitucionalidad, es una ingeniería relativamente ausente en los sistemas jurídicos de tradición continental. Los órdenes jurídicos de tradición civilista en Europa continental recién incorporan el control de constitucionalidad hacia mediados del siglo XX, cuando luego de la Segunda Guerra Mundial surgen los Tribunales Constitucionales de inspiración kelseniana, sobre la base del antecedente austríaco de 1920.⁷ Ese modelo de control no es caracterizado como "judicial" en esos ordenamientos jurídicos. La incorporación de un control judicial de constitucionalidad en el marco de la tradición continental es relativamente excepcional y da lugar a los denominados sistemas mixtos o híbridos, como es, por ejemplo, el caso argentino.⁸

El sistema jurídico argentino se inscribe indiscutidamente en la tradición continental. No sólo por la influencia de la cultura jurídica española producto de la era colonial, sino por el impacto que en su diseño ha tenido, sobre todo en el siglo XIX, el derecho civil francés. La pertenencia a esa tradición cultural jurídica no se vincula sólo con la sanción de un Código Civil que aspiraba a reflejar la incorporación de las mejores prácticas de la época siguiendo las propuestas de Dalmasio Vélez Sarsfield de

⁶ Saba, Roberto, "Constituciones y códigos: un matrimonio difícil", SELA 2007, San Juan, Puerto Rico, 2008. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoSaba_Spanish.pdf.

⁷ Baume, Sandrine, *Kelsen. Un alegato por la democracia*, De Tomasini, Julia y Dillon, Ariel (trads.) Jusbaies Editorial, Buenos Aires, 2015, pp. 81-82.

⁸ Sobre sistemas híbridos en América Latina, véase Pou, Francisca, "Hybridity and constitutional law taxonomy in Latin America", manuscrito en posesión del autor de próxima publicación en *Law and Ethics of Human Rights*, 2022.

1864, sobre todo de Francia y Brasil, sino de las implicancias institucionales que la tradición continental conlleva basadas en una concepción del derecho —como el texto del Código—y de la actividad de los jueces —la aplicación mecánica de ese texto—, como por ejemplo el diseño de los planes de estudios en las facultades de derecho replicando las secciones del Código, el método de enseñanza adoptado en sus aulas basado fundamentalmente en la memorización de ese texto, el funcionamiento de la burocracia judicial como cuerpo tecnocrático y, sobre todo para el tema que nos preocupa aquí, la renuencia a aplicar la regla del precedente.⁹ Sin embargo, a pesar de la clara inscripción del derecho argentino en la tradición continental, este sistema jurídico ha incorporado, sobre todo para el siglo XIX, elementos centrales de la tradición constitucional de Estados Unidos, que es un caso tan excepcional en la tradición del *common law* como el argentino no es en la tradición continental. Me refiero a la adopción de una constitución escrita de muy difícil reforma en 1853 —a partir de la propuesta de Juan Bautista Alberdi—, y la incorporación de un sistema de control judicial de constitucionalidad de características muy semejantes al del país del norte de las Américas.¹⁰ Así como en Estados Unidos este control fue establecido fundamentalmente por medio de una decisión de la Corte Suprema en el célebre caso *Marbury v. Madison* de 1803,¹¹ en Argentina el control judicial de constitucionalidad surge a partir de una decisión, también de su Corte Suprema, en 1887, en el caso *Sojo*¹² que, además, es preciso decirlo, contiene largas citas textuales de la decisión tomada en *Marbury v. Madison* respecto del rol de los jueces al aplicar las leyes y la Constitución. Este sistema híbrido tan particular,¹³ que introduce muy tempranamente el control judicial de constitucionalidad en un sistema jurídico de tradición continental, es un verdadero ejemplo de convergencia e hibridez que contiene una anomalía: incorpora

⁹ Saba, Roberto, *A Community of Interpreters*, *op. cit.*

¹⁰ Véase Legarre, Santiago, "Common Law, civil law, and the challenge from federalism", 3 *Journal of Civil Law Studies* 167, 172, 2010.

¹¹ 5 US 137.

¹² *Fallos* 32:120.

¹³ Legarre, Santiago, "Precedent in Argentine law", 57 *Loyola Law Review* 781, 2011.

un modelo de *judicial review* que aparentemente requiere de la regla de precedente, pero no reconoce esta regla como consecuencia de su inscripción en la tradición continental que la rechaza por motivos asociados con los supuestos políticos —el poder de decisión legislativa es exclusivo del pueblo representado en el Parlamento— y a la tradición cultural jurídica dentro de la que se inscribe, en la que el texto del Código tiene la mayor centralidad y su significado se supone evidente.

Ambos componentes de este sistema híbrido, el constitucionalismo de vertiente madisoniana y la tradición continental que impregna gran parte de las instituciones y prácticas jurídicas, han convivido en la práctica jurídica argentina desde los momentos fundacionales del sistema jurídico argentino a mediados del siglo XIX hasta nuestros días. Ambos extremos de esta inusual alquimia, el modelo constitucional y la tradición de la codificación, han colonizado diferentes ámbitos del sistema jurídico y de las prácticas institucionales asociadas con la aplicación de la ley y de la Constitución.¹⁴ Por ejemplo, así como la tradición continental ha nutrido el diseño de los planes de estudios de la carrera de abogacía reflejando los capítulos del Código Civil o la metodología de estudio, básicamente la memorización y diestro manejo del articulado del Código,¹⁵ la tradición constitucionalista ha modelado el proceso de designación de todos los jueces, y no sólo de los que conforman la Corte Suprema,¹⁶ el modelo de control de constitucionalidad y las prácticas que son consecuencia de ese modelo, como la publicación de las sentencias de los tribunales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, que empezó a funcionar en 1863, incorporó en sus decisiones desde el comienzo mismo de su existencia el desarrollo de los fundamentos y los votos de todos los jueces, incluidos los votos u opiniones disidentes. Si bien los mandatos y prácticas derivadas

¹⁴ Saba, Roberto P., *A Community of Interpreters*, *op. cit.*

¹⁵ Böhmer, Martín, "Metas comunes: La enseñanza y la concepción del derecho en Argentina", en *Sistemas Judiciales. Abogacía y Educación legal*, 9, pp. 26-38, 2005.

¹⁶ El proceso de designación de los jueces inferiores a la Corte Suprema fue modificado en la reforma constitucional de 1994 introduciendo la participación del Consejo de la Magistratura y con ello algunos elementos de la tradición continental ajenos a la tradición estadounidense.

de la tradición continental impiden la adopción de una regla de precedente en el sentido estricto que ésta tiene en el *common law*, los jueces de la Corte Suprema argentina fueron conscientes desde un primer momento de la importancia que tenían sus precedentes para el conocimiento que los ciudadanos debían tener del significado de la Constitución. La Corte Suprema comenzó a funcionar el 15 de enero de 1863 y en 1865 inició la publicación de sus sentencias en lo que se conoce como la Colección *Fallos*,¹⁷ cuyo prefacio al tomo 1, escrito por el secretario de la Corte, José M. Guastavino, ofrece los fundamentos de la decisión de llevar a cabo esta publicación. Las razones esgrimidas para la justificación de la publicación de las sentencias, sus argumentos, y de los votos disidentes, se relacionan con el valor que los precedentes constitucionales emitidos por la Corte Suprema tendrían tanto para los ciudadanos como para los funcionarios a partir de ese inicial e histórico momento. Ese texto tiene una centralidad tal para el tema que nos concierne, que merece la pena su transcripción casi completa (en el idioma castellano escrito de la época):

De los tres altos poderes del Estado, que forman la repartición del gobierno general, el Judicial tiene la augusta y delicada misión de interpretar y aplicar, en los casos ocurrentes, la Constitución y las leyes, dando á los individuos y á los pueblos los derechos naturales y políticos que la ley fundamental les reconoce, les acuerda y garante. Es la Corte Suprema que con la Justicia de sus fallos y con su acción sin estrépito pero eficaz, está encargada de hacer que la Constitución eche hondas raíces en el corazón del pueblo, se convierta en una verdad práctica, y los diversos poderes, nacionales ó provinciales, se mantengan en la esfera de sus facultades. (...) Las decisiones de la Corte Suprema que, tanto por los principios primordiales de todo gobierno cuanto por los fundamentos propios del sistema, tienen, aunque no sin graves inconvenientes, el carácter y toda la autoridad de ley obligatoria para todos

¹⁷ Guastavino, José M. (dir.), *Fallos de la Suprema Corte de Justicia Nacional con relación de sus respectivas causas*, vol. 1, Buenos Aires, Pablo E. Coni Publisher, 1865.

los Estados y todos los individuos, es preciso que sean conocidas por el pueblo. Al lado de la influencia y poder que ejercen sobre la garantía de los derechos y sobre la suerte y organización del país es necesario agregar la publicidad, no solo porque todos los que habitan el suelo de la República pueden ser en ella heridos ó respetados en sus derechos, sino también para levantar ante el tribunal de la Corte Suprema el poder de la opinión del pueblo, quien, á la par que gana en inteligencia con el estudio de las decisiones judiciales, con censura hace práctica la responsabilidad de los jueces, los cuales ganan á su vez en respetabilidad y prestigio ante sus conciudadanos, según sean la ilustración y honradez que muestran en sus decisiones. De esta manera se logra también el pueblo, por un medio indirecto, pero que obra poderosamente sobre el hombre, prevenir la corrupción de conciencia de sus jueces. Por estas razones creo hacer un bien en publicar los fallos de la Suprema Corte con la relación de las causas. Así como en los Estados-Unidos de Norte-América, esta publicación será, con el tiempo, en la República Argentina, el gran libro, la grande escuela en que todos, y en particularidad los magistrados, los legisladores, los abogados y los estudiantes concurrirán á estudiar la jurisprudencia, la Constitución y la perfección ó imperfección de las leyes para emprender su reforma en presencia de los resultados que produzcan en su aplicación. José M. Guastavino. Buenos Aires, Setiembre de 1864.¹⁸

Antes de analizar estas palabras y su relevancia para la comprensión del lugar que los precedentes de la Corte Suprema tienen en el sistema jurídico argentino, resulta interesante hacer una referencia a lo que pudo ser la fuente de inspiración para la tarea impulsada por Guastavino (1838-1911);¹⁹ 62 años antes de este prefacio, se publicó otro, de similares características y que fuera escrito por William Cranch (1769-1855), para presentar la colección de sentencias de la Corte Suprema de los

¹⁸ Guastavino, José M., *op. cit.*, "Prefacio". El texto citado conserva la versión original incluyendo acentos ortográficos acordes a las reglas del castellano vigentes en 1864.

¹⁹ Ver una versión más amplia de esta historia en Saba, Roberto P., *A Community of Interpreters*, *op. cit.*

Estados Unidos. Algunos años antes de 1803, un señor de apellido Caldwell tenía un trabajo bastante complejo: debía tomar notas para el señor Cranch, el *reporter* de la Corte Suprema, quien a su vez debía producir resúmenes fieles de los argumentos vertidos en las sentencias de la Corte Suprema, para informar a la ciudadanía respecto de ellas.²⁰ En su prefacio, Cranch reconoce su deuda para con Caldwell, por las notas que éste había tomado de lo debatido en los casos previos a febrero de 1803, sin las cuales no hubiera podido hacer su trabajo, pues sus propios registros de esos intercambios no tenían el objetivo de la publicidad. Cranch señala cuatro razones que justifican la publicación de las sentencias de la Corte Suprema de su país. En primer término, reconoce que la cuestión de la certidumbre jurídica es un problema que debe ser atendido en la tradición del *common law*. Segundo, que existe una necesidad de saber qué fue lo que el tribunal decidió para evitar la incertidumbre. Tercero, que dado que la autoridad judicial es compartida por decenas o centenares de jueces, el desafío es el de lograr cierto nivel de uniformidad, a lo que agrega que ese desafío requiere que las decisiones sean conocidas por todos los jueces. Finalmente, que la publicidad de las sentencias es necesaria para reducir los márgenes de discrecionalidad de los magistrados. La conclusión es que la publicación de las decisiones judiciales es la respuesta a estas cuestiones.²¹

Además del hecho de que el texto de la Constitución argentina sancionada en 1853 (con los cambios introducidos en 1860) guarda una importante semejanza con la Constitución de Estados Unidos sancionada en 1787, y que el modelo de control judicial de constitucionalidad que surge a partir de la decisión de la Corte Suprema en el caso *Sojo* se basa

²⁰ 1 Cranch iii 1804.

²¹ 1 Cranch iii 1804: "In a government which is emphatically stiled [sic] a government of laws, the least possible range ought to be left for the discretion of the judge. Whatever tends to render the laws certain, equally tends to limit that discretion; and perhaps nothing conduces more to that object than the publication of reports. Every case decided is a check upon the judge. He cannot decide a similar case differently, without strong reasons, which, for his own justification, he will wish to make public. The avenues to corruption are thus obstructed, and the sources of litigation closed". (Traducción propia).

en el modelo establecido por su par de Estados Unidos en el caso *Marbury v. Madison*, el régimen constitucional argentino tiene otro elemento inspirado en la tradición constitucional estadounidense que merece atención: el sistema de justicia correspondiente a un régimen federal de gobierno y el lugar que ocupa la Corte Suprema dentro de él.²² La Ley Número 48 de Argentina que regula el funcionamiento y las facultades de la Corte Suprema sancionada por el Congreso Nacional²³ se basó en el modelo establecido por el Congreso de los Estados Unidos en la Ley de Organización de la Justicia de 1789.²⁴ Además, la propia Corte Suprema de Argentina adoptó, desde el comienzo de su existencia, el principio por el cual sus decisiones deben estar fundadas en argumentos y razones que deberán hacerse públicas y que por lo tanto serán publicadas.²⁵ Este Tribunal fue creado el 15 de enero de 1863 y comenzó a publicar sus decisiones en 1865.²⁶ Como se dijo antes, José M. Guastavino escribió el prefacio al primer volumen de la colección *Fallos de la Corte Suprema*, que es su denominación oficial. Es claro que cuando la Corte argentina comienza a publicar sus decisiones más relevantes tenía presente el hecho de que su par de Estados Unidos lo venía haciendo desde 1803. Esta práctica del tribunal del norte fue muy probablemente fuente de inspiración para su par del sur. El último párrafo del prefacio de Guastavino es evidencia de ello:

Así como en los Estados-Unidos de Norte-América, esta publicación será, con el tiempo, en la República Argentina, el gran libro, la grande escuela en que todos, y con particularidad los magistrados, los legisladores, los abogados y los estudiantes concurrirán á estudiar la jurisprudencia, la Constitución y la perfección ó imperfeccion de las leyes para emprender su reforma en presencia de los resultados que produzcan en su aplicación.²⁷

²² Carrió, Genaro, "Don Quijote en el Palacio de Justicia. (La Corte Suprema y sus problemas)", en *La Ley*, 1989, pp. 1131-1132.

²³ ADLA 1852-1880, 364.

²⁴ Carrió, Genaro, *op. cit.*, pp. 1131-1132.

²⁵ *Idem.*

²⁶ Guastavino, José M., *op. cit.*

²⁷ *Idem.*

Sin embargo, a pesar de que la Corte Suprema de Argentina siguió el ejemplo de su par de Estados Unidos en materia de publicación de precedentes, las razones por las que cada uno de estos dos tribunales decidió hacerlo no son idénticas, como se desprende de la lectura comparada de los prefacios de Cranch y de Guastavino. Entre otros argumentos, según Cranch, la Corte Suprema de los Estados Unidos publica sus precedentes porque en ellos se establece la interpretación de la Constitución realizada por la Corte Suprema y porque los jueces inferiores *deben seguir* lo dispuesto en ellos, caso contrario tienen la carga de demostrar que hay razones para no hacerlo. Es el principio de *stare decisis* el que obliga a todos los jueces a involucrarse en un diálogo entre sí respecto de la correcta interpretación de la Constitución. Estos funcionarios deben seguir lo establecido en casos similares o tienen la obligación de demostrar que existen diferencias relevantes entre el caso en consideración y el que ya fue decidido con anterioridad si creen que deben decidir de otro modo. A fin de que los jueces se involucren en esta virtual conversación, que no sólo tiene lugar entre jueces contemporáneos, sino entre todos aquellos que comparten la misión intergeneracional de proveer el significado del texto constitucional, es crucial que el centro de ese debate constituido por los precedentes sea conocido en su totalidad, incluyendo no sólo la decisión en términos estrictos, sino también los fundamentos y razones que han desembocado en ella. De ello se desprende que esas razones y esas decisiones deben ser publicadas y difundidas, en caso contrario la conversación no sería posible, pues es en esas decisiones y fundamentos pasados en los que se ancla la conversación para poder existir. La publicidad de las decisiones es lo que proveería la certidumbre jurídica que preocupaba a Cranch, pero no sólo por la certeza acerca de lo que la ley prescribe, sino acerca del contenido de la conversación que los jueces mantienen entre sí respecto del significado de los textos legales en general y de la Constitución en particular. Cranch se refiere a este argumento en forma explícita cuando afirma que "dado que la autoridad judicial es compartida, el desafío es lograr la uniformidad. Esto requiere que las decisiones sean conocidas por todos los jueces", estableciendo una conexión directa entre uniformidad, que equivale a certidumbre, y la práctica de

compartir la información referida a cómo otros jueces han decidido en casos relevantes a través de la publicación de los precedentes. Cranch también alega que la publicación de los precedentes reduce la discrecionalidad de los jueces al decidir, pues las decisiones tomadas por otros jueces constriñen a sus colegas al decidir en un caso particular futuro. Cranch presenta otras razones que no son menos importantes y que están relacionadas con el modo en que la transparencia y la información operan como antidotos contra la arbitrariedad y la corrupción. En síntesis, la justificación que ofrece Cranch para la publicación de las decisiones de los tribunales se basa tanto en razones relacionadas con el funcionamiento del *stare decisis*, como en razones vinculadas con la necesidad de hacer a los jueces responsables por sus decisiones, las cuales los atan y constriñen.

Guastavino, por su parte, también ofrece en su prefacio a la colección *Fallos* sus razones para la publicación de las decisiones de la Corte Suprema de Argentina. Probablemente encontró inspiración en las palabras de Cranch, pero es claro que se vio impedido de recurrir a la totalidad de los argumentos esgrimidos por éste. Creo que mientras que encontró de suma utilidad las razones referidas a la responsabilidad pública (*accountability*) de los jueces que había expuesto Cranch 62 años antes, no consideró apropiado replicar las razones relacionadas con los requerimientos del régimen de *stare decisis* debido a que era consciente de que serían rechazadas por la comunidad jurídica, pues el *stare decisis* es un elemento central de la tradición del *common law* y está ausente en la tradición civil, en la que se halla inmerso el sistema legal argentino. Sin embargo, Guastavino claramente afirma que el trabajo de los jueces va más allá de la simple aplicación automática de la ley y que la interpretación del texto en el que se expresa es inevitable. Por eso sostiene que la publicación de los precedentes hará que sea público el contenido de la Constitución y que ello contribuirá a que la gente se apropie de la de esa norma fundamental al saber cómo es interpretada por los jueces y aplicada a casos concretos. Así lo expresa en sus propias palabras:

Es la Corte Suprema que con la justicia de sus fallos y con su acción sin estrépito pero eficaz, está encargada de hacer que la Constitución eche hondas raíces en el corazón del pueblo, se convierta en una verdad práctica, y los diversos poderes, nacionales ó provinciales, se mantengan en la esfera de sus facultades. (...) Las decisiones de la Suprema Corte que, tanto por los principios primordiales de todo gobierno cuanto por los fundamentos propios del sistema, tienen aunque no sin graves inconvenientes, el carácter y toda la autoridad de ley obligatoria para todos los Estados y todos los individuos, es preciso que sean conocidas por el pueblo.²⁸

Guastavino estaba también preocupado, como Cranch, por la necesidad de hacer responsables a los jueces por sus decisiones y claramente señala que la información y la transparencia funcionan como antídotos contra la corrupción y la arbitrariedad:

Al lado de la influencia y poder que ejercen sobre la garantía de los derechos y sobre la suerte y organización del país es necesario agregar la publicidad, no solo porque todos los que habitan el suelo de la República pueden ser en ellas heridos ò respetados en sus derechos, sino también para levantar ante el tribunal de la Corte Suprema el poder de la opinión del pueblo, quien, à la par que gana en inteligencia con estudio de las decisiones judiciales, con su censura hace práctica la responsabilidad de los jueces, los cuales ganan á su vez en respetabilidad y prestigio ante sus conciudadanos, según sean la ilustracion y honradez que muestran en sus decisiones. De esta manera logra tambien el pueblo, por un medio indirecto, pero que obra poderosamente sobre el hombre, prevenir la corrupción de conciencia de sus jueces.²⁹

En síntesis, creo que la adopción del régimen de control judicial de constitucionalidad inspirado en el *judicial review* de Estados Unidos condujo

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

a la Corte Suprema de Argentina a tomar la decisión de publicar sus precedentes sobre la base de la asunción de que la interpretación constitucional realizada por los jueces era necesaria para completar el significado de la Constitución, que no es autoevidente a partir de la mera lectura de su texto. Sin embargo, las razones explicitadas por Guastavino para justificar la publicación de los precedentes del Alto Tribunal no podían incluir aquellas que la conectan con el *stare decisis* porque la tradición del derecho continental en la que se inscribe el sistema jurídico argentino rechaza el régimen según el cual los precedentes son vinculantes para los jueces. No obstante ello, aunque Guastavino no podía mencionar la importancia para la publicación de las decisiones de la Corte para lograr "uniformidad", tenía una visión clara de que su publicación sería de crucial utilidad para abogados, juristas, y estudiantes de derecho para aprender derecho constitucional, una noción extraña a la tradición continental en la que se asume que los jueces no realizan ninguna contribución a la creación del significado de la norma fundamental, sino que sólo la aplican de un modo automático:

Así como en los Estados-Unidos de Norte-América, esta publicación será, con el tiempo, en la República Argentina, el gran libro, la grande escuela en que todos, y con particularidad los magistrados, los legisladores, los abogados y los estudiantes concurrirán á estudiar la jurisprudencia, la Constitución y la perfección ó imperfección de las leyes para emprender su reforma en presencia de los resultados que produzcan en su aplicación.³⁰

Creo que una lectura puntillosa de estos dos prefacios arroja luz sobre la diferencia significativa que los dos regímenes constitucionales tienen y que resulta de la mayor relevancia para comprender el lugar de los precedentes en la construcción colectiva del significado de la Constitución en uno y otro de estos dos sistemas jurídicos. La Argentina adoptó en la segunda mitad del siglo XIX un régimen constitucional inspirado en el

³⁰ *Idem.*

constitucionalismo de Estados Unidos, lo cual incluye no sólo un texto muy similar al de la Constitución del país del norte, sino un modelo de control judicial de constitucionalidad semejante al surgido del caso *Marbury v. Madison*. Sin embargo, estas similitudes se combinan con una anomalía desde la perspectiva del *common law* del constitucionalismo estadounidense: la práctica interpretativa de la constitución en el *civil law* argentino rechaza el *stare decisis* como consecuencia de su encuadre en el marco de la tradición continental, evitando la incorporación de un elemento clave del constitucionalismo estadounidense con raíz en el *common law*, creando distorsiones en la práctica constitucional que impiden su desarrollo y consolidación. No obstante ello, resultaría paradójico que una Corte Suprema publique sus decisiones con base en el supuesto de la construcción interpretativa colectiva e intergeneracional del significado de la Constitución, sin que además le asigne un valor relevante a los precedentes para la decisión judicial. Esta paradoja teñirá la ambigua relación de los jueces argentinos con los precedentes constitucionales.

B. Estructura del Poder Judicial y control de constitucionalidad en Argentina

Para completar la comprensión del funcionamiento del sistema jurídico argentino, es necesaria la referencia a otro elemento central del diseño institucional. La Constitución argentina de 1853 ha establecido un régimen federal de organización del poder, estructurado en tres niveles de gobierno: el federal, con sede en la Ciudad de Buenos Aires; 24 gobiernos subnacionales (correspondientes a los 23 estados provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), y los gobiernos municipales. Cada uno de estos tres niveles de gobierno cuenta con un Poder Ejecutivo, un Poder Legislativo y un Poder Judicial (en el caso de los municipios esta estructura varía de acuerdo con sus respectivas Cartas Orgánicas). De este modo, y en lo que interesa a este ensayo, Argentina cuenta con dos sistemas de justicia, uno federal, cuya cabeza es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y 24 sistemas de justicia subnacionales, cuyas cabezas, con diferentes denominaciones en cada caso, son los Superiores Tribunales de cada Provincia y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En lo que refiere al control de constitucionalidad, todos los jueces de los tres niveles de gobierno tienen la facultad de ejercerlo respecto de los mandatos de la Constitución Nacional. Los jueces de los sistemas subnacionales también ejercen el control de constitucionalidad respecto de la Constitución estatal correspondiente. El sistema jurídico argentino se organiza a partir de la adopción de un régimen de democracia constitucional con tres características centrales. En primer lugar, cuenta con una Constitución escrita y de muy difícil reforma, modelo al que la doctrina denomina "constitución rígida", para cuya modificación se requiere, primero, que las dos Cámaras del Congreso establezcan por mayoría de dos tercios la necesidad de la reforma; que se llamen a elecciones generales para que la ciudadanía elija representantes a una Asamblea Constituyente que a su vez decidirá las reformas por mayoría. La Constitución original es de 1853 y entre sus escasas reformas, las de 1860, 1957 y 1994 son las más relevantes en el sentido de haber configurado el régimen constitucional del país vigente en la actualidad.³¹ En segundo término, la interpretación y aplicación de esa Constitución corresponde a los jueces bajo un modelo de control de constitucionalidad difuso, esto es, todos los jueces del sistema pueden ejercer este control y declarar inconstitucional una norma, acto o inacción del Estado. Los efectos de esa decisión son, en principio, para el caso concreto y no son *erga omnes*. Finalmente, como se dijo en la sección anterior, si bien no rige en el ordenamiento jurídico argentino una regla de precedente ni un régimen de *stare decisis*, la jurisprudencia de los tribunales jerárquicamente superiores del sistema y en particular de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tienen "autoridad" —la Corte Suprema la ha denominado "moral"— sobre el resto de los tribunales, que deben, en principio, seguir sus interpretaciones de la Constitución Nacional (precedente vertical).³² Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación no tiene obligación de seguir sus propios precedentes (precedente horizontal), la práctica es ambigua e inestable, lo

³¹ Existió una reforma en 1949 durante el gobierno de Juan D. Perón que fue derogada en su totalidad por la Convención Constituyente de 1957.

³² Ver caso *Cerámicas San Lorenzo*, que se analiza en este ensayo.

cual implica que si bien el tribunal refiere muchas veces y desde antiguo a sus decisiones pasadas para justificar sus fallos, muchas veces se aparta de ellas sin dar ninguna explicación ni ofrecer justificación alguna, incluso omitiendo cualquier referencia a esas sentencias contradictorias. Desarrollaré este punto más adelante.

En virtud de lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Nacional, la Corte Suprema, por su parte, sólo puede decidir sobre la aplicación de la Constitución Nacional, no del denominado derecho común (derecho civil, comercial, laboral, administrativo, penal, etc.),³³ excepto que lo que esté en debate sea la relación entre alguna norma de éste y cláusulas constitucionales. Esta regla, en la práctica, tiene algunas excepciones. Las decisiones judiciales tomadas por los jueces de los sistemas subnacionales, incluso aquellas que han sido emitidas por los Superiores Tribunales de las Provincias, pueden eventualmente ser revisadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación si se dan algunas circunstancias previstas en la ley y la jurisprudencia. El modelo de control judicial de constitucionalidad que rige en cada estado subnacional difiere en cada caso.³⁴

Como sostuve antes, el régimen de control de constitucionalidad no se encuentra previsto explícitamente en la Constitución Nacional en su

³³ "Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero."

³⁴ Alejandro M. Garro, "Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del Derecho Comparado", 1989-1 *Revista Jurídica de Buenos Aires* 22, 102, 1989. Por ejemplo, el artículo 138 de la Constitución de la provincia de Río Negro establece: "Al tercer pronunciamiento de inconstitucionalidad del Tribunal Supremo de la provincia, éste puede declarar 'suspendida' la vigencia de la norma inconstitucional, y su declaración se hace obligatoria desde su publicación"; y el art. 180 de la Constitución de la provincia de Chubut prescribe que "luego de dos declaraciones consecutivas de inconstitucionalidad, cesa automáticamente la vigencia de la norma afectada desde el día siguiente de la publicación oficial de la sentencia".

versión original, sino que surge de la interpretación que de esta norma han hecho, igual que en el caso de Estados Unidos por medio del fallo *Marbury v. Madison*, la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este tribunal entendió en el caso *Sojo* de 1864 que los jueces tenían la atribución de declarar la inconstitucionalidad de una norma decidida por los poderes políticos de los tres niveles de gobierno. El ejercicio de este control judicial de la constitucionalidad de las leyes tiene, en general, las siguientes características: es de carácter difuso (lo puede realizar cualquier juez del sistema de justicia de los tres niveles de gobierno); se activa sólo frente a un caso concreto (salvo muy contadas excepciones), y los efectos de la sentencia que declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma o acto del Estado son sólo para las partes involucradas en ese caso concreto. La reforma constitucional de 1994, la última que realizara una Asamblea Constituyente, introdujo una variación en este modelo a través de la incorporación de la figura del denominado "amparo colectivo". Hasta esa enmienda, la ley establecía la existencia del recurso de amparo como un procedimiento rápido y expedito para el restablecimiento de un derecho constitucional afectado o de inminente afectación. Esa rapidez en el proceso se conseguía limitando la prueba a ser ofrecida y los plazos vigentes en los procedimientos ordinarios. Para que procediera esta vía, no debía existir otro procedimiento más idóneo para lograr el mismo fin, esto es, que si la prueba necesaria para demostrar la afectación del derecho fuera, por ejemplo, mucha o muy compleja, la vía del amparo no sería procedente. La reforma de 1994 constitucionalizó la acción de amparo que se encontraba en la ley, declaró expresamente que se podría declarar la inconstitucionalidad de una norma en el marco de este proceso, e introdujo una modalidad inexistente hasta ese momento:³⁵ según lo establecido en el nuevo artículo 43, y en

³⁵ "Artículo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo

caso de que se encontrara afectado un derecho de incidencia colectiva, la acción no sólo podría ser interpuesta por el afectado en su derecho, sino también por el Defensor del Pueblo y por las asociaciones que tuvieran por objeto la defensa de esos derechos. La definición de lo que es un "derecho de incidencia colectiva" quedó sujeta a la interpretación que le dieran las leyes que reglamentaran el artículo y la jurisprudencia, pero el texto constitucional da algunas pistas al respecto: "los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general". La combinación del control judicial de constitucionalidad con esta expansión de la legitimación activa para interponer un amparo alteró las reglas de la existencia de caso (en el sentido de litigio entre la parte afectada y la parte que produce la afectación) y la de los efectos exclusivamente para las partes del caso, pues si el litigio puede ser iniciado por una asociación, por ejemplo una que tenga por objeto combatir la discriminación, una eventual sentencia declarando inconstitucional una norma discriminatoria tendría efectos más allá de las partes del caso, pues la asociación no es en sí misma la afectada, sino las personas cuyos derechos alega defender. La introducción del amparo colectivo presenta una considerable cantidad de desafíos procesales que deberían ser previstos por una ley que, al momento que escribo estas líneas, no ha sancionado el Congreso de la Nación. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido los contornos de un proceso en varios casos, entre los que se destaca *Halabi*,³⁶ que por razones de espacio no puedo desarrollar aquí. Sin embargo, lo que es relevante para los fines de este ensayo, es que el establecimiento de este amparo colectivo ha generado indirectamente la posibilidad excepcional de que una decisión judicial, sobre todo si es de la Corte Suprema, podría tener virtualmente un efecto similar al de una sentencia con

relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

³⁶ *Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 24 de febrero de 2009.

efectos *erga omnes* cuando se encuentra afectado un derecho de incidencia colectiva.

Para activar el control judicial de constitucionalidad, los justiciables deben iniciar su reclamo ante los jueces ordinarios, provinciales, nacionales o federales, todos inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de acuerdo con los códigos procesales de cada estado subnacional (provincias o Ciudad Autónoma de Buenos Aires) o, dependiendo de la materia, los códigos procesales nacionales. Sólo si se dan ciertos supuestos, el litigante que haya obtenido una sentencia definitiva de un tribunal inferior a la Corte Suprema, puede interponer un recurso extraordinario ante esta última. Este recurso está regulado por la ley 48 de 1863, y básicamente, establece la necesidad de que la sentencia judicial haya omitido proteger un derecho constitucional. La Corte Suprema recibe alrededor de 20,000 de estas peticiones al año y decide alrededor de 8,000 de ellas.³⁷ Para alcanzar esas decisiones, los cinco jueces de la Corte Suprema de la Nación deliberan en secreto y, generalmente, intercambian borradores por escrito y en forma secuencial: el expediente circula entre los despachos de los magistrados y éstos emiten sus votos consecutivamente. Excepcionalmente participan de deliberaciones que no son públicas.

Como mencioné anteriormente, la Corte publica sus decisiones en la colección *Fallos* desde el inicio de su funcionamiento en 1864. Esta publicación incluye no sólo la resolución final del caso, sino los fundamentos de todos los jueces que hayan participado de la decisión. Generalmente, cada juez desarrolla sus propios fundamentos o adhiere a los votos de la mayoría o de la minoría y sus fundamentos. Así, las disidencias y sus argumentos también se hacen públicos en el mismo acto que se emite la sentencia. Los desarrollos tecnológicos de las últimas décadas han permitido

³⁷ En 2021, la Corte Suprema argentina recibió 21,053 causas y emitió sentencia en 8,358 de ellas. Véase la página oficial de la Corte Suprema, disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-38633-La-Corte-Suprema-termina-el-a-o-con-r-cord-de-sentencias-dictadas.html#:~:text=Tras%20el%20%C3%BAltimo%20acuerdo%20de,habiendo%20fallado%20en%2021.053%20causas>.

que esta publicación de las sentencias del máximo tribunal, que cuando eran impresas tenían alguna demora, se conozcan en forma inmediata por medio del sitio web de la Corte.³⁸ Por otro lado, como el Tribunal emite miles de sentencias al año, ha adoptado recientemente la práctica de producir publicaciones que contienen los fallos más relevantes organizados por temas.

I. Precedente vertical

Tanto en el debate académico argentino como en la jurisprudencia, toda decisión de cualquier tribunal, incluida la Corte Suprema, se considera un precedente, no sólo en cuestiones constitucionales. Estos precedentes, en un sentido amplio, no generan una obligación de seguimiento por parte de otros tribunales en casos análogos, aunque si corresponden a decisiones de tribunales superiores, como las altas Cortes provinciales o la Suprema Corte Federal, poseen un cierto grado de "autoridad" frente a los tribunales inferiores de acuerdo con prácticas y posiciones explicitadas por la propia Corte Suprema en una serie de decisiones relevantes que se presentarán a continuación. Por su parte, no hay referencia alguna en la Constitución o en la ley sobre la obligatoriedad del precedente, ni las tradiciones y cultura jurídica local reconocen al precedente la calidad de fuente de derecho. La doctrina y la jurisprudencia suelen referir a la libertad de criterio o la independencia interna del Poder Judicial para apartarse de los precedentes de la Corte Suprema, pero, como ha sostenido la doctrina, podría haber una confusión respecto de la noción de independencia.³⁹

La práctica judicial, sin embargo, tiene algunas reglas no escritas referidas al tratamiento que los tribunales inferiores deben darle a los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cuando a lo largo

³⁸ Véase el sitio de internet del Centro de Información Judicial (CIJ), disponible en <https://www.cij.gov.ar/inicio.html>.

³⁹ Ratti, Florencia, *op. cit.*, p. 607.

de los años un tribunal de jerarquía superior, como la Corte Suprema Federal, mantiene una línea jurisprudencial consistente en torno a un tema particular, por ejemplo, en materia de libertad de expresión, se sostiene que existe una "doctrina" en ese tribunal y, según algunos autores, esos precedentes tienen un peso superior a los que no representan una doctrina y sólo son consideradas decisiones aisladas. Por otra parte, los fallos más recientes suelen entenderse, incluso por la propia Corte, con mayor peso que los más antiguos.

Si bien es correcto afirmar que en un número importante de cuestiones constitucionales la doctrina de la Corte Suprema es estable y consistente, al menos por un número considerable de años, también es cierto que en lo que respecta a muchas otras materias no es posible hablar de la existencia de una línea jurisprudencial clara como consecuencia de reiterados y a veces radicales cambios de jurisprudencia impulsados por el Tribunal. Esta dificultad reconocida en buena parte de la crítica académica sobre el trabajo de la Corte Suprema tiene diversas causas. Por un lado, se destacan los cambios bruscos en la composición del cuerpo,⁴⁰ ya sea a raíz de golpes de Estado (como por ejemplo el golpe militar de 1976 que implicó la renovación total de los jueces de la Corte); el restablecimiento de la institucionalidad democrática luego de un periodo en el que ha gobernado una autoridad no electa por el pueblo (lo que sucedió en 1983, cuando fueron reemplazados todos sus integrantes al comienzo de la presidencia de Raúl Alfonsín); el incremento significativo del número de sus miembros y la consiguiente designación de los nuevos jueces por un mismo gobierno (como aconteció en 1990 bajo la presidencia de Carlos Menem, quien impulsó el incremento de 5 a 9 miembros del Tribunal); la renovación de varios miembros renunciantes como consecuencia de una crisis política (que fue el caso de lo sucedido entre 2003 y 2004 bajo la presidencia de Néstor Kirchner) y la reducción de la cantidad de miembros del tribunal como sucedió bajo el gobierno de Cristina

⁴⁰ Oteiza, Eduardo, *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, La Plata, Platense, 1994.

Fernández de Kirchner (que llevó en 2006 de 9 a 5 la cantidad de magistrados integrantes de la Corte Suprema). En el marco de estos cambios de composición, en muchas ocasiones la Corte realizó giros drásticos en su jurisprudencia constitucional, recurriendo al débil argumento de la existencia de una nueva composición del tribunal. A esto se agrega el relativamente bajo nivel de esfuerzo por parte de los miembros de la Corte para alcanzar acuerdos en torno a los fundamentos de sus sentencias, de modo de darle mayor potencia y autoridad a sus precedentes.⁴¹

En la práctica constitucional y jurisprudencial argentina no existe una distinción explícita entre la "parte vinculante" y "no vinculante" de un fallo. En lo que respecta a las partes intervinientes en el pleito, es mandatorio lo establecido en la sección resolutive de la sentencia, donde se declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma o acto que fueron centro de la controversia. Como mencioné antes, los fundamentos para llegar a esa decisión compartida pueden ser, sin embargo, diferentes en el caso de uno o todos los jueces que componen la mayoría. Si bien la divergencia de fundamentos no altera la autoridad normativa de lo resuelto, a mayor divergencia de fundamentos, mayor incertidumbre sobre la interpretación constitucional producto de la decisión compartida por mayoría del tribunal en la parte resolutive, y, por ende, menor el ascendiente de la decisión sobre los tribunales inferiores o sobre futuras decisiones del mismo tribunal en casos análogos. Sí es posible distinguir, desde el punto de vista de la crítica externa a la decisión del tribunal realizada generalmente por la doctrina, entre el *holding* y el *obiter dictum* del fallo, siendo el primero la doctrina constitucional articulada por el tribunal en el caso, y lo segundo, un argumento o posición del tribunal respecto de una cuestión que no era parte del caso resuelto. Por ejemplo, en el caso *Portillo*,⁴² en el que la Corte reconoció al demandante su derecho a ejercer

⁴¹ Véanse, por ejemplo, las sentencias analizadas por Martín Farrell en *El papel de la integridad en la decisión judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, México D. F., 2005.

⁴² Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Portillo*, *Alfredo s/infr*: Art. 44 ley 17.531, del 18 de abril de 1989.

la objeción de conciencia para no realizar un servicio militar no armado de acuerdo con lo que ordenaba la ley, los jueces aclararon que esa decisión sólo sería para un caso como el planteado en el que los hechos suceden en un contexto de situación de paz, pero que, en el marco de una situación bélica, el derecho a la objeción de conciencia no sería reconocido.⁴³

Como señalé anteriormente, los precedentes de los tribunales superiores no poseen carácter vinculatorio para los tribunales inferiores. No existe en el sistema jurídico argentino obligatoriedad alguna de los tribunales inferiores de seguir la jurisprudencia de los tribunales superiores, incluida la Corte Suprema (regla de precedente vertical), así como tampoco de la propia Corte respecto de sus propias decisiones anteriores en casos análogos (regla de precedente horizontal, que se analizará seguidamente). En consecuencia, no hay una certeza necesaria acerca de que un fallo de un tribunal inferior será revertido por el tribunal superior si el primero se aparta de la interpretación constitucional realizada por el segundo en un fallo análogo anterior. Sin embargo, la práctica judicial ofrece ejemplos de un cierto grado más o menos importante de influencia de los precedentes tanto en uno como en otro caso. Por ejemplo, en lo que se refiere a los precedentes de la Corte Suprema, este tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que sus decisiones deben ser seguidas por los tribunales inferiores por poseer "autoridad moral". En 1948, la Corte Suprema de Justicia sostuvo en el caso *Santín*⁴⁴ que el desconocimiento de los fundamentos de un precedente "reciente" por parte de un tribunal inferior debía ser interpretado como desconocimiento de la autoridad del Tribunal. Más de tres décadas después, en 1981, en el caso *Balbuena*,⁴⁵ La Corte Suprema sostuvo que debe considerarse como carente de fundamento "la sentencia [de un tribunal inferior] que se aparta de la doctrina de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar

⁴³ *Idem.*, Cons. 11.

⁴⁴ 6/10/1948, *Santín, Jacinto c. Impuestos Internos / recurso extraordinario*, Fallos, 1948-212-51, 59 (1948).

⁴⁵ *Balbuena, César Anibal*, Fallos 303:1769.

la categórica posición sentada por el Tribunal" en un precedente. La Corte agrega que la única forma de justificar el apartamiento sería demostrar la existencia de un error en la interpretación realizada por el Máximo Tribunal. La doctrina de la "autoridad moral" del precedente constitucional vertical se termina de definir con la decisión de la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomada en 1984 en el caso *Cerámicas San Lorenzo*,⁴⁶ en la cual sostuvo que

no obstante la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas (confrontar doctrina de Fallos: 25:364). De esa doctrina, de la de Fallos: 212:51 y 160, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (confr. causa: "Balbuena, César Aníbal s/extorsión", resuelta el 17 de noviembre de 1981), especialmente en supuestos como el presente, en el cual dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante.⁴⁷

En su voto particular en este mismo caso, el juez Carlos S. Fayt afirma que

el señor Juez de Primera Instancia [...] de haber querido apartarse haciendo excepción al deber moral de los jueces de conformar sus decisiones a lo resuelto por la Corte en fallos análogos, debió sustentar su juicio con fundamentos serios, en virtud de los cuales sostenga la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio adoptado (doctrina de Fallos: 212:51 y 251 y 304:898 y 1459).⁴⁸

⁴⁶ *Cerámicas San Lorenzo*, fallo del 4 de julio de 1985, Fallos 307:1094. Véase Legarre, Santiago y Rivera, Julio C., "La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical", *La Ley*, 2009, pp. 820-832.

⁴⁷ *Cerámicas San Lorenzo*, fallo del 4 de julio de 1985, Fallos 307:1094, Cons. 2.

⁴⁸ *Cerámicas San Lorenzo*, fallo del 4 de julio de 1985, Fallos 307:1094, Cons. 4to del voto del Juez Carlos S. Fayt.

Esta doctrina de la Corte ha sido catalogada por diferentes autores como de "obligatoriedad atenuada"⁴⁹ de los precedentes; o de "obligatoriedad condicionada",⁵⁰ o como parte de un "régimen débil de obligatoriedad vertical".⁵¹ Desde una perspectiva filosófica, Martín Farrell la ha asociado a lo que denomina una concepción de "integridad moderada",⁵² recurriendo al lenguaje de la teoría jurídica de Ronald Dworkin, sin adherir a ella.⁵³

En línea con lo decidido en *Cerámicas San Lorenzo*, la Corte se pronunció en el caso *Páez*,⁵⁴ afirmando la existencia de un deber de los tribunales inferiores de "conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares"; en el caso *González Herminia*,⁵⁵ en el que argumenta que esta obligación se vincula con su rol de último intérprete de la Constitución, así como en "razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional", y en el caso *Gay de Martín*,⁵⁶ en el cual vuelve sobre lo dicho en *Cerámicas San Lorenzo* y afirma que se debe considerar que existe una falta de fundamentos en la decisión del tribunal inferior cuando el juzgador no aporte argumentos nuevos para respaldar el cambio de criterio.⁵⁷

⁴⁹ Legarre, Santiago, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2016; Legarre, Santiago y Rivera, Julio C., *op. cit.*; Salgado, José María, "Sistema de control de las leyes y pretensión de inconstitucionalidad", *La Ley*, 06/06/2011, 1 o LA LEY 2011-C, 1007. También, José María Salgado, "Sistema de control de las leyes y pretensión de inconstitucionalidad", *Suplemento de Doctrina Judicial Procesal* 2013 (junio), 51, AR/DOC/1858/2013; Garro, Alejandro M., "Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del Derecho Comparado", 1989-1 *Revista Jurídica de Buenos Aires* 22, 23 (1989).

⁵⁰ Sagüés, Néstor, "Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *El Derecho*, 93, pp. 891-900; Sagüés, Néstor, "La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema", *La Ley*, 2008-E, pp. 837-841.

⁵¹ Garay, Alberto y Toranzo, A., "Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV, p. 1093.

⁵² Farrell, Martín, *op. cit.*

⁵³ Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, 1997.

⁵⁴ *Fallos*, 329:4360.

⁵⁵ *Fallos*, 323:555.

⁵⁶ *Fallos*, 321:3201.

⁵⁷ Véanse, en igual sentido, los precedentes publicados en *Fallos* 212:451, [1949-1], en *J.A.*, 1; *Fallos* 212:160, [1949-1], en *J.A.*, 638; [1983-1], en *J.A.*, 40. Otros casos: *Fallos* 9:53; *Fallos*, 10:294; *Fallos* 218:227; *Fallos* 224:540

Florencia Ratti afirma que la Corte Suprema argentina no ha definido con claridad el valor que le asigna a sus precedentes, haciendo explícita su obligatoriedad o la posible justificación de su apartamiento. La autora agrega que tampoco ha definido qué es lo que convierte a una decisión en un precedente y concluye que

si bien se han producido algunos avances en torno al reconocimiento de cierta fuerza al precedente de la Corte Suprema y al desenvolvimiento de técnicas de aplicación del precedente propias del *common law*, no es posible asimilar la doctrina del precedente de la Corte Suprema con el *stare decisis*, ni en la dimensión horizontal ni en la vertical. Ello se debe a que: (i) la Corte, con frecuencia, decide ignorar sus propios precedentes o los abandona sin la fundamentación debida; (ii) la permisión a los tribunales inferiores de invocar cualquier "nuevo argumento" para librarse del precedente de la Corte impide sostener, con rigor jurídico, que las decisiones del Máximo Tribunal poseen vinculatoriedad.⁵⁸

En suma, los casos *Santín*, *Balbuena* y *Cerámica San Lorenzo*, construyen la doctrina de la Corte en materia de precedente vertical,⁵⁹ la cual fue continuada en decisiones posteriores.⁶⁰

Con base en estos lineamientos, persiste una controversia entre los juristas acerca de cómo debería caracterizarse la doctrina de la Corte en cuanto al tratamiento de sus propios precedentes por parte de los tribunales inferiores. Aquellos que se han ocupado de estudiar la cuestión se dividen entre quienes afirman que el valor que la Corte otorga a sus

⁵⁸ Ratti, Florencia, *op. cit.*, p. 587-588.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 589-590.

⁶⁰ Ver relevamiento de fallos realizado por Ratti, nota 14, pp. 590-591: Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Plan Rombo s/denuncia de Silveira, Elisa*, 12/08/1997, Fallos: 320:1660; *Gay de Martín, Elba Luisa y otro c/Plan Rombo S.A.*, 24/11/1998, Fallos: 321:3201; *Martínez Vergara, Jorge Edgardo y otro*, 19/02/2008, Fallos: 331:162; *Martins, Raúl Luis s/defraudación por retención indebida*, 30/04/1996, Fallos: 319:699; *González, Herminia del Carmen c/ANSeS s/reajustes por movilidad*, 21/03/2000, Fallos: 323:555.

propias decisiones anteriores, se asimila al *stare decisis*,⁶¹ y quienes entienden que no.⁶² Entre estos últimos, por ejemplo, Alejandro Garro, ha afirmado que "la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia constitucional reviste, a lo sumo, un carácter ejemplar, pero de ninguna manera obligatorio".⁶³ El autor señala que

tampoco resulta claro en los pronunciamientos de la Corte qué entidad deben revestir las razones argumentales del fallo discrepante del inferior para merecer un apartamiento de la doctrina establecida por la Corte, ni tampoco existe precisión sobre si el apartamiento es justificado en caso de que la jurisprudencia no sea "consolidada" o qué debe entenderse por tal.⁶⁴

Entre los autores que se han pronunciado por la existencia de una obligatoriedad atenuada, se encuentra también María Angélica Gelli, quien afirma que no hay sustento constitucional para sostener la existencia en Argentina de un sistema de *stare decisis*, pero que, sin embargo, existe un "valor moral, retórico o de ejemplaridad" que da lugar a un "deber de seguimiento".⁶⁵ El punto es controvertido. Otros, como Roberto Dromi, sostienen que la declaración reiterada de inconstitucionalidad de una norma produce su "virtualmente la caducidad automática",⁶⁶ postura con la que Garro disiente al afirmar que al no existir ningún parámetro

⁶¹ Bianchi, Alberto, "Stare decisis", en Sacristán, E. B., *Manual de jurisprudencia y doctrina, la ley*, Buenos Aires, 2013, pp. 425-445; Bianchi, Alberto, "De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)", en *El derecho constitucional 2000/2001*, pp. 335-347; Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional*, 3a ed., Buenos Aires, Ediar, 2004; Mosmann, M. V., "El precedente judicial en Argentina", *Revista de Derecho Público*, 2016-I, Buenos Aires, 2016, pp. 205-226; Sagüés, Néstor, "La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema", *La Ley*, 2008-E, Buenos Aires, 2008, pp. 837-841.

⁶² Garay, Alberto F y Toranzo, Alejo, *op. cit.*; Legarre, S. y Rivera, J. C. (h.), "Naturaleza y dimensiones del '*stare decisis*'", *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 2008, pp. 109-124; Garro, Alejandro M., *op. cit.*

⁶³ Garro, Alejandro M. *op. cit.*, p. 104.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 106.

⁶⁵ Gelli, María Angélica, "La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema (A propósito de "Arte Radiotelevisivo Argentino S.A." y la libertad expresiva)", *Sup. Const.* 10/04/2014, Buenos Aires, 2014.

⁶⁶ Véase Dromi, José R., *El Poder Judicial*, ed. Ciudad Argentina, 1984, p. 77.

para determinar la cantidad de reiteraciones necesarias para que la ley no obligue a nadie, no es posible hablar de virtual caducidad,⁶⁷ excepto cuando medie una doctrina jurisprudencial sostenida por un tiempo considerable. Por su parte, Bidart Campos ve la práctica jurisdiccional argentina con un funcionamiento idéntico al del *stare decisis* de Estados Unidos:⁶⁸ "No hay nada tan inconstitucional como aplicar la misma ley en casos semejantes, haciendo de esa ley interpretaciones desiguales".⁶⁹ Según este jurista, las decisiones de la Corte Suprema en materia constitucional deberían ser seguidas por tribunales inferiores, tanto provinciales como federales, independientemente de si la jurisprudencia en cuestión se encuentre o no consolidada. El juez podría manifestar su criterio en contrario, pero debe someterse al precedente.⁷⁰ Además, ha sostenido que la doctrina de la Suprema Corte no es clara al respecto. En un comentario al fallo *Sejean*, en el que el Tribunal declaró inconstitucional la disposición de la Ley de Matrimonio Civil que impedía el divorcio vincular, sostuvo que

[E]stamos lejos de dar un anatema a los tribunales que, con suficiente discurso racional, resuelven casos como éste, en sentido contrario a la Corte. *Por ahora, la Corte sólo ha dado el indicio de que el apartamiento de su jurisprudencia no debe llevarse a cabo sin que el juez explicite razonablemente los fundamentos de su discrepancia...* Todo esto nos permite estimar que, en orden a la declarada inconstitucionalidad de la indisolubilidad vincular, no puede aún hablarse de jurisprudencia consolidada, por tratarse de una sentencia dictada hace apenas medio año, a la que, pese a la reiteración que

⁶⁷ Garro, Alejandro M. *op. cit.*, p. 107.

⁶⁸ Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, 3a ed., Ediar, 2004, p. 561; Sagüés, Néstor Pedro, "Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", 93 *El Derecho* 891, 892, 1981.

⁶⁹ Bidart Campos, Germán, "La jurisprudencia obligatoria", *LA LEY 2001-F*, Buenos Aires, 2001.

⁷⁰ Bidart Campos Germán, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino, op. cit.*, pp. 341-348 y p. 345, nota 13.

la Corte le viene dando en causas posteriores, le falta una trayectoria de continuidad prolongada.⁷¹

Lo mismo sucede con Néstor Sagüés, quien sostiene que cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una norma, "obliga a todos los cuadros judiciales del país a inaplicarla, si la regla en desgracia es cuestionada en un proceso".⁷²

Ratti ha realizado un estudio de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema respecto de la consideración que los tribunales inferiores deberían tener de sus precedentes, y sostiene que, además de confirmar la doctrina de *Cerámica San Lorenzo* ("los fallos de la Corte no son obligatorios para los casos análogos, pero hay un deber de conformar las sentencias a esos precedentes, del que se exceptúa el juez o tribunal que aporte nuevos argumentos"), el tribunal ha establecido nuevos estándares y ha emitido mensajes a los tribunales inferiores. Por ejemplo, frente a precedentes consistentes emitidos a lo largo de una década, y frente a la omisión de su consideración por parte de los tribunales inferiores, la Corte les ha exhortado a tomar medidas para que cese esa posición.⁷³ En otra oportunidad la Corte llamó la atención de un Tribunal Superior de Provincia respecto del apartamiento de precedentes suyos incluso cuando fueran acerca de la demanda y existiendo un fallo anterior en el que la Corte Suprema revirtiera una sentencia de ese mismo tribunal estatal en el que había desconocido esos mismos precedentes.⁷⁴ En otro caso, la Corte estableció en la parte resolutoria de la sentencia la obligatoriedad de los precedentes aplicables a ese caso particular. Ratti aclara que esta disposi-

⁷¹ Bidart Campos, Germán, "Comentario al fallo núm. 40.414", *El Derecho*, núm. 6.754, 9 junio 1987, p. 3.

⁷² Sagüés, Néstor P. "La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema", *op. cit.*, p. 1.

⁷³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Espindola, Juan Gabriel s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*, 9/04/2019, Fallos: 342:584.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados S.A. c/Provincia de Misiones – Dirección General de Rentas y otro s/demanda contencioso administrativa*, 5/11/2019.

ción, al no afirmar la obligatoriedad de todos los precedentes de la Corte, sino de los precedentes aplicables al caso, no modifican necesariamente la doctrina de *Cerámica San Lorenzo*, pero introduce una novedad, pues es la primera vez que la Corte procede de este modo.⁷⁵ Finalmente, en el caso *Apoderados de la Alianza*, la Corte abandona la exigencia de que existan "nuevos argumentos" para que el tribunal inferior se aparte del precedente, y sostiene que debe mediar una "rigurosa carga argumentativa", al tiempo que recupera el factor de cercanía temporal de los precedentes, mencionado en *Santín*, para justificar una mayor obligatoriedad de esgrimir esos argumentos nuevos y, ahora, rigurosos.⁷⁶ En resumen, según Ratti, de acuerdo con el mandato y la doctrina de la Corte, no existe obligatoriedad del precedente, pero sí resulta más claro que el Tribunal pretende asignarle un ascendiente persuasivo, un valor argumentativo dominante,⁷⁷ similar al que reclama Farrell bajo su doctrina de "integridad moderada".⁷⁸

En cualquier caso, esta versión blanda o atenuada del *stare decisis* vertical, incluso cuando no es equivalente a su par del *common law*, es también inexistente en la configuración original de la tradición continental, y eso es lo que hace al sistema híbrido o mixto de Argentina un ejemplar particular en el universo de sistemas jurídicos.

Finalmente, existen causas de tipo estratégico que muchas veces mueven a los jueces a seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema, como la denominada "economía procesal" o las posibles consecuencias negativas que en la carrera de los magistrados puede tener el hecho de que sus sentencias resulten revertidas constantemente por los tribunales superiores. Así, tanto para evitar dilaciones evitables fruto de apelaciones

⁷⁵ Ratti, Florencia, *op. cit.*, p. 597. Sentencia en los autos *Farina, Haydee Susana s/homicidio culposo*, 26 de diciembre de 2019.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Schauer, Frederick, "Precedent", *Stanford Law Review*, 39(3), Stanford, 1987, pp. 571-605.

⁷⁸ Farrell, Martín, *op. cit.*

cuya resolución es previsiblemente contraria a la decisión de un tribunal inferior, o como resultado de los cálculos estratégicos personales en materia de carreras profesionales, producen un cierto grado de adhesión de los tribunales inferiores a la jurisprudencia de los superiores y, muy en particular, de la Corte Suprema de Justicia.

II. Precedente horizontal

La Corte Suprema ha referido a sus propios precedentes como fundamento para tomar decisiones desde el inicio de su funcionamiento.⁷⁹ Alberto Garay da cuenta de que ya en 1864, y a poco de su establecimiento, la Corte basó su decisión en lo resuelto en un caso anterior⁸⁰ al resolver la causa *Tomás Tomkinson*.⁸¹ Sin embargo, aunque la Corte Suprema ha tenido desde su origen la práctica de citar sus propios fallos, ello no significa, como señalé más arriba, que eso implique que los considere obligatorios para los tribunales inferiores, así como tampoco para sí misma en casos análogos. De hecho, se han producido innumerables cambios de jurisprudencia de la Corte que se fundan, si es posible utilizar este verbo en estos casos, en la mera existencia de un "cambio de composición" del Tribunal,⁸² que no sólo tiene lugar cuando se reemplazan vacantes en tiempos normales, sino cuando hay cambios radicales en la conformación del tribunal —como luego de terminados gobiernos dictatoriales—⁸³ o incluso cuando frente a la excusación de un juez, éste es

⁷⁹ Garay, Alberto, "La Corte Suprema y el uso de sus precedentes", *La Ley*, LL AR/DOC/3518/2019, Buenos Aires, 2019.

⁸⁰ Garay, Alberto, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

⁸¹ *Fallos*, 1:148.

⁸² Ver el caso de la variación de la jurisprudencia por este último motivo entre los casos *Asociación Filantrópica Francesa* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R y otros*, 6/11/2018, Fallos: 341:1511) e *Institutos Médicos Antártida* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Institutos Médicos Antártida s/quiebra s/incidente de verificación*, 26/03/2019, Fallos: 342:459), descripto por Ratti, p. 602.

⁸³ Oteiza, Eduardo, *op. cit.*

reemplazado por un magistrado interino seleccionado de la matrícula de abogados.⁸⁴

Si bien hay numerosas materias, y de la mayor relevancia sustantiva, en las que la Corte Suprema ha mantenido la consistencia de sus decisiones, existen también muchos ejemplos de cambios bruscos, y muchas veces cercanos en el tiempo, en su línea jurisprudencial. Para ilustrar esta afirmación es posible hacer referencia a tres de esos casos que han sido y siguen siendo debatidos en la doctrina y en las aulas de las facultades de derecho del país.

Una de las secuencias de fallos más analizadas es la que se refiere a la constitucionalidad de la penalización de la tenencia de estupefacientes para el consumo personal. En ella la Corte mantuvo una posición errática que podría tener un punto de partida en el caso *Colavini*,⁸⁵ en el que declaró su constitucionalidad, para luego abandonar esa perspectiva en el caso *Bazterrica*⁸⁶ donde sostuvo su inconstitucionalidad sobre la base de la afectación de la autonomía personal establecida en el art. 19 de la Constitución Nacional, para luego volver sobre sus pasos —en el marco de un brusco cambio de composición del Tribunal— declarando su constitucionalidad en el caso *Montalvo*,⁸⁷ y, finalmente, revertir lo establecido en este último precedente en el caso *Arriola*⁸⁸ declarando su inconstitucionalidad, volviendo principalmente aunque no totalmente sobre los argumentos vertidos en *Bazterrica*.⁸⁹ Así, el Tribunal articula sus razones para el último cambio de jurisprudencia de la siguiente forma, con alusiones a las decisiones anteriores mencionadas:

⁸⁴ Ratti, Florencia, *op. cit.*, pp. 616-617. También Ibarlucía, E. A., "Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *El Derecho Constitucional*, 2006-215, 2006, p. 223; Mosmann, M. V., *op. cit.*, pp. 205-226.

⁸⁵ Fallos 300:254.

⁸⁶ Fallos 308:1392.

⁸⁷ Fallos 313:1333.

⁸⁸ Fallos 332:1963.

⁸⁹ Ver el análisis de esta serie de fallos en Alegre, Marcelo, "Arriola, Bazterrica, y la igualdad democrática", *Revista Lecciones y Ensayos*, núm. 89, Buenos Aires, Astrea, 2011, pp. 121-139.

13) Que si bien el debate jurídico sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal, aparece claramente planteado y resuelto en las posturas antagónicas de ‘Montalvo’ y ‘Bazterrica’, lo cierto es que habida cuenta el carácter institucional de la Corte Suprema, llevan hoy a dar las razones de este nuevo cambio. En tal sentido esta Corte admitió que ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas (Fallos: 328: 566).

14) Que en lo que aquí respecta han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina ‘Montalvo’ que legitimó su constitucionalidad. Este es un período, que por su extensión, permite descartar que un replanteo del *thema decidendum* pueda ser considerado intempestivo. Por el contrario, la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba ‘Montalvo’ han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333), pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

El segundo grupo de casos paradigmáticos respecto de un cambio brusco de jurisprudencia que suele ilustrar el proceder de la Corte es el constituido por la dupla de decisiones en los casos *ESMA*⁹⁰ y *Simón*.⁹¹ Mientras que en el primero la Corte Suprema se pronunció sobre la constitucionalidad de las leyes llamadas de Obediencia Debida y Punto Final, que establecían una especie de amnistía para los crímenes de lesa humanidad, perpetrados durante la última dictadura militar (1976-1983), en el

⁹⁰ Fallos 311:401.

⁹¹ Fallos 328:2056.

segundo revirtió esa decisión declarando inválidas ambas leyes habilitando la prosecución de juicios penales a los perpetradores. Los argumentos vertidos en *Simón* para justificar el cambio de criterio pueden resumirse en lo afirmado por la Corte en los siguientes párrafos:

13) (...) No obstante, a pesar de las deficiencias de la técnica legislativa utilizada, la *ratio legis* era evidente: amnistiar los graves hechos delictivos cometidos durante el anterior régimen militar, en el entendimiento de que, frente al grave conflicto de intereses que la sociedad argentina enfrentaba en ese momento, la amnistía aparecía como la única vía posible para preservar la paz social. La conservación de la armonía sociopolítica era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuación de la persecución penal de los beneficiarios de la ley. Dicha ley fue juzgada, en consecuencia, como el resultado de una ponderación acerca de los graves intereses en juego, privativa del poder político, y como tal fue admitida por este Tribunal.

14) Que desde ese momento hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos —con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional— ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza.

15) Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potesta-

des del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*."

Finalmente, un tercer grupo de casos que suelen señalarse como ejemplos de cambios radicales en la jurisprudencia de la Corte son los referidos a la constitucionalidad de la decisión tomada oportunamente por el gobierno respecto del modo en que se devolverían los depósitos bancarios en moneda extranjera (dólares) en el marco de la enorme crisis económica vivida en Argentina a fines de 2001 que hacía imposible la devolución por parte de los bancos de esos depósitos en la moneda en que fueron realizados. Los casos son *Smith*⁹² y *Provincia de San Luis*,⁹³ por un lado, y *Bustos*,⁹⁴ por el otro. Mientras que en los primeros declararon inconstitucionales las medidas que afectaban el derecho de propiedad de los ahorristas, menos de dos años después, en el último de esos casos, y sin expresar mayormente razones para modificar el criterio, declaró constitucionales aquellas medidas.

Sin embargo, y más allá de este tipo de situaciones, de las que estos tres ejemplos son solo una parte, que muestran la volatilidad de la jurisprudencia constitucional de la Corte, el Tribunal se ha pronunciado en forma explícita sobre algunos estándares que se propone seguir en materia de precedente horizontal. En este sentido, es central lo expresado en el caso *Baretta*,⁹⁵ decidido en 1939. Allí señala la Corte afirmó que

[...] no podría el Tribunal apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio. 'Sería [...] en extremo inconveniente para la comunidad —dice Cooley citando al 'Canciller Kent, *Constitutional Limitations*, t. I, pág. 116—si los precedentes no

⁹² Fallos 325:28.

⁹³ Fallos 326:417.

⁹⁴ Fallos 327:4495.

⁹⁵ *Baretta, Miguel c/Prov. de Córdoba. Ferrocarril del Sud c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales*, 15/05/1939, Fallos: 183:409. Ver también Fallos 167:121; 178:25; 183:409; 192: 414; 293: 50; entre otros.

fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos'. Y aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de 'stare decisis' sin las debidas reservas —Conf. Willoughby, *On the Constitution*, t. I, pág 74— no es menos cierto, que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara, el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución... debe buscarse en la doctrina de los [...] precedentes.⁹⁶

Como señala Leonardo Filippini,⁹⁷ la Corte en su conjunto y sus integrantes en votos particulares han vuelto reiteradamente sobre la doctrina del caso *Baretta*, aunque con algunas variaciones. Por ejemplo, en 2016 en el caso *CEPIS* el juez Maqueda refiere a ella, pero alude sin embargo a la necesidad de que exista error "o" inconveniencia en mantener el precedente para así justificar un cambio en la interpretación constitucional que se venía dando en precedentes.⁹⁸ El juez Lorenzetti, por su parte, en un voto propio en otro caso, *Ingenieros*, vuelve a hacer referencia a la doctrina de *Baretta* sosteniendo que deben darse tanto la inconveniencia como el error manteniendo la conjunción "y" para unir ambas condiciones.⁹⁹

En 2006, en el caso *Barreto*,¹⁰⁰ la Corte Suprema vuelve a considerar en qué circunstancias podría justificarse dejar de lado la doctrina de un precedente propio, afirmando que deben existir "causas suficientemente graves" que así lo ameriten, o "razones de justicia", "entre las cuales se encuentren el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambian-

⁹⁶ *Baretta*, p. 413.

⁹⁷ Filippini, Leonardo, "Interpretación constitucional: Fracturas y continuidades frente a legados autoritarios", manuscrito presentado en la Conferencia SELA 2022, junio de 2022, p.13.

⁹⁸ *Fallos* 339:1077, cons. 43.

⁹⁹ *Fallos* 342:761, cons. 7 del voto de Lorenzetti.

¹⁰⁰ *Barreto*, Alberto Damían y otra c/Buenos Aires, Provincia de y otros/daños y perjuicios, 21/03/2006, *Fallos* 329:759.

tes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido".¹⁰¹

En esa misma línea de *Barreto*, en 2014, la Corte sostuvo en *Arte Radiotelevisivo*¹⁰² argumentos equivalentes, aunque también sostuvo que la carga de la argumentación contra el mantenimiento del precedente recaería sobre quien la demande, que "deberá exponer con la mayor rigurosidad los fundamentos críticos que sostienen su postura, y demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable".¹⁰³ En ese mismo año, la Corte decidió el caso *Schiffrin*,¹⁰⁴ que modificó lo decidido en el caso *Fayt*¹⁰⁵ estableciendo la constitucionalidad de un aspecto particular de la reforma constitucional de 1994 sobre la edad límite para ejercer la función de juez. Allí, en consistencia con lo establecido en *Barreto*, asumió la carga de justificar el cambio de doctrina. Con ese objeto invocó la "relevancia institucional" del caso que justificó llegar "a la conclusión de que el precedente debe ser modificado".¹⁰⁶

En suma, en lo que respecta al seguimiento de la Corte Suprema de sus propios precedentes, no hay norma alguna que se lo exija y, quizá como consecuencia de prácticas asociadas con la tradición continental, como ya se dijo al comienzo de este ensayo, no existe en el derecho argentino nada parecido al *stare decisis*. Tampoco median grandes incentivos para evitar las contradicciones o cambios jurisprudenciales, quizá como consecuencia del escaso debate crítico sobre la jurisprudencia del tribunal

¹⁰¹ *Ibidem*, cons. 4, donde se cita la disidencia del Juez Petracchi en Fallos 313:1333.

¹⁰² Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/EN – JGM s/amparo ley 16986*, 11/02/2014, Fallos: 337:47, considerando 7°.

¹⁰³ Cons. 7.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fayt, Carlos Santiago c/Estado Nacional s/proceso de conocimiento*, 19/08/1999, Fallos: 322:1616.

¹⁰⁵

Idem.

¹⁰⁶ Caso *Schiffrin*, Cons. 7.

no tanto en el campo jurídico especializado, sino sobre todo en la prensa especializada, la opinión pública o en la sociedad civil.¹⁰⁷ Sin embargo, han existido y existen esfuerzos tanto desde la academia, como de algunos de los jueces del tribunal a lo largo de la historia, para defender un cierto grado de estabilidad en materia de interpretación constitucional. No obstante, y más allá de la ausencia de una regla de precedente establecida legalmente o por la práctica judicial asociada a la tradición continental, la Corte Suprema argentina opera sobre el supuesto de que su propia jurisprudencia es relevante y debe ser tenida en cuenta para nutrir sus decisiones.¹⁰⁸

C. Conclusiones

El tratamiento que un sistema jurídico le da al precedente judicial, y en particular al precedente constitucional, tiene una relación estrecha con la concepción de la que se parta acerca de lo que el derecho es y cómo operan, en consecuencia, las instituciones que forman parte de la práctica jurídica. Si el derecho es concebido como un texto rígido y con un significado evidente, como es el caso de la versión clásica de la tradición continental, la educación de los futuros abogados y abogadas, el proceso de designación de jueces y juezas, las reglas que rigen el proceso de toma de decisiones en los tribunales e incluso la decisión acerca de si deben publicarse las sentencias judiciales funcionarán de un modo muy diferente a si el derecho es concebido como una práctica de la que forman parte jueces, abogados, legisladores, administradores y la ciudadanía en general. La noción del derecho como práctica supone que el texto constitucional, al que Carlos Nino llama "la constitución histórica", tiene una importancia fundamental, pero también entiende que su significado se construye a partir de la interpretación que tiene lugar en diferentes

¹⁰⁷ "Dilemas supremos: Qué, cuándo y cuánto decidir", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de México*, año VI, núm. 10 enero-junio 2020, pp. 79-122, en p. 103.

¹⁰⁸ Ver, por ejemplo, Garay, Alberto F., "El precedente judicial en la Corte Suprema", *1 Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 51, Buenos Aires, 1997, pp. 57-59; 76-77.

esferas a través de un proceso complejo de deliberación, una de las cuales, y de suma relevancia, es la de los tribunales.¹⁰⁹ Esta concepción del derecho obliga a adoptar ciertas reglas respecto del tratamiento de los precedentes que son muy diferentes de aquellas que suponen al derecho como un mero texto con un significado evidente. La tradición jurídica continental, dentro de la que se inscribe el sistema jurídico argentino, se construye sobre supuestos que determinan el funcionamiento de las instituciones jurídicas y las prácticas de sus actores. Esos supuestos rechazan la observancia de la regla del precedente. Por otro lado, la adopción de una constitución escrita y de un régimen de control judicial de constitucionalidad difuso, inspirado en el modelo del *judicial review* de Estados Unidos, no puede concebirse sin la incorporación de algún tipo de mandato de observancia de los precedentes, sobre todo los de su máximo tribunal. Esta tensión surgida de la combinación de dos tradiciones diferentes y en cierto punto incompatibles —a menos que se hagan algunos ajustes relevantes— podría explicar la ambigüedad observada en la práctica judicial sobre el tratamiento debido a los precedentes constitucionales. Sin embargo, en ese conflicto interno entre concepciones tan disímiles respecto de qué es y cómo funciona el derecho, la Corte Suprema parece inclinarse, aunque con claroscuros y ambigüedades por una observancia parcial o moderada a los precedentes propios, ya sea por sí misma, o por los tribunales inferiores. Por otra parte, la ambigüedad aludida en esa noción de parcialidad o moderación, presionada por el rechazo a la regla de precedente, no permite terminar de configurar una práctica jurídica que contribuya a la estabilidad interpretativa y, por ende, a una mayor seguridad jurídica constitucional.

¹⁰⁹ Sobre la noción del derecho como práctica, véase Nino, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, capítulo 2 (trad. por Roberto Saba).

Bibliografía

- Alegre, Marcelo, "Arriola, Bazterrica, y la igualdad democrática", *Revista Lecciones y Ensayos*, núm. 89, Buenos Aires, Astrea, 2011, pp. 121-139.
- Baretta, Miguel *c/Prov. de Córdoba. Ferrocarril del Sud c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales*, 15/05/1939, Fallos: 183:409.
- Baume, Sandrine, *Kelsen. Un alegato por la democracia*, De Tomasini, Julia y Dillon, Ariel (trads.) Jusbaire Editorial, Buenos Aires, 2015.
- Bianchi, Alberto, "Stare decisis", en Sacristán, E. B., *Manual de jurisprudencia y doctrina, la ley*, Buenos Aires, 2013.
- Bianchi, Alberto, "De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)", en *El derecho constitucional 2000/2001*, pp. 335-347, s. f.
- Bidart Campos, Germán, "Comentario al fallo núm. 40.414", *El Derecho*, núm. 6.754, 9 junio 1987.
- Bidart Campos Germán, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, 2, Buenos Aires, Ediar, 1986.
- Bidart Campos, Germán, "La jurisprudencia obligatoria", *LA LEY 2001-F*, Buenos Aires, 2001.
- Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional*, 3a ed., Buenos Aires, Ediar, 2004.
- Böhmer, Martín, "Metas comunes: La enseñanza y la concepción del derecho en Argentina", en *Sistemas Judiciales. Abogacía y Educación legal*, 9, pp. 26-38, 2005.

Carrió, Genaro, "*Don Quijote en el Palacio de Justicia. (La Corte Suprema y sus problemas)*", en *La Ley*, 1989, pp. 1131-1132.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fayt, Carlos Santiago c/Estado Nacional s/proceso de conocimiento*, 19/08/1999, Fallos: 322:1616.

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.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados S.A. c/Provincia de Misiones – Dirección General de Rentas y otro s/demanda contencioso administrativa*, 5/11/2019.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Espíndola, Juan Gabriel s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*, 9/04/2019, Fallos: 342:584.

Cross, R. y Harris, J. W., *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 6.

Damaska, Mirjan R., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven, 1986.

Damaska, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso*, Morales Vidal, Andrea y Ruiz Tagle, Pablo (trads.), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

"Dilemas supremos: Qué, cuándo y cuánto decidir", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de México*, año VI, núm. 10 enero-junio 2020, pp. 79-122.

Dromi, José R., *El Poder Judicial*, ed. Ciudad Argentina, 1984.

Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, 1997.

Farrell, Martín, *El papel de la integridad en la decisión judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, México D. F., 2005.

Filippini, Leonardo, "Interpretación constitucional: Fracturas y continuidades frente a legados autoritarios", manuscrito presentado en la Conferencia SELA 2022, junio de 2022.

Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, Legis, Bogotá, 2006.

Garay, Alberto F., "El precedente judicial en la Corte Suprema", 1 *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 51, Buenos Aires, 1997.

Garay, Alberto, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

Garay, Alberto, "La Corte Suprema y el uso de sus precedentes", *La Ley*, LL AR/DOC/3518/2019, Buenos Aires, 2019.

Garay, Alberto F. y Toranzo, Alejo, "Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", 2005-IV *Jurisprudencia Argentina* 1093, 1094, 2005.

- Garro, Alejandro M. "Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado", 1989-1, *Revista Jurídica de Buenos Aires* 22, 104, 1989.
- Gelli, María Angélica, "La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema (A propósito de "Arte Radiotelevisivo Argentino S.A." y la libertad expresiva)", *Sup. Const.* 10/04/2014, Buenos Aires, 2014.
- Guastavino, José M. (dir.), *Fallos de la Suprema Corte de Justicia Nacional con relación de sus respectivas causas*, vol. 1, Buenos Aires, Pablo E. Coni Publisher, 1865.
- Ibarlucía, E. A., "Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *El Derecho Constitucional*, 2006-215, 2006.
- Legarre, Santiago, "Common law, civil law, and the challenge from federalism", 3 *Journal of Civil Law Studies* 167, 172, 2010.
- Legarre, Santiago, "Precedent in Argentine law", 57 *Loyola Law Review* 781, 2011.
- Legarre, Santiago, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2016.
- Legarre, S. y Rivera, J. C., "Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'", *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), Santiago de Chile, pp. 109-124, 2008,
- Legarre, Santiago y Rivera, Julio C., "La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis vertical", 2009-E, *La Ley*, 820, 821, 2009.

- Merryman, John, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 1969.
- Mosmann, M. V., "El precedente judicial en Argentina", *Revista de Derecho Público*, 2016-I, 2016, pp. 205-226.
- Nino, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Oteiza, Eduardo, *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, La Plata, Platense, 1994.
- Pou, Francisca, "Hybridity and constitutional law taxonomy in Latin America", manuscrito en posesión del autor de próxima publicación en *Law and Ethics of Human Rights*, 2022.
- Ratti, Florencia, "El precedente de la Corte Suprema de la Nación Argentina", *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, núm. 2, pp. 585-626, 2020.
- Saba, Roberto, "Constituciones y códigos: un matrimonio difícil", SELA 2007, San Juan, Puerto Rico, 2008. Disponible en: [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoSaba_Spanish .pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoSaba_Spanish.pdf).
- Saba, Roberto, *A Community of Interpreters*, tesis doctoral, Yale Law School, 2011.
- Sagüés, Néstor Pedro, "Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", 93 *El Derecho* 891, 892, 1981.

Sagüés, Néstor, "La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema", *La Ley*, 2008-E, Buenos Aires, 2008.

Sagüés, Néstor, "Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *El Derecho*, 93, pp. 891-900.

Sagüés, Néstor, "La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema", *La Ley*, 2008-E, pp. 837-841.

Salgado, José María, "Sistema de control de las leyes y pretensión de inconstitucionalidad", *La Ley*, 2011.

Salgado, José María, "Sistema de control de las leyes y pretensión de inconstitucionalidad", *Suplemento de Doctrina Judicial Procesal* (junio), 51, AR/DOC/1858/2013, 2013.

Schauer, Frederick, "Precedent", *Stanford Law Review*, 39(3), Stanford, 1987.

El precedente constitucional en Brasil: un panorama*

Thomas Bustamante**

* Título original: "Constitutional Precedent in Brazil: A Bird's Eye View". Traducción del inglés de Piero Mattei-Gentili.

** Profesor de Teoría del Derecho en la Universidad Federal de Minas Gerais, Brasil.

SUMARIO: A. Análisis institucional; I. Panorama; II. Acciones directas; III. Apelaciones extraordinarias ante el Supremo Tribunal Federal; IV. La publicidad de los juicios; V. El proceso de producir opiniones judiciales; B. Crear un precedente: requisitos formales; I. La dificultad de determinar lo que cuenta como un precedente; II. Las sentencias individuales de los ministros del Supremo Tribunal Federal; C. Razonar con precedentes (un comentario crítico).

A. Análisis institucional

I. Panorama

El sistema jurídico brasileño se caracteriza por tener un complejo sistema de competencias judiciales. Los tribunales ordinarios están divididos, de acuerdo con la materia de cada caso, en las siguientes jurisdicciones: tribunales federales, tribunales laborales, tribunales electorales, tribunales militares y tribunales estatales. La mayor parte de los casos son llevados ante tribunales estatales, aunque Brasil es famoso por su alto nivel de litigios en todas las jurisdicciones.

Cada juez en Brasil cuenta con jurisdicción para ejercer el control judicial. Cuando el caso es llevado ante un juez singular, éste declara la inconstitucionalidad de una provisión jurídica de manera incidental, antes de emitir su propia resolución sobre el caso. Pero cuando la inconstitucionalidad es decidida por un tribunal de justicia, la constitución brasileña exige un quórum mayor para tal pronunciamiento. El incidente de cons-

titucionalidad debe ser resuelto por el órgano superior del tribunal, generalmente una "curia especial" con un gran número de magistrados, compuesto por los miembros de más alto rango del tribunal (en algunos tribunales, esta curia especial está compuesta por todos los jueces de apelación en el tribunal). Para que un estatuto sea declarado "inconstitucional" debe haber un voto por mayoría calificada, es decir, la mayoría de los miembros del cuerpo judicial, en vez de una mayoría simple, que se compone exclusivamente de los miembros que están presentes en la sesión.

Los casos ordinarios se encuentran sujetos a apelación ante los tribunales de segunda instancia dentro de las mismas jurisdicciones. Sin embargo, existen más recursos de apelación en materia de derecho cuando la resolución final de uno de los tribunales ordinarios viola los estatutos federales o las normas constitucionales. Con el fin de simplificar, podemos llamarlos apelaciones de "legalidad".¹ Las apelaciones de legalidad sobre cuestiones de aplicación o interpretación de las leyes federales son juzgadas por el Tribunal Superior de Justicia y se denominan "apelaciones especiales", mientras que las apelaciones basadas en que la decisión del tribunal ordinario viola una norma constitucional son juzgadas por el Supremo Tribunal Federal y son llamadas "apelaciones extraordinarias".

Pero hay otras maneras en las que la constitucionalidad de una ley puede ser impugnada ante un Supremo Tribunal Federal. Aunado a las apelaciones extraordinarias; que se admiten después de que un caso ha sido juzgado en una segunda instancia por los tribunales ordinarios (sean tribunales federales, laborales, militares, electorales o estatales), una ley puede ser sujeta a control constitucional por medio de *acciones directas*.

¹ No se trata de la nomenclatura oficial, pero en ausencia de un término mejor, es adecuada para describir la idea de que las "apelaciones especiales" y las "apelaciones extraordinarias" comparten la característica de ser admitidas solamente para resolver una cuestión de legalidad, en vez de reexaminar los hechos del caso.

La constitución de Brasil establece varias formas de admitir esta posibilidad, como veremos en breve.

II. Acciones directas

Existen múltiples actores que tienen el privilegio de presentar acciones directas de inconstitucionalidad o acciones similares ante los tribunales para controlar la constitucionalidad de una ley. Aquí hay algunos ejemplos: el presidente de la república, la Junta de Gobierno de cualquiera de las Cámaras del Congreso, el gobernador de un estado, el Colegio de Abogados, el abogado general del estado (jefe de la Fiscalía Federal), cualquier partido político con un representante en la Cámara de Diputados, y cualquier asociación nacional (respecto de asuntos que estén temáticamente relacionados con sus propósitos).

La jurisdicción para juzgar sobre acciones directas de inconstitucionalidad (o constitucionalidad) se concentra en el Supremo Tribunal Federal, que es la única autoridad judicial con esa competencia. Todas esas decisiones son pronunciadas por el pleno del tribunal. Aunque, como regla general, las decisiones tienen un efecto *ex tunc*, declarando nulos y sin valor los asuntos decididos sobre la base de una disposición inconstitucional, el tribunal tiene la facultad de limitar la eficacia de la decisión para casos futuros por medio del voto de las 2/3 partes de sus miembros.

III. Apelaciones extraordinarias ante el Supremo Tribunal Federal

Es alarmante el número de casos que son juzgados por año, especialmente en el Supremo Tribunal Federal, que juzgó 126,521 casos 2017; 126,742 en 2018, y 115,876 en 2019.² Para reducir el número de casos

² Véase Supremo Tribunal Federal, Servicio de Estadística, 2020, Disponible en: «<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>».

en el Supremo Tribunal Federal, los legisladores brasileños han introducido algunos cambios en el sistema de control difuso para desarrollar un modelo de precedentes vinculantes. Se adicionaron requisitos procesales ulteriores para las apelaciones extraordinarias que se presenten ante el Supremo Tribunal Federal, las cuales ahora solamente son juzgadas cuando el Supremo se encuentra convencido, por un voto de 4 de los 11 ministros, de que el caso tiene un "impacto general" en el sistema jurídico.³

Para sostener que un caso tiene impacto general debe mostrar que existe una *tesis* que ha de ser determinada por el Supremo, esto es, una norma general que trasciende el interés de las partes. Una vez que un caso acerca de un tema dado es aceptado por medio de la apelación por parte del Supremo Tribunal Federal, éste ordena que todos los demás jueces y tribunales del país suspendan el juicio de casos similares hasta que el Supremo alcance una determinación sobre la cuestión constitucional.⁴ En el Supremo Tribunal Federal llaman a esto un "juicio con repercusión general".

El concepto de "repercusión general" es controversial y, en ocasiones, deja espacio para un juicio de valor por parte del Supremo. No obstante, al respecto, cabe mencionar que se cree ampliamente que siempre que se demuestra debidamente la repercusión general de un caso, el Supremo carece de discrecionalidad sobre si el caso será juzgado. Los casos que afectan a un gran número de personas y resuelven cuestiones generales de interpretación de las leyes, como los fiscales, casi siempre son recibidos por el Supremo Tribunal Federal bajo apelaciones extraordinarias.

Uno de los inconvenientes de este sistema es que lleva mucho tiempo antes de que el Supremo Tribunal llegue a un veredicto. A menudo, el

³ Constitución de Brasil, art. 102, §3°.

⁴ Existe un sistema similar en el Tribunal Superior de Justicia respecto de las leyes federales.

Supremo reconoce que un tema tiene repercusión general, pero no fija una fecha para emitir un veredicto. Existe una asimetría entre la cantidad de temas sobre los que el Supremo promete pronunciarse y la cantidad de sentencias que emite por año. El *stock* de casos es elevado a pesar de las reformas en los procedimientos jurídicos. Miles de casos ordinarios, repartidos en diferentes jurisdicciones, permanecen suspendidos mientras el tribunal programa su decisión.

IV. La publicidad de los juicios

Otra característica sobresaliente en el sistema jurídico brasileño es la publicidad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal. Todos los juicios del pleno del Supremo, que decide sobre los aspectos más importantes y sobre todos los casos en que se disputa la constitucionalidad de una ley, son transmitidos por su estación de televisión oficial y por medio de sus canales de internet y sus redes sociales.

Varios académicos han argumentado que esta publicidad tiene algunos inconvenientes, aunque también existen buenos argumentos en favor del sistema. Los jueces en Brasil, especialmente en el Supremo Tribunal Federal, se han tornado personas públicas, y se ha vuelto importante para ellos cómo son evaluados por la opinión pública.

Los ministros del Supremo Tribunal Federal usualmente son acosados por los periodistas para que realicen "pronunciamientos fuera de la banca" y envíen mensajes a la legislatura o al gobierno. En ocasiones terminan realizando dichos pronunciamientos para anticipar resoluciones, o para criticar a algunos de sus colegas, causando inestabilidad política y conflictos entre las salas del Supremo. A veces los ministros toman este tipo de pronunciamientos como medio para señalar al gobierno o a la legislatura; la manera en que consideran que cierto asunto debería ser resuelto. En ocasiones, incluso utilizan estos pronunciamientos para informar a la legislatura el tipo de leyes que deben pasar, o cómo el gobierno debería reformar el sistema de pensiones, o las leyes fiscales, o la

regulación en materia laboral, o el código de procedimientos civiles, etc. Además, habitualmente los ministros del Supremo compiten por la preferencia del público y adoptan un estilo adversarial en los comentarios que realizan respecto de las opiniones de sus colegas. Los ministros del Supremo Tribunal Federal se convierten en rivales que exponen sus diferencias en público y, en ocasiones, de manera grosera.⁵

Para algunos analistas académicos, esta publicidad también puede ser la fuente de otra preocupación: el proceso de decisión del Supremo proporciona incentivos para que los ministros desvanezcan los límites entre la legislación y las resoluciones judiciales, dado que el Supremo termina produciendo primordialmente normas generales, en vez de provisiones concretas para los casos individuales. Una vez que se ha alcanzado una resolución del Supremo Tribunal Federal, se promulga una "tesis" en la forma de una sinopsis muy corta y general, que parece una disposición legislativa y tiene un efecto formalmente vinculante. Volveré sobre este problema en la sección final de este texto.

V. El proceso de producir opiniones judiciales

En el sistema jurídico brasileño cada juez, necesariamente, debe dar su opinión individual, asumiendo la total responsabilidad por su voto. Ocasionalmente resulta difícil determinar el *holding* del caso. En un Supremo Tribunal con 11 ministros y 11 diferentes opiniones escritas, no

⁵ Para una crítica sobre la divulgación excesiva de opiniones generales con miras a interferir en la política, así como pronunciamientos judiciales abusivos, véase Bustamante, Thomas, "*Obiter dicta* abusivos: en búsqueda de una tipología de los pronunciamientos judiciales abusivos", en Gascón Abellán, Marina y Núñez Vaquero, Álvaro (eds.), *La construcción del precedente en el Civil Law*, Barcelona, Atelier, 2020. También publicado en inglés: Bustamante, Thomas, "Abusive *obiter dicta*: a typology of illegitimate judicial pronouncements", en Nogueira de Brito, Miguel, Herdy, Rachel, Damele, Giovanni, Moniz Lopes, Pedro y Silva Sampaio, Jorge (eds.), *The role of legal argumentation and human dignity in constitutional courts* (ARSP-Beiheft Band 157), Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2019. Véase, también, para desarrollos más recientes sobre pronunciamientos fuera del banco con una fuerza análoga a los tradicionales *obiter dicta*, Bolonha, Carlos, Corrêa Souza de Oliveira, Fabio, Almeida, Maira y Paiva Luz Segundo, Elpidio (eds.), *30 anos da Constituição de 1988: uma jornada democrática inacabada*, Belo Horizonte, Forum, 2018.

es evidente cuáles son los puntos de acuerdo y desacuerdo, y qué es exactamente lo que cuenta como un precedente jurídico.

Los precedentes son ampliamente publicitados. Cada voto separado de cada ministro del Supremo Tribunal se encuentra disponible en internet. Incluso, el Supremo publica un boletín semanal en el que se informan los casos más importantes y los argumentos presentados por cada ministro en particular. El mayor desafío a la autoridad del precedente no se debe a ninguna deficiencia en los medios de publicidad de las decisiones del Supremo. En cambio, se refiere a algunas características estructurales de la decisión. En un sistema en el que todos los jueces tienen una opinión separada y la mayoría de las decisiones son estrictamente vinculantes, es difícil determinar qué cuenta como una decisión vinculante. A veces, los *obiter dicta* son tratados por la comunidad jurídica (incluidos, a veces, otros ministros del Supremo Tribunal) como un juicio jurídico real: los tribunales ordinarios citan extractos de los votos individuales de los jueces, dándole más autoridad de la que se suponía que debían tener.

En otras ocasiones se presenta un problema más serio: el resumen oficial del caso puede incluir *obiter dicta* que no ha sido propiamente debatido, reportando como si también fuera una parte vinculante del precedente. Así es como sucede: cada vez que se logra un veredicto, los jueces que realizan el reporte escriben una síntesis del caso, usualmente con una o dos páginas, que será publicada por separado y normalmente sintetiza el argumento vencedor en el caso. Esta síntesis también es conocida como *ementa*, que es una especie de sinopsis. Se presenta un problema cuando el principio enunciado en el *ementa* es más general que la resolución efectivamente emitida para el caso, o cuando algunas consideraciones que no eran determinantes para el juicio son reproducidas en éste. Por tomar un ejemplo, la comunidad de académicos y jueces de derecho laboral en Brasil se estremecieron por el *ementa* de un caso en el que el Supremo Tribunal Federal decidió que cuando el gobierno subcontrata algunos servicios a un contratista privado, el gobierno no responde ante

los empleados subcontratados a menos que se pruebe que los funcionarios gubernamentales actuaron de manera negligente al contratar al proveedor de los servicios que contrató a los empleados. Si bien ninguno de los ministros llegó a un veredicto sobre bajo qué circunstancia es admisible la subcontratación laboral en la administración pública, la sinopsis del caso contenía varias consideraciones abstractas que permitían subcontratar los servicios laborales de una manera mucho más general que las hipótesis reguladas por las disposiciones legislativas o estabilizadas en la propia jurisprudencia del Supremo.⁶ Dado el lenguaje amplio y las consideraciones excesivamente abstractas del *ementa*, el caso puede citarse en apoyo de una tesis que no fue discutida por todos los ministros y que no formó parte del proceso de razonamiento concordado que condujo al fallo emitido.

B. Crear un precedente: requisitos formales

I. La dificultad de determinar lo que cuenta como un precedente

Otra cuestión controvertida en la jurisprudencia brasileña es ¿qué cuenta como precedente? La práctica de los tribunales y la forma en que los abogados manejan los argumentos cuando presentan un caso parecen implicar una respuesta diferente a la de los teóricos del derecho cuando exponen las fuentes del derecho o cuando hablan de la práctica de los sistemas jurídicos del *common law*. Existe incertidumbre sobre la *ratio decidendi* o sobre el *holding* de un caso.

Para empezar, debe efectuarse una distinción: los precedentes no son las *súmulas* del Supremo Tribunal Federal. El sistema jurídico brasileño tiene una larga tradición de pronunciamientos jurídicos en forma de breves proposiciones que son promulgadas por el Supremo para sistematizar y organizar el cuerpo general del derecho. Después de una enmienda

⁶ STF, RE 958252/MG, Rel. Min. Luiz Fux (Pleno), j. 30/08/2018, pub. DJe-199, 13/09/2019.

constitucional en 2004, los pronunciamientos, conocidos como *súmulas*, tienen un efecto formalmente vinculante. La *súmulas* solamente son editadas después de que se han efectuado un conjunto de decisiones repetidas, y su promulgación es precedida por el voto del pleno de un tribunal. Casi todos los tribunales en Brasil tienen repertorios de sus *súmulas*, y por razones evidentes los juristas tienden a reconocerles una gran autoridad. Pero las *súmulas* no son precedentes, puesto que carecen de una descripción completa del caso y no son pronunciadas como respuesta a un hecho jurídico particular.⁷

Un error común de los abogados brasileños es interpretar las *súmulas* sin ninguna consideración a los hechos de los casos que han sido juzgados antes de que la *súmula* fuera promulgada.⁸ Desde 2015, en el nuevo Código de Procedimientos Civiles, se ha realizado un intento de cambio en la cultura jurídica brasileña, con una provisión legislativa que establece que una decisión jurídica es nula y sin efecto si se cita la *súmula* sin hacer una comparación entre los casos en los que se supone se sustenta ésta y el caso presente. Pero hay dudas acerca de la efectividad de esta provisión. Lo que vemos, en muchos casos, es el fenómeno opuesto: los abogados tienden a discutir los precedentes como si fueran *súmulas*. La atención a los detalles es un recurso escaso en la práctica jurídica brasileña.

Los abogados recurren con frecuencia a los precedentes del Supremo Tribunal Federal para buscar una disposición muy general con poca o ninguna relación directa con el caso. Recurren a los precedentes para encontrar una buena cita para sus propias peticiones, no para un método disciplinado de análisis jurídico. Creo que este problema se ha vuelto

⁷ Para una caracterización conceptual de la noción de *súmulas* en inglés, véase Bustamante, Thomas, "Precedent in Brazil", en Hondius, E. (ed.), *Precedent and the Law*, Bruselas, Bruylant, 2007.

⁸ Para una introducción a las raíces históricas de las *súmulas* en Brasil y una crítica de la práctica jurídica brasileña, véase Bustamante, Thomas, "Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi", en Calmon Navarro Coelho, S. (ed.), *Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*, Río de Janeiro, Forense, 2013.

más frecuente en la actualidad, dado que el proceso de juzgar del Supremo Tribunal Federal se ha visto alterado por la introducción de las sentencias con impacto general.

Después de la introducción del requisito de "impacto general" y el proceso de adjudicación sobre casos con este impacto, casi todas las decisiones del pleno del Supremo Tribunal Federal, que adjudican sobre el tema de una tesis controversial, se volvieron vinculantes.

Una vez formado el precedente se torna formalmente vinculante y existe un remedio constitucional especial para garantizar su eficiencia: la "pretensión de preservar la eficacia de la decisión del tribunal", o "pretensión constitucional", para abreviar. Ésta puede ser presentada directamente en el Supremo Tribunal Federal, y puede ser dirigida en contra de cualquier órgano judicial o autoridad en el país, con el fin de parar las decisiones que no sigan el precedente. Usualmente, estas pretensiones son decididas por un único ministro del Supremo Tribunal Federal.

El problema, sin embargo, es que la tesis que se pronuncia en la sentencia de los recursos extraordinarios del Supremo Tribunal suele tener una estructura casi idéntica a la de la *súmula*. También es muy general, breve y desligada del caso concreto.

Otra dificultad, que a veces conduce a graves consecuencias prácticas, es que los altos jueces, especialmente en el Supremo Tribunal, tienden a pensar que sólo los jueces inferiores están obligados por sus precedentes. Los precedentes horizontales o autoprecedentes no siempre se tratan como autoritativos. Los ministros del Supremo Tribunal Federal se apartan del precedente sin someter sus propias decisiones al mismo proceso que se observó para establecer el precedente. A veces lo hacen (como sucedió en el caso de la controversia de gran envergadura sobre cuándo una causa penal se considera definitivamente decidida a los efectos del inicio de la aplicación de la pena) para obligar al Supremo a reexaminar

el precedente y corregir lo que el ministro considera un error jurídico. Incluso cuando los ministros lo hacen de buena fe, puede ser otra fuente de fragmentación para el sistema de precedentes.

II. Las sentencias individuales de los ministros del Supremo Tribunal Federal

El número de sentencias individuales de los ministros del Supremo Tribunal Federal ha recibido gran atención de los críticos del sistema de adjudicación constitucional en Brasil.⁹ Hay múltiples casos en que los ministros actúan como jueces individuales cuando deciden casos que arriban al Supremo Tribunal Federal. Para ser más precisos, la inmensa mayoría de los casos son resueltos mediante decisiones individuales.¹⁰ La mayoría de las "pretensiones constitucionales" para preservar la autoridad de las *súmulas* del Supremo y los precedentes vinculantes, por ejemplo, son decididas por ministros en lo individual. Y lo mismo sucede con la gran parte de los *habeas corpus* presentados al Supremo para modificar la decisión de una instancia inferior.

Pero hay poca disciplina jurídica en el Supremo. Sin duda, la práctica del Supremo se caracteriza por una confrontación pública de los ministros. Tienen antecedentes ideológicos muy diferentes, desacuerdos muy duros sobre temas concretos, con sus propios métodos de disputa política. A veces, las sentencias individuales se utilizan estratégicamente para tomar decisiones provisionales que duran años y se vuelven irreversibles. Dos decisiones del ministro Luis Fux, actual presidente del

⁹ Werneck Arguelles, Diego y Molhano Ribeiro, Leandro, "The Court is I? individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory", *Global Constitutionalism*, vol. 7, 2018, pp. 236-262.

¹⁰ Por ejemplo, en 2018, el supremo efectuó 14,531 resoluciones colectivas y 112,210 sentencias individuales. En 2019 hubo un ligero cambio: 17, 333 resoluciones colegiadas y 98,143 individuales. Véase Servicio de Estadísticas del Supremo Tribunal Federal. Disponible en: «<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>».

Supremo, se han vuelto ejemplos paradigmáticos de esto. Primero, la decisión de extender a todos los jueces en el país (más de 17,000 jueces) un subsidio de vivienda de más de 1,000 dólares mensuales, que duró más de cinco años y que fue anulado por el Supremo solamente cuando los jueces recibieron un incremento en sus salarios para compensar por la pérdida del subsidio.¹¹ Segundo, podemos citar también la decisión más reciente de suspender, de manera indefinida, una profunda reforma en el Código de Procedimientos Penales, que buscaba modificar el sistema penal de un modelo inquisitorial a uno acusatorio, creando dos diferentes tipos de jueces: un juez para presidir la recolección de evidencias y un juez para decidir sobre los méritos de la acusación penal.¹²

Hay dos clases de decisiones individuales del Supremo Tribunal Federal: primero, decisiones individuales pronunciadas después de que se establezca un precedente y, segundo, decisiones individuales sobre "acciones directas" antes de que el caso sea llevado a la atención del Supremo. Las primeras se utilizan como medio para impugnar la jurisprudencia e intentar cambiarla. Las segundas, a su vez, se utilizan como medio para crear una obligación para el gobierno o los tribunales inferiores. Al hacer que estas decisiones provisionales tengan una duración indefinida, los ministros en lo individual hacen que sea particularmente difícil reformarlas.

Desafortunadamente, existen numerosas decisiones individuales con este tipo de efecto vinculante *de facto*, que suspenden la vigencia de las leyes y, en ocasiones, de las reformas constitucionales sin llevar el caso a la atención de los demás miembros del Supremo. Por ejemplo, un conflicto federal por la división de las regalías por la exploración de petróleo y gas implica que miles de millones de dólares al año se distribuyan de

¹¹ STF A.O. 1773 (Decisión Individual), Rel. Min. Luiz Fux. Más información en *Conjur*, 26 nov. 2018. Disponible en: «<https://www.conjur.com.br/2018-nov-26/fux-revoga-auxilio-moradia-juizes-reajuste-stf>».

¹² STF MC ADI 6.299-DF (Decisión Individual), Rel. Min. Luiz Fux, j. 22 enero 2020.

una manera diferente a la que fija el Congreso en disposiciones legislativas. Una única decisión judicial transitoria de la ministra Carmen Lúcia sobre este tema produce efectos desde hace más de siete años, sin fecha fijada para llevar el caso al pleno del Supremo Tribunal.¹³

C. Razonar con precedentes (un comentario crítico)

Aunque este texto ha sido primordialmente descriptivo, posiblemente exista espacio para presentar algunas de mis posturas acerca del sistema brasileño de precedentes en esta sección final.

El sistema jurídico brasileño se ha convertido en un sistema de adherencia muy estricta a los precedentes jurídicos. Pero estos cambios se produjeron por medio de actos legislativos. El sistema ha sido rediseñado intencionalmente en las últimas dos décadas para convertirse en un sistema en el que cada decisión de cada tribunal tiene algún tipo de efecto vinculante. Incluso en los tribunales ordinarios, los paneles más pequeños están obligados por las decisiones de los paneles más grandes, y los jueces individuales están obligados por las decisiones de los tribunales de apelación. Los precedentes vinculantes se han convertido en una característica general del derecho, y no sólo una característica de las decisiones del Supremo Tribunal Federal que resuelve sobre cuestiones constitucionales.

El cambio fue dramático. Hasta 2004, ninguna resolución judicial había tenido este tipo de eficiencia. Incluso las *súmulas* del Supremo Tribunal Federal fueron presentadas como las únicas que contaban con autoridad. Los efectos vinculantes eran una propiedad exclusiva de las

¹³ Para un análisis crítico más extenso de esta decisión, véase Derzi, Misabel y Bustamante, Thomas, "Royalties do petróleo e o equilíbrio federativo: Reflexões sobre a lei 12.734/2012 e a ADI 4.917", en Derzi, Misabel y Bustamante, Thomas, *Federalismo, justiça distributiva e royalties do petróleo: três escritos sobre direito constitucional e o Estado federal brasileiro*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2016.

decisiones del Supremo acerca de si una disposición jurídica era constitucional o no.

Actualmente, no obstante, la idea es que una única decisión, si ha sido pronunciada por el órgano judicial adecuado y el proceso correcto, puede ser vinculante sobre todo el sistema de tribunales y el Poder Ejecutivo. Sin embargo, no es fácil cambiar una costumbre jurídica, ni el estilo de las sentencias de un tribunal, ni una doctrina de interpretación jurídica, mediante reformas legislativas. A pesar de importar del *common law* la idea de que los precedentes son vinculantes, los abogados brasileños no importaron (o al menos no asimilaron muy bien) el método de razonamiento jurídico del *case law*.

Cuando los jueces constitucionales sientan un nuevo precedente, razonan como si estuvieran legislando, considerando argumentos de política y emitiendo normas muy generales. Y cuando los abogados aplican estos precedentes, no tienen dificultad en encontrar reglas concretas implícitas en los casos particulares, sino que buscan, en cambio, disposiciones generales que puedan usarse para deducir una solución para una miríada de casos diferentes. Abundan los argumentos utilitarios, los argumentos morales, el análisis económico, la retórica populista y otros argumentos no estrictamente institucionalizados.

No estoy seguro de si el método de razonamiento jurídico del *common law* todavía prevalece en Reino Unido o en Estados Unidos, y dejo para otros explicar cómo estos sistemas jurídicos funcionan en la actualidad. Pero puedo ver un punto en tener un modelo de precedentes jurídicos en un sistema que tiene el tipo de cultura jurídica que la doctrina tradicional del *common law* afirma tener, y los métodos de razonamiento jurídico que pretenden seguir.

Tal vez unos pocos párrafos sobre precedentes en la tradición del *common law* clásico puedan aclarar este punto. Abogados del *common law* como St. Germain, Hedley, Coke, Davies, Hale y Selden, independientemente

de sus diferencias y afirmaciones teóricas específicas, concordaban en que el *common law* se basaba en una mezcla interdependiente de *custombre* y *razón*. No se consideraban a sí mismos como creando el derecho desde cero, como hacen las legislaturas cuando postulan una norma que se vuelve estrictamente vinculante para sus súbditos. Las reglas del derecho no fueron vistas como el producto de un arreglo autoritativo; se entendían, en cambio, como una especie de construcción social que surgía de la misma manera que las reglas de la gramática en lenguaje.¹⁴ Los abogados del *common law* pensaban que la práctica jurídica era, ante todo, una empresa histórica. Creían que los materiales jurídicos estaban constantemente abiertos a un mayor refinamiento, ajuste e interpretación. Para estos abogados, los cambios jurídicos nunca fueron una amenaza a la integridad más profunda del *common law*.¹⁵ El *common law* sobrevivió como una práctica social y debe leerse bajo el supuesto de una *continuidad* histórica de esta práctica. Descubrir el *common law* era dedicarse a esta práctica argumentativa, con una responsabilidad especial de descubrir la racionalidad interna de la práctica social del derecho.

Esta descripción del *common law* clásico se inspiró en los escritos del profesor Gerald Postema sobre el tema. No estoy seguro de si es empíricamente precisa, pero al menos tiene el mérito de proporcionar una justificación filosófica del método de razonamiento jurídico del *common law*. El mayor problema de la práctica jurídica brasileña del precedente es que se basa en una justificación filosófica muy distinta. Los jueces constitucionales brasileños a menudo afirman tener poder legítimo para crear leyes generales, para introducir competencias de otros ramos del gobierno para corregir lo que los legisladores hacen de manera errónea.

Por ejemplo, para el ministro Barroso no hay nada intrínsecamente malo en el activismo judicial. Él considera que el activismo judicial puede

¹⁴ Postema, Gerald, "Some roots of our notion of precedent", en Goldstein, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Oxford University Press, 1987, pp. 21-22.

¹⁵ Postema, Gerald, "Classical common law jurisprudence (part I)", *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 2, 2002, p. 173.

reflejar "tanto un comportamiento legítimo como uno ilegítimo",¹⁶ y que sería ridículo insistir en la idea kelseniana de que los tribunales pueden actuar solamente como "legislador[es] negativo[s]" porque los jueces contemporáneos, tanto en los sistemas de *common law* como en los de *civil law*, a menudo son "co-participantes en el proceso de crear el derecho".¹⁷ Aquí, el problema no es solamente que el ministro Barroso (y probablemente la gran mayoría de los jueces que siguen este tipo de razonamiento; algunos de los cuales también se encuentran en el Supremo Tribunal Federal) sobreestime la posibilidad de diálogo entre el Supremo y la legislatura, sino también que él presupone que la legislatura y los tribunales constitucionales están participando "de la misma empresa".¹⁸ Al no presentar una distinción adecuada entre legislación y adjudicación, los jueces violan la idea misma de separación de poderes, que constituye uno de los cimientos del constitucionalismo.

Bibliografía

Barroso, Luis Roberto, "Countermajoritarian, representative and enlightened: the roles of constitutional courts in democracies", *American Journal of Comparative Law*, vol. 67, 2019, pp. 109-143.

Bolonha, Carlos, Corrêa Souza de Oliveira, Fabio, Almeida, Maira y Paiva Luz Segundo, Elpidio (eds.), *30 anos da Constituição de 1988: uma jornada democrática inacabada*, Belo Horizonte, Forum, 2018.

Bustamante, Thomas, "Precedent in Brazil", en Hondius, E. (ed.), *Precedent and the Law*, Bruselas, Bruylant, 2007.

¹⁶ Barroso, Luis Roberto, "Countermajoritarian, representative and enlightened: the roles of constitutional courts in democracies", *American Journal of Comparative Law*, vol. 67, 2019, p. 116.

¹⁷ *Ibidem*, p. 117. Para un análisis crítico de las teorías de la adjudicación constitucional y los papeles judiciales del ministro Barroso, véase nuestra contribución Bustamante, Thomas, Meyer, Emilio y Godoi Bustamante, Evanilda, "Justice Barroso's theory of constitutional adjudication: a philosophical reply", *American Journal of Comparative Law*, en prensa.

¹⁸ Leal, Fernando, "Três desafios à aplicação da metáfora dos 'diálogos institucionais' para a legitimação da jurisdição constitucional", en Leal, Fernando (ed.), *Constitucionalismo da realidade: democracia, direitos e instituições*, Belo Horizonte, Forum, 2019, pp. 65 y 76.

Bustamante, Thomas, "Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi", en Calmon Navarro Coêlho, S. (ed.), *Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*, Rio de Janeiro, Forense, 2013.

Bustamante, Thomas, "Julgando fora dos autos: uma nova reflexão sobre os *obiter dicta* exoprocessuais no Brasil", en Bolonha, Carlos, Corrêa Souza de Oliveira, Fabio, Almeida, Maira y Paiva Luz Segundo, Elpidio (eds.), *30 Anos da constituição de 1988: uma jornada democrática inacabada*, Belo Horizonte, Forum, 2018.

Bustamante, Thomas, "Abusive *obiter dicta*: a typology of illegitimate judicial pronouncements", en Nogueira de Brito, Miguel, Herdy, Rachel, Damele, Giovanni, Moniz Lopes, Pedro y Silva Sampaio, Jorge (eds.), *The role of legal argumentation and human dignity in constitutional courts* (ARSP-Beiheft Band 157), Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2019.

Bustamante, Thomas, "*Obiter dicta* abusivos: En búsqueda de una tipología de los pronunciamientos judiciales abusivos", en Gascón Abellán, Marina y Núñez Vaquero, Álvaro (eds.), *La construcción del precedente en el Civil Law*, Barcelona, Atelier, 2020.

Bustamante, Thomas, Meyer, Emilio y Godoi Bustamante, Evanilda, "Justice Barroso's theory of constitutional adjudication: a philosophical reply", *American Journal of Comparative Law*, en prensa.

Calmon Navarro Coêlho, Sacha (ed.), *Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*, Rio de Janeiro, Forense, 2013.

Derzi, Misabel y Bustamante, Thomas, *Federalismo, justiça distributiva e royalties do petróleo: três escritos sobre direito constitucional e o Estado federal brasileiro*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2016.

Derzi, Misabel y Bustamante, Thomas, "Royalties do petróleo e o equilíbrio federativo: Reflexões sobre a lei 12.734/2012 e a ADI 4.917", en Derzi, Misabel y Bustamante, Thomas, *Federalismo, justiça distributiva e royalties do petróleo: três escritos sobre direito constitucional e o Estado federal brasileiro*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2016.

Gascón Abellán, Marina y Núñez Vaquero, Álvaro (eds.), *La construcción del precedente en el Civil Law*, Barcelona, Atelier, 2020.

Goldstein, Laurence (ed.) *Precedent in Law*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

Hondius, Ewoud (ed.), *Precedent and the Law*, Bruselas, Bruylant, 2007.

Leal, Fernando (ed.) *Constitucionalismo da realidade: democracia, direitos e instituições*, Belo Horizonte, Forum, 2009.

Leal, Fernando, "Três desafios à aplicação da metáfora dos 'diálogos institucionais' para a legitimação da jurisdição constitucional", en Leal, Fernando (ed.), *Constitucionalismo da realidade: democracia, direitos e instituições*, Belo Horizonte, Forum, 2019.

Nogueira de Brito, Miguel, Herdy, Rachel, Damele, Giovanni, Moniz Lopes, Pedro y Silva Sampaio, Jorge (eds.), *The role of legal argumentation and human dignity in constitutional courts* (ARSP-Beiheft Band 157), Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2019.

Postema, Gerald, "Some roots of our notion of precedent", en Goldstein, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

Postema, Gerald, "Classical common law jurisprudence (part I)", *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 2, 2002, pp. 155-180.

Werneck Arguelles, Diego y Molhano Ribeiro, Leandro, "The Court is I? individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory", *Global Constitutionalism*, vol. 7, 2018, pp. 236-262.

El precedente constitucional en Chile

Flavia Carbonell Bellolio*

* Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (fcarbonell@derecho.uchile.cl, <https://uchile.academia.edu/Flavia-Carbonell>).

SUMARIO: A. Introducción; B. Estructura del sistema judicial chileno; I. Corte Suprema; II. Tribunal Constitucional; C. El precedente en el sistema jurídico chileno; I. Precisiones conceptuales; 1. Autoprecedente; 2. Regla del precedente; 3. Uso argumentativo del precedente; 4. "Precedente constitucional"; II. La (falta de) regulación del precedente en el actual sistema jurídico chileno; III. El precedente, autoprecedente y argumento del precedente constitucional en la práctica judicial chilena.

A. Introducción

El sistema jurídico chileno no contempla reglas de precedente vinculante. La Constitución chilena de 1980, aún vigente,¹ no consagra ninguna norma que se refiera a la competencia de la Corte Suprema ni del Tribunal Constitucional para dictar precedentes ni que establezca la obligación de otros tribunales de seguirlos. El Código Civil, en su artículo 3, inciso 2,

¹ A partir del 4 de julio de 2021 y luego de un plebiscito realizado el 25 de octubre de 2020, se instauró una Convención Constitucional compuesta por 155 personas electas en votación popular, y que tiene por mandato redactar y aprobar una nueva constitución para Chile. En lo que aquí interesa, hasta el 17 de junio de 2022 no estaba aprobada por el pleno ninguna norma al respecto, aunque se propuso en ese mes una disposición normativa en la Comisión de Sistemas de justicia, órganos autónomos y reforma constitucional con la siguiente redacción: "Artículo 12.- De la Corte Suprema. La Corte Suprema es un órgano colegiado con jurisdicción en todo el país, que tiene como función velar por la correcta aplicación del derecho y uniformar su interpretación, así como las demás atribuciones que establezca esta Constitución y la ley". De aprobarse e incorporarse en el texto constitucional, y de ser aprobada la constitución en el plebiscito de salida, dicha disposición podría tener impacto en materia de precedente constitucional (pudiendo generar incluso cambios legislativos), al hacer explícita la función uniformadora de las decisiones de la Corte Suprema. También se incorporó una norma en materia de Corte Constitucional. Véase *infra* nota 58.

establece el "efecto relativo de las sentencias", mientras que los códigos procesales no se pronuncian sobre el efecto de una decisión judicial hacia el futuro, pese a que existen ciertas disposiciones que, de manera inorgánica, pretenden cautelar cierta uniformidad en las decisiones de la Corte Suprema. Tampoco existen disposiciones normativas que, explícitamente, encomienden de manera exclusiva la interpretación de la constitución a algún tribunal, si bien esta función, en un sistema de control de constitucionalidad concentrado, como lo es el chileno, la desarrolla el Tribunal Constitucional cuando ejerce el control *a priori* o *a posteriori* de constitucionalidad.²

A este panorama normativo se suma una cultura judicial que, en general, no se siente vinculada ni por sus propias decisiones anteriores ni por las decisiones anteriores de los tribunales superiores jerárquicos encargados del control jurisdiccional de la corrección de las decisiones. Existe, no obstante, una iniciativa en curso para modernizar la base de jurisprudencia de la Corte Suprema mediante inteligencia artificial que permitirá la identificación rápida de sentencias anteriores sobre una misma materia y que, en alguna medida, se inspira en la necesidad de uniformar la interpretación de la ley y de la Constitución.³

Para profundizar en algunas de las cuestiones recién mencionadas, el primer apartado se referirá a las características institucionales relevantes del sistema judicial en Chile. El segundo apartado estará destinado a incorporar algunas precisiones conceptuales en torno a las nociones de autoprecedente, regla del precedente, uso argumentativo del precedente y precedente constitucional, para luego examinar la manera en que aquellas se regulan en el sistema jurídico chileno. El tercer apartado se referirá al precedente, autoprecedente y argumento del precedente constitucional en la práctica judicial chilena, particularmente en la Corte Suprema y en el Tribunal constitucional.

² Artículo 93 de la Constitución, especialmente los números 1, 3 y 6.

³ Véase <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/60194>.

B. Estructura del sistema judicial chileno

La estructura y función del sistema judicial chileno se encuentran reguladas por la Constitución Política de la República de Chile de 1980 (CPR), por el Código Orgánico de Tribunales de 1943 (COT) y por la Ley 17.997, de 1981, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOTIC).

El capítulo VI de la actual y vigente Constitución se titula "Poder judicial" (arts. 76 al 82). En primer lugar, se incluye una definición de la función jurisdiccional ("[L]a facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado") y de sus principales características (se ejerce de manera exclusiva por los tribunales establecidos por la ley, estando proscrita la intervención del Ejecutivo y el Legislativo; la intervención de los tribunales es inexcusable en los asuntos en que ha sido reclamada; poseen imperio, es decir, pueden impartir órdenes a la fuerza pública para hacer cumplir sus resoluciones). Además, la inamovilidad tiene consagración constitucional y dura hasta cumplir los 75 años y mientras tengan buen comportamiento, o hasta que el juez o la jueza renuncie o se encuentre afectado por incapacidad legal sobreviniente. También existe una disposición constitucional que consagra la responsabilidad penal de los jueces por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento y denegación y torcida administración de justicia en que incurran en el desempeño de sus funciones. Asimismo, se regula la posibilidad de que la Cámara de Diputados presente acusación constitucional para hacer efectiva la denominada "responsabilidad política" de los magistrados de los tribunales superiores de justicia por notable abandono de sus deberes (art. 52, n°2, letra c, CPR).

Por último, el artículo 82 de la CPR otorga "la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación" a la Corte Suprema, excluyendo al Tribunal Constitucional, Tribunal Calificador de Elecciones y tribunales electorales regionales. Esta superintendencia

se traduce en facultades no jurisdiccionales como lo son aquellas de disciplina y administración.⁴

Con relación a la estructura,⁵ la Constitución se refiere a la composición de la Corte Suprema (21 miembros), al nombramiento de sus ministros (formación de una quina y designación por el presidente de la república con acuerdo de Senado), y al nombramiento de ministros de Corte de Apelaciones y de jueces de letras (formaciones de quina y ternas y designación por el presidente de la república). La propia constitución indica que una ley orgánica constitucional "determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República".

Esta es la Ley N°7421, de 1943, que contiene el Código Orgánico de Tribunales. Sin entrar aquí en el detalle regulatorio, es relevante señalar que, como Estado unitario que es, hay una sola estructura judicial y no un "federalismo judicial" en que existen jueces, juezas y tribunales ubicados en los distintos ámbitos de gobierno. En la cúspide de dicha estructura se encuentra la Corte Suprema, seguida de las Cortes de Apelaciones (17). Corte Suprema y Cortes de Apelaciones se denominan por la constitución y el COT como "tribunales superiores de justicia". Son también "tribunales ordinarios", es decir, aquellos que conocen de la generalidad de los conflictos, los ministros y presidentes de Cortes de Apelaciones y de Corte Suprema (cuando actúan como tribunales unipersonales de excepción), los juzgados de letras (civiles o de competencia común), los juzgados de garantía y los tribunales orales en lo penal. El COT regula en detalle el número de tribunales ordinarios, el número de juezas, jueces y funcionario que habrá en cada tribunal y las materias de su competencia.

⁴ La necesidad de separar las funciones jurisdiccionales de las no jurisdiccionales que tiene especialmente la Corte Suprema, y de encomendar estas últimas a un órgano diverso, ha sido una de las demandas gremiales y académicas en miras a garantizar la "independencia interna" de jueces y juezas más divulgada de los últimos años, compartida, me parece, por gran parte de la comunidad jurídica chilena.

⁵ Véase Larroucau, Jorge, *Judicatura*, Santiago, Der ediciones, 2020, pp. 161 y ss.

Existen, también, "tribunales especiales que forman parte del Poder Judicial", que son los juzgados de familia, juzgados de letras del trabajo, juzgados de cobranza laboral y previsional y tribunales militares en tiempo de paz. Que "formen parte del Poder Judicial" significa que se rigen en su organización y atribuciones por las normas orgánicas constitucionales que los regulan,⁶ rigiendo el COT sólo cuando aquellas se remitan expresamente a él. Es importante señalar que no existen tribunales administrativos, sino que estas materias, y a falta de un tribunal administrativo especializado,⁷ las conocen los tribunales ordinarios (jueces de letras, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema).

Los "tribunales especiales que no forman parte del Poder Judicial" son el Tribunal Constitucional, el Tribunal calificador de elecciones,⁸ los Tribunales electorales regionales,⁹ los Juzgados de Policía local,¹⁰ los tribunales Tributarios y Aduaneros,¹¹ el tribunal de la Libre Competencia,¹² los tribunales militares en tiempo de guerra,¹³ el tribunal de la contratación pública,¹⁴ los tribunales ambientales,¹⁵ el Panel de expertos de la Ley General de Servicios eléctricos¹⁶ y el tribunal arbitral de propiedad industrial.¹⁷ A diferencia de los especiales que forman parte del Poder Judicial, estos tribunales se rigen por las leyes particulares que los regulan, no

⁶ Respectivamente, por la Ley N° 19.968, el Código del Trabajo y el Código de Justicia Militar.

⁷ Una de las normas aprobadas en marzo de 2022 por dos terceras partes del pleno de la Convención Constitucional es la que crea tribunales administrativos.

⁸ Ley 18.460, de 1985, ley orgánica constitucional del Tribunal Calificador de elecciones.

⁹ Ley 18.593, de 1986, ley de los tribunales electorales regionales.

¹⁰ Ley 15.231, de 1963, ley de organización y atribuciones de los juzgados de policía local (texto refundido por Decreto 201, de 1978).

¹¹ Ley 20.322, de 2009, ley orgánica de tribunales tributarios y aduaneros.

¹² Decreto Ley 211, de 1973, que fija normas sobre la defensa de la libre competencia.

¹³ Código de Justicia Militar, de 1944.

¹⁴ Ley 19.886, de 2003, ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

¹⁵ Ley 20.600, de 2012, que crea los tribunales ambientales.

¹⁶ Ley 19.940, de 2004, que regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la ley general de servicios eléctricos.

¹⁷ Ley 19.039, de 1991, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial.

son "jueces de carrera", la mayoría no son jueces permanentes, sino que sus integrantes son designados por un plazo determinado y carecen de imperio si es que no existe una disposición expresa que así se lo confiera. Algunos están también sometidos a la superintendencia directiva, correctiva y económica de la Corte Suprema.

Completa este panorama la existencia de jueces árbitros (de derecho, arbitradores o mixtos), que se encuentran regulados en los artículos 222 al 243 del COT.

Un capítulo separado de la Constitución (capítulo VIII, arts. 92 a 94) regula el Tribunal Constitucional que, según hemos indicado, es un tribunal especial que no forma parte del Poder Judicial. Se compone de 10 ministros, duran 9 años en su cargo y se renuevan por parcialidades cada tres. El nombramiento es mixto: 3 son designados por el presidente de la república, 4 son elegidos por el Congreso Nacional y 3 por la Corte Suprema. La CPR fija los requisitos para ser electo ministro del TC (15 años de título de abogado, destacada trayectoria profesional, universitaria o pública) y el carácter inamovible de ese cargo. Regula el funcionamiento en pleno y en salas, además del quórum para sesionar, y encomienda la regulación ulterior a una ley orgánica. El artículo 93 establece las atribuciones del TC, y el 94 prescribe que no procederá recurso alguno en contra de sus resoluciones. La LOTC detalla la organización del tribunal, la competencia, el procedimiento y el estatuto del personal.

A continuación, me detendré en algunas reglas específicas de la organización y funcionamiento de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

I. Corte Suprema

Aunque con algunos cambios, la actual Corte Suprema data de la Constitución de 1823. El artículo 143 de aquel texto constitucional establecía que "La primera magistratura judicial del Estado es la Suprema Corte de Justicia". A más de funciones jurisdiccionales, se le atribuía la "superin-

tendencia directiva, correccional, económica y moral ministerial, sobre los tribunales y juzgados de la Nación", la que se mantiene, salvo en la parte referida a "moral ministerial", hasta hoy. Las constituciones de 1828 y 1833 no presentan mayores innovaciones. La de 1925 cambia la forma de designación de jueces y juezas, estableciendo la intervención del presidente de la república (que se mantiene hasta hoy) y le entrega a la Corte Suprema, por primera vez, la facultad de declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad un precepto legal. La Constitución de 1980 mantiene esta competencia en la Corte Suprema y, con la reforma constitucional de 2005, ella pasa al Tribunal Constitucional.

Diseñada como el máximo órgano jurisdiccional del Poder Judicial, se suele indicar que la principal función de la Corte Suprema es tutelar el interés público de la certeza e igualdad ante la ley y garantizar los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, concentra estas otras funciones no jurisdiccionales referidas a nombramientos y asensos de jueces y juezas, disciplina y administración.

Sus principales competencias jurisdiccionales son conocer de los recursos de casación, en el fondo y en la forma, del recurso nulidad penal en ciertos casos, del recurso unificación de jurisprudencia en material laboral, de la acción de revisión, de los recursos de queja¹⁸ y de las apelaciones de los recursos de protección (de derechos fundamentales) y de amparo (referido exclusivamente a la libertad personal) de que conocen en primera instancia las cortes de apelaciones.

De los 21 ministros, 5 deben ser abogados extraños "a la administración de justicia, tener a lo menos quince años de título y haberse destacado en la actividad profesional o universitaria". El funcionamiento de la Corte Suprema es en salas (con un mínimo de 5 ministros) y en el pleno (con

¹⁸ Se trata de un recurso disciplinario regulado por el art.545 del COT, que "tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional".

un mínimo de 11). El funcionamiento puede ser ordinario (3 salas) o extraordinario (4 salas), aunque por lo general funciona extraordinariamente en 4 salas especializadas: la primera sala es la sala civil; la segunda sala o sala penal; la tercera sala o sala constitucional y contencioso administrativa; la cuarta sala o sala laboral y previsional.

Una particularidad que presenta el funcionamiento tanto de la Corte Suprema como de las Cortes de Apelaciones es que pueden integrarse a las respectivas salas y ejercer funciones jurisdiccionales los llamados "abogados integrantes". Abogados y abogadas integrantes "son jueces sustitutos que integran los tribunales superiores frente a la ausencia de los ministros titulares y son nombrados por el presidente de la República a propuesta de una lista elaborada por la propia judicatura".¹⁹ La ausencia se produce por estar afecto, uno o más de los ministros titulares, a una causal de inhabilidad (implicancias y recusaciones)²⁰, enfermedad, dedicación preferente a alguna causa o cumplimiento de otras labores administrativas. El nombramiento de los abogados integrantes de la Corte Suprema está regulado en el artículo 219 del COT (12 abogados integrantes que duran 3 años en estas funciones). Ésta es una característica muy relevante, toda vez que la composición de las salas de la Corte Suprema presenta una amplia variabilidad en su integración, lo que puede repercutir en la falta de uniformidad en el sentido de sus decisiones.²¹

¹⁹ Pardow, Diego y Carbonell, Flavia, "¿Por qué disienten los jueces? Un estudio empírico del comportamiento judicial de la Corte Suprema en materia de prescripción indemnizatoria contra el estado en casos de derechos humanos", *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXXV, n. 1, pp. 9-36, 2022.

²⁰ Son hipótesis que afectan a jueces y juezas y que, por afectar su imparcialidad, le impiden conocer de un asunto concreto. Estas hipótesis se refieren a relaciones de parentesco, amistad, enemistad, interés o casos en que se ha emitido anticipadamente un juicio sobre el asunto concreto. Se encuentran reguladas en los artículos 195 y 196 del COT.

²¹ Por ejemplo, Pardow y Carbonell, *op. cit.*, p. 488, constatan que, en un periodo de 5 años (2009 a 2013 inclusive), la tercera sala de la Corte Suprema tuvo más de 50 composiciones diferentes. Un análisis crítico de los abogados integrantes en Verdugo, Sergio y Ottone, Carla, "Revisitando el debate sobre los abogados integrantes y la independencia del poder judicial", *Actualidad Jurídica*, vol. 27, pp. 199-219, 2012. En las discusiones en la Convención Constitucional y de la lectura de las normas ya incorporadas al borrador por dos terceras partes de los votos del pleno, es probable que resulte eliminada esta institución, entre otras razones, porque se trata de jueces no profesionales ni permanentes y cuya imparcialidad ha sido ampliamente cuestionada.

El volumen de casos que ingresan y que son resueltos por la Corte Suprema se muestran en los cuadros siguientes.

Cuadro 1. Ingresos a la Corte Suprema

NATURALEZA DEL ASUNTO	2021	2020
Acción constitucional indemnizatoria	2	9
Amparo económico	26	45
Apelaciones de protección	81,271	143,111
Casaciones	3,299	3,908
Competencias	23	14
<i>Exequatur/exhortos</i>	728	506
Extradiciones	68	40
Otras apelaciones	52	34
Otros recursos	269	229
Reclamaciones	259	140
Recursos de amparo	7,905	3,830
Recursos de hecho	263	263
Recursos de nulidad	555	301
Recursos de queja	1,041	995
Recursos de revisión	71	79
Recusaciones	49	77
Unificación de jurisprudencia	1,305	1,302
Totales	97,186	154,883

Fuente: elaboración propia con base en "Labor judicial de la Corte Suprema".
 Disponible en: <https://www.pjud.cl/docs/download/35001>, y Poder Judicial de la República de Chile. Disponible en: <https://numeros.pjud.cl/CorteSuprema#Fallos>.

Cuadro 2. Sentencias de la Corte Suprema

	2021	2020
Tercera sala, constitucional	91,595	140,415
Segunda sala, penal	8,621	5,004

Cuarta sala, mixta	3,018	3,425
Primera, civil	2,651	1,991
Cuenta (secretaría)	49	121
Ministro instructor	25	27
Tribunal Pleno	5	2
Totales	105,963	150,985

Fuente: elaboración propia con base en "Labor judicial de la Corte Suprema".
 Disponible en: <https://www.pjud.cl/docs/download/35001>, y Poder Judicial de la República de Chile. Disponible en: <https://numeros.pjud.cl/CorteSuprema#Fallos>.

Las sentencias de la Corte Suprema, sea que funcione en pleno o en sala, se adoptan por mayoría absoluta de votos conformes. La deliberación para llegar al acuerdo es privada y el COT establece una serie de reglas para formular la resolución. El artículo 89 del COT establece que las sentencias de los tribunales colegiados deberán expresar "qué miembros han concurrido con su voto a formar sentencia y qué miembros han sostenido opinión contraria, lo que quedará registrado electrónicamente", pudiendo consignarse de esta misma manera "las razones especiales que algún miembro de la mayoría haya tenido para formar sentencia y que no se hubieren insertado en ella". Por mandato de esta misma disposición, con una modificación de 2015, se establece que "[L]a sentencia, su disidencia y las prevenciones estarán disponibles en la página de internet del Poder Judicial". Aunque se trata de un buscador que aún no es óptimo en su funcionamiento —es necesario conocer información sobre la causa concreta cuya sentencia se busca—,²² ha mejorado con relación a los que existían con anterioridad, cuando sólo era posible acceder a la mayoría de las sentencias mediante buscadores pagados. Como ya se ha dicho, existe una iniciativa en desarrollo para modernizar las bases de jurisprudencia de la Corte Suprema.

²² Disponible en: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/#>.

II. Tribunal Constitucional

La historia del Tribunal Constitucional puede dividirse en tres periodos.²³ El primero es desde su creación, en 1971, hasta su supresión, en 1973. Este tribunal fue creado por la Ley N° 17.284, de 23 de enero de 1971, que reformó la Constitución de 1925. Se incorporan al texto constitucional, en lo que aquí interesa, los artículos 78, incisos a, b y c, que regulan la conformación, funciones y efectos de las sentencias de este nuevo tribunal. Se componía "de cinco Ministros que durarán cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos. Tres de ellos serán designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y dos por la Corte Suprema de entre sus miembros". Sus principales funciones eran el control preventivo de proyectos de ley y de los tratados, y el control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley. En cuanto al efecto de las sentencias, se disponía, al igual que actualmente, que contra sus resoluciones no procedería recurso alguno, que las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley y que "resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia". El Decreto Ley N°119, del 5 de noviembre de 1973, lo suprime.

La segunda etapa corresponde a su reinstauración por la Constitución de 1980. En su conformación original, se integraba por 7 miembros: 3 ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas; 1 abogado designado por el presidente de la república; 2 abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, y 1 abogado elegido por el Senado por mayoría absoluta de sus

²³ La reconstrucción se basa en Pardow, Diego y Verdugo, Sergio, "El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005: Un enroque entre jueces de carrera y académicos", *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 28, núm. 1, pp. 123-144, 2015, y en la información contenida en <https://www2.tribunalconstitucional.cl/tribunal/historia/>. Un estudio crítico sobre este tribunal puede verse en Bordali, Andrés, "Tribunal Constitucional chileno. ¿Control Jurisdiccional de Supremacía Constitucional?", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 12, núm. 1, pp. 45-73, 2001.

miembros en ejercicio. Duraban 8 años, se renovaban por parcialidades cada 4 años y gozaban de inamovilidad. Se reinstaura como un tribunal excluido de la superintendencia de la Corte Suprema, con su propia ley orgánica (que rige hasta hoy), y que básicamente tiene como función el control preventivo y abstracto respecto de proyectos de ley y ciertos decretos.

La tercera etapa comienza con la reforma constitucional de 2005 y dura hasta hoy. En efecto, la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, modifica las normas constitucionales en diversos aspectos. En primer lugar, amplía de 7 a 10 integrantes: 3 nombrados por el presidente de la república; 4, por el Senado, 2 por libre elección y 2 a propuesta de la Cámara de Diputados, y 3 miembros designados por la Corte Suprema (se elimina la intervención del Consejo de Seguridad Nacional en estos nombramientos). Duran 9 años en sus funciones, sin reelección. En general, y como ya se ha indicado, al Tribunal Constitucional corresponde velar por la consistencia de las normas infraconstitucionales (leyes, decretos, reglamentos) con la Constitución. Cuando no lo son, bien no entran en vigencia (control preventivo o *a priori*), bien no se aplican a un caso concreto (inaplicabilidad *a posteriori*), bien se derogan, es decir, se eliminan del sistema jurídico con efectos generales y hacia el futuro (inconstitucionalidad *a posteriori*). Las cuestiones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que concentran la mayor actividad del Tribunal, hasta 2005 estaban en manos de la Corte Suprema. Con la reforma, también, se amplía el control preventivo obligatorio de constitucionalidad a las normas de un tratado que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional, y se regula la posibilidad de declarar inconstitucional, con efectos generales, un precepto legal que previamente haya sido declarado inaplicable (de oficio o mediante acción pública). En este caso, se entenderá derogado desde la fecha de publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo de constitucionalidad.²⁴

²⁴ Una postura optimista sobre la importancia que tiene la sentencias del TC, aunque consciente de que ello requeriría un cambio en la cultura jurídica interna, puede verse en Nogueira, Humberto,

Así, los efectos de las sentencias del Tribunal dependen de la respectiva hipótesis de control de constitucionalidad, tres de las cuales merecen especial atención: en el control *a priori*, el precepto legal no entra ni puede entrar en vigencia; en el control *a posteriori*, bien se declara inaplicable para el caso concreto, bien inconstitucional con efectos generales.

El Tribunal funciona en pleno y en salas, aunque la mayoría de sus facultades las ejerce en pleno (art. 31, LOTC). Las salas (dos) tienen como principales competencias pronunciarse sobre la admisibilidad de los requerimientos de inaplicabilidad y resolver las solicitudes de suspensión del procedimiento en estos requerimientos (art. 32, LOTC). El quórum de sesiones del pleno es de 8 miembros, en tanto que el de las salas es de 4.

El volumen de casos que ingresan y que son resueltos por la Tribunal Constitucional se muestran en los cuadros siguientes.²⁵

Cuadro 3. Asuntos ingresados^A

AÑO	COC	CAA	CPT	INA	INC	CCO	INH	TOTAL
2020	16	1	5	1,509	1	2	1	1,534
2021	24	28	5	2,606	4	1	0	2,668

^ACOC: control obligatorio de constitucionalidad (art. 93, núm. 1, CPR); CAA: cuestiones de constitucionalidad sobre autos acordados (art. 93, núm. 2, CPR); CPT: cuestiones de constitucionalidad sobre proyectos de ley y tratados (art. 93, núm. 3, CPR); INA: requerimientos de inaplicabilidad (art. 93, núm. 6, CPR); INC: cuestiones de inconstitucionalidad (art. 93, núm. 7, CPR); CCO: contiendas de competencia (art. 93, núm. 12, CPR); INH: inhabilidad de Ministros de Estado y Parlamentarios (art. 93, núms. 12 y 14, CPR).

Fuente: elaboración propia.

Cuadro 4. Sentencias dictadas

"La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas", *Estudios constitucionales*, vol. 8, núm. 1, pp. 79-116, 2010.

²⁵ Tribunal Constitucional de Chile, "Estadísticas". Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/estadisticas>.

AÑO	COC	CAA	CPT	INA	INC	CCO	INH	TOTAL
2020	18	0	1	1,210	1	0	0	1,230
2021	s/i	s/i	s/i	s/i	s/i	s/i	s/i	s/i

Fuente: elaboración propia.

El Tribunal adopta sus acuerdos por simple mayoría, salvo los casos en que se exija un quórum diferente y debe fallar conforme a derecho. Un quórum superior, la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, se exige para decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable. La deliberación es secreta y se aplican las normas del COT antes vistas para los tribunales colegiados, incluida la Corte Suprema. El presidente del Tribunal, en caso de empate, tiene voto dirimente (art. 20, inc. 2, LOTC). Por otra parte, los ministros que discrepen de la opinión mayoritaria del Tribunal deberán hacer constar en el fallo su disidencia (art. 39, inc. 2, LOTC). La propia ley orgánica establece, en concordancia con el artículo 8 de la CPR, la publicidad de sus actos y resoluciones, así como de sus fundamentos y los procedimientos que utilice (art. 4, LOTC). La publicidad de las sentencias se realiza mediante la publicación en la página web del tribunal, que tiene una base de datos actualizada que permite buscar empleando distintos criterios.²⁶

C. El precedente en el sistema jurídico chileno

Para profundizar en el lugar del precedente en el sistema jurídico chileno, es necesario partir con algunas precisiones conceptuales, que he desarrollado en otro lugar más extensamente,²⁷ sobre qué es el autoprecedente, qué es el precedente vinculante y qué es el uso argumentativo del precedente, como tres nociones distintas pero conexas. A ello hay que agregar la

²⁶ Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-avanzada>.

²⁷ Carbonell, F., "Variaciones sobre el precedente judicial: una mirada desde el sistema jurídico chileno", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 16, pp.9-38, 2022. Parte del texto que viene a continuación proviene de dicho artículo.

dimensión constitucional de estas nociones. Seguidamente, me referiré a cómo se regulan en el sistema jurídico chileno.

I. Precisiones conceptuales

En los últimos años ha habido varios trabajos colectivos y monográficos que tratan cuestiones teóricas y prácticas del precedente judicial,²⁸ y que dan cuenta de la necesidad de adoptar ciertos puntos de partida conceptuales para responder a la pregunta por la vinculatoriedad del precedente constitucional.

1. Autoprecedente

El autoprecedente es, siguiendo a Marina Gascón, aquel "que procede de las decisiones previas adoptadas por el mismo juez o tribunal que ahora tiene que decidir". La regla de autoprecedente judicial es aquella que "vincula a los órganos judiciales a sus propios precedentes". Por precedente en esta última definición se entiende "el *criterio, principio o razón jurídica* en el que se funda una decisión previa usada como fuente para la adopción de futuras decisiones" (esto es, precedente en sentido estricto, *ratio decidendi* o fundamento de la decisión).²⁹ En síntesis, y siguiendo a esta autora, el autoprecedente es una regla que obliga al tribunal o juez que dictó una decisión previa a incorporar, en la decisión de un caso similar futuro, las mismas razones jurídicas previamente utilizadas.

²⁸ Me concentraré en la producción científica especialmente latinoamericana y española, que es, a mi juicio, la que tiene más publicaciones recientes y novedosas: Núñez, Álvaro, Arriagada, María Beatriz y Hunter, Iván (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, pp. 333-363, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021; Gascón, Marina y Núñez, Álvaro (eds.), *La práctica del precedente en el Civil Law*, Barcelona, Atelier, 2020; Gómora, Sandra, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México, UNAM-IJ, 2019; Pulido, Fabio, *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*, Bogotá, Universidad de la Sabana, 2018; Núñez, Álvaro, "Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*", *Doxa*, núm. 39, pp. 127-156, 2016; Núñez, Álvaro, "Precedente en materia de hechos", *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXXI, núm. 1, pp. 51-78, 2018.

²⁹ Gascón, Marina, "Racionalidad y (auto) precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 10, pp. 132-148, 2011.

El fundamento de una tal regla es la idea de justicia formal (tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales), según la cual se debe estar dispuesto a sostener las mismas razones en las que se funda una decisión judicial en casos similares o situaciones semejantes en sus aspectos relevantes que se den en el futuro.³⁰ En otras palabras, se debe universalizar las razones que le sirven de fundamento como exigencia de racionalidad, como "garantía contra la arbitrariedad".³¹

2. Regla del precedente

La regla del precedente o regla del *stare decisis* consiste en una o más normas que establecen que determinadas decisiones jurisdiccionales cuentan como precedentes.³² Tal como argumenta María Beatriz Arriagada, la existencia de precedentes vinculantes depende de la existencia de dos normas jurídicas: una norma que establece la vinculación al precedente, y otra norma que califica el seguimiento y el no seguimiento de los precedentes. Estas dos normas constituyen un conjunto de relaciones jurídicas entre tres intervinientes: 1) los tribunales cuyos precedentes tienen que ser seguidos; 2) los tribunales que tienen que seguirlos, y 3) los individuos cuyas situaciones jurídicas resultan modificadas por el seguimiento y el no seguimiento de aquellos precedentes.³³

³⁰ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978, pp. 73-99.

³¹ Gascón, Marina, "Racionalidad y (auto) precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente", p. 136.

³² Núñez, Álvaro, "¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)", en A. Núñez, M. B. Arriagada y I. Hunter (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 333-363, 2021. "La regla que vincula a los órganos juzgadores al precedente vertical se conoce como *stare decisis et quieta non movere*, e indica que los precedentes tienen autoridad y deben ser seguidos", Gascón, Marina, "Racionalidad y (auto) precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente", p. 134. En otro lugar describe los sistemas de *stare decisis*, como aquellos "cuyo fundamento reposa en la exigencia de justicia uniforme - es decir, en el ideal de juez único que preside todo sistema jurisdiccional que quiera garantizar la seguridad, igualdad y unidad del Derecho", Gascón, Marina, "Igualdad y respeto al precedente", *Derechos y libertades*, vol. I, núm. 2, 1993, p. 212.

³³ Arriagada, María Beatriz, "Las dos caras del precedente vinculante", en A. Núñez, M. B. Arriagada y I. Hunter (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, pp. 281-310, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

"Precedentes" son las "normas empleadas en las sentencias judiciales para la solución de casos específicos que tienen *alguna relevancia* para la solución de casos específicos similares".³⁴ Esta definición está en la misma dirección que la que propone Gascón antes transcrita: en todos los casos, se hace referencia a la norma que constituye el fundamento la decisión, es decir, su *ratio decidendi*. Por "precedentes vinculantes", Arriagada entiende "aquellos que, de acuerdo con el derecho positivo vigente, *tienen que ser seguidos* por determinados tribunales a la hora de decidir casos específicos similares al caso específico que fue solucionado por la sentencia que contiene el precedente".³⁵ Esto quiere decir que es necesario que exista una consecuencia jurídica para el no seguimiento del precedente, distanciándose, en este punto, de otras tesis.³⁶

Para esta misma autora, la existencia de los precedentes vinculantes depende

necesariamente de la existencia de dos normas jurídicas diferentes: (i) una norma que, al establecer una relación jurídica de competencia-sujeción entre un tribunal X [el que produce el precedente] y un tribunal Y [el que está vinculado por el precedente], constituye como precedentes para el tribunal Y a las normas producidas por el tribunal X y (ii) una norma que califica el seguimiento y el no seguimiento de tales precedentes por el tribunal Y.³⁷

Así, como ya había adelantado, la primera es una norma de vinculación al precedente, mientras que la segunda es la norma que califica el seguimiento y el no seguimiento de los precedentes.³⁸

³⁴ Arriagada, María Beatriz, *op. cit.*, p. 368.

³⁵ *Ibidem*, p. 369.

³⁶ Por ejemplo, en este punto, se distancia de Núñez, Álvaro, "¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)".

³⁷ Arriagada, María Beatriz, *op. cit.*, p. 382.

³⁸ La tesis de Arriagada acerca de la fisonomía del precedente vinculante se construye empleando una idea notable y original de Núñez, cual es que la existencia de un sistema de precedentes al interior de un ordenamiento jurídico determinado requiere de la existencia de normas constitutivas y no, como comúnmente se ha sostenido, de la existencia de normas regulativas, Núñez, Álvaro, "Precedente en materia de hechos".

Si miramos estas normas más de cerca, veremos que la norma, la norma de vinculación al precedente, es de competencia —de aquellas que confieren competencia a determinados sujetos— que establece una relación de competencia-sujeción entre los tribunales X e Y. La sujeción o vinculación al precedente significa que el tribunal Y tiene que seguir los precedentes del tribunal X o, desde la otra cara de la moneda, el tribunal X modifica la situación jurídica del tribunal Y cada vez que ejerza la competencia para dictar precedentes que le ha sido otorgada.³⁹

La segunda norma, aquella que califica el seguimiento y el no seguimiento de los precedentes, puede ser de dos tipos: a) una norma regulativa que obliga al tribunal Y a seguir el precedente del tribunal X (o que prohíbe al tribunal Y no seguir los precedentes del tribunal X) y que establece como sanción al incumplimiento de aquella obligación (omisión del comportamiento) una sanción al juez o jueces que pronuncian la sentencia que no sigue el precedente;⁴⁰ b) una norma de competencia de aquellas que limitan el contenido de las decisiones (normas individuales) que el tribunal Y es competente para dictar en la solución de casos específicos. Y lo limitan en el sentido que lo convierten en "*incompetente* para solucionar aquellos casos que son similares a los que han sido solucionados por los precedentes del tribunal X mediante normas de contenido distinto al que ha sido predeterminado por tales precedentes". Esta incompetencia implica, a su vez, "una *inmunidad* (no sujeción) de los individuos que son partes en un proceso judicial" frente a decisiones que tengan un contenido distinto al predeterminado por tales precedentes. Tales decisiones, en efecto, son *inválidas*, ya que han sido dictadas fuera de la competencia del tribunal Y".⁴¹

El fundamento de la igualdad en la aplicación del derecho de la regla del precedente vinculante es bastante conocido. Ya el concepto de jurisdicción

³⁹ Una competencia es "un poder de producir normas jurídicas válidas o participar en su producción, constituido o determinado por normas jurídicas que comúnmente se denominan normas de competencia o sobre la producción jurídica", Arriagada, María Beatriz, *op. cit.*, p. 380.

⁴⁰ La obligación puede ser absoluta o indirecta (sin derecho correlativo) o relacional o directa (con un derecho correlativo que permita a su titula accionar judicialmente frente a su incumplimiento).

⁴¹ Arriagada, María Beatriz, *op. cit.*, pp. 393-394.

presupone que la solución de controversias de relevancia jurídica, mediante la aplicación de la ley abstracta y general al caso concreto y particular,⁴² no genere desigualdad de trato. Igualdad en la aplicación de la ley por parte de esta potestad pública⁴³ que, en modelos procesales en que la decisión de un juez o tribunal es susceptible de ser impugnada y revisada por tribunales superiores, puede ser de más difícil consecución.

Otros valores que justifican la existencia de una regla de precedente vinculante, como ampliamente sostiene la literatura, son la seguridad jurídica y estabilidad del derecho que aquella promueve. Ello "significa que los ciudadanos pueden prever o anticipar la respuesta que probablemente recibirá su caso; es decir, que pueden tomar decisiones confiando en que las reglas jurídicas usadas por los jueces con anterioridad les serán aplicadas también a ellos". Además, al igual que el autprecedente, promueve la igualdad formal, es decir, el tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales, y produce una descarga de ulterior justificación, con el consiguiente ahorro de tiempo.⁴⁴

3. Uso argumentativo del precedente

La cita, uso o mención⁴⁵ de decisiones judiciales pasadas es frecuente en la litigación y en las decisiones judiciales. Este uso argumentativo

⁴² Esta es la manera en que Atria entiende la jurisdicción, Atria, Fernando, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 216.

⁴³ Como sostiene Iturralde, para saber si existe o no igualdad en la aplicación judicial de la ley se requiere de un término de comparación, o de un análisis (diacrónico) de una o más decisiones en el tiempo. Iturralde describe de la siguiente manera los dos elementos que componen el principio de igualdad en la aplicación del derecho: "Un elemento material, que ofrece la condición justificatoria, esto es, el criterio de justicia en favor de un determinado trato para una categoría de sujetos (p. ej., el mérito, la necesidad, o una norma jurídica). En el caso del derecho, dicho criterio viene dado, en un primer momento, por el legislador al establecer cuáles son las diferencias relevantes (entre mayores y menores de edad, entre diferentes tipos de trabajadores, entre ciudadanos y parlamentarios, etc.); y en un segundo momento, por los jueces al decidir los casos de una determinada manera dentro del margen de discrecionalidad. El elemento formal supone generalizar las condiciones del elemento material a los casos posteriores", Iturralde, Victoria, "La igualdad en la aplicación de la ley: análisis de algunas objeciones iusfilosóficas", *DOXA*, núm. 42, 2019, p. 140.

⁴⁴ Gascón, Marina, "Racionalidad y (auto) precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autprecedente", pp. 134-135.

⁴⁵ Vio explica que el uso de una sentencia pasada consiste en la mención de su contenido, e identifica distintas maneras de hacer aquellas menciones, Vio, Juan, "La práctica de citar sentencias pasadas

supone que no existe una regla de precedente vinculante pues, en tal caso, el tribunal vinculado por el *precedente producido* por aquel competente para hacerlo debe, simplemente, decidir en conformidad a la *ratio decidendi* aplicable al caso.

En tanto razón o argumento, estas citas o menciones a decisiones judiciales pasadas se emplean para respaldar o justificar la atribución de significado a textos normativos. Como tipo de argumento interpretativo, puede decirse que forma parte de reglas o de costumbres interpretativas seguidas (usadas y aceptadas) por una cultura jurídica determinada.⁴⁶

Generalmente, y para destacar este uso argumentativo cuya relevancia puede variar de sistema en sistema,⁴⁷ se le llama "precedente persuasivo":⁴⁸ el juez no está obligado a respetar la *ratio decidendi* de una decisión pasada, pero lo hace por "la autoridad de quien lo emitió, en el sentido de su prestigio o reconocimiento", prestigio que puede ser fundado, presu- puesto e incluso atribuido de manera estratégica.⁴⁹ Como explica García Amado, sin embargo, la eficacia o éxito del argumento dependerá, especialmente, de que aquel que debe resultar persuadido y adoptar la decisión en el presente en conformidad con aquel argumento reconozca la

como modelo de precedentes en Chile", en A. Núñez, M.B. Arriagada y I. Hunter (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, pp.279-302, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

⁴⁶ Sobre el concepto de "argumentos interpretativos", pueden verse Tarello, Giovanni, *La interpretación de la ley* [1980], Lima, Palestra, 2018, pp. 309 y ss., y Ezquiaga, Francisco Javier, "Argumentos interpretativos y el postulado del legislador racional", *Isonomía*, núm. 1, pp.69-98. 1994.

⁴⁷ Véase las distinciones entre relevancia argumentativa muy débil, débil y fuerte que distingue Chiassoni, Pierluigi, "¿Los precedentes son vinculantes?", en *Desencantos para abogados realistas*, pp.211-266, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

⁴⁸ Como dice Gascón, los precedentes persuasivos son los que "no tienen que ser seguidos, pero hay buenas razones para que sí lo sean", Gascón, Marina, "Racionalidad y (auto) precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autprecedente", 2011, p. 134.

⁴⁹ García Amado, Juan Antonio, "Sobre el precedente judicial como argumento y como norma", en P. Bonorino (ed.), *Modelos argumentativos en la aplicación judicial del derecho*, pp.115-124, Madrid, Bubok Publishing, 2012, p. 120. En igual sentido, Accatino señala que en la argumentación judicial "la referencia a la jurisprudencia asume predominantemente la forma de un argumento de autoridad -un argumento cuya fuerza justificatoria se basa sólo en el status o prestigio de su emisor", Accatino, Daniela, "El precedente judicial en la cultura jurídica chilena", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 20, pp. 559-582, 2002, en p. 574.

experticia o autoridad, entendida como aquella especial "cualificación, capacidad o conocimiento" de quien adoptó esa decisión pasada.

4. "Precedente constitucional"

Cuando se emplea la expresión "precedente constitucional" se puede estar haciendo uso de cualquiera de estas nociones relacionadas —auto-precedente, regla del precedente, uso argumentativo del precedente—. Asimismo, el calificativo "constitucional" puede bien entenderse referido a un órgano específico (en este caso, al tribunal constitucional), bien a decisiones en que la constitución sea relevante. Ejemplo de estas últimas son aquellas en que la constitución se emplea como parámetro de contraste de la ley, de normas infraconstitucionales o de actos u omisiones de la administración o de particulares. Pese a que en Chile el control de constitucionalidad de la ley es uno concentrado en el Tribunal Constitucional, es posible sostener que la interpretación de la constitución no es una actividad exclusiva de aquel, sino que cualquier tribunal puede interpretar la constitución, por ejemplo, cuando argumenta sistemáticamente. Lo que le es privativo es inaplicar una ley por considerar que produce efectos constitucionales en el caso concreto y expulsarla del sistema cuando la declara inconstitucional. Por ello, entenderé que el calificativo "constitucional" se refiere al lugar privilegiado que tiene la interpretación del texto constitucional en ciertas decisiones judiciales, particularmente las de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

II. La (falta de) regulación del precedente en el actual sistema jurídico chileno

Como ya he adelantado, el sistema jurídico chileno no contempla una regla general de precedente (de acuerdo con el concepto aquí seguido, explicado en "2. Regla del precedente"). Esto es, no existen textos normativos en el ámbito constitucional ni en el legal que consagren, por una parte, una norma de competencia que establezca una relación de competencia-sujeción entre un tribunal (por ejemplo, Tribunal Constitucio-

nal o Corte Suprema) y otro u otros tribunales (por ejemplo, los demás tribunales chilenos), de manera tal que estos últimos estén "sujetos" o vinculados por la *ratio decidendi* o norma que se usa por el primero para resolver un asunto controvertido. Tampoco existe la segunda norma, aquella que califica el seguimiento (cumplimiento de la obligación de seguirlos) y el no seguimiento de los precedentes (incumplimiento de la obligación de seguirlos), ni en su versión de regla regulativa ni en su versión de regla de competencia. A diferencia de lo que sucede en derecho comparado, no hay una regla que concentre la interpretación constitucional en un solo órgano (mas sí el control de constitucionalidad) ni que establezca la obligación de ciertos tribunales de usar dicha interpretación en sus decisiones.

Incluso más, a partir de lo dispuesto por el artículo 3, inciso 2, del Código Civil,⁵⁰ se suele afirmar que el "precedente" o la "jurisprudencia" no son "fuentes formales del derecho", toda vez que las sentencias sólo tienen efecto relativo, es decir, vinculan a las partes que participan del respectivo proceso judicial. No es difícil advertir que el efecto relativo o *erga omnes* de una sentencia es una cuestión distinta a si existe o no una regla de precedente vinculante. Otro argumento que se ha dado para afirmar que no existe —ni debiera existir— este tipo de reglas es que ellas atentarían contra la independencia judicial, toda vez que jueces y juezas no podrían resolver el asunto considerando sólo los hechos y el derecho, sino que estarían obligados por una decisión previa. Sin embargo, este argumento también es feble, ya que la independencia como garantía ciudadana debe entenderse articulada con otros presupuestos y principios que rigen tanto la organización judicial como el ejercicio de la jurisdicción y que son, como se ha visto, el fundamento de la regla del precedente. Para decirlo en una frase, la regla del precedente no atenta, en abstracto, contra la independencia judicial.⁵¹

⁵⁰ El artículo 3, inciso 2, del Código Civil, que data de 1855, dispone textualmente: "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren".

⁵¹ Para un desarrollo de esta discusión, véase Núñez, Álvaro, "¿Violan los precedentes la independencia judicial?", *Revista de Derecho PUCP*, núm. 84, pp. 303-336, 2020.

El Código de Procedimiento Civil chileno (CPC),⁵² de 1902, contempla normas que se refieren a los "efectos de las sentencias" en procesos distintos de aquellos en los cuales las sentencias se dictan (arts. 178, 179 y 180). No obstante, suelen, más bien, considerarse normas que regulan la cosa juzgada en procesos de diversa naturaleza (civil y penal).

El Código también contiene una disposición que se refiere a la facultad que tienen las partes de solicitar que un recurso de casación en el fondo sea "conocido y resuelto por el pleno del tribunal" [la regla general es su conocimiento por una sala de la Corte Suprema, fundándose "en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso" (art. 780, CPC)]. Esta disposición es, en general, escasamente invocada, y los problemas surgen porque no hay claridad acerca de cuál es el efecto de una sentencia dictada por el pleno en ejercicio de las facultades del artículo 780 del CPC. Si bien su fundamento es la necesidad de fijar la interpretación institucionalmente correcta, eliminando la contradicción en el caso concreto y uniformando las decisiones hacia el futuro, no existe la otra cara de la regla del precedente vinculante que sería la norma que regula los efectos de su seguimiento o no seguimiento por parte de otras salas Corte Suprema o de otros tribunales jerárquicamente inferiores. Tanto es así que existe un caso paradigmático en que una sala de la propia Corte Suprema ha desobedecido abiertamente la decisión del pleno en sentencias posteriores.⁵³ En cualquier caso, aunque fuese, en los hechos, seguida la

⁵² Desde hace 10 años que existen propuestas por reformar el sistema de justicia civil chileno. Existe un Proyecto de Código Procesal Civil de 2012 (Boletín N° 8197-07); con un cambio en 2014 y con últimas indicaciones del ejecutivo de mayo de 2021. En estos proyectos de ley hay disposiciones normativas en el sentido de introducir modificaciones relevantes en el recurso de casación que favorece un modelo de Corte Suprema "unificadora de jurisprudencia". Véase Romero, Alejandro, "El recurso de casación en el proyecto de Código Procesal Civil y los desafíos para la práctica del precedente", en A. Núñez, M. B. Arriagada y I. Hunter (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, pp. 27-55, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020. La discusión sobre las funciones que debiese cumplir la Corte Suprema, o qué modelo de Corte Suprema favorecer, también está teniendo lugar en Chile dentro y fuera de la Convención Constitucional, proceso en curso en el momento en que este texto fue escrito.

⁵³ Véase el caso tratado en Carbonell, Flavia, "Variaciones sobre el precedente judicial: una mirada desde el sistema jurídico chileno", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 16,

interpretación de la Corte Suprema fijada por el pleno en conocimiento de un recurso de casación en el fondo, ella podría referirse (y generalmente se referirá) a textos legales (y no al texto constitucional).

Un sentido similar al artículo 780 del CPC tiene la regla del artículo 376, inciso 3, del Código Procesal Penal (CPP), de 2000, que otorga competencia a la Corte Suprema para conocer del recurso de nulidad de la sentencia "que hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo" (art. 373, letra b, CPP) cuando "respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, corresponderá pronunciarse a la Corte Suprema".

Finalmente, y desde 2008, existe un recurso denominado de "unificación de jurisprudencia" para los procesos laborales.⁵⁴ Éste tiene por objetivo unificar interpretaciones de normas laborales en el caso de "respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia". Una sala de la Corte Suprema, la cuarta sala o sala laboral, es competente para conocer de ese recurso. El fallo sólo tiene efecto en la causa respectiva, por disposición expresa del legislador procesal, y "en ningún caso afectará a las situaciones jurídicas fijadas en las sentencias que le sirven de antecedente". Es decir, se trata de un modelo de unificación cuyos efectos no se extienden a causas futuras.

III. El precedente, autprecedente y argumento del precedente constitucional en la práctica judicial chilena

Ya he indicado que no existe, normativamente, una regla de precedente general ni de precedente constitucional en Chile, y tampoco una práctica

pp.13-19, 2022.

⁵⁴ La Ley 20.260 de marzo de 2008 introduce sendas modificaciones en el Código del Trabajo, y en lo que aquí interesa, estableciendo un nuevo procedimiento laboral, en el que se contempla el recurso de unificación de jurisprudencia en los artículos 483 al 483-C de dicho Código. Sobre el recurso de unificación, véase Correa, Rodrigo, "Función y deformación del recurso de unificación de jurisprudencia", *Revista de Derecho*, vol. 33, núm. 2, pp. 253-274, 2020.

que dé cuenta de un seguimiento habitual de las decisiones de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

Sobre los otros dos conceptos asociados a la regla de precedente, resultaría difícil hacer una descripción precisa de la práctica a partir de la cual extraer conclusiones generalizables. Me limitaré a dar algunos ejemplos que muestran, por una parte, que no habría un compromiso por universalizar hacia el futuro las razones que se usan para decidir casos judiciales (o, lo que es lo mismo, no existe una vinculación fuerte con el autoprecedente) y, por otra, que se usa frecuentemente el argumento del precedente, aunque a veces de manera descuidada y voluntarista (tanto por las partes como por el tribunal).

Comenzaré con la Corte Suprema. Hay varios factores en el diseño de este tribunal que conspiran en que cada una de sus salas siga la *ratio decidendi* de propias decisiones pasadas en decisiones futuras. En primer lugar, el volumen de asuntos de que conocen sus salas, especialmente la tercera —constitucional y contencioso administrativa— obstaculizan una uniforme interpretación y aplicación de la ley y va en desmedro de una mejora en la calidad de la fundamentación de sus decisiones. En segundo lugar, la inestabilidad en la composición de las salas, antes descrita —y que se debe en gran medida a un uso excesivo de los mecanismos de inhabilitación que tienen las partes y a la existencia de abogados integrantes— hace muy difícil que existan, diacrónicamente, decisiones uniformes en asuntos iguales o similares. En tercer lugar, y descontando los esfuerzos de los últimos años por construir bases de jurisprudencia de sus decisiones antes mencionados, no existen mecanismos sencillos ni fiables para conocer las decisiones pasadas, para identificar el "autoprecedente". La "memoria" de una sala depende de que haya ministros o ministras que lleven mucho tiempo ejerciendo funciones y que puedan alertar de aquellas decisiones ya adoptadas en casos similares para evitar contradicciones y, de esta manera, eviten que se produzca un defecto de racionalidad y prevengan sobre una desigual o arbitraria aplicación de la

ley respecto de los administrados de justicia. En cuarto lugar, en las materias en que mayor relevancia puede tener la interpretación de la constitución, que son las acciones constitucionales de protección, existe un modo casuístico de resolverlas, que atiende especialmente a los hechos o situaciones que constituyen el acto u omisión arbitrario o ilegal que priva, perturba o amenaza el legítimo ejercicio de uno o más derechos fundamentales protegidos. Ello, unido con la naturaleza "cautelar" de esta acción, un procedimiento muy flexible y desformalizado, en el que también el peso de la dogmática es reducido, desdibuja la idea misma de *ratio decidendi* y dificulta la tarea de identificar aquellas razones de la decisión que puedan universalizarse.⁵⁵

En cualquier caso, y tratándose de los recursos de nulidad (casación civil y nulidad penal), las salas suelen recurrir a sus propias decisiones pasadas ("autoprecedente") y las partes suelen invocar, como argumento de autoridad, esas decisiones, en miras a obtener una sentencia favorable. El uso descuidado u oportunista se refiere a que, por una parte, se apunta cuál es la sentencia en que se sostendría una determinada decisión de manera imprecisa y, por otra, esas citas no siempre son pertinentes ni relevantes (aparecen, por ejemplo, invocadas por las partes, pero no apoyan el sentido de la decisión anterior y, consiguientemente, no podrían apoyar la decisión en curso sobre un asunto similar). Así, se generan los peligros denunciados por algunos autores, en orden a que puede llevar a renunciar anticipadamente al ejercicio deliberativo o resultar en un abandono del ejercicio de justificación de las premisas de la decisión judicial. Dicho de otra manera, un mal uso argumentativo del precedente en tanto argumento de autoridad puede entrar en "tensión con las

⁵⁵ Sobre el recurso de protección véanse Ferrada, Juan Carlos, "Los derechos fundamentales y el control constitucional", *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 17, pp.113-137, 2004; Bordalí, Andrés, "El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica", *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 19, núm. 2, pp. 205-228, 2006; Bordalí, Andrés, "El recurso de protección chileno al banquillo", *Revista IUS*, vol.5, núm. 27, pp. 56-71, 2011; Nogueira, Humberto, "El Recurso de Protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano", *Ius et Praxis*, vol. 13, núm. 1, pp. 75-134, 2007.

aspiraciones de control de racionalidad⁵⁶ que persiguen las teorías de la argumentación jurídica y el uso de los argumentos interpretativos.⁵⁷

Con relación al Tribunal Constitucional, la práctica de seguimiento del autoprecedente no es clara.⁵⁸ El Tribunal suele citar sus propias decisiones, bien reproduciendo considerandos completos, bien añadiendo que, en igual sentido, se han dictado varias decisiones que identifica. En otros casos, en cambio, ha dictado sentencias que contravienen expresamente decisiones pasadas sin explicitar suficientemente las razones del cambio

⁵⁶ Dice Coloma: "En ocasiones, incluso, podrá operar como un planteamiento ad hoc que permite al sujeto a quien se le reconoce el estatus de autoridad ir adaptándose a sus intuiciones o preferencias, según sea el caso al que está enfrentando. Eso no es lo que esperamos de los jueces. El problema será entonces, cuándo los argumentos que descansan en la experticia de quienes los formulan son razonables y cuándo, falaces". Ello puede contribuir a potenciar la atribución de "valor a cualquier argumento que potencie la creencia de que la subjetividad del juzgador no influye en que un cierto litigio se haya resuelto en un sentido u otro (ojalá que "los hechos hablen por sí solos"), Coloma, Rodrigo, "La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica", *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 25, núm. 2, 2012, p. 214.

⁵⁷ Sobre pretensiones de racionalidad de las teorías de la argumentación jurídica, véase García Amado, Juan Antonio, "Del método jurídico a las teorías de la argumentación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. III, pp. 151-182, 1986.

⁵⁸ En los últimos 10 años, el Tribunal Constitucional se ha polarizado mucho desde el punto de vista ideológico y la mayoría suele producirse de manera ser bastante ajustadas o con el voto dirimente del presidente. No hay sentencias unánimes, y tanto el voto mayoritario como las disidencias son bastante extensas. Por otra parte, es una institución que se ha desprestigiado, cuyas decisiones han perdido calidad argumentativa, a tal punto que se ha discutido seriamente en la Convención Constitucional eliminarla y encomendar el control de constitucionalidad (represivo o *a posteriori*) a la Corte Suprema. Finalmente, la propuesta, a 17 de junio de 2022, entre otras cuestiones, elimina el control *a priori*, deja en manos del juez o jueza de la cuestión pendiente la decisión de elevar la cuestión de inaplicabilidad a la Corte Constitucional, e incluye las siguientes disposiciones relevantes: Artículo 65.- De la justicia constitucional. La Corte Constitucional es un órgano autónomo, técnico y profesional, encargado de ejercer la justicia constitucional con la finalidad de garantizar la supremacía de la Constitución, de acuerdo con los principios de deferencia al órgano legislativo, presunción de constitucionalidad de la ley y búsqueda de una interpretación conforme con la Constitución. Sus resoluciones se fundarán únicamente en razones de derecho.

Artículo 71.- De las sentencias de la Corte Constitucional y sus efectos. Las sentencias de la Corte Constitucional se adoptarán, en sala o en pleno, por la mayoría de sus integrantes, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución o la ley. Tienen carácter vinculante, de cumplimiento obligatorio para toda institución, persona o grupo y contra ellas no cabe recurso ulterior alguno. La Corte Constitucional solo podrá acoger la inconstitucionalidad o la inaplicabilidad de un precepto cuando no sea posible interpretarlo de modo de evitar efectos inconstitucionales.

Declarada la inaplicabilidad de un precepto legal, este no podrá ser aplicado en la gestión judicial en la que se originó la cuestión de constitucionalidad.

Cuando la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de un precepto, la sentencia provocará su invalidación, excluyéndolo del ordenamiento jurídico a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

de criterio decisorio. Como se sabe, el autprecedente, y también la regla de precedente, no impide abandonar la *ratio decidendi*, es decir, no petrifica la decisión, sino que simplemente sitúa la carga de la argumentación en quien quiera apartarse de aquel. Este abandono del autprecedente u *overruling* puede fundarse bien en la incorrección de la decisión anterior, o en su inadecuación sobreviniente.⁵⁹ El no seguimiento de la *ratio decidendi* que un mismo tribunal ha empleado para fundar una decisión pasada también puede fundarse en que el caso no es semejante al anterior o en que hay una distinción relevante que hace necesario una nueva decisión que la considere (*distinguishing*). Pues bien, en cualquiera de estas situaciones, la falta de explicitación de razones resta racionalidad a la argumentación de un tribunal.

Un caso interesante es una sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre un requerimiento de inconstitucionalidad de normas del proyecto de ley que "regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales" (o aborto en tres causales).⁶⁰ La decisión principal de la sentencia es que las normas impugnadas (tres causales) son conformes con la Constitución y, por tanto, corresponde rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad. Dicho muy simplificada, el voto mayoritario distingue entre el derecho a la vida, que se reconoce y protege por la Constitución a todas las personas, y la vida del *nasciturus* como objeto de protección de la ley.⁶¹ La distinción entre personas y el que está por nacer es decisiva en la argumentación del tribunal. Luego del análisis de cada una de las palabras empleadas por la Constitución, se concluye que el proyecto de ley no desprotege al que

⁵⁹ Gascón, Marina, "Racionalidad y (auto) precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autprecedente", pp. 136-139. Como regla de la argumentación, Alexy la configura así: "(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación", Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* [1978], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 287.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°3729(3751)-17-CPT, de 28 de agosto de 2017.

⁶¹ El artículo 19 de la Constitución dispone: "La Constitución asegura a todas las personas: N°1 El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. / La ley protege la vida del que está por nacer".

está por nacer, toda vez que las circunstancias que permiten configurar estas tres causales están tipificadas; reflejan situaciones graves, tienen estrictos requisitos; buscan que la mujer no sea sometida a reproche penal alguno en caso de que interrumpa el embarazo en estas causales; sigue habiendo delito de aborto y existiendo un conjunto de disposiciones legales de todo tipo que buscan proteger al que está por nacer.

En lo que aquí importa, hay un apartado de la sentencia (que es más bien extraño según la forma habitual de las sentencias) que se titula "Los precedentes" (considerandos 20 a 25), en el que el Tribunal Constitucional, haciéndose cargo de su autprecedente, señala explícitamente que "es necesario referirse a las sentencias que esta Magistratura ha dictado con anterioridad y que tiene que ver con la materia que debemos resolver en estos autos, es decir, con el derecho a la vida". En primer lugar, se menciona la sentencia sobre muerte encefálica (STC 220/1995), en la que se controló preventivamente el proyecto de ley de la donación de órganos. En dicho proceso, se impugnaba que la declaración de la muerte encefálica —abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas— por un equipo médico como requisito para extraer sus órganos violaba el derecho a la vida del paciente. Rechazando el requerimiento, aquella sentencia sobre muerte encefálica argumenta que corresponde al legislador regular la muerte, como sucede en el caso de la ley de donación de órganos, y que tras la muerte se termina la existencia de una persona y ya no se encontraría amparada por el derecho a la vida.

A continuación se cita la STC 740/2007, en que se discute la "regulación vía decreto supremo de la denominada píldora del día después". Acogiendo el requerimiento, aquella sentencia resolvió que el que está por nacer es una persona, es sujeto de derecho, es titular de derechos y tiene dignidad. La protección constitucional de la persona, se afirma, se inicia desde el momento mismo de la concepción.

El fallo del proyecto de ley de aborto da luego cuenta de las diferencias entre estas dos sentencias (muerte encefálica y píldora del día después)

y constata la coexistencia de "dos doctrinas que no dialogan entre sí", agregando que la "discrepancia principal tiene que ver con el rol de legislador" y que "esta es la oportunidad de resolver estas discrepancias interpretativas". Y se resuelven, en definitiva, señalando que es competencia del congreso nacional establecer los marcos jurídicos que regulan nuestra sociedad y que, en dicho ejercicio, cuenta con discrecionalidad para apreciar la bondad o conveniencia de las regulaciones, siempre que estén dentro de los márgenes constitucionalmente permitidos.

Este mismo fallo, además, cita como argumento la interpretación de la disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la protección legal del derecho a la vida desde la concepción realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Artavia Murillo versus Costa Rica*.⁶²

En lo que aquí interesa, esta sostuvo dos cosas. Por una parte, que la protección del que está por nacer no es absoluta sino que gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional. Por la otra, dicha protección implica proteger a la mujer, porque la concepción ocurre dentro de su cuerpo.⁶³

⁶² Al respecto, la misma sentencia consigna la posición de los senadores requirentes con relación al derecho internacional y al caso *Artavia Murillo versus Costa Rica*: "que dicha sentencia no tiene ni puede tener incidencia real en esta controversia constitucional. La obligación internacional que pesa sobre Chile es cumplir sólo con las decisiones de dicha judicatura en que nuestro país ha sido parte y desde la sentencia de esta Magistratura en causa Rol N° 346, su jurisprudencia ha sostenido claramente que los Tratados Internacionales, incluso los de derechos humanos, tienen un rango inferior a la Constitución Política. Incluso, se ha sostenido que no resulta plausible contrastar directamente los preceptos legales que se impugnen en un asunto con los Tratados Internacionales a efectos de sostener su eventual inconstitucionalidad". Contrariamente, la Presidenta de la República sostuvo que "el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no prohíbe la despenalización del aborto en determinados casos; por el contrario, de los Tratados Internacionales que se encuentran vigentes en Chile, así como de la interpretación que han efectuado de sus artículos los órganos internacionales competentes para ello, se desprende que sí se permite, cuestión acorde con el respeto a la dignidad de las mujeres. En dicha consideración, argumenta que ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contemplan al nasciturus como titular de derechos. Si bien se discutió aquello en la elaboración de estos instrumentos, se desechó esa opción".

⁶³ Cons. 51°, STC 3729/2017.

Sin embargo, en otro capítulo de la sentencia —en el que se discutía la constitucionalidad de la norma sobre objeción de conciencia respecto de la práctica del aborto— se sostiene que

este Tribunal Constitucional fundará su decisión respecto al derecho de libertad de conciencia y religión que ostentan las personas jurídicas, en materia de objeción institucional, en una perspectiva diversa de la sustentada por la Corte Interamericana, con estricto apego a la norma del artículo 19, N°6, pero, además, considerando las garantías contenidas en los numerales 11° y 15°, en relación con el artículo 1°, inciso tercero, de nuestra Carta Fundamental.⁶⁴

Así, si bien el Tribunal Constitucional emplea el argumento del precedente internacional en sus decisiones, especialmente el de la Corte IDH, también hay casos en que lo omite o que expresamente indica que se apartará de la "perspectiva" por aquella sustentada. Este comportamiento irregular con relación al "precedente internacional" vinculante también se extiende a las sentencias de la Corte Suprema que resuelven apelaciones de recursos de protección.

Más de 95% de las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional resuelven cuestiones de inaplicabilidad por inconstitucional, declaradas admisibles (1,210 en 2020) y de ellas, 70% acoge la cuestión. Estas cifras dan cuenta de un abuso en el ejercicio de esta posibilidad por la práctica jurídica chilena, y muchas veces desplegada con fines puramente dilatorios para el proceso que se tramita ante el tribunal ordinario. Como se dijo, el juez de oficio o a petición de parte podrá solicitar al Tribunal Constitucional, dentro de cualquier gestión pendiente que se siga ante él, que se pronuncie sobre los efectos inconstitucionales que produciría un precepto legal que pretenda aplicarse para resolver el conflicto jurídico. Decidido por el Tribunal que un precepto legal es inaplicable por inconstitucional, deberá notificarse a la o las partes que formularon el

⁶⁴ Cons. 130°, STC 3729/2017.

requerimiento y comunicarse al juez o a la sala del tribunal que conoce del asunto y sólo en dicho juicio producirá efectos. Sin embargo, como el asunto regresa al juez que conoce de la gestión pendiente, dependerá, en definitiva, del juez la determinación de qué preceptos emplee para fundar su decisión (afirmándose en algunas de estas sentencias que las normas declaradas inaplicables por inconstitucionales ni siquiera eran aplicables al caso en cuestión). Los tribunales ordinarios suelen no considerar demasiado estas decisiones del Tribunal Constitucional. No existe, tampoco, un mecanismo para controlar su cumplimiento.

Finalmente, me parece relevante indicar que el propio Tribunal Constitucional ha puesto en duda la eficacia de sus sentencias. En la misma sentencia de la píldora del día después, y siendo el efecto previsto por la constitución para la declaración de inconstitucionalidad de un decreto supremo que "quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia" (art. 94, CPR), el tribunal señala lo siguiente: "Fluye de lo expuesto que tanto los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo se encuentran en el imperativo de acatar la decisión del Tribunal Constitucional, porque ha ejercido la tarea que el propio Constituyente le ha confiado de velar por la supremacía, sustantiva y formal, de la Carta Fundamental" (cons. 70º, STC N° 740-07-CDS, de 18/04/2008). Este temor, sin embargo, era justificado, pues el medicamento siguió distribuyéndose gratuitamente en los consultorios del país, ya que otros decretos del ejecutivo ordenaban distribuir medicamentos que contenían levonorgestrel 0.75 mg, que es era el principal compuesto contenido en la píldora del día después.

Un último punto por abordar es la relación que existe entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, que está lejos de ser pacífica. Y la ejemplificaré a propósito de un conflicto entre ambos tribunales que la prensa y la academia tildaron como "choque de trenes".⁶⁵ El caso es

⁶⁵ Véase, por ejemplo, <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/10/08/choque-de-trenes-tc-responde-a-la-suprema-que-no-esta-sujeto-a-su-superintendencia/>.

procesalmente complejo, por lo que me limitaré a delinear sus contornos y a mostrar la pugna entre ambos tribunales por tener "la última palabra". La discusión jurídica era si a los funcionarios públicos, que se rigen por una normativa laboral propia, el Estatuto Administrativo para funcionarios municipales (Ley 18.883, de diciembre de 1989) les era aplicable o no el procedimiento de tutela de derechos fundamentales contenido en el Código del Trabajo (arts. 485 y ss.).

Una funcionaria municipal interpuso denuncia por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido en contra de la Municipalidad de San Miguel ante el Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel. Por sentencia en causa Rit T-17-2017, Ruc 1740006979-4, de 02/06/2017, el tribunal acogió la denuncia referida, declarando que la demandada vulneró el derecho fundamental a la no discriminación por opinión política de la actora con ocasión de su despido de fecha 31 de diciembre de 2016, y se le condenó a pagar las sumas de dinero que indica por concepto de indemnización especial y lucro cesante.

Contra el fallo del Juzgado de Letras de San Miguel, la demandada dedujo recurso de nulidad, que fue rechazado en todos sus extremos por una sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, mediante decisión 02/08/2017, Rol N°236-2017 Ref Lab.⁶⁶

Contra el fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel la denunciada dedujo recurso de unificación de jurisprudencia (causa rol 37.905-2017) ante la cuarta sala de la Corte Suprema. Durante la tramitación del recurso de unificación, la parte recurrente planteó un requerimiento de inaplica-

⁶⁶ Uno de los argumentos fue que misma cuestión ya había sido resuelta en sentencia de la Cuarta Sala de la CS causa rol N°10.972-2013, de 30/04/2014, en que se unifica jurisprudencia en el sentido de establecer que el procedimiento de tutela laboral es aplicable a los funcionarios públicos. El razonamiento es el siguiente: según el inciso 3 del artículo 1 del Código del Trabajo, a "los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente", entre ellos, los funcionarios de la Administración del Estado, les son aplicables las normas del Código del Trabajo, si concurren los siguientes requisitos copulativos, a saber, que se trate de materias o aspectos no regulados en sus respectivos estatutos y, en seguida, que ellas no fueren contrarias a estos últimos.

bilidad ante el Tribunal Constitucional, que fue acogido en STC Rol 3853-17-INA, de 06 de diciembre de 2018. Esta última sentencia declaró que los artículos 1, inciso tercero, y 485 del Código del Trabajo son inaplicables a la causa, por ser, en la especie, contrarias a la Constitución Política de la República. Según la decisión del Tribunal Constitucional, que se apoya en argumentos dudosos y mal contruidos, los tribunales laborales, en tanto tribunales especiales, son incompetentes para conocer tutelas laborales de funcionarios públicos frente a limitaciones de determinados derechos fundamentales por parte del empleador.

Contra el fallo del Tribunal Constitucional se interpuso recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago 566-2019. En una sentencia de menos de una página, de fecha 10/01/2019, se rechaza el recurso. En contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago se interpone recurso de apelación. Conoció de este recurso la Tercera Sala de la Corte Suprema, en causa rol 21.027-2019, dictándose sentencia el 7 de octubre de 2019. Cabe señalar que esta es la primera vez que se interponía un recurso de protección en contra de una sentencia del Tribunal Constitucional (que, hasta ahora, se entendía por la doctrina y jurisprudencia que no procedía en contra de resoluciones judiciales) y, aunque no se acoge la protección, el razonamiento de la Corte Suprema refleja una disputa de poder entre aquella y el Tribunal Constitucional.

Según la decisión de la Tercera Sala, el Tribunal Constitucional es incompetente para fijar interpretaciones jurídicas vinculantes para los tribunales ordinarios (que tengan como consecuencia una decisión sobre el fondo del asunto). En el considerando 6 de la sentencia se razona que

a través de la presente vía cautelar [recurso de protección] se [requiere que se] determine si el tribunal se limitó a establecer la constitucionalidad del precepto o, excediendo las atribuciones entregadas en el artículo 93 N° 6 de la Carta Fundamental, declara inconstitucional la interpretación que ha sido efectuada por los tribunales de justicia, con lo cual se inmiscuiría en una labor propia de los tribunales ordinarios.

Y en el 7 agrega que corresponde al juez que debe resolver la gestión pendiente

verificar qué parte del pronunciamiento del Tribunal Constitucional es vinculante y obligatorio por emanar del ejercicio de las atribuciones que la Constitución y la ley le han entregado y, en consecuencia, es el juez de la causa, en el caso concreto, los integrantes que concurrieron a la vista de la causa Rol CS N° 37.905-2017, los que deben determinar el alcance de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 3853-17-INA, para efectos de resolver el recurso de unificación de jurisprudencia que se encuentra pendiente ante ellos.

Estos "jueces de fondo" o jueces de la causa son los ministros de la otra sala de la misma Corte Suprema, la cuarta sala, ante la cual estaba pendiente el recurso de unificación. Según la tercera sala, entonces, es este exceso de facultades, esta actuación fuera de las órbitas de competencia, la que constituiría una actuación ilegal por parte del Tribunal Constitucional.

Por su parte, la cuarta sala de la Corte Suprema rechazó el recurso de unificación de jurisprudencia en sentencia de 19 de diciembre de 2019, aduciendo en el considerando 18 que

atendida la especial naturaleza tanto del presente recurso como del fallo del Tribunal Constitucional que decide la inaplicabilidad de preceptos legales, éste carece de efectividad práctica en sede de unificación de jurisprudencia, y, por lo tanto, su planteamiento en este estadio procesal aparece desde una perspectiva de eficiencia, como impropio, o, por lo menos, inoportuno, procesalmente hablando.

En síntesis, existió una decisión del Tribunal Constitucional que señaló que los tribunales laborales son incompetentes para conocer tutelas laborales de funcionarios públicos; una decisión unánime de la tercera sala de la Corte Suprema que consideró, por una parte, que el Tribunal

Constitucional es incompetente para fijar interpretaciones jurídicas vinculantes para los tribunales ordinarios y, por otra, que procede acción de protección en contra de las sentencias de aquel cuando puedan calificarse como actos u omisiones arbitrarios o ilegales que tengan el efecto de privar, perturbar o amenazar el legítimo ejercicio de un derecho fundamental; una decisión final de la cuarta sala de la Corte Suprema que indicó que la inaplicabilidad carece de efectividad práctica en sede de unificación de jurisprudencia en general, y en este caso en particular.

Bibliografía

Accatino, Daniela, "El precedente judicial en la cultura jurídica chilena", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 20, pp. 559-582, 2002.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* [1978], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Arriagada, María Beatriz, "Las dos caras del precedente vinculante", en A. Núñez, M. B. Arriagada y I. Hunter (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, pp. 281-310, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Atria, Fernando, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Bordalí, Andrés, "Tribunal Constitucional chileno. ¿Control Jurisdiccional de Supremacía Constitucional?", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 12, núm. 1, pp. 45-73, 2001.

Bordalí, Andrés, "El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica", *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 19, núm. 2, pp. 205-228, 2006.

Bordalí, Andrés, "El recurso de protección chileno al banquillo", *Revista IUS*, vol.5 , núm. 27, pp. 56-71, 2011.

Carbonell, Flavia, "Variaciones sobre el precedente judicial: una mirada desde el sistema jurídico chileno", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 16, pp.9-38, 2022.

Chiassoni, Pierluigi, "¿Los precedentes son vinculantes?", en *Desencantos para abogados realistas*, pp.211-266, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Coloma, Rodrigo, "La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica", *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 25, núm. 2, pp. 207-228, 2012.

Correa, Rodrigo, "Función y deformación del recurso de unificación de jurisprudencia", *Revista de Derecho*, vol. 33, núm. 2, pp. 253-274, 2020.

Ezquiaga, Francisco Javier, "Argumentos interpretativos y el postulado del legislador racional", *Isonomía*, núm. 1, pp.69-98. 1994.

Ferrada, Juan Carlos, "Los derechos fundamentales y el control constitucional", *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 17, pp.113-137, 2004.

García Amado, Juan Antonio, "Sobre el precedente judicial como argumento y como norma", en P. Bonorino (ed.), *Modelos argumentativos en la aplicación judicial del derecho*, pp.115-124, Madrid, Bubok Publishing, 2012.

García Amado, Juan Antonio, "Del método jurídico a las teorías de la argumentación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. III, pp. 151-182, 1986.

Gascón, Marina, "Igualdad y respeto al precedente", *Derechos y libertades*, vol. I, núm. 2, pp. 211-228, 1993.

Gascón, Marina, "Racionalidad y (auto) precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente",

Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, núm. 10, pp. 132-148, 2011.

Gascón, Marina y Núñez, Álvaro (eds.), *La práctica del precedente en el Civil Law*, Barcelona, Atelier, 2020.

Gómora, Sandra, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México, UNAM-IIJ, 2019.

Iturralde, Victoria, "La igualdad en la aplicación de la ley: análisis de algunas objeciones iusfilosóficas", *DOXA*, núm. 42 pp. 131-148, 2019.

Larroucau, Jorge, *Judicatura*, Santiago, Der ediciones, 2020.

MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978.

Nogueira, Humberto, "El Recurso de Protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano", *Ius et Praxis*, vol. 13, núm. 1, pp. 75-134, 2007.

Nogueira, Humberto, "La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas", *Estudios constitucionales*, vol. 8, núm. 1, pp. 79-116, 2010.

Núñez, Álvaro, "Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*", *Doxa*, núm. 39, pp. 127-156, 2016.

Núñez, Álvaro, "Precedente en materia de hechos", *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXXI, núm. 1, pp. 51-78, 2018.

Núñez, Álvaro, "¿Violan los precedentes la independencia judicial?", *Revista de Derecho PUCP*, núm. 84, pp. 303-336, 2020.

Núñez, Álvaro, "¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)", en A. Núñez, M. B. Arriagada y

- I. Hunter (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 333-363, 2021.
- Núñez, Álvaro, Arriagada, María Beatriz y Hunter, Iván (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, pp. 333-363, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Pardow, Diego y Carbonell, Flavia, "Buscando al juez mediano: estudio sobre a la formación de coaliciones en la tercera sala de la Corte Suprema", *Revista de Ciencia Política PUC*, vol. 38, núm. 3, pp. 485-505, 2018.
- Pardow, Diego y Carbonell, Flavia, "¿Por qué disienten los jueces? Un estudio empírico del comportamiento judicial de la Corte Suprema en materia de prescripción indemnizatoria contra el estado en casos de derechos humanos", *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXXV, n. 1, pp. 9-36, 2022.
- Pardow, Diego y Verdugo, Sergio, "El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005: Un enroque entre jueces de carrera y académicos", *Revista de derecho* (Valdivia), vol. 28, núm. 1, pp. 123-144, 2015.
- Pulido, Fabio, *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*, Bogotá, Universidad de la Sabana, 2018.
- Romero, Alejandro, "El recurso de casación en el proyecto de Código Procesal Civil y los desafíos para la práctica del precedente", en A. Núñez, M. B. Arriagada y I. Hunter (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, pp. 27-55, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- Tarello, Giovanni, *La interpretación de la ley* [1980], Lima, Palestra, 2018.
- Verdugo, Sergio y Ottone, Carla, "Revisitando el debate sobre los abogados integrantes y la independencia del poder judicial", *Actualidad Jurídica*, vol. 27, pp. 199-219, 2012.

Vio, Juan, "La práctica de citar sentencias pasadas como modelo de precedentes en Chile", en A. Núñez, M.B. Arriagada y I. Hunter (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, pp. 279-302, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

La lucha por decir el derecho: análisis de la discusión sobre el valor del precedente en Colombia

Yenny Andrea Celemín Caicedo*

* Profesora asistente. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Doctora en Derecho por la Universidad de los Andes. Correo electrónico: ya.celemin24@uniandes.edu.co. ORCID. <https://orcid.org/0000-0002-3308-0129>.

SUMARIO: A. Introducción; B. Los momentos diacrónicos en la discusión sobre la obligatoriedad del precedente en Colombia; I. El momento de la reacomodación del campo jurídico; II. El momento de la jerarquización de los precedentes dentro de la rama judicial; 1. Los desacuerdos en la cúspide de la rama judicial acerca de la jerarquía de los precedentes; 2. Los acuerdos en relación con la doctrina del precedente vinculante en las instancias inferiores de la rama judicial; III. El momento de la reacción del legislador colombiano sobre el valor vinculante de la jurisprudencia; 1. ¿Mala técnica para legislar o falta de intención para hacerlo?; a. ¿Una estrategia de positivización dispersa en el sistema y también en sus propósitos?; b. Un legislador omisivo ¿consciente o inconscientemente?; 2. El valor vinculante del precedente: ¿el caballo de Troya en la lucha por decir el derecho en Colombia?; C. Los efectos de la inestabilidad en relación con el valor del precedente constitucional y judicial

A. Introducción

Uno de los espacios en los que se ha manifestado una lucha entre los poderes públicos en torno al sentido e interpretación de los contenidos de la Constitución es en el de la discusión acerca del lugar que ocupa "el derecho de los jueces"¹ en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano. Esta temática ha propiciado un tratamiento constitucional desacompañado entre los poderes públicos que se ha reflejado en la emergencia de tensiones inter e intraorgánicas que otorgan respuestas disímiles a los cuestionamientos acerca del grado de vinculatoriedad del precedente judicial. A pesar de lo anterior, algunos estudiosos del tema del precedente en Colombia han empezado a afirmar, recientemente, que "la discusión de si los precedentes tienen o no fuerza normativa es una cuestión ya superada en el debate jurídico nacional".² La Corte

¹ López, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006.

² Deik, Carolina, *El precedente contencioso administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 478.

Constitucional ha afirmado algo similar en sentencias actuales sobre la materia:

Nuestro sistema normativo ha avanzado significativamente (...), la Corte ha dicho que el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas. Por ello existe una obligación prima facie de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente.³

Otras voces describen con mayor cautela lo que ha ocurrido con este proceso en los últimos años: "En distintos momentos en los últimos años, el Legislador se ha manifestado en contra de esta evolución y ha intentado detenerla, o cuando menos ralentizarla".⁴ Estas lecturas distintas sugieren que en Colombia ha habido una disputa en la que diversos agentes del campo jurídico⁵ han desplegado sus estrategias⁶ y medido sus fuerzas⁷ para impulsar/ralentizar el cambio y la transformación constitucional mediante la adopción de un sistema fuerte de precedentes

³ Sentencia C-284 de 2015, p. 24.

⁴ López, Diego, "Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia", *Precedente*, vol. 7, 2015, p. 34.

⁵ Para Bourdieu, las prácticas sociales dependen de la interacción de los agentes que actúan frente a variables de diversa índole y que se relacionan mutuamente. El autor condensa esta idea por medio de la siguiente fórmula, de la cual es fundamental comprender cada uno de sus elementos: CAMPO + [(HABITUS) (CAPITAL)] PRÁCTICA, García, Andrés, "Pierre Bourdieu o la ilusión del campo jurídico", en Amado, Juan, *El derecho en la teoría social*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 399-433. Por su parte, el campo jurídico es relativamente autónomo y puede ser definido como un espacio en el cual los agentes que lo componen están luchando o disputando el capital existente en él. Esta lucha implica, de acuerdo con el sociólogo del derecho, que el concepto de conflicto sea intrínseco al concepto de campo social, Bourdieu, Pierre, *Las estructuras sociales de la economía*, Barcelona, Anagrama, 2003.

⁶ La idea de movilidad de los agentes dentro de cada uno de los campos que componen el campo social solamente puede entenderse si aquellos cuentan con tácticas que les permitan jugar o utilizar los montos y clases de capital que tienen a su disposición. "Aunque la práctica social se lleve a cabo en su mayor parte sin una deliberación consciente, no lo hace sin un propósito. Para Bourdieu, la noción clave en ese sentido es la noción de estrategia. En ella, la interacción social aparece precisamente como la mezcla de libertad y necesidad —the mixture of freedom and constraint— de lo consciente y lo inconsciente", García Andrés, *op. cit.*, p. 61).

⁷ Bourdieu, Pierre, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2000.

constitucionales y judiciales. También para obtener las ventajas posicionales de ocupar un papel de primacía dentro del campo jurídico a la hora de decir el derecho.⁸ La forma como esta lucha se ha producido en el campo jurídico ha sido uno de los objetos predilectos de descripción de la dogmática constitucional colombiana; sin embargo, en la mayoría de los casos estas descripciones han preferido rodear o evitar el análisis de los efectos producidos por estas tensiones frente a los operadores jurídicos y frente a los usuarios del sistema judicial.

En este texto se intentará avanzar en la identificación de estos efectos como consecuencia de los acuerdos "parciales e incompletos entre ramas del Poder Público"⁹ en relación con el precedente. Aquí se quiere sostener que las tensiones entre los poderes públicos por la comprensión del alcance de la vinculatoriedad del precedente aún no se encuentran en una etapa de estabilización que permita acometer con sinceridad los cambios que se requieren para la garantía universal del uso del precedente judicial por parte de los ciudadanos. Mientras estos problemas no se afronten y resuelvan, el sistema de fuentes en Colombia seguirá orbitando de una forma desacompasada en la comprensión, el uso del precedente y en las relaciones entre el precedente y la ley. Para cumplir con esta finalidad el texto se va a dividir en dos partes. En la primera se van a evidenciar los diversos momentos de este tratamiento desacompasado entre los poderes públicos colombianos a la doctrina del precedente constitucional y judicial. La segunda parte se centrará en analizar el impacto que el desacuerdo sobre esta materia aún continúa produciendo en la interpretación y en el uso de los precedentes constitucionales y judiciales en Colombia.

⁸ *Idem.* Para Bourdieu, existen tres tipos fundamentales de capital: económico, cultural y social. Cuando la posesión de uno o varios es vista como legítima y genera prestigio social, el poseedor goza además de capital simbólico. Estas ventajas posicionales entonces se consiguen a partir de la alineación en determinados agentes de los diversos tipos de capital disponibles en el campo, Garth, Bryant y Dezaley, Yves, *La internacionalización de las luchas por el poder*, Bogotá, Unibiblos, 2002.

⁹ López, Diego, "Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia", p. 31.

B. Los momentos diacrónicos en la discusión sobre la obligatoriedad del precedente en Colombia

I. El momento de la reacomodación del campo jurídico

La primera etapa, o etapa de reacomodación del campo jurídico, se desarrolló entre 1991 y 2001. Ésta tuvo como protagonistas principales a los agentes del subcampo judicial y del subcampo doctrinal; se caracterizó por la emergencia de profundos cuestionamientos al lugar ocupado por la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes jurídicas. El punto de partida de este cuestionamiento se ancló a la interpretación del artículo 230 de la Constitución Política colombiana. Esta norma había sido redactada bajo la influencia del sistema de derecho continental que pervivió como fundamento del sistema jurídico de Colombia desde los inicios de su vida republicana. En ella, se otorgaba a la jurisprudencia el papel de fuente simplemente "auxiliar", al mismo tiempo que se otorgaba a la ley el papel preponderante, éste rol, simplemente auxiliar de la jurisprudencia, se constituía entonces en una barrera de contención del cambio constitucional, especialmente ante la indiferencia del legislativo de desarrollar los postulados constitucionales de la carta política de 1991.¹⁰

Aun a pesar de que las posturas de los distintos actores del campo jurídico no pueden ser descritas de forma unívoca, ni totalmente clara o consistente,¹¹ es posible identificar los dos extremos en esta disputa tanto en

¹⁰ Ejemplos de esta indiferencia se evidencian en la renuencia del legislador a reconocer el derecho a la objeción de conciencia, a reglamentar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, a reglamentar el vínculo matrimonial de las parejas del mismo sexo o a establecer las pautas para el ejercicio de derecho a la muerte digna, por sólo mencionar algunas de las trincheras más importantes en esta batalla, en la que desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional se empujaba hacia una nueva dinámica de reconocimiento de los derechos fundamentales que era desoída, consistentemente, en el órgano legislativo.

¹¹ Sobre este desarrollo no tan lineal, la doctrina nacional ha destacado decisiones como la sentencia C-131 de 1993 en la que la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del adjetivo obligatorio que el decreto 2067 de 2001 había atribuido a la jurisprudencia, para considerarla como fuente auxiliar obligatoria, López, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, p. 159.

el subcampo doctrinal como en el jurisdiccional. De un lado del campo de batalla están quienes reclaman un acatamiento textual a la interpretación del enunciado normativo contenido en el 230 de la Constitución y, por contera, al sistema de derecho continental en el que se fundamenta esta norma. Sobre este particular se ha señalado:

En los países de derecho continental el principio de división de poderes y el monopolio del legislativo para dictar normas va a privar a los jueces y tribunales de la posibilidad de crear Derecho. El juez se limitará a aplicar la norma creada por el legislativo, si de ley se trata, o por la sociedad cuando es costumbre. Esta visión explica el carácter marcadamente legocentrista de sistemas como el colombiano, donde importantes sectores han hecho evidente su resistencia- de hecho y de derecho- a aceptar el rol creador de la autoridad judicial.¹²

En esta orilla del campo, en la doctrina es posible identificar a un grupo de teóricos y de prácticos¹³ que desde sus distintas posiciones sostenían la importancia de la defensa de los postulados subyacentes a la idea de la supremacía de la ley. Este grupo de agentes han sido identificados como "legocentristas" o "tradicionalistas" por la dogmática nacional.¹⁴ Esta sal-

La sentencia T-321 de 1998 también ha llamado la atención de los doctrinantes nacionales. En esta decisión, la Corte Constitucional colombiana le dio primacía a la autonomía judicial sobre la vinculatoriedad del precedente, Bernal, Carlos, "La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano", en Montealegre, Eduardo y Cepeda, Manuel José, *Teoría constitucional y políticas públicas: bases para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 16.

¹² Deik, Carolina, *op. cit.*, p. 23.

¹³ El grado de incorporación a las formas jurídicas depende de la fuerza de los teóricos o de los prácticos dentro del campo, de su capacidad para imponer su visión del derecho y, en última instancia, de la posición que lleguen a ocupar en el campo del poder. Los denominados teóricos se caracterizan por ser profesores universitarios, doctrinantes o investigadores, y los prácticos del derecho se identifican con los operadores jurídicos, tales como jueces, magistrados, litigantes etc. "La forma misma del cuerpo jurídico, especialmente su grado de formalización y normalización, depende sin duda, muy estrechamente, de la fuerza relativa de los teóricos y los prácticos, de profesores y jueces, de exégetas y de expertos, dentro de las relaciones de fuerza características de un estado del campo (en un momento dado dentro de una tradición determinada) y de su respectiva capacidad para imponer su visión del derecho y su interpretación", (Bourdieu, Pierre, *La fuerza del derecho*, p. 169).

¹⁴ López, Diego, *Eslabones del derecho*, Bogotá, Legis, 2016.

vanguardia se fundamenta en denunciar los problemas de los "desafueros" de la nueva aproximación al sistema de fuentes, y de sus impactos en la separación de poderes, el sistema democrático y el desarrollo económico.¹⁵ Los agentes situados en esta orilla también advierten las consecuencias adversas del subjetivismo judicial para la seguridad jurídica.¹⁶ Por último, denuncian la politización de la justicia, por cuenta de este reacomodamiento del sistema de fuentes. A consecuencia de la politización los agentes dirán que "los jueces se toman el poder real y a partir de su capacidad decisoria imponen el régimen ideológico y económico del cual están convencidos".¹⁷ Pero esta defensa no sólo se encuentra en el subcampo doctrinal. En el subcampo jurisdiccional una parte importante de los jueces de la república reclamaba en este momento inicial de la disputa el uso literal del artículo 230 de la Constitución dentro de la caja de herramientas de interpretación a disponer, como una forma de reivindicar su ámbito discrecional de apreciación de la ley. También como un espacio de independencia de y frente a los órganos de cierre de la rama.¹⁸

En el otro extremo del campo jurídico se ubicaban otros agentes que, desde la teoría o la práctica, han soportado una visión "amplificada" del término ley incorporado en el artículo 230 de la Constitución.¹⁹ Estos agentes, a su vez, han sido calificados como "vanguardistas" en el contexto local.²⁰

¹⁵ Tamayo, Javier, "El nuevo derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 36, núm. 105, 2006, p. 372.

¹⁶ Contreras, Pedro D., "Implicaciones de que la Corte Constitucional determine que la ratio decidendi de sus fallos sea vinculante" *Univ. Estud. Bogotá (Colombia)*, núm. 19, 2019, p. 203.

¹⁷ Tamayo, Javier, *op. cit.* p. 372.

¹⁸ Estos reclamos aún se leen hoy en día en salvamentos de voto de los jueces de las altas cortes en Colombia: "Aunque, por definición, en un Estado de Derecho todas las autoridades tienen poderes reglados y competencias limitadas, incluidos los jueces y las propias cortes de cierre, conviene subrayar que, conforme a las disposiciones contenidas en los artículos 3,230,234,237,241, (especialmente num. 9) y 242 de la Constitución política (i) la soberanía reside exclusivamente en el pueblo del cual emana el poder público. Los poderes públicos se deben ejercer en los términos (dentro de los límites de la Constitución); (ii) los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley [...]" (Salvamento parcial de voto del Consejero Gabriel Valbuena, sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018).

¹⁹ Moreno, Víctor y Restrepo, John, "La tutela contra providencia judicial. Análisis estático de la sentencia T-125 de 2012", *Razón Crítica*, 8, 2020, pp. 113-135.

²⁰ López, Diego, *Eslabones del derecho*.

La postura de estos agentes se cimienta en las ventajas para la materialización de los principios constitucionales de justicia e igualdad material hacia el sistema jurídico que se irradia como consecuencia del trasplante legal del precedente, desde los sistemas del *common law*.²¹ Tal como han señalado algunos agentes en este extremo del campo en la doctrina nacional:

Por otro lado, la doctrina del precedente se ha trasplantado desde los sistemas jurídicos del *common law*. De acuerdo a esta doctrina, las decisiones judiciales se utilizan como enunciados jurídicos autoritativos que pueden servir como buenas razones jurídicas para decisiones futuras. La doctrina también requiere que los jueces en determinados tribunales consideren ciertas decisiones previas, particularmente las de los tribunales superiores, como razones vinculantes.²²

Pero no sólo es posible identificar agentes del subcampo doctrinal que soportan esta postura. La Corte Constitucional colombiana es reconocible como un agente que desde la práctica ha tenido un papel fundamental para enfatizar estas ventajas. A partir de la utilización de la acción de la tutela y, especialmente, de la incorporación de una mutación constitucional en relación con sus efectos, el alto tribunal ha ido ampliando el radio de acción de estas decisiones judiciales.²³ De los efectos simplemente interpartes de las decisiones de tutela se pasó a una sólida doctrina de ampliación de los efectos de esta clase de decisiones, que paulatinamente condujo a que la vinculatoriedad de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional fuera mucho más fuerte de lo que expresamente aún consignan las normas que regulan la acción de tutela en Colombia.

²¹ López, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006; Quinche, Manuel, *El control de convencionalidad como control normativo y no como control simplemente erudito o formal*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2014; Bernal, Carlos y Bustamante, Thomas, *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015; Deik, Carolina, *op. cit.*; López, Diego, *Cómo se construyen los derechos*, Bogotá, Legis, 2016; Moreno, Victor y Restrepo, John, *op. cit.*

²² Bernal, Carlos y Bustamante, Thomas, *op. cit.*, p. 108.

²³ Contreras, Pedro D., *op. cit.*

A esta extensión de los efectos vinculantes de la acción de tutela se suma la asunción del papel de la Corte Constitucional como legislador positivo en lugar de jugar el tradicional papel de simple legislador negativo. Por este motivo, el alto tribunal ha venido modulando muchos contenidos legislativos, a través de interpretaciones condicionadas, adiciones y sustituciones de los enunciados normativos proferidos en el subcampo legislativo que, en su sentir, no tienen correspondencia inmediata con el texto constitucional.²⁴ Este tipo de actuaciones de la Corte Constitucional también ha contribuido a la reacomodación. A partir de esas decisiones, los contenidos modulados, sustituidos o adicionados a los enunciados normativos manipulados también empiezan a ser vinculantes tanto para los operadores jurídicos como para los ciudadanos.

El subcampo doctrinal ha acompañado este papel vinculante de la jurisprudencia constitucional con un arsenal teórico y práctico encaminado a otorgar las herramientas necesarias para comprender y para hacer un uso racional del sistema de precedentes judiciales en nuestro contexto. Dentro de este conjunto de literatura es posible destacar el énfasis que se han dado en este subcampo a i) la diferenciación de los conceptos de decisión jurisprudencial y precedente;²⁵ ii) a la comprensión de los principales desafíos y de las herramientas que los operadores jurídicos deben manejar a partir del tránsito de un sistema dominado por el derecho legislado a un sistema dominado, principalmente, por el "derecho de los jueces",²⁶ y más recientemente iii) a la determinación de mecanismos de adaptación del sistema de precedentes a la realidad del sistema jurídico colombiano.²⁷

²⁴ Olano, Hernán, "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", *Universitas*, núm. 108, 2004.

²⁵ López, Diego, *El derecho de los jueces*; Bernal, Carlos, "La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano"; Contreras, Jorge, *op. cit.*; López, Diego, *Cómo se construyen los derechos*; Deik, Carolina, *op. cit.*

²⁶ López, Diego, *El derecho de los jueces*; Fuentes, Edgar, *Materialidad de la Constitución. La doctrina del bloque de constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2010; López, Diego, *Cómo se construyen los derechos*.

²⁷ López, Diego, *Eslabones del derecho*; Deik, Carolina, *op. cit.*

Los momentos clave de este periodo de reacomodación fueron muchos. Sin embargo, la doctrina sobre la materia coincide en señalar la expedición de la sentencia C-836 de 2001 como el momento definitivo.²⁸ A partir de esta decisión judicial, la Corte revisa la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 169 de 1896 para determinar que no sólo el precedente de la jurisdicción constitucional, sino del precedente de la jurisdicción común también resulta vinculante en el sistema de fuentes confeccionado en Colombia a partir de la promulgación de la Constitución de 1991. Pero, como en toda buena reconstrucción o historia, los apuntes finales de una conclusión pueden abrir otras aristas o sugerir nuevas tensiones. En el caso de doctrina del precedente judicial, esta decisión de 2001 propiciaría el origen de una nueva disputa a partir de otro objeto interpretativo del texto constitucional. En seguida se identificarán este objeto y estas nuevas tensiones.

II. El momento de la jerarquización de los precedentes dentro de la rama judicial

1. Los desacuerdos en la cúspide de la rama judicial acerca de la jerarquía de los precedentes

La segunda etapa, o etapa de jerarquización, inicia con la expedición de la sentencia C-861 de 2001. En ésta, la respuesta a los interrogantes acerca de cuáles de los precedentes producidos por las altas cortes tienen un mayor valor se convierte en el objeto de lucha dentro del campo. Así, este momento surge como el producto de una paradoja: entre más se aclara que el precedente se constituye como un criterio de interpretación de obligatorio cumplimiento al que deben acudir los operadores judiciales para la solución de controversias sometidas a su conocimiento, más

²⁸ López, Diego, *El derecho de los jueces*; Bernal, Carlos, "La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano"; Contreras, Jorge, *op. cit.*; López, Diego, *Cómo se construyen los derechos*.

se problematiza sobre quiénes son los operadores que deben cumplir con esa obligación.

Esta línea de batalla se activa cuando la jurisdicción constitucional, a partir de la interpretación directa de los contenidos legales, encuentra afectaciones a los derechos fundamentales producidas por los jueces en sus decisiones. Para corregir estas transgresiones, la Corte Constitucional empieza a ordenar que se rehagan las decisiones proferidas por los miembros de las jurisdicciones ordinaria y de lo contencioso administrativo. Estas órdenes llegan a incluir a las sentencias elaboradas por los magistrados de las demás Cortes de Cierre. Por ello, a diferencia de lo que ocurrió durante el momento de reacomodación, aquí, el objeto de disputa no es el artículo 230 de la Constitución Política. Más bien los problemas que caracterizan este momento se centran en la interpretación de las normas del título VIII de la Constitución colombiana y de los decretos y las leyes que reglamentan dichas disposiciones. Este conjunto normativo regula lo relacionado con la estructura y el funcionamiento de la rama judicial en general, y de la jurisdicción constitucional en particular. A partir de estas normas, los órganos de cierre de las jurisdicciones gozan de un alto nivel de prevalencia en sus propias jurisdicciones. Pero, a pesar de ello, las Cortes de Cierre deben supeditarse a la obligatoriedad del precedente constitucional. Lo anterior, por cuenta de la conformación estructural de la jurisdicción constitucional bajo el armazón diseñado en la Constitución de 1991. Debido a esta estructura orgánica, el precedente constitucional tiene la potencia para desplazar tanto decisiones judiciales, como precedentes decantados desde la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso administrativo. Cuando esta potencia se convierte en acto empieza la batalla por esta línea del campo. Este objeto de disputa entonces tiene como vehículo de confrontación la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales.²⁹ Asimismo, esta etapa se

²⁹ La primera sentencia de tutela contra providencia judicial en Colombia se profirió en 1992. En la *ratio decidendi* de esta acción dijo la Corte Constitucional Colombiana: "Todas las autoridades deben respetar en sus actuaciones las normas de la Constitución y, en especial, las que consagran los

ha catalogado en el subcampo doctrinal con la metáfora del "choque de trenes".³⁰

De un lado del campo, esta línea de batalla ha sido sintetizada desde la orilla "legocentrista" en los siguientes términos: "Las altas Cortes son igualmente altas, no hay ninguna que pueda ostentar una superioridad sobre ellas".³¹ De esta máxima se desprende una crítica que intenta mapear los impactos del desplazamiento de las decisiones y los precedentes de las demás cortes, por las decisiones y precedentes provenientes de la Corte Constitucional para: i) la separación de funciones, ii) para "el concepto de cosa juzgada, que parecía ser la coraza de la seguridad jurídica",³² y iii) para la "desnormativización del derecho" a consecuencia de la "sobreinterpretación constitucional".³³

Asimismo, del otro lado del campo jurídico es posible ubicar a los defensores del desplazamiento de las decisiones y los precedentes de las demás cortes por las decisiones y precedentes provenientes de la Corte Constitucional. Este soporte doctrinal ha recalcado la importancia de la figura de la tutela contra sentencias judiciales, incluso, contra decisiones de las altas cortes por tres razones, al menos. La primera sostiene que es imprescindible, para la garantía de la supremacía constitucional, que exista un único órgano de cierre en materia de interpretación de

derechos fundamentales de las personas. La Constitución contempla sanciones y prevé acciones —la tutela es una de ellas— para el caso de que las autoridades se aparten del cumplimiento de sus obligaciones y deberes constitucionales. No cabe, pues, aceptar, que la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, o a través de una de sus salas especializadas, no pueda en ningún caso violar con sus acciones u omisiones la carta fundamental. El artículo 86 no exonera de la acción de tutela a los actos u omisiones de la Corte Suprema de Justicia. El precepto autoriza que la acción se dirija "contra cualquier autoridad pública" (sentencia T-006 de 1992). Sin embargo, en este mismo año la Corte Constitucional dio reversa en su postura en la sentencia T-543 de 1992.

³⁰ Quinche, Manuel, *Vías de hecho*, Bogotá, Huellas de Ley, 2001, p. 69.

³¹ Moreno, Javier, "Tutela contra sentencias: procedencia y modalidades en Colombia", *Univ. Sergio Arboleda. Bogotá*, 9 (16), Colombia, 2009, p. 58.

³² SÁCHICA, Luis Carlos, "Redefinir lo jurídico. Comprender el nuevo derecho", *Iusta*, núm. 16, 2007, p. 31.

³³ Arrazola, Fernando, "La seguridad jurídica ante la obligatoriedad del precedente judicial y la constitucionalización del derecho", *Revista de Derecho Público*, 2015, p. 24.

los derechos fundamentales.³⁴ La segunda de estas razones ve en la tutela contra providencias judiciales el vehículo más idóneo para facilitar la constitucionalización del derecho legislado.³⁵ Por último, estos autores sostienen que el instrumento promueve el acceso a la justicia de los ciudadanos en un sentido no simplemente formal, sino más bien en un sentido material:

La doctrina general señala que los ciudadanos concurren ante el poder judicial básicamente con dos objetivos: la búsqueda de protección y la defensa de sus derechos. Ahora bien, nada se opone a pensar, como posibilidad real, que, en la búsqueda de la defensa de sus derechos, estos resulten nuevamente vulnerados, esta vez por los jueces y con ocasión del trámite judicial. Éste es un hecho incontestable y la evidencia empírica así lo demuestra.³⁶

Pero la disputa en el campo en relación con este objeto de la lucha no sólo se da en el subcampo doctrinal. Para 2006 se dan muestras de una confrontación activa que cambia de escenario.³⁷ Así, los miembros de las jurisdicciones ordinaria y de lo contencioso administrativo dejan las actitudes de resistencia pasiva contra la institución de la tutela contra sentencias que habían usado desde la misma etapa de acomodación.³⁸

³⁴ Botero, Catalina, García, Mauricio, Uprimny, Rodrigo, Jaramillo, Juan y Guarnizo, Diana, "Tutela contra sentencias: documentos para el debate", *Dejusticia, Documentos de Discusión*, núm. 3, 2007, p. 27.

³⁵ Calderón, Juan J., *La constitucionalización del derecho privado*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2017.

³⁶ Quinche, Manuel, "La seguridad jurídica frente a sentencias definitivas. Tutela contra sentencias", p. 109.

³⁷ La resistencia de las Cortes de Cierre de la jurisdicción constitucional y de la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra la tutela contra sentencias judiciales en el subcampo legislativo había tenido varios capítulos antes del intento de reforma de 2006. El Proyecto de ley estatutaria 96 de 2001 S. y el Proyecto de Acto Legislativo 10 de 2002 S. son muestras de esos intentos previos de reforma a la institución de tutela contra sentencias judiciales. Sin embargo, sólo hago alusión al intento porque fue el que más llamó la atención a los agentes del campo doctrinal. Sobre el particular se pueden ver Botero, Catalina, García, Mauricio, Uprimny, Rodrigo, Jaramillo, Juan y Guarnizo, Diana, *op. cit.*, desde una orilla del campo, y Moreno, *op. cit.*, desde la otra orilla.

³⁸ Esta resistencia pasiva se dejaba consignada en los fallos judiciales de la época: "El mensaje que subyace en esa pretensión de obligatoriedad de la doctrina constitucional es el siguiente: el operador jurídico no puede ni debe ceñirse a los textos legales si ellos atentan contra la verdadera justicia; sin embargo, la doctrina constitucional es obligatoria en su exégesis literal y por lo tanto, los jueces están obligados a seguirla sin margen alguno de discrecionalidad hermenéutica" (Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. sentencia 13561 mayo 11 de 2000. M.P. Javier Tamayo Jaramillo).

También disminuyen la intensidad de las prácticas informales al interior de sus jurisdicciones para promover esta resistencia.³⁹ En cambio, estos agentes acometen una estrategia de resistencia activa que es llevada al terreno político. En el marco de las discusiones sobre reforma a la justicia de la época, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado promueven una reforma constitucional con el propósito de aclarar el tema de las jerarquías al interior de la estructura de la rama judicial. En estas iniciativas se defiende la eliminación de la figura de la tutela contra sentencias judiciales. Sobre estas iniciativas se indicó en su momento que

El proyecto de acto legislativo 13 del Senado, del que se da cuenta en la Gaceta del Congreso No. 414, es presentado por los presidentes del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, y coadyuvado por el Fiscal General de la Nación. Pretende reformar los Artículos 86, 235, 237 y 241 de la Constitución. Con el propósito de dar coherencia a la modificación, se adicionaría las funciones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, para incluir, en primer lugar, la de proteger los derechos fundamentales, y se suprimiría claramente la competencia de revisión de sentencias de tutela, en el caso de providencias judiciales, que tiene la Corte Constitucional.⁴⁰

Estas iniciativas buscaban que la fuerza vinculante del precedente judicial no implicara una jerarquización de precedentes a favor del precedente constitucional y, de forma correlativa, en contra de los producidos por las demás jurisdicciones. Esta propuesta contó en su momento con el apoyo de la rama ejecutiva, que para la misma época coincidía en el

³⁹ Estas prácticas fueron mapeadas y registradas por Botero y Jaramillo a través de dos estrategias. La primera era la negativa de las salas de la Corte Suprema de Justicia de darle trámite a las acciones de tutela contra providencias proferidas por las otras salas de esta Corte de Cierre. La segunda consistía en la "renuncia de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado para dictar una nueva sentencia, en aquellos casos en los que la Corte Constitucional ha dejado sin efectos sentencias de esas corporaciones judiciales y ha ordenado que se dicte otro fallo", Botero, Catalina, García, Mauricio, Uprimny, Rodrigo, Jaramillo, Juan y Guarnizo, Diana, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁰ Moreno, *op. cit.*, p. 66).

propósito de dismantelar los poderes de la Corte Constitucional a través de distintos medios y por otras razones también relacionadas con asuntos de jerarquía institucional.⁴¹ No obstante, tal iniciativa no contó con los apoyos suficientes en el Congreso colombiano y finalmente no recibió el trámite que le permitiera surtir su aprobación.

2. Los acuerdos en relación con la doctrina del precedente vinculante en las instancias inferiores de la rama judicial

Pero el momento de jerarquización es el escenario de otra paradoja importante: mientras los desacuerdos entre los niveles superiores de la estructura de la rama judicial se agudizaban, los acuerdos en relación con lo que debía ocurrir en los niveles inferiores del campo jurídico comenzaban a decantarse. Por ello, a partir de la sentencia C-836 de 2001 la doctrina probable producida por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado también debía ser vinculante y no sólo criterio auxiliar para los jueces de inferior jerarquía. Esto en cada una de las jurisdicciones reconocidas en la Constitución. De esta manera, mientras se aclaraba lo que iba a ocurrir en torno a la jerarquía de los precedentes hacia arriba, paralelamente, se generaban mecanismos para disciplinar hacia abajo a los jueces de instancia. En esta búsqueda de disciplina interna de arriba hacia abajo, la tutela contra sentencias judiciales nuevamente desempeñó el papel de agente catalizador.

La tutela contra sentencias judiciales permitió que se lograra este efecto disciplinante a través de dos instrumentos: uno de índole objetivo y otro de carácter subjetivo. Los mecanismos de disciplina objetivos son aquellos que recaen en un acto irregular con el propósito de sancionar

⁴¹ Esta lucha estaba centrada en el control estricto que la Corte Constitucional había empezado a ejercer al uso de facultades excepcionales y extraordinarias del presidente de la república para proferir legislación material.

mediante la expulsión del sistema jurídico dicho acto.⁴² Para la garantía de esta disciplina de arriba hacia abajo, el instrumento de disciplina objetivo fue la procedencia de la tutela contra sentencia judicial por desconocimiento del precedente judicial. Con esta clase de acción se buscaba revocar una decisión de instancia que solucionaba un caso desconociendo un precedente judicial establecido por una Corte de Cierre. Pero en este periodo de jerarquización prontamente se hizo tránsito de mecanismos de disciplina judicial objetivos a mecanismos de disciplina subjetivos. En los mecanismos de disciplina subjetivos o "personales" la sanción no recae sobre el acto, sino sobre el sujeto que se apartó del parámetro o criterio que orienta determinada conducta.⁴³ En este orden de ideas, la Corte Constitucional, para 2008 y 2009, empieza a dar órdenes en el sentido de imponer sanciones a autoridades judiciales de instancia que se apartaran del precedente constitucional.

Un caso paradigmático que ejemplifica este uso de los mecanismos subjetivos de disciplina judicial es el de la sentencia T-946 de 2008. En ésta, la Corte Constitucional usa en concreto las atribuciones que en abstracto había discutido en la sentencia C-355 de 2008 en relación con la procedencia de delito de prevaricato por desconocimiento del precedente judicial⁴⁴ para disciplinar a jueces que en instancias inferiores se apartaban

⁴² Kelsen, *op. cit.*

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Un análisis muy agudo de esta sentencia judicial en la literatura colombiana se encuentra en el trabajo de López Medina. De acuerdo con la reconstrucción que él hace de esta decisión: "Esta sentencia, hasta cierto punto, parecía estar excluyendo la posibilidad del prevaricato por violación de la jurisprudencia y daba razones para ello. Pero luego, hacia el final de la sentencia, dice que el tipo penal no solo protege el precedente 'ultra-literal' (es decir, aquel que declara judicialmente una 'norma' que se desprende sin dificultades del 'enunciado normativo'), sino también el 'constante' o el 'reiterado', incluso cuando la interpretación judicial no constituya una mera subsunción. Con esto, evidentemente, se extiende significativamente la posibilidad de encauzar penalmente a los jueces por violaciones de la jurisprudencia, como lo repite luego la Corte en sentencias posteriores como la C-539/11, la C-634/11 y la C-816/11. En conclusión, podría decirse que la amenaza de prevaricato por violación del precedente constante existe hoy claramente y es parte de los mecanismos de disciplina jurisprudencial que ha desplegado la Corte Constitucional con una cierta resonancia doctrinal en las actuaciones de la Fiscalía General y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia", López, Diego, "Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia", p. 26.

del precedente por ella establecido. En esta acción de tutela, la Corte Constitucional usa este medio de disciplina de orden subjetivo para evitar la desprotección del derecho de una menor de edad a la interrupción voluntaria del embarazo bajo las tres causales que la Corte había determinado años atrás en la sentencia C-355 de 2006 como causales legítimas de interrupción del embarazo en el ordenamiento colombiano.⁴⁵ En la sentencia T-946 de 2008 la Corte revisa la tutela interpuesta por la madre de una menor de edad con una discapacidad cognitiva que tenía un embarazo de 18 semanas. La madre solicita la interrupción del embarazo; sin embargo, el médico tratante se niega a realizar el aborto al considerar que la interrupción de un embarazo de 18 semanas implica riesgo para la vida de la menor. Para garantizar la interrupción del embarazo, la madre interpone una acción de tutela. Esta acción llega a conocimiento de los jueces de instancia entre la semana 22 y la semana 25 de gestación. Ambos se niegan a conceder la tutela. Para esta finalidad, los jueces apelan al avanzado estado de gravidez de la menor. Adicionalmente, el juez de primera instancia señala que no es posible conceder la tutela, porque a pesar de que la madre de la menor había aportado al proceso de tutela la denuncia penal por la comisión del delito de acceso carnal violento en contra de la menor, la denuncia no era legible. De acuerdo con el juez de instancia esta denuncia entonces no puede ser tomada en cuenta para solucionar el caso; para resolverlo, la Corte establece que de acuerdo con los precedentes determinados a partir de la sentencia C-355 de 2006, en los casos de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, inseminación artificial, de transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto, basta con la presentación de la denuncia para que las entidades prestadoras de salud autoricen la

⁴⁵ De acuerdo con esta decisión de la Corte Constitucional, en el ordenamiento jurídico colombiano está proscrita la penalización del aborto en los casos de embarazos consecuencia de acceso carnal violento o no consentido, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida e incesto, eventos en los cuales el embarazo conduce a amenazar la salud física o mental de la mujer, así como la vida de la mujer gestante y graves malformaciones del feto. Para la legalización de la realización de la interrupción voluntaria del embarazo se requiere i) certificación médica y ii) denuncia penal de los hechos que violentaron el deseo de la mujer de quedar embarazada debidamente presentada (sentencia C-355 de 2006).

interrupción del embarazo. En este orden de ideas, no resulta aceptable para el alto tribunal que médicos y autoridades judiciales exijan requisitos adicionales no establecidos en el precedente (C-355 de 2006) para que las mujeres en esas circunstancias puedan tener un aborto en condiciones legales. Con base en estos argumentos, la Corte reconoce el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo de la menor, aun a pesar de ser un hecho ya superado al momento del fallo. Pero en relación con el tema de disciplina judicial es preciso señalar que, en este caso, el juez de segunda instancia había señalado que el silencio de la sentencia de inconstitucionalidad C-355 de 2006 acerca de los tiempos en los que se puede interrumpir el embarazo en las causales despenalizadas impedían que él cómo fallador pudiera dar una orden para la práctica del aborto en condiciones legales. La Corte consideró como inadecuada esta interpretación del precedente por parte del juez de segunda instancia. Así, el alto tribunal dispuso que no era de competencia del operador judicial determinar la oportunidad en la que resulta ajustado a la Constitución realizar un aborto, sino que, por el contrario, ante la existencia de denuncia penal, lo que a él le correspondía era dar la orden de protección al derecho de interrupción voluntaria del embarazo. De acuerdo con la Corte, la interpretación que debía darse a ese silencio de la decisión de constitucionalidad era la contraria a la propuesta por el juez de apelación. En otros términos, en estos casos y sin importar el tiempo de gestación, la mujer tiene derecho a que el embarazo sea interrumpido con base en lo preceptuado por la sentencia C-355 de 2006. Señaló la Corte Constitucional lo siguiente sobre el particular:

La actuación de los jueces de instancia amerita una investigación penal y disciplinaria como quiera que los jueces de instancia omitieron ordenar la práctica de la IVE bajo las condiciones previstas en la sentencia C-355 de 2006. En primera instancia, el juez desestimó por ilegible la copia de la denuncia penal aportada por la accionante cuando ha debido, como en sede de revisión lo hizo esta Corporación, oficiar la autoridad competente para obtener copia de la denuncia penal. Y en segunda instancia,

el juez pese a dar credibilidad a la denuncia concluyó que el estado de embarazo era avanzado, cuando no es de su competencia determinar la oportunidad para realizar la IVE.⁴⁶

Con base en lo anterior, la Corte ordenó la remisión de copias del expediente tanto al Consejo Superior de la Judicatura como a la Fiscalía General de la Nación para que se investigara al funcionario judicial por la comisión de faltas disciplinarias y penales, respectivamente. La orden de la sentencia T-946 de 2008 levanta reacciones de algunos magistrados en los salvamentos de voto. En estas piezas argumentativas, los magistrados que se apartan de la decisión mayoritaria consideran excesiva la imposición de sanciones de esta naturaleza. Lo anterior, al admitir que el precedente C-355 de 2006 es lo suficientemente complejo como para que se presenten interpretaciones como las realizadas por los jueces que conocieron el caso en su aplicación. Se estableció en este salvamento de voto que

Considero altamente lesivo del principio constitucional de la autonomía judicial la pretensión de imponer a los jueces de tutela, por la vía de las investigaciones penales o disciplinarias, la sujeción a criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional, más aún cuando, como en este caso, existe un alto grado de indeterminación en las decisiones judiciales que se consideran parámetro obligatorio para los jueces, y cuando, además, la concreción de los criterios que se toman como base para evaluar las decisiones de los jueces de instancia se ha hecho a posteriori, en la propia sentencia de revisión.⁴⁷

Lo que los desacuerdos al interior de la Corte Constitucional evidenciaban era el advenimiento de un nuevo frente de batalla en relación con la libertad-restricción interpretativa, tanto de los jueces de instancia como de los magistrados del órgano de cierre, para la determinación del pre-

⁴⁶ Sentencia T-946 de 2008, p. 15.

⁴⁷ Salvamento de Voto, sentencia T-496 de 2008, p. 19.

cedente constitucional. Algunos magistrados concebían al precedente como un elemento estático e hiperformalizado que negaba la posibilidad a los jueces de instancia de "reinterpretar" la decisión adoptada por la Corte de Cierre. Al mismo tiempo, estos magistrados reconocían la capacidad prospectiva del alto tribunal para determinar los contornos de sus decisiones pasadas. Esta afirmación de alto nivel de formalismo en los niveles inferiores, pero amplio grado de antiformalismo en la escala superior de la jerarquía judicial resultaría, de acuerdo con esta postura mayoritaria, el medio óptimo para alcanzar la disciplina vertical de los jueces de instancia y, correlativamente, potenciar el uso del precedente constitucional. A esta visión se contraponía una visión más dinámica y antiformalista del precedente que reconoce, hacia abajo, un margen de capacidad interpretativa a los operadores judiciales de instancia, especialmente frente a precedentes complejos como el adoptado a partir de la sentencia C-355 de 2006. Igualmente, esta segunda visión problematizaba el uso prospectivo del precedente, especialmente con el propósito de imponer medidas disciplinarias de índole subjetivo sobre operadores judiciales.

Por cuenta de la imposición de estos mecanismos de disciplina de índole subjetiva, la inacabada discusión en torno a la interpretación literal o abierta del artículo 230 de la Constitución vuelve a renovarse. Las viejas denuncias adquieren un nuevo ropaje.⁴⁸ (Un ropaje que permite poner en evidencia la fragilidad de los acuerdos existentes en torno a cómo se debe aplicar esta norma de la Constitución. También sobre los mecanismos idóneos para resolver los problemas relacionados con la jerarquía de las fuentes en el sistema jurídico y con los límites entre la desobediencia y la capacidad de reinterpretación del precedente judicial y del precedente constitucional. Por último, este nuevo ropaje también empieza a sacar punta al hilo argumentativo que critica la vinculatoriedad del precedente por afectar la separación de poderes. A partir de este hilo

⁴⁸ Velázquez, Fernando, "La jurisprudencia como fuente del derecho penal", *Cuadernos de Derecho Penal*, 2013, pp. 154-179; López, Diego, *Cómo se construyen los derechos*.

argumentativo se requiere prestar atención al efecto antidemocrático inserto en el desplazamiento de la ley por cuenta del precedente judicial.⁴⁹

Lo que ocurrió durante esta etapa tanto en la cúspide de la rama judicial como en sus niveles inferiores a consecuencia de esta lucha por la jerarquía normativa dio paso a la última etapa de esta secuencia diacrónica, la de reacción del legislador.

III. El momento de la reacción del legislador colombiano sobre el valor vinculante de la jurisprudencia

1. ¿Mala técnica para legislar o falta de intención para hacerlo?

El tercer momento en la batalla por el valor vinculante del "derecho de los jueces" en el contexto colombiano es el de la reacción legislativa. Éste se ha caracterizado por la emergencia, desde 2010, de una serie de normas jurídicas que han sido descritas desde la doctrina como la "positivización del precedente judicial".⁵⁰ Pero realizar una síntesis unívoca de esta reacción de positivización del precedente por el legislador y con ello dar conclusiones contundentes acerca de este proceso resulta una labor

⁴⁹ Arrazola, *op. cit.*, p. 27. Este hilo argumentativo también ha sido considerado desde la orilla "vanguardista". A partir de esta consideración en esta orilla se ha señalado: "El debate puede resumirse en dos interpretaciones alternativas: el precedente judicial, es en esencia, un método adicional de control de la arbitrariedad judicial, o por el contrario se trata de una transferencia del ejercicio de concretización del derecho que convierte a los jueces en una juristrocracia, que no pasa por el tamiz de la democracia representativa y que para muchos, es el único sitio posible para el debate y decisión de nuestros desacuerdos. [...] Ambas son descripciones posibles de una realidad a pesar de ser profundamente asimétricas: cada una es incompleta y tiene sus sesgos, la escogencia depende de la calificación política que se otorgue a las doctrinas generales y a las decisiones particulares a las que llegan las líneas jurisprudenciales, los fallos distribuyen derechos entre intereses en competencia, y por tanto no pueden ser aislados de críticas jurídicas y políticas, ambas versiones a su vez, circulan con fuerza en los debates ideológicos que se están dando en Colombia (y el globo en general) sobre la deseabilidad del precedente como fuente del derecho en los sistemas jurídicos", López, Diego, *Eslabones del derecho*, p. 199). Sobre la primera de estas descripciones en el contexto colombiano se puede ver principalmente el trabajo de Carlos Agudelo: *La democracia de los jueces: la "rama menos peligrosa" como poder prodemocrático en la práctica constitucional*, Bogotá, Leyer, 2014.

⁵⁰ Quinche, Manuel, *El precedente judicial y sus reglas*, p. 122; Deik, *op. cit.*, p.19.

compleja. Varias razones incrementan esta dificultad: la dispersión normativa del proceso de positivización, la incoherencia e incongruencia de los enunciados que contienen esta positivización y los descuidos del legislador en este ejercicio impiden formular análisis categóricos sobre el posicionamiento y la reacción del legislador en este momento de la lucha por decir el derecho.

a. ¿Una estrategia de positivización dispersa en el sistema y también en sus propósitos?

El legislador colombiano utilizó una estrategia bastante dispersa para realizar el proceso de positivización del precedente. En efecto, fueron y han sido muchas las normas de derecho legislado en las que se dieron las puntadas de este proceso. Este conjunto de normas incluye a normas estatutarias o códigos, como el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), así como otras normas del sistema jurídico.⁵¹ A esta dispersión normativa debe sumarse una actitud poco coherente del legislador en su decisión de positivización. Sin embargo, más que un problema de inadecuada técnica legislativa, las coincidencias en la forma como estas normas han sido estipuladas permite apuntalar una hipótesis: el propósito del legislador con esta positivización ha sido el darle unas vueltas adicionales al reconocimiento del papel vinculante del precedente en el sistema colombiano. Este propósito se hace evidente incluso en las normas más recientemente promulgadas sobre la materia, como la Ley 2080 de 2021 que reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Básicamente, los enunciados normativos creados inicialmente en los años 2011 y 2012 por el legislador en estas disposiciones tienen la misma estructura. Esta estructura presenta una contradicción que continúa

⁵¹ Diego López también recomienda integrar a este marco normativo, una serie de normas establecidas en el marco de una estrategia de descongestión judicial como, por ejemplo, el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, López, Diego, *Eslabones del derecho*, p.115).

generando perplejidades en los operadores jurídicos. En esta estructura, la norma reivindica el papel vinculante del precedente judicial. Esta reivindicación se observa si se analizan formulaciones tales como: "Los jueces, en sus providencias [...] deberán tener en cuenta, además la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina",⁵² o también "La autoridad decidirá [...] teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada",⁵³ sin embargo, estas normas simultáneamente afirman la supremacía de la ley al postular que: "Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley",⁵⁴ o también al estipular, como lo hacía la norma anteriormente, que "La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables".⁵⁵

Asimismo, mientras en estas normas seminales el legislador reconocía el valor vinculante del precedente, simultáneamente, enlistaba las vías de escape que tienen o tuvieron las autoridades judiciales y administrativas para apartarse de él. Por ejemplo, la vía de escape establecida en la Ley 1564 de 2012 —norma vigente— es la siguiente: "Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos".⁵⁶ Por su parte, en la Ley 1437 de 2011-norma actualmente reformada por la Ley 2080 de 2021-, la vía de escape fue concebida en los siguientes términos:

Las autoridades podrán negar la petición [de extensión de jurisprudencia] con fundamento en las siguientes consideraciones:
(...) 3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por

⁵² Código General del Proceso-Ley 1564 de 2012, artículo 7.

⁵³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011, artículo 102.

⁵⁴ Código General del Proceso-Ley 1564 de 2012-, artículo 7.

⁵⁵ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011, artículo 102.

⁵⁶ Código General del Proceso –Ley 1437 de 2011-, artículo 7.

los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.⁵⁷

Este enunciado normativo le daba libertad al intérprete o al operador administrativo para apartarse de la interpretación jurídica que había hecho el Consejo de Estado sobre una norma en una sentencia de unificación. A partir de allí, el juego interpretativo comenzaba de cero y se volvía a iniciar la disputa por la interpretación válida. Autores nacionales matizaron la posibilidad del uso de esta vía de escape al definirla como un camino "excepcional y restringido".⁵⁸ Estas calificaciones se fundamentaron en las decisiones de la Corte Constitucional en las que este tribunal efectuó el juicio de constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011. En estas decisiones,⁵⁹ el alto tribunal declaró como ajustada a la Constitución esta vía de escape. Lo anterior, al indicar que la posibilidad de apartarse del precedente sólo procede "a través de un procedimiento exigente de argumentación".⁶⁰

Sin embargo, evidencias más recientes en relación con lo que ocurrió con este tema muestran que cuando se trataba de reclamaciones con fuertes implicaciones en materia fiscal, la administración tenía incentivos suficientes para acometer estos "exigentes ejercicios de argumentación" para apartarse de las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Esta vía de escape también encontró una abertura importante en aquellos casos de "choques de trenes" entre la postura del Consejo de Estado y la postura de la Corte Constitucional.⁶¹ En este tipo de casos, la excepción se

⁵⁷ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011, artículo 102.

⁵⁸ Deik, Carolina, *op. cit.*, p. 403; López, Diego, *Eslabones del derecho*, p. 181.

⁵⁹ Sobre el particular también se debe consultar la sentencia C- 816 de 2011, además de la sentencia C-588 de 2012.

⁶⁰ Sentencia C-588 de 2012, p. 25.

⁶¹ Las discusiones en relación con el reconocimiento de los factores que deben ser incluidos en el Ingreso Base de Liquidación de las pensiones de los empleados públicos del Estado Colombiano

convirtió en la regla de conducta. Una regla que produjo una oleada de congestión judicial, ya no por la vía del medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho en el que los reclamantes buscan que se anule la resolución que reconoce unos derechos patrimoniales de acuerdo con las sentencias de unificación, o por la vía de tutela por desconocimiento del precedente judicial, sino por la vía de la solicitud del procedimiento para la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado previsto en el artículo 269 de la Ley 1437 de 2011.⁶²

Por estos motivos, y con el propósito de descongestionar el vértice de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado propuso una iniciativa legislativa que finalmente fue promulgada como ley de la República de Colombia en el año 2021: la Ley 2080 de 2021. Esta norma jurídica se encargó de realizar diversos ajustes al funcionamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo dentro de los que se destacan varios relacionados con el rediseño de los mecanismos de disciplina objetivos que desde la promulgación de la Ley 1437 de 2011 se habían creado para evitar la desobediencia de las autoridades administrativas y judiciales a los precedentes judiciales. Así, mecanismos como la extensión de jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas, el procedimiento judicial para la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia fueron objeto de transformaciones importantes.

Dentro de estos ajustes realizados por la Ley 2080 de 2021 se destaca el de poner freno a la posibilidad de escape de las autoridades administrativas en relación con el seguimiento de los precedentes del Consejo de

pertenecientes a la carrera administrativa general y especial son un buen ejemplo del uso de estas vías de escape por parte de las autoridades administrativas.

⁶² De forma premonitoria, en 2016 López se había anticipado a estos eventos al señalar sobre estas vías de escape de la Ley 1437 de 2011 "Es posible, pues, que si el precedente de descongestión no se respeta estrictamente en sede administrativa lleguemos a un aumento neto de actividad decisoria del Estado en la solución del conflicto frente al administrado. En términos de descongestión judicial y acceso a la administración y a la justicia, es posible que el impacto del precedente administrativo tienda a ser negativo", *Eslabones del derecho*, p. 192.

Estado incorporados en sentencias de unificación, a partir del rediseño de la figura de extensión de jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas. De esta manera, el nuevo texto que regula el mecanismo de extensión de jurisprudencia eliminó la posibilidad de que las autoridades administrativas puedan debatir, desde lo jurídico, los argumentos prefijados por el Consejo de Estado en una sentencia de unificación cuya solicitud de extensión se ha interpuesto por los ciudadanos para el reconocimiento de un derecho. En este orden de ideas, la nueva ley suprime la posibilidad a las autoridades administrativas de construir o elaborar alguna clase de razonamiento o argumento jurídico que les permita apartarse de la sentencia de unificación, al optar por hacer una interpretación directa de las normas que enmarcan la solicitud de extensión, tal y como lo permitía la norma originalmente contenida en la Ley 1437 de 2011⁶³ y avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2012.

Ahora bien, aunque la Ley 2080 de 2021 cerró las vías de escape de la autoridad administrativa para desconocer los precedentes judiciales, de forma correlativa, ella vino a cerrar los canales de acceso para la protección judicial de los ciudadanos ante la desobediencia de la administración a los precedentes que desde la Ley 1437 de 2011 se habían establecido mediante el procedimiento judicial de extensión de jurisprudencia y el recurso extraordinario de extensión de jurisprudencia. Por este motivo, el mecanismo de solicitud judicial de extensión de jurisprudencia que originalmente se había regulado en la Ley 1437 de 2011 de una manera simple, empieza a adquirir una fachada mucho más compleja para los usuarios de la jurisdicción, a partir de la Ley 2080 de 2021.⁶⁴ Esta complejidad se hace notoria en la exigencia de apoderado judicial para hacer uso de este mecanismo, que originalmente no aparecía en la norma. Igualmente, en la inclusión de la Agencia Nacional de Defensa del Estado

⁶³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), Art. 102.

⁶⁴ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), Art. 269.

con parte con legitimidad procesal en este tipo de procesos, pero "solo"⁶⁵ para oponerse a la extensión de jurisprudencia. También se evidencia a causa de la incorporación de los pasos de inadmisión y de rechazo de plano del instrumento de protección judicial.

A pesar de la complejidad de las nuevas reglas procesales, brilla por su ausencia el silencio de la norma en relación con el papel de los precedentes constitucionales para el uso de la figura de la extensión de jurisprudencia y para su protección por medios judiciales. En este orden de ideas, la reforma efectuada por la Ley 2080 de 2021 establece como causal de rechazo de plano del procedimiento de extensión de jurisprudencia por medios judiciales que se solicite por parte del peticionario: "extender una sentencia que no sea de unificación".⁶⁶ Como la Ley 1437 de 2011 y la Ley 2080 de 2021 definen las sentencias de unificación en unos términos precisos que parten de la idea de que estas sentencias son proferidas por el Consejo de Estado, las dudas jurídicas en relación con el papel de los precedentes constitucionales proferidos por la Corte Constitucional en esta reingeniería de los mecanismos de disciplina para la vinculatoriedad del precedente emergen de nuevo, para todos aquellos que desconozcan los ajustes y adiciones que hizo a estas normas la Corte en la sentencia C-816 de 2011 y, que reiteró en la sentencia C-588 de 2012.

Se desconocen las razones por las cuales esta importante pieza de derecho codificado no integró lo ordenado por la sentencia C-816 de 2011 en el sentido de que los precedentes de la Corte Constitucional también pueden ser objeto de extensión por la vía administrativa y por contera, del procedimiento de extensión de jurisprudencia por la vía judicial.⁶⁷

⁶⁵ Reforma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 2080 de 2021), Art. 77.

⁶⁶ Artículo 77 de la Ley 2080 de 2021.

⁶⁷ Determinó la Corte Constitucional colombiana en el resuelve de la sentencia C-816 de 2021 lo siguiente en relación con la forma de comprender el mecanismo de extensión de jurisprudencia: "Declarar EXEQUIBLES el inciso primero y el inciso séptimo del artículo 102 de la [ley 1437 de 2011](#), entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de

Los antecedentes legislativos de esta reforma, promovida desde la propia jurisdicción de lo contencioso administrativo por ser de iniciativa legislativa del Consejo de Estado, no hacen mención a este tema. Así, las normas de la Ley 2080 de 2021 en relación con el mecanismo de extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado por parte de las autoridades administrativas y sobre el procedimiento judicial de extensión de jurisprudencia replican la estructura defectuosa e incompleta de la Ley 1437 de 2011 en relación con el papel de los precedentes constitucionales en el ámbito de las instituciones del derecho administrativo, aún a pesar de que estos defectos fueron corregidos en precedentes constitucionales posteriores. Si se toma en consideración que una de las principales motivaciones para introducir esta reforma fue la de corregir "las antinomias y ambigüedades que causan inseguridad jurídica y dificultan el acceso a la administración de justicia",⁶⁸ causa perplejidad que esta pieza legislativa continúe permitiendo que los usuarios del derecho no tengan claridad suficiente sobre la vinculatoriedad de los precedentes constitucionales en estos instrumentos.

Si a esto se suma que la Ley 2080 de 2021 tampoco hizo ningún tipo de avance en la clarificación legal de las fuentes presupuestales de las que puede disponer la autoridad administrativa para reconocer derechos por la vía de extensión de jurisprudencia⁶⁹ no resulta halagüeño el panorama que permita el uso de esta forma de reconocer el valor de los precedentes judiciales de forma efectiva en el contexto colombiano.

*b. Un legislador omisivo
¿consciente o inconscientemente?*

La contradictoria reacción legislativa no sólo se evidencia en el derecho público estatutario. El derecho público no codificado está plagado de

sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

⁶⁸ Gaceta del Congreso No 726 del 9 de agosto de 2019, p.62

⁶⁹ Fandiño, Jorge, *Sentencias de Unificación Contencioso Administrativo, Bogotá, Leyer, 2019, p. 144.*

muestras de flagrante desconocimiento del valor vinculante de la jurisprudencia. En los últimos años esta contradicción se hace evidente en una escena que parece calcada. A partir de ésta, luego de promulgada una ley con estas deficiencias los ciudadanos hacen uso del control abstracto de constitucionalidad para solicitar a la Corte Constitucional que se pronuncie sobre enunciados normativos en los que el legislador colombiano ha omitido incluir a la jurisprudencia o la jurisprudencia constitucional como una fuente de derecho vinculante en el ordenamiento jurídico. El final de la escena concluye con la declaración de constitucionalidad de la norma demandada, pero bajo el entendido que: "La palabra 'ley' comprende todas las fuentes del derecho que admite el ordenamiento nacional".⁷⁰

El ejercicio más reciente de esta escena calcada se adelantó por cuenta de la expedición del artículo 102 de la Ley 1493 de 2018. El control de esta norma fue realizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-514 de 2019. En esta decisión la Corte Constitucional se pronunció en una demanda de una norma tributaria.⁷¹ El texto de la norma acusada establecía el valor normativo como fuente obligatoria de los conceptos y la doctrina creada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Sin embargo, la norma señalaba que, para controvertir esta doctrina de la dirección, los contribuyentes "sólo" podrían sustentar los recursos de la vía administrativa y los de la vía jurisdiccional "con base en la ley". De conformidad con los demandantes, esta norma afectaba la interpretación que se le ha venido dando al artículo 230 de la Constitución Política. Lo anterior, al impedir que los contribuyentes hicieran uso de la jurisprudencia como fuente para discutir las interpretaciones de la autoridad administrativa sobre las normas tributarias. La Corte Constitucional

⁷⁰ Sentencia C-514 de 2019, C-284 de 2015.

⁷¹ "Los conceptos emitidos por la dirección de gestión jurídica o la subdirección de gestión de normativa y doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, constituyen interpretación oficial para los empleados públicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; por lo tanto, tendrán carácter obligatorio para los mismos. Los contribuyentes solo podrán sustentar sus actuaciones en la vía gubernativa y en la jurisdiccional con base en la ley".

declaró la constitucionalidad condicionada de la norma demandada bajo el entendido que la palabra "ley" estipulada en la norma "comprende todas las fuentes del derecho que admite el ordenamiento nacional".⁷² Al mismo tiempo, el alto tribunal declaró la inexequibilidad del adverbio *sólo* contenido en la norma demandada. Para retirar este adverbio del enunciado normativo, la Corte advierte que la omisión del legislador es inadmisibles y que responde a una visión que califica como "arcaica" del artículo 230 de la Constitución. Dice en esta decisión el tribunal:

Lo atrás expuesto resulta armónico con la evolución de la interpretación del sistema de fuentes que prevé el artículo 230 superior; evolución esta que explica cómo el precedente judicial que, en principio, incorpora una fuente auxiliar del derecho (la jurisprudencia) permite ahora restringir la extensa amplitud de discrecionalidad judicial que implicaría una lectura literal pero arcaica del sistema de fuentes que establece el artículo constitucional recién citado.⁷³

Si se aleja un poco el *zoom* a la reacción del legislador en este último momento es posible señalar que lo ocurrido con este enunciado normativo y con otros expedidos por el legislador en los últimos años es una estrategia que puede denominarse como estrategia del legislador omisivo. Así, en la estructura y redacción de estos enunciados: i) el legislador prescinde de determinar al precedente como una fuente vinculante de interpretación (omisión absoluta), tal como lo describí en la sentencia anterior, o como ya lo había anotado López en su análisis sobre las normas originales de la Ley 1437 de 2011⁷⁴, y ii) el legislador comete omisiones relativas al incorporar al precedente judicial como una fuente vinculante, pero al descartar el darle este mismo valor al precedente constitucional, tal y como se desprende de las normas de la Ley 2080 de 2021.

⁷² Sentencia C-514 de 2019, p. 54.

⁷³ *Ibidem*, p. 51.

⁷⁴ López, Diego, "Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia", p. 35.

2. El valor vinculante del precedente: ¿el caballo de Troya en la lucha por decir el derecho en Colombia?

La diversidad de visiones que se han identificado a lo largo de este escrito de la forma como se han adelantado los procesos de reacomodación y de jerarquización del precedente constitucional y judicial en Colombia dentro del campo jurídico no permite efectuar una lectura unívoca de esta temática. Siguiendo a Bourdieu, la existencia de conflictos entre los distintos agentes del campo, que están en constante oposición, impide entender los campos sociales como figuras estáticas o que se desarrollan de forma lineal, determinista o incluso progresiva: "Las clases y otros colectivos sociales antagónicos están continuamente comprometidos en una lucha por imponer la definición del mundo que resulta más congruente con sus intereses particulares".⁷⁵

Por eso, a la estrategia velada que el legislador empezó a adoptar a partir de 2010 hay que añadir una estrategia más directa que desde comienzos de 2018 ha empezado a encender discusiones en torno al precedente en Colombia. Ésta ha sido denominada por algunas fuerzas de la esfera política colombiana como la emergencia de la corte única o del "Tribunal Constitucional Supremo" (Proyecto de Acto Legislativo 022 de 2018). La propuesta de crear esta corte única a través de un acto legislativo o de un referendo constitucional⁷⁶ se justifica por estos agentes del campo político en los siguientes términos:

Con respecto a la rama judicial, en las últimas dos décadas se ha verificado una compleja confusión entre las jurisdicciones que ha ocasionado incertidumbre generalizada sobre cuál es el máximo órgano de cierre. Lo anterior ha dado paso a crisis de inseguridad jurídica y fuertes tensiones entre las altas cortes.⁷⁷

⁷⁵ Bourdieu, Pierre y Wacquant, Loic, *Una invitación a la sociología reflexiva*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, p. 39.

⁷⁶ Sobre el particular se puede consultar Revista Semana, "Uribe presentó primer borrador de su propuesta de referendo", *Revista Semana*, 2 de noviembre, 2020. Disponible en: «<https://www.semana.com/nacion/articulo/estos-son-los-trece-puntos-del-referendo-que-propone-alvaro-uribe/202029/>».

⁷⁷ Proyecto de Acto Legislativo 022 de 2018.

De acuerdo con estas propuestas, la creación de una única corte con el poder para decir un único precedente judicial es la forma adecuada para reconocer el valor vinculante del precedente en el contexto colombiano. Aunque en el estado actual de la situación es poco probable que esta clase de iniciativas logre un respaldo suficiente, si es preciso señalar que, de materializarse esta estrategia, sería como el caballo de Troya. Lo anterior, al utilizar la discusión de vinculatoriedad del precedente como la forma más certera de minar la autonomía de la rama judicial.

De todas formas, si bien las posibilidades de éxito de esta clase de iniciativa no son grandes, mucho más si se toman en consideración los pasos que se dieron en la discusión sobre positivización del precedente a partir de la expedición de la Ley 2080 de 2021, lo que resulta en extremo preocupante es que la solución a los problemas causados por estas discusiones permanentes en torno al valor del "derecho de los jueces" arranque siempre en el mismo punto de partida. Un punto que prefiere el diseño de fórmulas para reestructurar la rama judicial como la vía más próxima para afrontar las dificultades propias de un sistema de precedentes vinculantes, en lugar de acudir a la búsqueda de soluciones menos lesivas del principio de pesos y contrapesos para solucionar estas dificultades. Así, en vez de acudir desmonte o a la "captura institucional de la rama judicial"⁷⁸ se debería identificar y avanzar en la búsqueda de acuerdos realmente sólidos y estables para atender realmente a la "positivización del precedente judicial".

C. Los efectos de la inestabilidad en relación con el valor del precedente constitucional y judicial

Las continuidades y repeticiones en los puntos de fricción entre los diversos agentes del campo jurídico frente al valor del precedente judicial

⁷⁸ Ginsburg, Tom y Huq, Aziz Z., *How to save a constitutional democracy*, Estados Unidos, The University Chigago Press, 2018, p. 96.

y constitucional producen muchos efectos indeseados. El más evidente de ellos parece conducir a la producción de un énfasis en los esfuerzos de análisis de los agentes del campo, especialmente de los doctrinantes, para describir y analizar estas fricciones sin avanzar en la determinación de los puntos ciegos que se producen con ocasión de esta forma desacompasada de reconocer el valor del precedente judicial. Estos puntos ciegos generan problemas a consecuencia de la inexistencia de un acuerdo definitivo y estable entre los órganos de producción/aplicación del derecho en Colombia en relación con el nivel de vinculatoriedad del precedente.

El primero de estos puntos ciegos gira en torno a la existencia de concepciones formalistas y antiformalistas que están orbitando, paralelamente, sobre este tema. Ambas concepciones están de acuerdo con la idea de que el precedente tiene un valor vinculante. Sin embargo, la discusión se da sobre la calificación que le dan a ese valor. Para las concepciones formalistas el valor del precedente es estrictamente vinculante; éste es tan estricto que i) han propuesto fórmulas para utilizar la técnica de subsunción, como la metodología idónea para acudir al precedente judicial una vez el intérprete ha extraído la *ratio decidendi* verdadera que gobierna el caso⁷⁹ y ii) están dispuestas a sostener, sin problematizar, la adecuación de los medios de disciplina subjetivos para garantizar el seguimiento al precedente e incluso extender estas medidas al apartamiento de las sentencias de unificación.⁸⁰ Por su parte, la concepción antiformalista reconoce el valor de la vinculatoriedad del precedente como una cuestión más relativa. A partir de esta concepción relativa: i) se admite una interpretación más abierta en el seguimiento o apartamiento del precedente judicial,⁸¹ ii) se plantean críticas a la adopción de mecanismos de disci-

⁷⁹ Deik, Carolina, *op. cit.*, p. 454.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 425.

⁸¹ Esta concepción más abierta se justifica en los siguientes términos: "Los jueces, pues, pueden intentar mejorar la interpretación en aspectos de justificación y de resultado como de coherencia e integridad del derecho. Si por el contrario desobedecen el precedente sin cumplir con estas cargas argumentativas, cometen una vía de hecho, bien sea por defecto sustantivo o por desconocimiento del precedente constitucional. La relatividad de la doctrina, al mismo tiempo, la ayuda a justificarla ante los mismos jueces y les permite expresar respetuosamente criterios divergentes. La absolutización de la doctrina propuesta por estas aclaraciones de voto parece, por tanto, innecesaria".

plina subjetiva como el recurso más cercano para asegurar el acatamiento de los precedentes,⁸² y iii) se buscan soluciones prácticas a la indeterminación del material con el que se hacen las decisiones judiciales. Por este mismo motivo, quienes abogan por esa postura antiformalista han propuesto remedios metodológicos que permitan reconocer estas indeterminaciones mediante conceptos como "la sombra decisional"⁸³ o el uso prospectivo de los precedentes constitucionales.⁸⁴ Igualmente, esta concepción antiformal se ocupa de los problemas de reducción de la complejidad del derecho producido por los jueces frente a usuarios y operadores del derecho. Decisiones judiciales universalmente recuperables⁸⁵ y uso de un lenguaje claro y concreto como un medio de enfrentar los problemas usuales de las fuentes jurídicas⁸⁶ son algunas de las herramientas prácticas que se han construido desde esta orilla para avanzar en la solución de estas problemáticas. Sin embargo, estas posturas antiformalistas, esquivan, mayoritariamente, los problemas de legitimidad democrática que se producen por cuenta de la aceptación de las continuas facultades de reinterpretación en cabeza de las Cortes de Cierre del sistema judicial. Especialmente, por la ausencia de controles externos en relación con estas decisiones que pueden propiciar una idea de democracia desfigurada⁸⁷ en el contexto colombiano.

De todas formas, la exigencia de un valor *estrictamente* vinculante o de un valor *relativamente* vinculante para el precedente debe tomar en consideración la necesidad de reducir la complejidad del producto jurídico

saria y contraproducente, en el esfuerzo de lograr cooperación judicial en la implementación del precedente judicial", López, Diego, *Eslabones del derecho*, p. 110.

⁸² Esta crítica, por ejemplo, ha sido presentada por López en los siguientes términos: "En el deber de la judicatura de respetar ella misma el precedente y mantener coherencia e integridad jurisprudenciales que optimicen el sistema jurídico, o de otro lado, en una doctrina del precedente que se usa para recordarles a los otros que tienen que obedecerla (obedecerla *ad extra*) pero sin que a su vez obligue a los mismos jueces a respetarla *ad intra* en general: de coherencia normativa que se les enrostra a los otros para que ellos la cumplan" (*Ibidem*, p. 198).

⁸³ López, Diego, *El derecho de los jueces*.

⁸⁴ Sobre el particular, véase la sentencia SU-047 de 1999.

⁸⁵ López, Diego, *Manual de Escritura Jurídica*, Bogotá, Agencia Nacional de Defensa Judicial, 2019.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ Urbinati, Nadia, *Democracy Desfigured*, Estados Unidos, Harvard University Press, 2014.

frente a los usuarios del derecho. En este primer frente de crítica es necesario considerar que los usuarios del precedente judicial no se limitan al conjunto de los operadores judiciales, que pueden ser entrenados en "herramientas metodológicas" como la subsunción o la sombra decisional, sino que estos usuarios se extienden a la ciudadanía en general. Reconocer que la jurisprudencia tiene una fuerza vinculante en un sistema jurídico implica admitir que esta fuente jurídica es mucho más difícil de ser recuperada y comprendida que la ley. Razones de extensión, y también razones derivadas del contexto de producción de ambas fuentes jurídicas, son indicativas de estas diferencias.⁸⁸ El derecho legislado a partir de los debates, las ponencias y discusiones que caracterizan su elaboración, tiene una función más convexa en torno a esta complejidad que la función de tipo más cóncava que tendría la creación de un precedente judicial. La función de reducción de la complejidad en el derecho jurisprudencial es mucho más exigente si se toma en consideración que por razones ligadas a la independencia y autonomía judicial no es posible recuperar el contexto de producción de una decisión judicial al interior del órgano judicial.⁸⁹ Por este motivo, las líneas que definen estos ángulos o son las que determinan el sentido literal de las palabras vaciadas en el fallo (concepción formalista del precedente) o son las proyecciones de los jueces posteriores permiten que esta decisión se convierta un precedente judicial (concepción antiformalista). Así, mientras la ley una vez ha sido promulgada, emite prohibiciones, autorizaciones o permisiones más definidas y delimitada en sus contornos (gracias, por ejemplo, a la historia legislativa, a la capacidad interpretativa de los jueces en controversias concretas para aclarar el sentido de la ley, a la existencia de reglas de interpretación específicas en relación con antinomias y problemas de temporalidad de la ley), la promulgación de las decisiones judi-

⁸⁸ Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005; Atienza, Manuel, "Reasoning and Legislation", en Wintgens, Luc J., *Theory and Practice of Legislation*, Nueva York, Ashgate, 2005.

⁸⁹ Waldron, Jeremy, "Principles of Legislation", en Bauman, Richard y Kahana, Tsvi, *The Least Examined Branch: The role of legislatures in Constitutional State*, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2006.

ciales con pretensión de ser vinculantes más allá de los efectos entre las partes genera unas directrices que se van decantando de forma paulatina y gradual. Algunas de estas directrices son identificables a partir de la narrativa de estas interrelaciones que podría calificarse como una línea jurisprudencial;⁹⁰ sin embargo, en la medida en la que este proceso de identificación se decanta, nuevos problemas surgen.

Un ejemplo de esta reedición de las problemáticas que genera el derecho jurisprudencial está ligado a la solución del uso de los precedentes en el tiempo y a la aplicación de manera retrospectiva de precedentes judiciales y constitucionales proferidos en el futuro en reclamaciones iniciadas y no culminadas en las instancias judiciales con anterioridad a la expedición de un nuevo precedente judicial. Aunque el derecho legislado también presenta dificultades de esta índole, la existencia de los jueces para la solución de estas controversias otorga una cierta ilusión de certeza que aún no ha sido decantada para estos problemas de intertemporalidad del derecho de los jueces.

Ahora bien, hacer frente a estos desafíos no implica hacer eco a quienes han definido sus posiciones en el campo de batalla sin reconocer ningún valor al precedente constitucional y judicial. Más bien, implica reconocer que el derecho como espacio de lucha debe ser capaz de armonizar los diversos recursos con los que se cuenta para solucionar los conflictos sociales. Por este motivo, considero que el sistema jurídico colombiano debe dar avances importantes para solucionar los problemas básicos e inherentes al uso del "derecho de los jueces". Problemas logísticos, problemas de integración de las fuentes jurídicas y problemas de control de estas decisiones están a la orden del día como asignaturas pendientes de una discusión abierta sobre estos temas. En relación con problemas prácticos, por ejemplo, la recuperación de las sentencias judiciales de las Cortes de Cierre como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado están a la orden como asuntos que deben ser resueltos de forma

⁹⁰ López, Diego, *Cómo se construyen los derechos*.

inmediata. Desde hace varios años autores como Bernal⁹¹ y López⁹² han puesto en evidencia los efectos adversos que se originan a consecuencia de estas dificultades para la recuperación de las sentencias judiciales. Sin embargo, varios años después de que estos autores hubieran mapeado la problemática, ésta continúa acentuándose y no se avizoran de forma cercana fórmulas para que se resuelva.

Los problemas de recuperabilidad de las decisiones y precedentes judiciales en muchas ocasiones también impiden una crítica adecuada de la jurisprudencia. Este tipo de obstáculos evita que los yerros argumentativos de los jueces sean corregidos con adecuadas técnicas de argumentación y más bien se convierten en un incentivo para encubrir estas fallas de los argumentos mediante el uso de palabras e ideas repetidas una y otra vez en el texto de las decisiones judiciales.⁹³

Por último, significa avanzar en temas de educación legal para que los estudiantes de derecho y los operadores judiciales se formen de manera adecuada en las competencias que se requieren para hacer uso del "derecho de los jueces". Hoy en día, quienes se han ocupado de estudiar esta temática señalan que aun a pesar de todos los cambios en relación con la fuerza vinculante del precedente y de que la lectura de jurisprudencia aparezca "copiosamente en las exigencias de los currículos",⁹⁴ en la actualidad persisten problemas relacionados con "formación en la doctrina del precedente judicial" de jueces y funcionarios en Colombia.⁹⁵ Esta escasa preparación está ligada a los problemas de formación de los operadores judiciales y deben ser abordados. Si bien comparto con

⁹¹ Bernal, Carlos, "La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano", *Precedente Anuario Jurídico*, 2003, pp. 13-43.

⁹² López, Diego, *Las fuentes del argumento y Manual de Escritura Jurídica*.

⁹³ Este problema no sólo ocurre en relación con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Recientemente, resultan irrecuperables los salvamentos de voto de algunos despachos de la Corte Constitucional. Sobre el particular, véase (o mejor no se vean) los salvamentos de voto de la sentencia C-160 de 2017.

⁹⁴ López, Diego, "Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia", p. 16.

⁹⁵ Deik, Carolina, *op. cit.*, p. 481.

López su conclusión en relación con la aparición de estas decisiones en los currículos de los programas de derecho, también es frecuente escuchar las protestas de mis propios estudiantes que se niegan a leer sentencias que a causa de su tamaño exceden el número de créditos académicos semanales que ellos deben dedicar a mi asignatura. Hoy en día la excesiva verbosidad de las decisiones judiciales es un problema tan grave que seguramente si existiera el Guinness World Records de las sentencias judiciales más largas, Colombia aspiraría a este título con varias candidaturas.⁹⁶ Sin embargo, una sentencia de estos niveles de extensión no necesariamente es una decisión más o mejor fundamentada. Hay muchos ejemplos en derecho colombiano que son una muestra de ello.⁹⁷ Este tipo de problemas dificulta que las decisiones judiciales sean criticadas a profundidad por la comunidad jurídica para que los yerros argumentativos se corrijan, y más bien genera un círculo vicioso de prácticas complacientes ante estos problemas argumentativos.

Mientras estas soluciones no sean abordadas de forma sincera, todos estos problemas generarán un nuevo e inaceptable punto ciego: una división aun mayor entre concedores y profanos del derecho, que reproduce de forma más amplia las desigualdades de estos últimos al buscar soluciones a sus reclamos ante la justicia. En este orden de ideas, los profanos que no cuentan con las competencias jurídicas para recuperar, leer e interpretar una sentencia, para determinar un precedente o para determinar su vigencia temporal a partir de la elaboración de una línea jurisprudencial, están expuestos a ver aún más alejadas sus reivindicaciones de acceso a la justicia. Tales inestabilidades favorecen la reproducción de desigualdades. Una reproducción que en muchos casos se corresponde con

⁹⁶ La sentencia C-141 de 2010 o la sentencia C-080 de 2018 podrían postularse y ganar en ese certamen, por sólo mencionar algunas, pero no las únicas en el ordenamiento colombiano.

⁹⁷ Al derecho constitucional colombiano le falta avanzar en este tipo de listados. En mi campo de experticia yo postularía las sentencias C-543 de 1998; C-1040 de 2005, y C-373 de 2016. Sobre la consistencia de esta decisión y su interrelación con su tamaño se puede ver el texto "Sustitución constitucional: reflexiones a partir del principio de pesos y contrapesos", Celemín, Yenny Andrea, "Sustitución Constitucional. Reflexiones a partir del principio de pesos y contrapesos", *Prolegómenos*, 23 (46), pp. 15-33, 2020.

la posición de los usuarios del sistema en el campo social y frente a la que la tutela contra sentencias judiciales por desconocimiento del precedente no tiene probada su efectividad como remedio infalible. "De este modo, lo que la lucha competitiva eterniza no son condiciones diferentes, sino las diferencias de las condiciones".⁹⁸ A manera de ejemplo se puede señalar la enorme asimetría que resulta de exigirle a un ciudadano que realice la línea jurisprudencial sobre el valor del precedente constitucional para propiciar que él pueda comprender el sentido de las normas recién expedidas en el ordenamiento jurídico, como es el caso de las disposiciones de Ley 2080 de 2021. En este orden de ideas, es una carga excesiva el requerir a este ciudadano que él tiene que comprender que más allá de lo expresado en el Código, hay un conjunto de decisiones judiciales que han establecido que el reconocimiento de un derecho exigible por cuenta de un precedente constitucional y no sólo por una sentencia de unificación, le dan la prerrogativa de acceder a la jurisdicción si la autoridad administrativa no quiere reconocer dicho derecho. Esta comprensión también implica que, a pesar de lo consignado en el texto expreso de la ley, no resulta posible que a él se le rechace de plano de su solicitud de extensión de jurisprudencia por estas causas si quiere acudir a la protección judicial de este derecho. Del mismo modo, una exigencia de esta índole pone en una posición ventajosa a quienes poseen el conocimiento o entrenamiento para comprender el derecho jurisprudencial frente a quienes sólo tienen como recurso en la lucha del campo, la lectura simple y plana del texto vigente sobre la materia. Una exigencia de esta índole se constituye en una carga imperdonable a esta altura de la discusión sobre todo por haber desaprovechado la oportunidad de utilizar la reforma a la ley para dar la resignificación a estas instituciones de obediencia del precedente.

Por ello, la diferencia mediada por el monto de capital económico con el que cuentan "los profanos" para acudir a las fuentes públicas o privadas de recolección del derecho judicial, o para obtener asesoría jurídica legal

⁹⁸ Bourdieu, Pierre, *La fuerza del derecho*, p. 164.

de quienes cuentan con la competencia de comprender el "derecho de los jueces" como una fuente para la solución de controversias jurídicas, se convierte en una fuente de acceso desigual a la administración de justicia. Una fuente que juega en contra de quienes obtienen estas asesorías de los *conocedores* que, por no contar con estas competencias, continúan sosteniendo interpretaciones "arcaicas" del sistema de fuentes jurídicas, o también, por no disponer de los recursos para recuperar estas decisiones judiciales. Todas estas distancias también dejan a los profanos a merced de quienes sacan ilegítimamente provecho de la distancia y complejidad que se produce como consecuencia de la incorporación del derecho jurisprudencial como una fuente para la solución de las controversias judiciales.

Sin embargo, hacer frente a estos desafíos también implica avanzar en los esfuerzos para mejorar la producción y la calidad de la ley. Por razones de legitimidad democrática, se precisa afinar y comprender a cabalidad esta fuente del derecho y no conformarse con su simple "versión amplificada". La pretensión de la ley como una fuente convexa en la reducción de la complejidad parte de altos parámetros de seguimiento de los procesos legislativos y de la atención y control a los productos que emanan de estos procesos. Esta vía de aproximación seguramente es más fructífera que la de aquellos que avocan por su desmantelamiento bajo la premisa, más bien idealizada y en muchos casos incorrecta, de que los jueces están mejor situados para hacer derecho.⁹⁹

En suma, la verdadera "positivización del precedente judicial" requiere hacerle frente a estos problemas y cuestionamientos en todos los ámbitos. Desde el ámbito de producción del derecho de los jueces, el ámbito de producción del derecho legislado y al ámbito de educación legal. Mientras esto no ocurra seguiremos siguiendo el rastro de una ilusión de positivización que puede encandilarnos al punto de no ver las dimensiones de

⁹⁹ Mendes, Conrado, *Cortes constitucionales y democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2018; Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*.

las luchas en el campo jurídico por las ventajas posicionales en torno al lugar que ocupan los agentes dentro de él. Luchas que como se vio están generando reacciones extremas de reacomodación del campo jurídico encaminadas a usar el precedente como mecanismo para acabar con la autonomía judicial y, por contera, con la Constitución como dispositivo para el control del poder. Pero que desde la otra orilla también pueden ser calificadas como luchas que hacen invisibles los problemas que se producen al silenciar la forma como la Constitución también se concibe como un dispositivo que controla el poder de los jueces, de todos los jueces, y no sólo de quienes están en las escalas inferiores del sistema, bajo la ilusión formalista de que ellos tienen que aplicar el precedente como una simple regla.

Bibliografía

Agudelo, Carlos, *La democracia de los jueces: la 'rama menos peligrosa' como poder prodemocrático en la práctica constitucional*, Bogotá, Leyer, 2014.

Arrazola, Fernando, "La seguridad jurídica ante la obligatoriedad del precedente judicial y la constitucionalización del derecho", *Revista de Derecho Público*, 2015.

Atienza, Manuel, "Reasoning and Legislation", en Wintgens, Luc J., *Theory and Practice of Legislation*, Nueva York, Ashgate, 2005.

Barreto, Alejandro y Pulido Fabio, "La regla de precedente en el derecho colombiano. Apuntes a propósito de las nociones de unificación y extensión de la jurisprudencia", *Revista Jurídicas*, 13 (1), 2014, pp. 64-81.

Bernal, Carlos, "La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano", *Precedente Anuario Jurídico*, 2003, pp. 13-43.

- Bernal, Carlos, "La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano", en Montealegre, Eduardo y Cepeda, Manuel José, *Teoría constitucional y políticas públicas: bases para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Bernal, Carlos (2008), "El precedente en Colombia", *Revista de Derecho del Estado*, núm. 21, pp. 81-94.
- Bernal, Carlos y Bustamante, Thomas, *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Botero, Catalina, García, Mauricio, Uprimny, Rodrigo, Jaramillo, Juan y Guarnizo, Diana, "Tutela contra sentencias: documentos para el debate", *Dejusticia, Documentos de Discusión*, núm. 3, 2007, pp. 1-72.
- Bourdieu, Pierre, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2000.
- Bourdieu, Pierre, *Las estructuras sociales de la economía*, Barcelona, Anagrama, 2003.
- Bourdieu, Pierre y Wacquant, Loic, *Una invitación a la sociología reflexiva*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008.
- Calderón, Juan J., *La constitucionalización del derecho privado*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2017.
- Celemín, Yenny Andrea, "Sustitución Constitucional. Reflexiones a partir del principio de pesos y contrapesos", *Prolegómenos*, 23 (46), pp. 15-33, 2020.

- Contreras, Jorge, "El precedente judicial en Colombia: un análisis desde la teoría del derecho", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 41, núm. 115, 2011, pp. 331-361.
- Contreras, Pedro D., "Implicaciones de que la Corte Constitucional determine que la ratio decidendi de sus fallos sea vinculante" *Univ. Estud. Bogotá (Colombia)*, núm. 19, 2019, pp. 197-210.
- Deik, Carolina, *El precedente contencioso administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Fandiño, Jorge, *Sentencias de Unificación Contencioso Administrativo*, Bogotá, Leyer, 2019.
- Fuentes, Edgar, *Materialidad de la Constitución. La doctrina del bloque de constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2010.
- García, Andrés, "Pierre Bourdieu o la ilusión del campo jurídico", en Amado, JuanA., *El derecho en la teoría social*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 399-433.
- Garth, Bryant y Dezaley, Yves, *La internacionalización de las luchas por el poder*, Bogotá, Unibiblos, 2002.
- Ginsburg, Tom y Huq, Aziz Z., *How to save a constitutional democracy*, Estados Unidos, The University Chigago Press, 2018.
- Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 249-300.
- López, Alexander, "Principio de Legalidad y prevaricato", *Dixi*, vol. 18, núm. 24, 2016, pp. 25-47.

López, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006.

López, Diego, *Las fuentes del argumento*, Bogotá, Legis, 2009.

López, Diego, "Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia", *Precedente*, vol. 7, 2015, pp. 13-42.

López, Diego, *Cómo se construyen los derechos*, Bogotá, Legis, 2016.

López, Diego, *Eslabones del derecho*, Bogotá, Legis, 2016.

López, Diego, *Manual de Escritura Jurídica*, Bogotá, Agencia Nacional de Defensa Judicial, 2019.

Mendes, Conrado, *Cortes constitucionales y democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

Moreno, Javier, "Tutela contra sentencias: procedencia y modalidades en Colombia", *Univ. Sergio Arboleda. Bogotá*, 9 (16), Colombia, 2009, pp. 57-72.

Moreno, Víctor y Restrepo, John, "La tutela contra providencia judicial. Análisis estático de la sentencia T-125 de 2012", *Razón Crítica*, 8, 2020, pp. 113-135.

Olano, Hernán, "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", *Universitas*, núm. 108, 2004.

Quinche, Manuel, *Vías de hecho*, Bogotá, Huellas de Ley, 2001.

Quinche, Manuel, "La seguridad jurídica frente a sentencias definitivas. Tutela contra sentencias", *Revista estudios socio-jurídicos*, 2010, pp. 101-126.

Quinche, Manuel, *El control de convencionalidad como control normativo y no como control simplemente erudito o formal*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2014.

Quinche, Manuel, *El precedente judicial y sus reglas*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2016.

Radicación 2006-07509, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente: Victor Alvarado Ardila.

Radicación SP. 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ) Consejo de Estado, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, Consejero Ponente: Cesar Palomino.

Revista Semana, "Uribe presentó primer borrador de su propuesta de referendo" *Revista Semana*, 2 de noviembre, 2020. Disponible en: «<https://www.semana.com/nacion/articulo/estos-son-los-trece-puntos-del-referendo-que-propone-alvaro-uribe/202029/>».

Sáchica, Luis Carlos, "Redefinir lo jurídico. Comprender el nuevo derecho", *Iusta*, núm. 16, 2007, pp. 13-42.

Sentencia C-284 de 2015.

Tamayo, Javier, "El nuevo derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 36, núm. 105, 2006, pp. 361-397.

Urbinati, Nadia, *Democracy Desfigured*, Estados Unidos, Harvard University Press, 2014.

Velázquez, Fernando, "La jurisprudencia como fuente del derecho penal", *Cuadernos de Derecho Penal*, 2013, pp. 154-179.

Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Waldron, Jeremy, "Principles of Legislation", en Bauman, Richard y Kahana, Tsvi, *The Least Examined Branch: The role of legislatures in Constitutional State*, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2006.

El precedente constitucional en España: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Ignacio Borrajo Inieta*

* Catedrático de Derecho administrativo, letrado del Tribunal Constitucional.

SUMARIO: A. Preliminar: precedente, jurisprudencia, doctrina; B. El sistema jurídico español; I. Planteamiento; II. La concepción judicial de la jurisprudencia; III. La novedad de la jurisprudencia constitucional; C. Cómo funciona la jurisprudencia constitucional española; I. La forma de las sentencias; II. La ordenación interna de las sentencias; III. La identificación de las sentencias citadas; IV. La identidad de las partes; V. La publicidad oficial; VI. La recopilación de la "jurisprudencia constitucional"; D. Análisis de los principales problemas; I. El precedente horizontal: el apartamiento de la doctrina constitucional (artículo 13 LOTC); II. El precedente vertical: el recurso de amparo como cierre del sistema jurisdiccional español; E. Conclusiones.

A. Preliminar: precedente, jurisprudencia, doctrina

En España, la jurisprudencia complementa 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". Así lo dispone el artículo 1, apartado 6, del Código civil, cuerpo legal que ha presidido el derecho español desde su aprobación, en 1889, hasta la promulgación de la vigente Constitución de 1978.¹ Este precepto legal debe su redacción a la profunda reforma del título preli

minar del Código civil llevada a cabo en 1974.² Su dicción sintetizó un debate secular acerca de si la jurisprudencia que emana de los tribunales

¹ Su texto, consolidado con todas las reformas legales está a disposición del lector en la benemérita colección de "legislación consolidada" del Boletín Oficial del Estado: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>.

² De la Vega Benayas, Carlos, *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, 1976, esp. 82-106; Vallet de Goytisolo, Juan B., "Algunas consideraciones acerca de la ley y la jurisprudencia de los Tribunales como fuente del Derecho", en VV. AA., *Estudios sobre el título preliminar del Código*

de justicia es, o no, fuente del derecho, y su aprobación no ha acallado el debate, que se ha recrudecido en los últimos años debido, precisamente, al establecimiento del Tribunal Constitucional en 1980 en cumplimiento de las previsiones del título IX de la Ley fundamental de 1978.

Como no es infrecuente en España, el debate teórico se desarrolla al margen de la realidad. Aquél se centra en aquilatar si la doctrina de los tribunales, o jurisprudencia, puede ser considerada fuente del derecho español. La *communis opinio* de la doctrina científica o académica coincide con la fórmula de compromiso alcanzada por el legislador: la jurisprudencia es un elemento importante para precisar la intelección de las leyes pero carece de autoridad propia para fundar decisiones en derecho.³ No sin notables excepciones, que sostienen que digan lo que digan los profesores, los jueces actúan siguiendo la jurisprudencia, y tras ellos, los abogados y funcionarios.⁴

La realidad, en efecto, muestra que los tribunales dictan sentencias que citan con profusión lo dicho en sentencias previas:⁵ sentencias dictadas por ellos mismos, por otros tribunales españoles (en especial por el

civil, 1977. La reforma fue llevada a cabo por el Decreto 1836/1974, del 31 de mayo, que articuló la Ley 3/1973, del 17 de marzo, de bases para la modificación del título preliminar del Código civil.
³ Es clásica la tesis de Federico de Castro y Bravo, *Derecho civil de España* (1949 y 1952; reeditada en 1984 y 2008), en especial "La función judicial" (I: 493-497) y "La jurisprudencia de los Tribunales" (I: 497-512). Cfr. Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, 2000, pp. 307 y ss. La *communis opinio* es, claro, la opinión o parecer común a los doctores, que llegó a tener fuerza de ley durante el imperio de la constitución de Teodosio II; por extensión, la doctrina admitida y consagrada por la mayoría de los autores y juristas más acreditados: <http://www.encyclopedia-juridica.com>, 2021-12-23. En general, Ruiz Miguel, Alfonso y J. Laporta, Francisco, "Precedent in Spain", en McCormick, Summers (eds.), *Interpreting precedents: a comparative study*, 2016, pp. 259-291.

⁴ Por todos, Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, *op. cit.*. El testimonio de los jueces es claro: entre otros, Peces, Jesús Ernesto, "Valor de la jurisprudencia", 2001, pp. 15-107; Sainz de Robles, Federico Carlos Rodríguez, "La jurisprudencia desde la práctica forense", 2001, pp. 153-184; Moya, Juan Martínez, "La realidad del precedente jurisprudencial: especial referencia a la problemática de su recepción por los juzgados de instancia", 2001, pp. 473-526. Publicados en un libro editado por el Consejo General del Poder Judicial con el significativo título *La fuerza vinculante de la jurisprudencia* (2001).

⁵ Son esclarecedores los datos que aportan Marcela Iglesias-Onofrio y Margarita Martín Carballo en "La gestión de la información doctrinal y su interés para la argumentación de las sentencias: la perspectiva de los magistrados españoles", en VV. AA. *Jurisprudencia y doctrina: incidencia de la doctrina en las resoluciones judiciales*, 2020, pp. 21-56, en especial, 31-37.

Tribunal Supremo y, en medida variable, por el Tribunal Constitucional) y, cada vez con mayor frecuencia, por tribunales europeos: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, integrado en el Consejo de Europa. El advenimiento de ordenadores y procesadores de texto electrónicos ha dado lugar a una proliferación de citas que reviste características de una floresta selvática. Los abogados se esfuerzan por encontrar sentencias favorables a sus tesis, que alegan abundantemente ante los tribunales en sus demandas y otros escritos forenses.

Un punto donde sí parece haber unanimidad es en lo relativo a los precedentes: es un término que no se usa nunca en derecho español.⁶ Sólo se emplea para referirse a los sistemas jurídicos del *common law* anglosajón, habitualmente con la finalidad de marcar las diferencias que presenta con los derechos romano-germánicos propios del continente europeo.⁷ Es un tópico sostener que en aquella familia jurídica la jurisprudencia es fuente del derecho, en virtud del principio de *stari decisis*; a diferencia de lo que acontece en el derecho español, donde cada juez es independiente y, por ende, interpreta libremente la ley, sin perjuicio de la corrección de sus juicios en vía de recurso por los tribunales superiores.⁸ Así lo dejó sentado la capital sentencia *Pedro Muñoz Blázquez contra Fogasa* (STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2), en unas frases que han sido repetidas muchas veces:

La regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el art. 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la Ley o igualdad en la Ley y constituye desde este

⁶ Sobre la diferencia entre doctrina jurisprudencial y precedente, Nieto, Alejandro, "Visión doctrinal de la jurisprudencia", VV. AA., *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, 2001, pp. 112-114; Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, 2007, pp. 165-167.

⁷ De Otto y Pardo, Ignacio, *Estudios sobre el poder judicial*, 1989; Vives Antón, Tomás S., "Tribunales de justicia y jurisprudencia constitucional", *Revista Poder Judicial*, 2-2, pp. 9-13, 1986.

⁸ Falcón y Tella, María José, *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*, 2010. Muy ilustrativo, Lafuente Suárez, José Luis, *La vinculación al precedente: inconvenientes para su aplicación en el ámbito del sistema jurídico español*, 1991.

punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la Ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad, es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la Ley tiene necesariamente que cohonestarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la Ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales.

Con mayor claridad aún lo expresó la sentencia *Joaquín Ataz Sánchez c. Hispano-Alemana de Construcciones SA* (STC 49/1985, de 28 de marzo, FJ 2):

de los principios de independencia y autonomía judicial y de sujeción exclusiva del Juez a la legalidad ... deriva la imposibilidad de exigir del juzgador un mantenimiento indefinido de sus propios precedentes. De un lado, la propia dinámica jurídica que se manifiesta no sólo en la modificación normativa sino también en una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad (STC 63/1984, de 21 de mayo) fundamenta la libertad de cada órgano judicial para modificar sus propios criterios; libertad que, además, no puede ser controlada por este Tribunal en el recurso de amparo en la medida en que no incida en la vulneración de derechos fundamentales, pues es al Juez al que la Constitución reconoce la potestad exclusiva de juzgar. De otro, la posibilidad de modificar el criterio previamente adoptado constituye incluso exigencia ineludible de la propia función judicial cuando aquél se considera posteriormente erróneo, pues el Juez

está sujeto a la Ley y no al precedente y está obligado por mandato constitucional a aplicar aquella, es decir, el sentido de la misma que reconozca como ajustado en el momento de juzgar.⁹

Esta cultura jurídica tiene consecuencias de gran alcance. Los juristas españoles estudian y manejan la jurisprudencia en busca de su "doctrina", no del "precedente". Como muestran los párrafos anteriores, se buscan citas de los fundamentos jurídicos que ofrecen conceptos y razonamientos relevantes para el problema planteado. Pero no se analizan los problemas resueltos en pronunciamientos previos para resolver en el mismo sentido otros problemas idénticos o, al menos, análogos, ateniéndose a la elusiva *ratio decidendi*. Aquel modo de proceder puede tener sentido cuando se abordan problemas teóricos, como el que nos ocupa ahora. Pero cuando se trata de resolver litigios o causas, el manejo de fundamentos jurídicos sueltos, desvinculados de los hechos del problema y de las cuestiones jurídicas suscitadas en el caso previo, sirve para poco.¹⁰

Cuestión distinta es que, en los últimos años, se aprecia una tendencia teórica hacia la recepción del concepto "precedente" en nuestro derecho, especialmente marcado en el campo de la filosofía del derecho¹¹ pero con ramificaciones en estudiosos del derecho positivo.¹²

⁹ Xiol Ríos, Juan Antonio, "El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional", *Revista Poder Judicial*, 1986; Nieto, Alejandro, "El precedente judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional", en VV. AA., *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, pp. 229-254, 1990; Cabañas García, Juan Carlos, *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley*, 2010.

¹⁰ Es el doctrinarismo al que se refiere Miguel Pasquau Liaño: "Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias" (2012, p. 121). Es sumamente ilustrativo el análisis que efectúa Nieto, Alejandro, *Canon silogístico, canon de autoridad y canon factual*, 2012.

¹¹ Atienza Rodríguez, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 1991; Gascón Abellán, María, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, 1993; Laporta, Francisco J., "Vindicación del precedente judicial en España", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, pp. 267-278, 1997; Moral Soriano Leonor, *El precedente judicial*, 2002; Ollero Tassara, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, 2ª ed., 2005.

¹² López Guerra, Luis, "El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*", en VV. AA., *El Tribunal Constitucional*, pp. 1433-1455, 1981; Roca Trías, Encarna, "Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad", *Revista Jurídica de Cataluña*, 85-4, 7-40, 1986; Samper Juan, Joaquín (dir.), *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, 2001; Rivero Ortega, Ricardo, "Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho", *Revista de Administración Pública*, 157, 2002, pp. 94-100; Ferreres, Víctor y Xiol, Juan Antonio, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2009.

En cualquier caso, este marco cultural explica que este estudio sobre los precedentes en la jurisdicción constitucional verse sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

B. El sistema jurídico español

I. Planteamiento

El Tribunal Constitucional fue creado por la Constitución adoptada por el pueblo español el 6 de diciembre de 1978, promulgada por el Rey en las Cortes el 27 de diciembre y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 29 de diciembre. La Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, estableció sus normas rectoras. Y el 14 de febrero de 1980 fueron nombrados los primeros magistrados quienes, tras unos meses intensos de preparación, iniciaron el ejercicio de la jurisdicción constitucional el 15 de julio de 1980.¹³

El nuevo Tribunal¹⁴ se insertó en un sistema judicial viejo, en varios sentidos. El Poder Judicial había nacido formalmente con la Constitución de Cádiz de 1812 y, en realidad, con la Constitución de 1869 (cuya vigencia expiró bruscamente en 1873) y su perdurable legado, la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870; así como con la promulgación de un Real Decreto (algo habitual en España, como bien sabía el Conde de Romanones) que aseguró en la práctica la inamo-

¹³ Pleno del Tribunal Constitucional, Acuerdo de 14 de julio de 1980 por el que se fija la fecha en que comenzará a ejercer sus competencias (BOE núm. 168, 14/07/1980). Francisco Rubio Llorente: "La jurisdicción constitucional en España", en *La forma del poder*, 2012; Francisco Tomás y Valiente: "El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: Competencias, riesgos y experiencias" (1993 y 1997). Es esencial el libro, y el documental que incluye, de Beltrán, Miguel y Sarmiento, Daniel, *Un Tribunal para la Constitución*, 2017.

¹⁴ Pérez Trempe, Pablo, *Sistema de justicia constitucional*, 3ª ed., 2019; Medina Guerrero, Manuel, "Artículo 1", en Requejo Pagés, Juan Luis (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, pp. 69-89, 2001; El Tribunal Constitucional adquirió su alma con el discurso inaugural de su primer presidente, don Manuel García Pelayo, "El status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, pp. 11-34, 1981. El Tribunal editó un libro sobre su inauguración (disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es/es/publicaciones/Paginas/006-Otras-publicaciones.aspx>).

vilidad de los jueces y magistrados: el Decreto Canalejas de 1889.¹⁵ Desde entonces, el conjunto orgánico formado por juzgados, audiencias provinciales y territoriales y el Tribunal Supremo mantuvo una independencia austera y digna, con una jurisdicción confinada a asuntos sin interés político. Pues los conflictos que desgarraron a España durante el siglo XX fueron confiados a jurisdicciones especiales, ajenas al Poder Judicial: así la jurisdicción militar, la laboral, la canónica, la tributaria o la contencioso-administrativa, entre otras muchas.¹⁶ Esa debilidad material de la potestad jurisdiccional aseguró en gran medida la estabilidad de la carrera judicial, salvo el terrible paréntesis de la guerra civil y la depuración inmediatamente posterior.¹⁷ Sólo con la Constitución de 1978 se ha conseguido la anhelada unidad de fueros, proclamada baldíamente en varias constituciones decimonónicas. La Constitución vigente ha reintegrado todos los poderes para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en un único Poder Judicial, dejando a las jurisdicciones administrativas plenamente sometidas al control judicial.¹⁸

El poder judicial, en 1978, era viejo también porque sus cuadros procedían del régimen político anterior a la Monarquía parlamentaria establecida por la Constitución.¹⁹ La transición política se fundó en un pacto entre los hijos de los vencedores y los vencidos en la guerra civil (1936-1939) que incluía el mantenimiento de todos los funcionarios en

¹⁵ Real Decreto de 24 de septiembre de 1889, dictando reglas sobre inamovilidad en la carrera judicial (Gaceta de Madrid núm. 273, 30/09/1889). Ortego Gil, Pedro, *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad: el control ministerial sobre los jueces en el siglo XIX*, 2019; Nieto, Alejandro, *El desgobierno judicial*, 2ª ed., 2005.

¹⁶ Sigue siendo imprescindible el análisis de Toharia, Juan José, *Modernización, autoritarismo y Administración de justicia en España*, 1974. Una síntesis certera en De Otto y Pardo, Ignacio, *Estudios sobre el poder judicial*, op. cit.

¹⁷ Cancio Fernández, Raúl C., *Guerra civil y tribunales: de los jurados populares a la justicia franquista-1936-1939*, 2007; Rodríguez Olazábal, José, *La administración de justicia en la Guerra Civil*, 1996; VVAA, *Justicia en guerra*, 1990.

¹⁸ Son ilustrativos los trabajos inmediatamente posteriores a la aprobación de la Constitución, como los de Rodríguez-Aguilera, Cesáreo, *El poder judicial en la Constitución*, 1980; Ibáñez, Perfecto y Movilla Álvarez, Andrés Claudio, *El Poder Judicial*, 1986; Bandrés, José Manuel, *Poder judicial y Constitución*, 1987.

¹⁹ Es referencia imprescindible Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, 1984, en especial, pp. 97-109.

sus puestos: todos los jueces y magistrados, en especial los del Tribunal Supremo y quienes ocupaban puestos directivos en las Audiencias. Lo que implicaba el mantenimiento de una cultura jurídica tradicional; unos sesgos políticos conservadores, y unas pautas de actuación seculares.²⁰

Entre ellas se incluía una concepción tradicional de la jurisprudencia. Es preciso apuntar sus rasgos básicos para comprender el impacto que tuvo la jurisprudencia constitucional, apoyada en momentos decisivos por el legislador democrático.

II. La concepción judicial de la jurisprudencia

Los cimientos del derecho español contemporáneo se forjan durante el siglo XIX: el Código civil de 1889 coronó la obra de demolición del antiguo régimen iniciada por el Decreto número I de las Cortes de Cádiz, del 24 de septiembre de 1810. En la Monarquía absoluta, los Consejos del Rey gobernaban siguiendo sus precedentes.²¹ La progresiva codificación y centralización de la legislación que regía la península ibérica y sus islas adyacentes (jirones de las posesiones que pertenecieron a la antigua Corona católica y fundamento de la nueva nación española, proclamada en Cádiz en 1812) se produjo cuando predominaba el paradigma de la aplicación mecánica del ordenamiento: los jueces debían limitarse a pronunciar las palabras de la ley en los casos que juzgaban, previa subsunción lógica de los hechos en la norma jurídica aplicable.²² Esta

²⁰ Toharia, José Juan, "*¡Pleitos tengas!...*": introducción a la cultura legal española, 1987; Peces Morate, Jesús Ernesto, "Valor de la jurisprudencia", *op. cit.*

²¹ Véase Tomás y Valiente, Francisco, "Castillo de Bobadilla: semblanza personal y profesional de un juez del antiguo régimen", en *Obras completas*, 1997, pp. 1775-1800; Alonso Romero, María Paz, "Derecho patrio y derecho común en la Castilla moderna", en *Salamanca, escuela de juristas: Estudios sobre la enseñanza del Derecho en el Antiguo Régimen*, 2012; Barrios, Feliciano, *La gobernación de la monarquía de España: Consejos, Juntas y Secretarios de la Administración de Corte, 1556-1700*, 2015; Pérez Martín, Antonio y Scholz, Johannes-Michael, *Legislación y jurisprudencia en la España del antiguo régimen*, 1978, en especial, pp. 291 y ss., 328 y ss.

²² Lasso Gaité, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*, 8 v., 1970-1998; *Actas de las sesiones de la Comisión General de Codificación 1828-1994* (2 DVD, 2007); Salvador Coderch, Pablo, *La compilación y su historia: estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, 1985.

concepción sigue siendo la dominante en la cultura jurídica española, a pesar de que el siglo XX arrasó sus premisas teóricas y de que la legislación se desborda en un torrente de leyes medida y de disposiciones retóricas o mediáticas.²³

La primera versión del Código civil (1889) dejó sentado el total predominio de la ley escrita: una vez publicadas oficialmente, las disposiciones legales aprobadas por la autoridad competente eran la fuente del derecho. Así lo mostraban los artículos 1 y siguientes del Código.²⁴ Sólo el artículo 6 del CC dejó un resquicio a la jurisprudencia, en términos poco tranquilizadores: "El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes, incurrirá en responsabilidad. —Cuando no haya Ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho".

El imperio del legalismo durante el siglo XIX no impidió al Tribunal Supremo reafirmar su papel de vértice del sistema judicial.²⁵ El alto tribunal no ignoraba la importancia real de la jurisprudencia: lo que hizo fue domeñarla para someterla a sus criterios uniformes. La tarea era de especial relevancia porque no hubo Código hasta el final del siglo: por ende, los criterios establecidos por el Tribunal Supremo al resolver los litigios en grado de recurso de casación eran la ley vigente en la práctica.

²³ García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, 2 vols., 19ª y 16ª eds., 2020, pp. 103-107; Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. III- Los principios de constitucionalidad y legalidad*, 2015, pp. 136 y ss; Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. IV- El ordenamiento jurídico*, 2015, pp. 37 y ss.; Aguilera Barchet, Bruno, "De la legislación motorizada a la legislación inútil", en VV AA: *Hacia un derecho global: reflexiones en torno al derecho y la globalización*, 2006, pp. 69-72.

²⁴ Su versión original puede ser consultada en la excelente colección de leyes consolidadas del BOE: para el Código Civil (CC), véase <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&b=4&t-n=1&tp=18890725#tpreliminar> (2021-12-27).

²⁵ Son imprescindibles, y rompen los mitos acumulados en los estudios habituales, las obras de Costa, Joaquín, "La casación, el Tribunal Supremo y la jurisprudencia", 1888; Coca Payeras, Miguel, *La doctrina legal: estudio de su naturaleza y contenido, así como de la incidencia ejercida sobre ella por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, 1980. Es imprescindible la lectura de Moreno Pastor, Luis, *Los orígenes del Tribunal Supremo 1812 -1838*, 1989.

Esa concepción, que se acabó plasmando en la reforma del Código civil de 1974, se ha mantenido hasta hoy en la doctrina universitaria clásica²⁶ y en la carrera judicial, como acredita la lectura de diversos estudios escritos por magistrados de la carrera judicial tras la aprobación de la Constitución²⁷ y las sentencias que se pronuncia con habitualidad en la actualidad.²⁸ Algunas sentencias constitucionales ofrecen casos muy ilustrativos.²⁹

La clave de bóveda del sistema se encuentra en la legislación procesal o, dicho de otro modo, en el propio sistema judicial. Las leyes de enjuiciamiento civil permitieron siempre que el Tribunal Supremo revocara en casación las sentencias dictadas por tribunales inferiores, no solamente por infracción de ley; también por infracción de "doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales" o de "doctrina legal", que el Tribunal de casación equiparó desde siempre a la doctrina establecida por sus sentencias.³⁰ La ley mantiene vigente esa tesis secular, al disponer hoy en día la casación de las sentencias que se opongan "a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo".³¹

²⁶ García Cantero, Gabriel, "Le précédent et la loi. Rapport de Droit espagnol", 2007, ofrece una síntesis acorde con la doctrina académica dominante, como puede leerse en los manuales de derecho civil al uso.

²⁷ Pera Verdager, Francisco, "Fuentes del Derecho, jurisprudencia y constitucionalidad", en VV. AA., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, III, pp. 1611-1628, 1981,

²⁸ Pueden ser consultadas en la base de datos de jurisprudencia que mantiene el Cendoj (<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>).

²⁹ Por ejemplo, STC *Bowitz* (99/1985, de 30 de septiembre: autorización judicial previa para proceder por delito de falso testimonio en litigio civil, que la jurisprudencia había mantenido a pesar de haber sido derogada por el legislador en 1932); STC *hermanos Castro Moreno* (95/2010, de 15 de noviembre: cómputo de la prescripción penal siguiendo la interpretación del Tribunal Supremo, desautorizada en sede constitucional en sentencia del año 2005).

³⁰ Respectivamente, art. 1012 LEC (1855: Ley de enjuiciamiento civil, aprobada por Ley de 13 de mayo y Real Decreto de 5 de octubre de 1855) y art. 1691 LEC (1881: Ley de enjuiciamiento civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, en vigor hasta su derogación por la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero). Véase Miguel Coca Payeras: *La doctrina legal* (1980), 166-202.

³¹ Art. 477.3 LEC 2000 (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&rb=596&rt-n=1&rp=20111011#a477>). En este estudio no se aborda un tema esencial, como es la potestad atribuida por la ley a los tribunales de justicia para la unificación de criterios interpretativos en la aplicación de la ley y la coordinación de prácticas procesales (arts. 264 y 170 LOPJ), de las que ha hecho un uso importante el Tribunal Supremo mediante "acuerdos no jurisdiccionales" que, en ocasiones, cuesta diferenciar de una disposición reglamentaria (véase una relación de esos acuerdos en la página en red del Consejo judicial: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/?vgnnextlocale=es&rstartAt=10&rpag01=2>). Me remito a Martínez Francisco, María Nieves, *Los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, 2013;

El principal peligro para la jurisprudencia del Tribunal Supremo no era el legislador, sino el propio Tribunal Supremo. Conviene aclarar que en España no existe propiamente un recurso de casación: es decir, un recurso que, siguiendo el modelo revolucionario francés, limite la potestad del Tribunal superior a casar la sentencia inferior que falló el litigio, cuando estima que hubo infracción de la ley, y a retrotraer actuaciones para que el tribunal de instancia dicte una nueva sentencia sobre el fondo, ateniéndose a la intelección de la ley aceptada en casación. Ese modelo sólo estuvo vigente en España unos pocos años (entre 1838 y 1855), cuando el legislador introdujo un "recurso de nulidad" con las características expuestas; recurso que es dudoso que haya llegado a tener aplicación práctica, dado el abundante número de recursos pendientes que continuaron siendo resueltos de conformidad con las antiguas vías de recurso y la reticencia de los magistrados ante ese novedoso artefacto procesal. Pero la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, que dio el nombre de "recurso de casación" a la atribución principal del Tribunal Supremo, le privó de su sustancia al restablecer el antiguo sistema de jurisdicción plena para resolver el litigio definitivamente conforme a derecho.³² Por ello el Tribunal Supremo solamente revoca y retrotrae el proceso cuando aprecia un quebrantamiento de las formas o garantías del juicio o la sentencia; pero cuando aprecia una vulneración de la ley o de su propia jurisprudencia, entra directamente a fallar el fondo del asunto.³³

Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli, "¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-02, pp. 1-25, 2008; Tapia Fernández, Isabel, "¿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, pp. 21-80, 2017. En materia penal, estos acuerdos revisten una importancia especial: Granados Pérez, Carlos, *Acuerdos del Pleno de la Sala del Tribunal Supremo para unificación de la jurisprudencia: años 1991-2016*, 2ª ed., 2017; Martínez Francisco, María Nieves, *Los plenos no jurisdiccionales de la Sala 2ª del Tribunal Supremo: problemática sustantiva y constitucional*, 2012; Íñigo Corroza, Elena y Ruiz de Erenchun Arteche, Eduardo, *Los acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido: 1991-2007*, 2007. En otro plano, Rodríguez-Patrón, Patricia, *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, 2005.

³² Vázquez Sotelo, José Luis, "El modelo español de casación (Configuración histórica y evolución legislativa)", en VV. AA., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*. Vol. 3. *Diritto processuale processi civili*, pp. 355-429, 1993.

³³ Así lo viene escribiendo, con escaso eco, el profesor José Luis Vázquez Sotelo: "El modelo español de casación (Configuración histórica y evolución legislativa)", en VV. AA.: *Scritti in onore di Elio Fazzalari*. Vol. 3. *Diritto processuale processi civili* (1993) 355-429. Idem: "Ineficacia de la casación bajo el peso de la dogmática", *Justicia. Revista de derecho procesal* (2010) 3-4: 97-118; también en *El recurso de*

Mantiene con ello la competencia plena que caracterizaba a los tribunales o consejos del antiguo régimen: es un tribunal supremo que sigue resolviendo recursos de injusticia notoria, como en el antiguo régimen, no un tribunal de casación en el sentido francés.

La preocupación por resolver el fondo de los litigios civiles o de las causas penales traídas al conocimiento del Tribunal Supremo, mediante el llamado recurso de casación, hace que la coherencia de los razonamientos haya sido postergada a un segundo plano.³⁴ Siempre se ensalza la función nomofiláctica del tribunal de casación: pero siempre predomina, en la práctica, la preocupación por un fallo acertado sobre el fondo del asunto antes que por la coherencia de sus fundamentos jurídicos. Si a ese dato se suma el elevado número de recursos presentados cada año; la inexistencia de un centro de documentación que ordene las sentencias,³⁵ y la práctica de sentencias de ponente (la sala delibera el asunto y vota el fallo, pero los fundamentos de la sentencia son libremente redactados por el magistrado ponente), el resultado es claro: sentencias que afirman "doctrinas" diferentes, cuando no contradictorias. Los problemas causados por la abundancia de sentencias de casación contradictorias, al menos aparentemente, y la preocupación por el exceso de recursos, han orientado la legislación vigente: los recursos de casación, en la actualidad, sólo son procedentes para la unificación de doctrina o por revestir "interés casacional". El primer requisito exige acreditar la existencia de contradicciones en la jurisprudencia de los tribunales; el interés casacional también puede surgir por esa contradicción, o por algunos otros supuestos

casación civil (2010) 231-245. Es curioso advertir que, en el orden jurisdiccional penal, el Tribunal Supremo dicta dos sentencias: la primera resuelve los motivos del recurso y, si estima éste, revoca la sentencia inferior; inmediatamente dicta una "segunda sentencia" que pronuncia el fallo definitivo. Se trata de un residuo histórico, homenaje a la tan proclamada como inexacta raíz francesa de la casación española.

³⁴ Con gran claridad lo expone Pasquau Liaño, Miguel, "Código, doctrina y jurisprudencia civil. Reflexiones sobre el deterioro de la función jurisprudencial del Tribunal Supremo", *Anuario de Derecho Civil*, XLVIII-3, pp. 1089-1104, 1995, en especial, pp. 1094-96.

³⁵ Ahí radica la clave de la *Cour de cassation*: su Service de documentation, des études et du rapport (SDER) [<https://www.courdecassation.fr/la-cour/lorganisation-de-la-cour-de-cassation/le-service-de-documentation-des-etudes-et-du-rapport>, 2022-01-13]. Charbonneau, Cyrille, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, 2011.

tasados por la respectiva ley procesal.³⁶ En cualquiera de estos supuestos, siempre es determinante que una sentencia no se haya conformado con la doctrina del Tribunal Supremo.³⁷

III. La novedad de la jurisprudencia constitucional

La creación del Tribunal Constitucional en 1980 convulsionó el estado de la jurisprudencia en el sistema jurídico español. Primero, porque trajo consigo una nueva realidad, de gran voltaje: la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la aplicación directa de los derechos fundamentales declarados por el título I de la Constitución implicó una profunda transformación del ordenamiento: en particular, los derechos a la tutela judicial (efectiva, sin indefensión y en un proceso con todas las garantías: art. 24 CE) y a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE).

El Tribunal en su faceta kelseniana, como juez de la ley, suponía un impacto indirecto sobre la jurisprudencia de los tribunales: al controlar la validez constitucional de las leyes, fundamento teórico a su vez de las

³⁶ El recurso de casación para la unificación de doctrina fue introducido por el legislador español en el orden jurisdiccional social: en la actualidad, arts. 218 y 219 LJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social). El interés casacional fue acuñado, en el orden civil, por la vigente Ley de enjuiciamiento civil 2000 (art. 477 LEC). En el orden contencioso-administrativo, por la Ley específica de esta jurisdicción, a partir de su reforma de 2015 (art. 88 LJ: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio). Finalmente, en el orden penal fue la Ley 41/2015, de 5 de octubre, la que reformó la venerable Ley de enjuiciamiento criminal (1882) para introducir "una modificación de alcance histórico en la regulación del recurso de casación" (STS II-P de 30 de marzo de 2021, recurso 2693-2019, núm. 284/2021, ECLI:ES:TS:2021:1159, FJ 2): arts. 847, 848, 885 y 889 LECrim. En general González Alonso, Alicia, "La inadmisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo", en VV. AA., *La inadmisión de los recursos en defensa de los derechos: criterios jurisprudenciales de los Tribunales Supremo, Constitucional, de Justicia de la Unión Europea y Europeo de Derechos Humanos*, pp. 15-69, 2019. Véase, asimismo, la bibliografía cit. n. siguiente.

³⁷ García Murcia, Joaquín (dir.), *El recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social de la jurisdicción: un estudio a través de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*, 2020; Gómez-Ferrer Rincón, Rafael (dir.): *La eficacia del recurso de casación como técnica para la formación de jurisprudencia en el ámbito del Derecho administrativo*, 2020; Luzón Cuesta, José María, *El recurso de casación penal*, 2015; De Paula Blasco Gascó, Francisco, *El interés casacional: infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, 2002; Morón Palomino, Manuel, *La nueva casación civil*, 2001.

sentencias judiciales, imponía límites a la creación judicial del derecho. Este fenómeno resulta claro cuando el Tribunal Constitucional declara inconstitucional y nula una ley que venía siendo interpretada por la jurisprudencia, la cual perdía su fundamento legal. Pero la cuestión se enturbia cuando el Tribunal dicta un fallo de interpretación conforme: bien declarando inconstitucional una de las posibles interpretaciones del texto legal sometido a su juicio, bien declarando que la ley enjuiciada sólo es conforme con la Constitución si se interpreta de una manera determinada. Este tipo de fallos en los procesos de control de las leyes (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, principalmente) fue reconocido tempranamente (por la capital sentencia *estatuto de centros escolares*, STC 5/1981, de 13 de febrero) y supone una parte importante de los pronunciamientos que dicta el Tribunal Constitucional sobre leyes.³⁸

El alcance que reviste la jurisprudencia constitucional sobre la judicial dio lugar a un interesante debate en el proceso constituyente, que desembocó en un precepto oscuro: "La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada" (art. 161.1.a, segunda frase, CE).³⁹ Precepto que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional desarrolló en dos normas: la que limita el alcance revisorio de procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada a aquellas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de leyes que atañen a procesos penales o contencioso-administrativos sobre sanciones administrativas (art. 40.1 LOTC), y la que dispone que, "En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o

³⁸ López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, 2004; Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad: análisis especial de las sentencias aditivas*, 2001; Garrorena Morales, Ángel, "Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 12-13, pp. 137-174, 2000-2001.

³⁹ Peces-Barba Martínez, Gregorio, "El Tribunal Constitucional", en VV. AA., *El Tribunal Constitucional*, 1981, pp. 2052-53, 2056-62.

actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales" (art. 40.2 LOTC).⁴⁰

Pero el tribunal constitucional español, aunque debe su existencia a la teoría de Kelsen para asegurar la sujeción del legislador a la Constitución, debe su estatuto a la tragedia colectiva resumida en la referencia al campo de exterminio de Auschwitz. Las Constituciones posteriores al año 1945 sitúan en su núcleo la declaración y protección de los derechos humanos, nacidos como reacción del mundo civilizado a la barbarie racista e inhumana del régimen nazi.⁴¹ Y la española, una generación perdida después, sigue ese patrón. La proclamación de los derechos fundamentales es una de sus preocupaciones esenciales; lo es, también, asegurar su garantía efectiva, en términos que reposan en última instancia sobre el carácter vinculante de la Constitución, la tutela judicial y la jurisdicción constitucional de amparo (arts. 9, 10, 53 y 123 CE, principalmente).⁴²

El Tribunal Constitucional, en su faceta de amparo constitucional de los derechos fundamentales, guarda una relación totalmente distinta con la jurisprudencia de los tribunales que la que se produce cuando se ciñe a controlar la constitucionalidad de las leyes. Y, en particular, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pues en los procesos de amparo, el tribunal de la Constitución no se limita a enjuiciar la validez de las leyes que aplica el Poder Judicial en los litigios y causas; sino que conoce directamente de estos litigios y causas y, por ende, enjuicia directamente la validez de las resoluciones judiciales que han interpretado y dado

⁴⁰ De Otto y Pardo, Ignacio, *Estudios sobre el poder judicial*, op. cit. pp. 1284-86, 1365-71, 1296-1305; Medina Guerrero, Manuel, op. cit. pp. 74-81; Gómez Montoro, Ángel J., "Artículo 40", en Requejo Pagés, Juan Luis (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, pp. 608-631, 2001, pp. 627-631.

⁴¹ Laporta, Francisco J., "Auschwitz y la justicia", en VV. AA., *Confrontando el mal: ensayos sobre violencia, memoria y democracia*, pp. 149-163, 2017; Borrajo Inieta, Ignacio, "¿Por qué el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental?", en VV. AA., *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, 2008, pp. 1322-24.

⁴² García de Enterría, Eduardo, *La Constitución y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., 2006.

aplicación a las leyes, tanto procesales (a la luz de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso justo, *ex art.* 24 CE) como las leyes sustantivas (a la luz de los derechos materiales que enuncia el art. 53.2 CE). Y, como consecuencia, el Tribunal Constitucional revisa directamente la jurisprudencia que ha guiado o fundado las decisiones judiciales. En caso de estimar que la ley es inconstitucional, puede suscitar cuestión sobre su validez (art. 55.2 LOTC).⁴³ Sin embargo, en caso de estimar que la ley es compatible con la Constitución, pero que la interpretación sostenida por los tribunales en el caso sometido a su jurisdicción de amparo es contraria a alguno de los derechos fundamentales, lo declara así directamente. E impone su propia doctrina jurisprudencial. Un ejemplo paradigmático lo ofrece el caso Preysler.

Claro es que la jurisdicción del Tribunal Constitucional se limita a proteger los derechos fundamentales, dejando fuera el ancho campo regido por la "legislación ordinaria", donde la jurisprudencia de los tribunales sigue siendo libre bajo la égida del tribunal de casación. Pero quien repare en el alcance real de los derechos fundamentales caerá en la cuenta de que esa limitación es tenue: los derechos que la Constitución confía al amparo último del Tribunal Constitucional son determinantes en todas las ramas del derecho español y en todo tipo de situaciones. Donde no llegan los derechos sustantivos clásicos (las libertades de religión y expresión, la libertad personal, la participación en los asuntos públicos, etc.), reinan el derecho a la igualdad ante la ley (cuyo alcance abstracto lo hace aplicable a cualquier relación jurídica: art. 14 CE) y el derecho a la justicia del artículo 24 de la Constitución. Su apartado segundo se proyecta con fuerza decisiva en todos los procesos de que conocen todos los juzgados y salas de justicia de España, al imponer garantías tan básicas como la independencia e imparcialidad de los jueces, el derecho

⁴³ Urías Martínez, Joaquín, *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, 1996; Urías Martínez, Joaquín, *La tutela frente a leyes*, 2001; Herrera García, Alfonso, *El control de constitucionalidad de las leyes en vía de amparo: hacia una distinta caracterización jurídico-procesal del recurso de amparo*, 2009; Mieres Mieres, Luis Javier, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales: especial referencia al incidente en el recurso de amparo*, 1998.

a la defensa y la asistencia letrada, la presunción de inocencia o, en general, el derecho a un proceso "con todas las garantías" (art. 24.2 CE). Y su apartado primero impuso a todos los tribunales el deber constitucional de dispensar una tutela "efectiva" y, al mismo tiempo, sin "indefensión", de los derechos e intereses legítimos de todas las personas. Imperativos constitucionales que alcanzan a todo tipo de litigios y causas, como muestra elocuentemente un repaso de las materias jurídicas resueltas a la luz del derecho a la justicia (art. 24 CE).

Como apunté antes, esta jurisdicción constitucional de amparo sobre casos concretos y, por ende, sobre la jurisprudencia judicial en que se fundan las sentencias revisadas en sede constitucional supuso un revulsivo para la tradicional supremacía del Tribunal Supremo.⁴⁴ Tal y como dispone el Código civil, la ley reconoce una influencia sobre las fuentes del derecho español solamente a la jurisprudencia que emana del Supremo: "la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho" (art. 1.6 CC, versión 1974). Pero la primacía de las garantías constitucionales, y por ende de la jurisprudencia constitucional en esa materia, fue decisiva en los primeros años. Por traer a colación un ejemplo significativo: cuando el Tribunal Supremo siguió la doctrina tradicional de que la Constitución es un texto político con eficacia meramente programática, que debe ser desarrollado por las leyes para generar derechos que los tribunales deban proteger, la reacción del Tribunal Constitucional fue fulminante. La Constitución es norma jurídica plena; una vez entrada en vigor, despliega sus efectos sin necesidad de la aprobación de leyes. En la sentencia *Carmen Yébenes Carrillo* (STC 80/1982, de 20 de diciembre), se subrayó que la Constitución es "nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal"; norma que es vinculante para

⁴⁴ En especial, Ortells Ramos, Manuel, "El Tribunal Supremo español: un tribunal en busca de identidad", en VV. AA., *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*, pp. 31-106, 2007; Ramos Méndez, Francisco, "¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?", en VV. AA., *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*, pp. 107-134, 2007.

todos los poderes públicos ("entre los cuales se insertan obviamente 'los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial'": art. 117 CE) "desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional". La conclusión obtenida por esa importante sentencia fue que "todo español tiene desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución" los derechos y libertades fundamentales proclamados en ella. Por lo cual no puede perpetuarse, vigente la Constitución, ninguna situación contraria a los derechos fundamentales, aun cuando hubiera surgido de conformidad con la legislación preconstitucional. Los efectos provocados por la entrada en vigor de la Constitución, en particular en lo relativo a su núcleo de derechos y libertades, "producen necesariamente efectos incluso sobre los procesos pendientes, actuando así como límite al principio según el cual un proceso debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de interposición de la acción". En el caso, las sentencias que conocieron en grado de recurso fueron anuladas en sede constitucional de amparo, para que resolvieran de conformidad con la Constitución al revisar la sentencia del juzgado de primera instancia, "válida en su día, pero no firme" antes de la entrada en vigor de la Norma de 1978. La sentencia *Yébenes* (STC 80/1982, de 20 de diciembre) advirtió lúcidamente que esta eficacia desde el mismo 29 de diciembre de 1978 "no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo", que desplegó todos sus efectos en esa fecha que, desde entonces, ha quedado marcada indeleblemente en nuestro derecho: el día en que la Constitución fue publicada, tal y como prescribe su disposición final.

La coexistencia de dos tribunales supremos, con jurisprudencias enfrentadas en ocasiones, dio lugar a diversos roces. La Constitución se había preocupado de precisar que el Tribunal Supremo, "con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales" (art. 123.1 CE). Para remachar el clavo, la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada en 1985 (hoy vigente, tras numerosas reformas y remiendos, eso sí) introdujo una disposición capital en el derecho español:

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5.1 LOPJ).

Su exposición de motivos lo explicó claramente:

Una de las características de la Constitución española es la superación del carácter meramente programático que antaño se asignó a las normas constitucionales, la asunción de una eficacia jurídica directa e inmediata y, como resumen, la posición de indiscutible supremacía de que goza en el ordenamiento jurídico. Todo ello hace de nuestra Constitución una norma directamente aplicable, con preferencia a cualquier otra. — Todos estos caracteres derivan del propio tenor del texto constitucional. En primer lugar, del artículo 9.1 que prescribe que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento". Otras disposiciones constitucionales, como la que deroga cuantas normas se opongan al texto constitucional o la que regula los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, completan el efecto del citado párrafo 1 del Artículo 9.º y cierran el sistema que hace de la Carta Magna la norma suprema de nuestro ordenamiento con todos los efectos jurídicos a ello inherentes. — El Título preliminar de la presente Ley Orgánica singulariza en el Poder Judicial la vinculación genérica del Artículo 9.1 de la Constitución, disponiendo que las Leyes y Reglamentos habrán de aplicarse según los preceptos y principios constitucionales y conforme a la interpretación de los mismos que realice el Tribunal Constitucional. Se ratifica así la importancia de los valores propugnados por la Constitución como superiores, y de todos los demás principios generales del Derecho que de ellos derivan, como fuente del Derecho, lo que dota plenamente al ordenamiento de las características de plenitud y coherencia que le son exigibles y

garantiza la eficacia de los preceptos constitucionales y la uniformidad en la interpretación de los mismos.⁴⁵

Este precepto de la ley que es la columna vertebral de los tribunales del Poder Judicial aclaró un extremo peliagudo: la vinculación judicial a la jurisprudencia constitucional, trasunto de su vinculación a la Constitución misma, alcanza no solamente a la doctrina emanada de sus sentencias sobre control constitucional de leyes; sino a las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo y, también, a la doctrina derivada de sus autos. Esa tesis es aceptada comúnmente por la bibliografía universitaria, no sin alguna interesante excepción.⁴⁶

La resistencia del Tribunal Supremo, en especial de su Sala I (De lo civil), a aceptar la supremacía de la jurisprudencia constitucional sobre la jurisprudencia legal duró, empero, una generación.⁴⁷ Tras un episodio especialmente lamentable, el legislador intervino el año 2007 en términos inequívocos: dispuso expresamente que las "resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado", y atribuyó al Tribunal de la Constitución la potestad de delimitar el ámbito de su jurisdicción y adoptar "cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben".⁴⁸ La declaración de nulidad puede ser adoptada de oficio por el Tribunal, sin más requisitos que dar audiencia previa al Ministerio fiscal y al órgano autor del acto o resolución y de hacerlo motivadamente (arts. 4.3 y 10.1.h LOTC).

⁴⁵ LOPJ 1985, exposición de motivos IV.

⁴⁶ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, 1982; De Otto y Pardo, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 1987, pp. 284-303; Santos Vijande, Jesús, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, 1995; Punset, Ramón, "Doctrina constitucional y órganos judiciales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 46, pp. 285-294, 1996.

⁴⁷ Serra Cristóbal, Rosario, *La guerra de las cortes: la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, 1999; Campanelli, Giuseppe, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, 2005.

⁴⁸ Art. 4, apartados 2 y 1, LOTC, versión de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Véase Pérez Tremps, Pablo (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, 2004.

La sentencia *Manuel Jiménez de Parga y Cabrera* (STC 133/2013, de 5 de junio) puso punto final a esas tensiones entre tribunales, que hoy son historia.⁴⁹ En la actualidad, todos los magistrados del Tribunal Supremo que estaban en activo antes de la creación del Constitucional en 1980 han llegado a la jubilación; hay un número relevante de magistrados y de letrados del Tribunal Supremo que han servido con anterioridad como magistrados o letrados en el Tribunal Constitucional, y, quizá más significativo aún, los miembros de la carrera judicial han alcanzado una presencia preponderante en el Tribunal Constitucional, como muestran las presidencias de magistrados del Tribunal Supremo.⁵⁰

C. Cómo funciona la jurisprudencia constitucional española

I. La forma de las sentencias

El Tribunal Constitucional dicta sentencias, autos y providencias, en los mismos términos que los tribunales del poder judicial. El art. 80 LOTC se ha remitido siempre a la "forma de los actos" prevista por la Ley orgánica del poder judicial que, en este punto, mantiene inalterada una tradición centenaria.⁵¹ Las resoluciones judiciales asumen la forma de providencia cuando son de mero trámite, es decir, ordenan materialmente el proceso; de auto, cuando resuelven puntos decisivos del proceso, tales como incidencias o nulidades, así como los recursos contra las providencias. La forma de sentencia se reserva para la decisión definitiva de "el pleito o causa en cualquier instancia o recurso". Su grado de motivación es diferente: mínimo o inexistente en el caso de las providencias; sucinto, la motivación de los autos, y pleno la de las sentencias (art. 248 LOPJ).

⁴⁹ Delgado del Rincón, Luis E., "La responsabilidad civil de los magistrados constitucionales a partir del art. 4 LOTC y de la STC 133/2013, de 5 de junio", en VV AA: *La Constitución política de España: Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, pp. 281-301, 2016.

⁵⁰ Presidencias de don Pascual Sala Sánchez (2011-2013) y de don Juan José González Rivas (2017-2021). Véase <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/composicion/magistrados-emeritos/Paginas/magistrados-emeritos.aspx>, 2021-12-31.

⁵¹ Art. 245 LOPJ 1985, art. 668 LOPJ 1870.

La antigua Ley de 1870 (art. 669) disponía que las sentencias debían ordenarse separando los hechos y el derecho aplicado, mediante párrafos que comenzaban con los famosos "resultando" (para expresar con claridad y con la posible concisión los hechos importantes que estén enlazados con las cuestiones que haya de resolver el Juez o Tribunal) y "considerando" (los párrafos en que se aplicaban las leyes). El Tribunal Constitucional decidió en 1980 que no se atendería a esa dicción, que había complicado la jurisprudencia española hasta la ininteligibilidad. Finalmente, la vigente LOPJ de 1985 ha liberado a todos los tribunales de ese corsé decimonónico, rara vez bien empleado.⁵²

En ese mismo año fundacional, 1980, el Tribunal tomó otras decisiones formales acerca de sus sentencias.⁵³ Acordó la forma del encabezamiento y el fallo (en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución española); rechazó expresar el fallo antes de sus fundamentos, tal y como se hace en Alemania, manteniéndolo al final según la tradición española (lo que obliga siempre a los prácticos a buscar siempre el final de las resoluciones, pues las sentencias se deben leer siempre a la luz de su *decisum*); y resolvió separar los fundamentos en dos secciones (I. Antecedentes de hecho, II. Fundamentos jurídicos), con párrafos numerados y sin epígrafes internos, como regla.

Otras decisiones, adoptadas en 1980 y mantenidas sin fisuras hasta hoy, son también capitales para nuestro tema: el Tribunal decidió no utilizar notas a pie de página; también acordó no citar bibliografía o doctrina universitaria, sino estrictamente sus propias resoluciones, junto con los preceptos de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico que funda sus resoluciones.⁵⁴ Las sentencias constitucionales citan, asimismo,

⁵² Pasquau Líaño, Miguel, "Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias", *op. cit.*

⁵³ Es de gran interés André Rufino do Vale: Rufino do Vale, André, *La deliberación en los tribunales constitucionales: un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*, 2017, pp. 87-96.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 100-101. Estas pautas no obedecen a la costumbre, sino a sendos acuerdos del Pleno del Tribunal: los acuerdos de 10 de noviembre de 1980, que aprobó "las normas provisionales relativas a la vista y la deliberación, a la votación y al fallo, la redacción de las sentencias y los votos particulares", y de 15 de enero de 1981, "sobre la forma y publicación de las sentencias". Desgraciadamente no están publicados.

jurisprudencia de otros tribunales: del Tribunal Supremo, de forma irregular; de otros tribunales constitucionales, en especial de Alemania e Italia (sobre todo en las sentencias de la década de 1980); del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde 1981 y con una creciente importancia; y, con una frecuencia exponencial en los últimos años, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁵⁵

El Tribunal ha seguido estrictamente esos criterios; no así los votos particulares, que sí han llevado a cabo menciones académicas. Sólo cuando tuvo que enjuiciar la validez del derecho histórico en materia de títulos nobiliarios, las sentencias hicieron mención sucinta a diversos autores como autoridad para esclarecer el alcance de las Partidas de Alfonso X el Sabio y otra legislación histórica.⁵⁶

II. La ordenación interna de las sentencias

La decisión de numerar los fundamentos jurídicos conlleva, implícitamente, la de no numerar los párrafos. Esta consecuencia, inspirada sin duda en el afán de concisión, ha dado lugar a un resultado perverso: unos fundamentos jurídicos desmesuradamente largos y, por ende, inútiles para efectuar citas precisas. Desde los inicios, el Tribunal numeró los fundamentos jurídicos, no por párrafos (al estilo francés, heredado por el Tribunal de Justicia europeo), sino por cuestiones jurídicas, cuya dilucidación suele alargarse en muchos párrafos. Ello ha dado lugar a la tendencia a subdividir los fundamentos en apartados (identificados con letras

⁵⁵ Véase, con ejemplos concretos, la ponencia del Tribunal Constitucional de España: "La cooperación de los Tribunales Constitucionales en Europa. Situación actual y perspectivas (Viena, 2014)", en Tribunal Constitucional de España: *Conferencia Europea de Tribunales Constitucionales. Ponencias españolas (2008-2017)*, disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es/es/publicaciones/Paginas/006-Otras-publicaciones.aspx>.

⁵⁶ Los pronunciamientos sobre el régimen sucesorio de los títulos nobiliarios son la sentencia *Marqués de Cartagena* (STC 27/1982, de 24 de mayo) y la sentencia *Condesa de Cardona* (STC 126/1997, de 3 de julio). Véase López Vilas, Ramón y Martelo de la Maza, Marcial, *El nuevo Derecho nobiliario: la Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y de la mujer en la sucesión en los títulos nobiliarios*, 2009.

mayúsculas o minúsculas o, en ocasiones, combinando ambos tipos de grafía), con grave merma de la legibilidad y estructuración de las sentencias.⁵⁷

Las normas de estilo de 2000 intentaron poner coto a la situación, sugiriendo que se usaran epígrafes lógicos,⁵⁸ y reconduciendo la numeración a los párrafos del texto, para facilitar su función propia de facilitar las citas de jurisprudencia. Pero no sirvió de mucho. Las vigentes normas de estilo para la redacción de resoluciones del Tribunal Constitucional han sido aprobadas formalmente por el Pleno, por vez primera,⁵⁹ lo que les otorga una mayor eficacia. En ellas se mantiene la práctica seguida hasta hoy, con algunas modificaciones interesantes.

Insiste en que

[los] antecedentes y fundamentos jurídicos han de ser breves para facilitar tanto su lectura y comprensión como la localización

⁵⁷ Se pueden ofrecer numerosos ejemplos en la jurisprudencia: son claros los casos de la extensa sentencia *costas I* (STC 149/1991, de 4 de julio), cuyas citas son laboriosas y llevan a textos con numerosos párrafos (por ejemplo, STC 161/2019, de 12 de diciembre, FJ 5: "al respecto, STC 149/1991, FJ 7 A) c) y D) a)"). También la larga sentencia *suelo* (STC 61/1997, de 20 de marzo): pues, aunque sus fundamentos se ordenan en varios epígrafes [A) Cuestiones previas, B) Los títulos competenciales, C) La disposición final única del TRLS, D) Título preliminar del TRLS, E) Título I del TRLS: "Régimen urbanístico de la propiedad del suelo", etc., hasta M) Disposiciones adicionales y transitorias del TRLS], no se numeraron los párrafos, sino las cuestiones jurídicas (con varios párrafos cada una), lo que confunde y complica las remisiones de sentencias posteriores a su importante doctrina.

⁵⁸ Como se había hecho en algunas sentencias complejas, con buen resultado: Se puede traer a colación la sentencia *LOAPA* (STC 76/1983, de 5 de agosto), cuyos fundamentos se dividieron en A) Título I (FFJJ 5-16), B) Título II (FFJJ 17-21), C) Título III (FFJJ 22-27), D) Título IV (FFJJ 28-36), E) Título V (FJ 37) y F) Título VI (FFJJ 38-51). La misma técnica de destacar en epígrafes los títulos de la ley enjuiciada lo hizo la amplia sentencia *haciendas locales* (STC 233/1999, de 16 de diciembre). La bien redactada sentencia *puertos del Estado* (STC 40/1998, de 19 de febrero) ordenó sus 59 fundamentos por temas (I. Definiciones, II. Puertos de interés general, III. Dominio público estatal, IV. Ordenación del territorio y urbanismo, V. Medio ambiente y VI. Marina mercante). Por su parte, la importante sentencia *estatuto de centros escolares* (STC 5/1981, de 13 de febrero) agrupó los fundamentos jurídicos indicando el número de los "motivos" del recurso (Primero, segundo, etc.). Pero esta práctica, tan clarificadora, no cuajó en la jurisprudencia. Está por ver los efectos en este punto de las normas de estilo aprobadas en 2019.

⁵⁹ Acuerdo de 14 de febrero de 2019, del Pleno del Tribunal Constitucional, que aprueba las normas de estilo para la redacción de las resoluciones del Tribunal Constitucional (*Memoria 2019*, anexo I). Sobre las normas anteriores, de enero de 2000, que fueron aprobadas por el Presidente dando cuenta al Pleno, puede consultarse un resumen en Tribunal Constitucional: *Memoria 2000* (2001), 84-85.

de las citas jurisprudenciales que puedan contenerse en resoluciones posteriores. Salvo supuestos excepcionales [...] la extensión de cada uno de los fundamentos jurídicos no debería superar las dos páginas.⁶⁰

Como regla general, precisa que en la redacción de las sentencias, cada "uno de los antecedentes o fundamentos jurídicos irá precedido del número en cifra arábica que le corresponda. —Cuando solo exista un antecedente o fundamento jurídico, irá precedido del término 'Único', seguido de punto".⁶¹ A renglón seguido, introduce dos directrices contradictorias:

La primera:

En aquellos supuestos en los que, por su complejidad, los antecedentes o fundamentos jurídicos deban subdividirse en epígrafes estos seguirán una ordenación correlativa: A), a), b), B), a), b). Si no existe más de una subdivisión, se optará por las minúsculas: a), b), c) (NE 2019, epígrafe I.1.C, párrafo 3).

La segunda:

Por lo que respecta a las sentencias que no sean reiterativas o aplicativas de doctrina, se aconseja que, en la medida de lo posible, sus fundamentos jurídicos vayan precedidos de las correspondientes rúbricas temáticas, ordenadas correlativamente [A), B), C)...] como se hizo, entre otras, en las sentencias 76/1983, de 5 de agosto, y 96/1996, de 30 de mayo. La opción de rubricar cada uno de los fundamentos jurídicos queda a criterio del ponente, en atención a las características del texto y a su propio estilo (NE 2019, epígrafe I.1.D.b).

⁶⁰ Normas de estilo 2019, epígrafe I.1 D, párrafo primero. Es decir, I- Estructura de las resoluciones, 1- Sentencias, D) Antecedentes y fundamentos jurídicos. Como puede apreciarse, la estructura de las propias normas de estilo es abigarrada.

⁶¹ Normas de estilo 2019, epígrafe I.1.C. En adelante, NE 2019.

Es evidente que si se sigue esta última pauta —que se agrupan los fundamentos jurídicos sobre el mismo tema, numerando cada uno de ellos, bajo una rúbrica esclarecedora, ordenada como A), B), etc.—, no parece factible subdividir luego nuevamente cada uno de tales fundamentos en una ordenación A), B), etc. En la práctica, la gran mayoría de las sentencias sigue optando por la primera opción, redactando largos fundamentos que se subdividen en epígrafes de un solo nivel (numerados con letra minúscula a), B), etc.) o, más confuso aún, en dos niveles —"A), a), b), B), a), b)", como dicen las propias normas de estilo—. Estos detalles, aparentemente banales, son de una importancia capital para facilitar la legibilidad de las sentencias y las posteriores referencias a su doctrina constitucional.

Mientras el Tribunal no se decida a numerar todos los párrafos de sus sentencias, y a identificar los distintos temas o cuestiones abordados en rúbricas lógicas, identificadas como epígrafes independientes de la numeración de los párrafos (tal y como hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), seguirá redactando sentencias prolijas y difíciles de citar con precisión. En estos momentos, la redacción de las sentencias sigue quedando "a criterio del ponente, en atención a las características del texto y a su propio estilo".

Donde las normas de estilo de 2019 han conseguido un impacto relevante sobre la redacción de las sentencias constitucionales ha sido en la pauta de distinguir "sentencias creativas" y sentencias "aplicativas de doctrina":

a) Se aconseja diferenciar, también desde la perspectiva formal, las sentencias reiterativas o aplicativas de doctrina de aquellas otras que la crean, matizan o desarrollan. La distinta presentación formal de unas y otras debería facilitar la selección y el tratamiento de la jurisprudencia constitucional por sus lectores.

En tal sentido, se sugiere que las sentencias estrictamente aplicativas de doctrina no superen la extensión necesaria para identificar la resolución o resoluciones que contienen esa doctrina que se

aplica. Al respecto, se aconseja la elaboración de sentencias de fundamento jurídico único, evitando la reproducción innecesaria de lo ya declarado por el Tribunal en resoluciones anteriores que son objeto de reiteración o aplicación.⁶²

Esa diferenciación es, en efecto, muy útil para deducir la jurisprudencia o doctrina constitucional del texto de las resoluciones que dicta el Tribunal Constitucional año tras año.⁶³

III. La identificación de las sentencias citadas

En un primer momento, el Tribunal Constitucional citó sus propias sentencias por su fecha, como era habitual hacerlo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así puede verse en las primeras sentencias constitucionales, donde tuvo un destacado protagonismo la primera sentencia de Pleno, de 4 de febrero de 1981, que acordó que las leyes preconstitucionales contrarias a la Constitución habían quedado derogadas por inconstitucionalidad sobrevenida y, por ende, podían ser inaplicadas por los tribunales judiciales (derogación) y, además, podían ser enjuiciadas por él mismo mediante control de inconstitucionalidad (inconstitucionalidad).⁶⁴

Enseguida, tan pronto creció el número de sentencias dictadas por el Tribunal, se hizo visible la imprecisión de ese método de cita, que lastra todavía hoy la cita de las sentencias de los tribunales judiciales. Al ser aprobadas el mismo día un elevado número de sentencias, la identificación puramente cronológica obliga a un acotamiento de la búsqueda

⁶² NE 2019, epígrafe I.3.D.a.

⁶³ Como puede apreciarse, por ejemplo, en las abultadas series de sentencias Euroinversiones y Penrei Inversiones, que versan sobre indefensión por emplazamientos (a partir de las SSTC 40/2020, de 27 de febrero, y 43/2020, de 9 de marzo, que sumaban al final del año 2021 un número de 56 y 40 sentencias, respectivamente, hasta las SSTC 188/2021, de 13 de diciembre, y 189/2021, de 13 de diciembre).

⁶⁴ Por ejemplo, las SSTC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 3; 10/1981, de 6 de abril, FJ 9; 14/1981, de 29 de abril, FJ 3.

lleno de imprecisiones y pérdidas de tiempo. Pronto, a la fecha de la sentencia se añadió el número de registro del asunto.⁶⁵ Finalmente, el Tribunal optó por asignar un número de orden a sus sentencias: es el sistema de identificación que se mantiene hoy en día.⁶⁶

La numeración se materializó en la primera edición de la recopilación impresa de la "Jurisprudencia constitucional", publicada por la Secretaría General del Tribunal Constitucional, con edición del *Boletín Oficial del Estado*, en diciembre de 1982. En su advertencia preliminar se indica que cada resolución (sentencias y autos) sería ordenada cronológicamente, por la fecha de su emisión; "y a cada una de ellas le identifica el número ordinal que le corresponde dentro del período anual en que se dicta".⁶⁷ También advertía que se publicarían los textos íntegros de las sentencias y autos del Tribunal, "salvo en el caso de resoluciones idénticas, en que nos limitaremos a dar la referencia de la resolución". Desde ese momento, 1982, la colección impresa de los tomos verdes de jurisprudencia constitucional ha sido esencial para asegurar la ordenación y difusión de las sentencias y de los autos que forman la doctrina constitucional. Hoy en día se mantiene la colección en formato digital.

Pronto nacería la costumbre de identificar las sentencias del Tribunal Constitucional con el acrónimo STC (a partir de la STC 17/1983, de 11 de marzo), que iría arraigando poco a poco (como muestra, por ejemplo, la diversidad de modos de cita empleados por la STC 77/1985,

⁶⁵ Así lo hicieron las SSTC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 3; 10/1091, de 6 de abril, FJ 7; o la STC 17/1983, de 11 de marzo, FFJJ 1, 2 y 3. Otras sentencias siguieron un criterio más laxo, habitual en los tribunales judiciales, como la famosa sentencia *huelga* (STC 11/1981, de 8 de abril), que indicó que un tema procesal había sido ampliamente analizado en las "primeras sentencias de este Tribunal, a las que es posible remitirse, en aras de la brevedad", sin citar ninguna (FJ 1). Igualmente, la STC 11/1982, de 29 de marzo, sintetizó el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva "como ha señalado este Tribunal en muy reiteradas ocasiones" (FJ 2), sin citar ninguna. Afortunadamente, esta práctica de remitirse a sentencias previas innominadas no llegó a cuajar.

⁶⁶ Normas de estilo 2019, III.1.A (Tribunal Constitucional: *Memoria 2019*, anexo I).

⁶⁷ Tribunal Constitucional, Secretaría General: *Jurisprudencia constitucional*, tomo I (1ª ed., 1982), pág. IX. La edición del repertorio de jurisprudencia se rige en la actualidad con un convenio entre el Tribunal Constitucional y la agencia estatal *Boletín Oficial del Estado* del 11 de enero de 2013, modificado en 2017 y 2018 (disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es/es/transparencia/informacion-economica/Convenios/Paginas/default.aspx>).

de 17 de julio).⁶⁸ Hasta el año 2000 se hizo común citar la jurisprudencia exclusivamente mediante el número de la sentencia o auto. Pero ese año, el Tribunal se impuso a sí mismo el deber de identificar sus resoluciones mediante el número y la fecha. Las normas de estilo de las resoluciones del Tribunal, revisadas en 2000, explicaron que la razón de usar acumulativamente el número y la fecha de las sentencias es que cualquier errata numérica deslizada en las citas de sentencias previas hacía difícil, si no imposible, la localización de las resoluciones a las que se hacía referencia. La utilización de un identificador doble (número y fecha) facilitaba la corrección de los errores, que en la década de 1990 no eran infrecuentes.

Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha incorporado la referencia ECLI impulsada por la Unión Europea.⁶⁹ Referencia que se encuentra incorporada en la base de datos "Herramienta jurisprudencial (HJ)" pero que no ha entrado en los hábitos de redacción de las resoluciones del Tribunal, que mantiene su apego al binomio número y fecha. Lo cual no tiene mayor importancia práctica, pues ese binomio es, en cualquier caso, determinante de la referencia ECLI. Las citas que hace el Tribunal de su propia jurisprudencia se rigen por las normas de estilo de 2019, que disponen:

La primera vez que se mencione una sentencia o auto del Tribunal se citará por las siglas correspondientes (STC para sentencia del Tribunal Constitucional, ATC para auto del Tribunal Constitucional; en caso de referirse a varias resoluciones, SSTC o AATC), con expresa indicación de su número de orden y fecha: STC 31/2010, de 28 de junio; ATC 58/2016, de 2 de marzo. En citas posteriores de la misma sentencia, dentro de la misma resolución, bastará con indicar su número de orden: STC 31/2010. Esta forma de

⁶⁸ En la actualidad, los acrónimos STC y ATC son de uso obligado para redactar las resoluciones del Tribunal Constitucional: Normas de estilo 2019, III.1.A.

⁶⁹ Resolución de 24 de enero de 2017, de la Secretaría General del Tribunal Constitucional, sobre asignación del identificador ECLI a las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional que accedan a la base de datos de doctrina constitucional o que se publiquen en el "Boletín Oficial del Estado": Tribunal Constitucional: *Memoria 2017* (2018) anexo I.6 (págs. 149-151).

citar permite la creación de hipervínculos en la versión digital de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal, facilitando así tanto la localización del pasaje objeto de cita como la eventual corrección de errores en la cita (un desajuste entre el número de orden y la fecha impide la creación del hipervínculo porque no existe documento al que enlazar).⁷⁰

Estas aparentes minucias tienen, no obstante, una importancia capital para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional.

VI. La identidad de las partes

Ante el problema de los errores en la identificación de las sentencias citadas surge un interrogante: ¿Por qué no identificar las sentencias mediante el nombre de las partes? Es un método fiable, desde luego. Y tiene ventajas nemotécnicas, además de permitir resaltar la cualidad casuística de la jurisprudencia. Así identifican sus sentencias los tribunales de países donde la jurisprudencia se toma en serio. Igualmente lo hacen los tribunales europeos, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No debe dejar de resaltarse que también identificaba los nombres de las partes la colección oficial de las sentencias del Tribunal Supremo, que el Ministerio de Justicia publicó entre 1848 y 1992.

La posibilidad existe, porque el Tribunal Constitucional publica íntegras sus resoluciones, incluyendo el nombre de las partes del proceso. Esta decisión capital, que suele pasar desapercibida, fue tomada por el Tribunal en sus primeras sentencias. Desde la STC 1/1981, de 26 de enero, aparece el nombre y apellidos de quienes toman parte en los procesos constitucionales, incluidos los particulares que promueven los recursos de amparo; sin perjuicio de blindar con iniciales los nombres en aquellos casos que pueden dañar el derecho a la intimidad de los afectados.

⁷⁰ Tribunal Constitucional: Normas de estilo para la redacción de las resoluciones (acuerdo del Pleno de 14 de febrero de 2019), III.1.A (*Memoria 2019*, anexo I).

Esa identificación, que parece tan natural y que permite asociar sentencias con los nombres propios de sus protagonistas, rompió con lo que era (y sigue siendo) la práctica habitual en relación con las sentencias del Tribunal Supremo y otros órganos judiciales en España. La explicación se encuentra en que la publicación del texto de las sentencias, donde constaban los nombres de las partes, estaba confiada a la colección legislativa editada por el Ministerio de Justicia; pero adolecía de unos retrasos tan graves que la hacían inútil. El hueco había sido colmado por la editorial Aranzadi desde la década de 1930.⁷¹ Como editorial privada, pronto descubrió que la publicación de datos identificativos de las partes provocaba problemas; por lo que los suprimió sistemáticamente, dejando meramente las iniciales. Para evitar los inconvenientes provocados por el gran número de sentencias dictadas el mismo día, que hace poco útil la identificación cronológica, la editorial añadió un número de "referencia Aranzadi" que ha servido para identificar las sentencias del Tribunal Supremo hasta hoy. En la actualidad, tanto el Centro de documentación judicial creado por el Consejo General del Poder Judicial (Cendoj) como las distintas editoriales jurídicas que publican jurisprudencia (La Ley, El Derecho, Tirant, etc.) asignan sus propios números de referencia.⁷² Lo que resulta en un guirigay que no ayuda en el manejo de la jurisprudencia de origen judicial.

Hoy en día se siguen publicando las sentencias judiciales sin el nombre de las partes. Tampoco lo hace la publicación oficial por parte del Cendoj. La razón, empero, ha cambiado: estriba en que ahora se publican las sentencias en formato digital y en sedes y bases de datos electrónicas. Por lo que un entendimiento extremo de la protección de datos personales ha dado lugar a la "anonimización" sistemática de todas las resoluciones judiciales. Este grado extremo de supresión de datos personales dificulta gravemente la lectura de las sentencias, especialmente de las más complejas

⁷¹ La editorial Aranzadi fue fundada en 1929 por don Manuel Aranzadi de Irujo en Pamplona (Navarra). Sus publicaciones jurídicas (repertorios de legislación y de jurisprudencia) fueron declaradas de utilidad pública el 31 de diciembre de 1940. Hoy en día, forma parte del conglomerado editorial Thomson Reuters.

⁷² Villaseñor Rodríguez, Isabel y Gómez García, Juan Antonio, *Investigación y documentación jurídicas*, 3ª ed., 2020.

(con numerosas partes y distintos intervinientes y testigos)⁷³. Y mantiene los hábitos creados durante el siglo XX, con daño para la formación de la jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional ha reaccionado frente a esa situación con mesura, protegiendo los datos personales sin mengua de la publicidad íntegra de sus resoluciones.⁷⁴ Su doctrina sostiene que la Constitución impone "una exigencia constitucional específica de máxima difusión y publicidad de las resoluciones jurisdiccionales de este Tribunal". Exigencia que no se agota en la más obvia y expresa obligación formal de publicación de determinadas resoluciones en el boletín oficial, sino que incorpora "una obligación material de dar la mayor accesibilidad y difusión pública al contenido de todas aquellas resoluciones jurisdiccionales del Tribunal que incorporen doctrina constitucional, con independencia de su naturaleza y del proceso en que se dicten". La "publicidad lo ha de ser de la resolución íntegra" y, por ende, con la plena identificación de quienes hayan sido parte en el proceso constitucional respectivo. Esta difusión íntegra

permite asegurar intereses de indudable relevancia constitucional, como son, ante todo, la constancia del imparcial ejercicio de la jurisdicción constitucional y el derecho de todos a ser informados de las circunstancias, también las personales, de los casos que por su trascendencia acceden, precisamente, a esta jurisdicción; y ello sin olvidar que, en no pocos supuestos, el conocimiento de tales circunstancias será necesario para la correcta intelección de la aplicación, en el caso, de la propia doctrina constitucional (STC *Magaz*, 114/2006, de 5 de abril, FJ 6).⁷⁵

⁷³ Sólo se exceptúan ahora las personas jurídicas, al menos en el Cendoj: las editoriales jurídicas siguen criterios diversos. Por ofrecer un ejemplo ilustrativo, la sentencia del Tribunal Supremo sobre el régimen jurídico del Real Colegio San Clemente de los Españoles en Bolonia suprime, de forma ostentosa, el nombre del fundador del colegio; menos mal que la asociación demandante se denominaba Cardenal Alborno. . . (STS III 279/2021, de 25 de febrero, recurso 290-2019).

⁷⁴ Acuerdo de 23 de julio de 2015, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales (BOE núm. 178, 27/07/2015).

⁷⁵ Coderch, Pablo Salvador, Ramos González, Sonia, Gili Saldaña, Marian, Milà Rafel, Rosa, "Las Sentencias del Tribunal Constitucional deben publicarse íntegras", *InDret* 357, 2006.

La paradoja es que, siendo posible citar las sentencias con los nombres de las partes, no se hace habitualmente.⁷⁶ Las pautas culturales prefieren citar por la fecha, a pesar de su relativa inutilidad. O quizá por eso mismo.

V. La publicidad oficial

Una premisa esencial de la jurisprudencia constitucional es que sus sentencias son publicadas oficialmente. Así lo dispuso desde el principio la propia Constitución, cuyo artículo 164.1 establece que "Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere". La Ley Orgánica precisó que esa publicación debe ser llevada a cabo en el plazo máximo de treinta días desde la fecha del fallo (art. 86.2 LOTC). Cautela razonable, visto el triste sino sufrido por la publicación en la Colección legislativa de las sentencias de casación dictadas por el Tribunal Supremo,⁷⁷ que había sido dispuesta por las leyes de enjuiciamiento decimonónicas sin fijar plazo especial. En la actualidad, la publicación de las sentencias constitucionales es llevada a cabo por el BOE en versión digital en una sección específica.⁷⁸

En 2007 se añadió la posibilidad de que el Tribunal ordenara la publicación de sus autos, en la misma forma que las sentencias, "cuando así

⁷⁶ Algunas publicaciones han seguido el criterio europeo e histórico de identificar las sentencias con el nombre de las partes: por ejemplo, la revista *Tribunales de Justicia* que publicaba la editorial Wolters Kluwer.

⁷⁷ El núcleo de la "Colección Legislativa de España" lo forman los 127 volúmenes publicados por el Ministerio de Gracia y Justicia entre 1848 y 1893 (<https://datos.bne.es/edicion/bise0000179929.html>). Luego se siguió publicando, de forma irregular, hasta 1992, excepto el período 1937-1947. Desde 1960, el Ministerio de Justicia la publicó en colaboración con el BOE con el título de "Colección Legislativa de España - Disposiciones Generales". La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 atribuyó la competencia para publicar la jurisprudencia judicial al Consejo General del Poder Judicial (art. 107.10, modificado por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre). En 1996, el Consejo judicial decidió no proseguir su publicación en papel y confiar al Centro de Documentación Judicial (Cendoj) su publicación en formato de base de datos. Véase Pérez García, Máximo Juan, "La difusión de la jurisprudencia a través de las nuevas tecnologías: un instrumento al servicio de la seguridad jurídica", *Anuario de Derecho Civil*, 58-1, 2005, pp. 192-197.

⁷⁸ La sección del BOE, simplemente denominada "Tribunal Constitucional", puede consultarse en https://www.boe.es/diario_boe/calendarios.php?c=t

lo estime conveniente".⁷⁹ La ley de 2007 también habilitó al Tribunal para "disponer que las sentencias y demás resoluciones dictadas sean objeto de publicación a través de otros medios". Así lo venía haciendo ya la Secretaría General con la colección de jurisprudencia impresa desde 1982 y con la página en internet, publicada en red desde el año 1999. La novedad estriba en que la ley le encarece que adopte "las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el artículo 18.4 de la Constitución", es decir la protección de datos personales. Esa previsión ha dado lugar a una reglamentación sobre la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales,⁸⁰ que sigue los criterios de la *STC Magaz* (STC 114/2006, de 5 de abril).

VI. La recopilación de la "jurisprudencia constitucional"

La publicación oficial de las sentencias se vio pronto completada con una herramienta de la mayor importancia: la colección oficial de la "jurisprudencia constitucional", elaborada por el propio Tribunal Constitucional e impresa en papel en coedición con el *Boletín Oficial del Estado* hasta el año 2020.⁸¹ En la actualidad, la recopilación "Jurisprudencia constitucional" es editada en formato electrónico por el Tribunal Constitucional directamente.⁸²

La Ley Orgánica de 1979, en efecto, no consideró suficiente la mera publicación oficial de las sentencias en los suplementos del BOE. Confió desde un principio a la Secretaría General del Tribunal Constitucional "la recopilación, clasificación y publicación de la doctrina constitucional del

⁷⁹ Art. 86.2 *in fine* LOTC, versión de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

⁸⁰ Acuerdo de 23 de julio de 2015, del Pleno del Tribunal Constitucional, BOE núm. 178, 27/07/2015.

⁸¹ En ese año se dejaron de publicar impresos en papel los tomos verdes: su último volumen es el número CIII (103), que comprende el segundo semestre de 2018.

⁸² Disponible en su sede electrónica en internet: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Tomo/List>. En la actualidad, el último tomo publicado es el 107 (julio-diciembre 2020).

Tribunal" (art. 99.2 LOTC en su versión original; en la actualidad, art. 99.1.b LOTC).⁸³ Como indicamos antes, el Tribunal acometió con diligencia la elaboración y publicación de los tomos verdes de "Jurisprudencia constitucional", título dado significativamente a la colección de sus sentencias y autos (salvo los repetitivos). Esta importante labor corresponde al Servicio de Doctrina Constitucional que forma parte de la Secretaría General del Tribunal.

En la actualidad, el Tribunal Constitucional ofrece en su sede electrónica una base de datos relacional bajo el nombre de "Herramienta de jurisprudencia" (hj.tribunalconstitucional.es).⁸⁴ También ofrece la recopilación de su "Jurisprudencia constitucional" en formato electrónico, como acabamos de mencionar. Por añadidura, desde 2007 publica en formato electrónico unas "Gacetas de jurisprudencia constitucional" con un resumen de las sentencias y autos dictados cada trimestre.⁸⁵

Es también muy útil la selección de jurisprudencia sobre derechos fundamentales que ofrece el *Boletín Oficial del Estado*.⁸⁶

D. Análisis de los principales problemas

Vamos a centrarnos en los problemas internos a la jurisprudencia constitucional. Dejaremos pendientes los problemas externos: el diálogo entre altos tribunales⁸⁷ y la vinculación del Tribunal español por la jurisprudencia

⁸³ La Secretaría General desempeña estas importantes funciones a través del Servicio de Doctrina Constitucional: véase art. 34 del Reglamento de organización y personal (Acuerdo del Pleno de 5 de julio de 1990, versión de 2 de julio de 2021). Puede consultarse en la sede electrónica del Tribunal (<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Paginas/Default.aspx>) y en los códigos electrónicos del BOE (Tribunal Constitucional, en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=012_Tribunal_Constitucional&tipo=C&modo=2).

⁸⁴ Sobre sus antecedentes, Bonachela Mesas, Manuel (coord.), *Informatización de la jurisprudencia constitucional*, 1994. En general, Martínez González, M^a Mercedes, *Informática jurídica para estudiantes de Derecho: introducción a los sistemas de información y seguridad*, 2014.

⁸⁵ Las gacetas se pueden descargar desde <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Gaceta/List?sortOrder=desc&page=3>, 2021-12-12.

⁸⁶ Se encuentra en https://www.boe.es/legislacion/derechos_fundamentales.php.

⁸⁷ Una visión general en VV. AA., *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, 2013.

de los tribunales europeos, ya sea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,⁸⁸ ya sea el Tribunal de Justicia de la Unión (puesta dramáticamente de manifiesto en el caso *Melloni*).⁸⁹ Su creciente importancia ha sido reflejada en una bibliografía que conoce de un aumento geométrico en los últimos años. A diferencia de los problemas internos, donde hacen falta muchos más estudios y reflexión.

I. El precedente horizontal: el apartamiento de la doctrina constitucional (art. 13 LOTC)

El Tribunal Constitucional español razona sus sentencias apoyándose en sus resoluciones anteriores, como vimos. Sin embargo, habitualmente no sigue la técnica de los precedentes sino la de la doctrina jurisprudencial: no identifica una sentencia previa que haya resuelto un problema idéntico, o análogo, al planteado ahora; sino que menciona una sentencia anterior cuyos fundamentos jurídicos puedan ser relevantes para su razonamiento, al margen de los hechos suscitados y las cuestiones resueltas precedentemente. Este modo de razonar, evidente en cualquier lectura de las sentencias constitucionales, resulta especialmente claro cuando se examinan las sentencias dictadas sobre un asunto idéntico,⁹⁰ que en vez de remitirse al precedente para dar explicación del fallo, reiteran los fundamentos

⁸⁸ Me remito al importante estudio Alcácer Guirao, Rafael, Beladiez Rojo, Margarita y Sánchez Tomás, José Miguel (coords.), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2013.

⁸⁹ Plaza Martín, Carmen (coord.), *Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, XXVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 2021; Arzo Santisteban, Xabier, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, 2015; Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio y Ripol Carulla, Santiago, *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales: un análisis a partir del asunto "Melloni" y sus implicaciones*, 2017.

⁹⁰ Cuando no el mismo asunto, por ejemplo, distintos condenados en una única sentencia penal (a partir de las sentencias del caso del secuestro por los GAL de don Segundo Marey: SSTC 63/2001 a 70/2001, de 17 de marzo). Estos asuntos hubiera podido ser acumulados (art. 83 LOTC), una herramienta procesal prácticamente en desuso, en parte por el llamado "efecto estadístico": el afán de dictar un número lo más abultado posible de sentencias cada año. En parte, también, por el "celo" entre ponentes.

jurídicos de la primera sentencia, muchas veces a la letra.⁹¹ A lo sumo, las sentencias reiterativas llevan a cabo un resumen de los razonamientos de la inicial. Pero ésta nunca es tenida como razón de decidir, cuya mera mención (y remisión a su lectura) debería bastar para fundar el fallo; sino como exposición de las razones que luego, machaconamente, se reiteran una y otra vez.⁹² Algunos intentos aislados de remitirse *in toto* a una sentencia precedente, dado que su texto se encuentra publicado en el BOE, han quedado en eso: excepciones a la práctica doctrinal habitual.⁹³ Más recientemente, las normas de estilo aprobadas formalmente por el Tribunal Constitucional en 2019 han introducido pautas sensatas:⁹⁴

D) Antecedentes y fundamentos jurídicos: conveniencia de distinguir sentencias creativas y aplicativas de doctrina y posibilidad de introducir rúbricas temáticas en los fundamentos jurídicos ...

a) Se aconseja diferenciar, también desde la perspectiva formal, las sentencias reiterativas o aplicativas de doctrina de aquellas otras que la crean, matizan o desarrollan. La distinta presentación formal de unas y otras debería facilitar la selección y el tratamiento de la jurisprudencia constitucional por sus lectores.

En tal sentido, se sugiere que las sentencias estrictamente aplicativas de doctrina no superen la extensión necesaria para identificar la resolución o resoluciones que contienen esa doctrina que

⁹¹ Los ejemplos pueden remontarse al caso de las jubilaciones forzosas en Renfe (SSTC 111/1985 a 136/1985, de 11 de octubre) y llegan hasta hoy mismo, con las series Euroinversiones y Penrei en materia de emplazamientos electrónicos (a partir de las SSTC 40/2020, de 27 de febrero, y 43/2020, de 9 de marzo, que suman por ahora 56 y 40 sentencias, respectivamente, hasta las SSTC 188/2021, de 13 de diciembre, y 189/2021, de 13 de diciembre).

⁹² Ya observamos antes cómo la presentación de la colección "Jurisprudencia constitucional" anunciaba que no se imprimirían en ella las sentencias "repetitivas".

⁹³ Sirvan como ejemplo las SSTC 86/1992, de 8 de junio, FJ único; 129/1994, de 5 de mayo, FJ único; 89/1996, de 23 de mayo, FJ único; o 106/1998, de 18 de mayo, FJ único.

⁹⁴ Acuerdo de 14 de febrero de 2019, del Pleno del Tribunal Constitucional, que aprueba las normas de estilo para la redacción de las resoluciones del Tribunal Constitucional (*Memoria 2019*, anexo I). Este epígrafe D) subdivide el epígrafe "I- Sentencias" del capítulo "I- Estructura de las resoluciones" de dichas normas.

se aplica. Al respecto, se aconseja la elaboración de sentencias de fundamento jurídico único, evitando la reproducción innecesaria de lo ya declarado por el Tribunal en resoluciones anteriores que son objeto de reiteración o aplicación.

Las sentencias más recientes parecen atestiguar la eficacia de estas pautas, pues se identifican sentencias constitucionales de fundamento jurídico único que se ciñen a una simple remisión a lo decidido en asuntos anteriores análogos o iguales,⁹⁵ lo que es muy positivo.

Pues, en efecto, el modo de proceder tradicional que lleva a reiterar, una y otra vez, los fundamentos ofrecidos en su día por la sentencia de cabecera de una serie jurisprudencial, entre otros inconvenientes provoca un enorme ruido en las bases de datos de jurisprudencia: búsquedas con un número artificialmente elevado de resultados, dificultades para encontrar las sentencias que sientan criterio y deslindarlas de las que se limitan a repetirlo y, finalmente, un elevado riesgo de confusiones, cuando en sentencias que aparentemente se limitan a reiterar la doctrina anterior se deslizan novedades o variaciones que confunden la formulación de la doctrina. Algunas bases de datos mantenidas por editoriales jurídicas privadas, más selectivas que la herramienta "HJ" ofrecida por el propio Tribunal Constitucional, procuran evitar incluir en sus fondos las sentencias repetitivas. Pero esta labor de selección corre el riesgo de dejar sin recoger una sentencia que, luego, resulta ser relevante; o de confundir sentencias de mera repetición con sentencias importantes, incurriendo en los mismos problemas de ruido digital. Y la reiteración de fundamentos jurídicos, sin hacer hincapié en los precedentes, ha dejado sin utilidad una sensata previsión, introducida en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007, que permite al Tribunal resolver recursos

⁹⁵ Así, en las SSTC 128/2021, de 21 de junio; 177/2020, de 14 de diciembre; 136/2021, de 29 de junio; 162/2021, de 4 de octubre; 169/2019, de 16 de diciembre; o 178/2021, de 25 de octubre.

de amparo mediante Sección "cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional" (art. 52.2 LOTC).⁹⁶

La cuestión clave que se suscita en este punto es advertir si el Tribunal Constitucional se encuentra vinculado por sus propios precedentes. En esta materia es decisivo el art. 13 LOTC, que dispone: "Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno".

Es ostensible que el precepto legal se limita a prevenir el riesgo creado por la existencia de dos Salas, con magistrados distintos pero competencias materiales iguales, para la unidad de criterio en la interpretación de la Constitución. Pero el reconocimiento de que existe una "doctrina constitucional precedente" es, por sí solo, indicio de que el Tribunal no debe resolver cada caso iniciando su razonamiento únicamente desde el texto constitucional, sin más, sino siguiendo y profundizando su experiencia exegética y aplicativa. El tema no ha merecido, empero, el estudio monográfico que merece y requiere. Me limito a corroborar el acertado juicio avanzado por la profesora y antigua letrada María Fernanda Fernández López:

[existe] un nivel, si no extenso, sí apreciable de *overruling* oculto en el seno del desarrollo, digamos, normal, de la jurisprudencia constitucional [...] El hecho en sí no es extraño, sino que es compartido por otros Tribunales. Lo extraño quizás es la clamorosa escasez de los supuestos en que se hace presente el fenómeno de cambio, y el repudio expreso de una línea doctrinal para aceptar otra, surgida *ex novo*, o para inclinarse por alguna de las doctrinas

⁹⁶ La previsión tampoco resulta operativa por un defecto en el diseño procesal: la ley prevé que el asunto sea deferido por la Sala de seis magistrados a una Sección de tres, no en el momento de la admisión (como sí hace en asuntos de Pleno: art. 8.2 LOTC), sino en el de conclusión o señalamiento para deliberar y votación, cuando ya no queda tiempo que ganar y, por el contrario, deferir a Sección retrasa la sentencia (arts. 8.3 y 52.2 LOTC). Véase Borrajo Iniesta, Ignacio y Elías Méndez, Cristina, "La puesta en marcha del nuevo recurso de amparo y otras facetas de la jurisprudencia constitucional", *Revista General de Derecho Constitucional*, 8, 2009, pp. 7-10.

en pugna [...] No cabe, pues, sino censurar este alterado estado de cosas, que desconoce el marco constitucional y legal en que se mueve la doctrina del Tribunal y el significado profundo del precedente, y que por ello mismo contribuye a incrementar la inseguridad en el justiciable y a dar una imagen errática de la doctrina constitucional, nada conveniente en la alta misión que el Tribunal Constitucional tiene encomendada.⁹⁷

Lo certero de este juicio, formulado hace veinte años, lo acreditan varios pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han censurado inconsistencias en un punto oscuro de las doctrinas constitucionales: los requisitos de admisibilidad del recurso de amparo (SSTEDH de 23 de octubre de 2018, *Arrózpide Sarasola c. España*, demanda núm. 65101/16, §§ 91-108; y de 20 de octubre de 2020, *Martínez Ahedo c. España*, demanda núm. 39434/17, §§ 15-23).⁹⁸

Un ejemplo reciente pone de manifiesto estos problemas: la doctrina constitucional acerca del deber judicial de plantear cuestión prejudicial de Derecho de la Unión Europea quedó fijada en la sentencia *Generalidad de Cataluña contra Manuel Martínez Calderón* (STC 58/2004, de 19 de abril). Esa jurisprudencia fue reforzada en términos tajantes por la sentencia *Gobierno de Canarias contra Real Club Náutico de Gran Canaria* (STC 194/2006, de 19 de junio). Tan tajantes, que el Tribunal Constitucional avocó un posterior recurso de amparo (cuyo "objeto es idéntico al resuelto en la STC 194/2006") "para que sea conocido por el Pleno —arts. 10.1 n) y 13 LOTC—, a fin de fijar nuestra doctrina sobre la cuestión prejudicial del derecho comunitario, rectificando la que deriva de la STC 194/2006, de 19 de junio" (STC *Gobierno de Canarias contra Club*

⁹⁷ Fernández López, María Fernanda, "Artículo 13", en Requejo Pagés, Juan Luis (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2001, p. 277.

⁹⁸ Puede verse González Alonso, Alicia y Ruiz-Risueño Montoya, Francisco M., "El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio europeo de derechos humanos (A propósito de la reciente sentencia del TEDH *Arribas Antón c. España*)", *Revista Española de Derecho Europeo*, 54, pp. 155-183, 2015; Beladiez Rojo, Margarita, "La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ", en VV. AA. *El juez del Derecho administrativo: libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, pp. 439-453, 2015.

Natación Metropole, 78/2010, de 20 de octubre, FJ 1): la rectificación fue determinante de que se denegara el amparo solicitado, a diferencia del fallo de signo estimatorio que había dictado la Sala Segunda en la STC 194/2006. En esencia, consistió en apreciar que los requisitos para plantear la cuestión prejudicial, en relación con una norma legal vigente supuestamente contraria al derecho de la Unión Europea, son "los presupuestos fijados al efecto por el propio derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria" (STC Pleno 78/2010, FJ 2.b).⁹⁹

Sin embargo, la importante sentencia *bono social eléctrico* (STC 37/2019, de 26 de marzo —seguida por otras muchas que ofrecen otro ejemplo de la inflación de doctrina en HJ otorgó el amparo en términos similares a la sentencia *Club Náutico de Gran Canaria* (STC 194/2006)—. Y lo hizo fundando su razonamiento en dicha sentencia 194/2006, cuyos fundamentos jurídicos son citados con profusión. Que la doctrina de esta sentencia hubiera sido corregida por el Pleno en la sentencia *Club Natación Metropole* (STC 78/2010) resultó irrelevante; ese dato ni siquiera fue mencionado en los razonamientos de la sentencia de 2019. La sentencia dictada en 2010 por el Pleno, en aplicación del art. 13 LOTC, solo mereció dos citas de pasada, en relación con temas secundarios.¹⁰⁰ O bien el Tribunal había olvidado la rectificación de su doctrina previa de 2006; o bien quiso volver a restaurarla, desautorizando a su vez la doctrina fijada por el Pleno en la STC 78/2010, lo que explicaría que el recurso de amparo sobre el bono social eléctrico hubiera sido avocado y resuelto por el Pleno: pero la razón de la avocación pudo deberse, simplemente, a que se trataba de un asunto resuelto por el Tribunal Supremo y de una cuantía económica considerable, cabecera de otros muchos recursos de amparo.¹⁰¹ Nada se dijo al respecto y por ende, en esta materia de no escasa importancia, reina la confusión jurisprudencial.

⁹⁹ Arzo Santisteban, Xabier, *La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial*, 2020, pp. 265-324.

¹⁰⁰ STC *bono social eléctrico* (37/2019, de 26 de marzo), FJ 3 a) párrafo 2 y FJ 4, párrafo 4, como mero reflejo de una larga cita de la STC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 4.

¹⁰¹ Vid. SSTC 46/2019, de 8 de abril; 53/2019, 54/2019, 57/2019, 58/2019 y 59/2019, de 6 de mayo; 65/2019 a 71/2019, de 20 de mayo; 77/2019, de 3 de junio; 81/2019 y 84/2019, de 17 de junio, dictadas por las Salas en aplicación de la doctrina de la STC Pleno 37/2019.

Este caso pone de manifiesto que, en lo tocante a las alteraciones de la doctrina constitucional, existe un problema de memoria institucional. Problema endémico, por lo demás, en el derecho español. No hay ninguna publicación que compile las doctrinas precedentes que han sido revisadas por el Tribunal Constitucional; o que, al menos, ofrezca una relación de los pronunciamientos dictados en virtud del art. 13 LOTC. Es una labor inaplazable y compatible con el trabajo, más propiamente universitario o de editoriales jurídicas, de detectar las variaciones y giros de jurisprudencia no declarados expresamente en virtud del art. 13 LOTC.¹⁰²

En cualquier caso, se puede sostener que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vincula a todos los poderes públicos, salvo a su Pleno. Vincula desde luego a las Salas y Secciones en que organiza su trabajo jurisdiccional, por mandato expreso del art. 13 LOTC. El Pleno del Tribunal Constitucional, por su parte, está obligado a mantener su doctrina salvo que la modifique, si fuera preciso. Y esas modificaciones deberían ser llevadas a cabo de modo expreso y reflexivo: exponiendo las razones que justifican un cambio de criterio, que ha de ser válido para resolver de igual manera casos futuros análogos y nunca una decisión específica para un caso individual que pueda ser modificada libremente en el futuro. Así lo impone el derecho a la igualdad en la aplicación de la Constitución (art. 14 CE), pues no puede sostenerse seriamente que los derechos fundamentales no vinculan al Tribunal de Domenico Scarlatti. Y así lo impone, igualmente, la coherencia lógica de la jurisprudencia y la necesidad de previsibilidad ínsita en el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE): elementos esenciales de la técnica jurídica que permite mantener la autoridad de la jurisdicción constitucional en medio de la maldición de tener que resolver conflictos políticos.¹⁰³

¹⁰² Véase Fernández Segado, Francisco, "Los *overrulings* jurisprudenciales del Tribunal Constitucional español", en VV. AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, pp. 495-547, 2008.

¹⁰³ García-Pelayo, Manuel, "El *status* del Tribunal Constitucional", *op. cit.*, pp. 24-25 y 33-34.

Otra cuestión relevante atañe a cuáles son las resoluciones que contienen doctrina constitucional. Las sentencias, sin duda, son fuente de doctrina constitucional. Las providencias tampoco ofrecen duda, pero en sentido opuesto: las providencias claramente no contienen doctrina constitucional. Las sentencias y autos "son las resoluciones donde se declara la interpretación que constituye doctrina constitucional" (como explicó el ATC 233/1992, de 22 de julio, FJ 2); por lo que no resulta aceptable que las partes invoquen providencias, "cuya virtualidad jurídica se agota en la inadmisión en ella decretada (arts. 50.2 y 86.1 de la LOTC)".¹⁰⁴ En efecto, las providencias carecen de cualquier fundamentación jurídica que no sea la simple mención de la disposición legal que la funda; y, dato esencial, carecen de antecedentes de hecho. Consecuentemente, no son publicadas en ningún sitio.¹⁰⁵

Los autos, por el contrario, sí fijan doctrina: resuelven motivadamente cuestiones jurídicas, tras exponer los antecedentes de hecho del proceso y dan lugar a una decisión jurisdiccional. Así lo previó desde 1979 la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al disponer que "la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y *autos* que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad".¹⁰⁶

En ocasiones, los criterios de un auto pueden llegar a ser asumidos en sentencia.¹⁰⁷ Normalmente se trata de autos de inadmisión de amparos

¹⁰⁴ AATC 85/1992, de 30 de marzo, FJ 1; 233/1992, de 22 de julio, FJ 2; 339/1992, de 16 de noviembre, FJ 1.

¹⁰⁵ Esta realidad no impide que alguna resolución despistada mencione providencias en su razonamiento. Un ejemplo lo ofrece la STC 37/2019, de 26 de marzo, donde se examina si una mera providencia de inadmisión afecta a la admisibilidad del recurso (FJ 3.b, párrafo 5). Del razonamiento de la sentencia parecería desprenderse que, si el Tribunal hubiese inadmitido un asunto por providencia (que carece de motivación y de publicidad), debería luego inadmitir cualquier otro recurso de amparo igual o similar, como si hubiera fijado doctrina con fuerza de cosa juzgada sin palabras.

¹⁰⁶ Art. 40.2 LOTC (versión 2007). Véase Rubio Llorente, Francisco: "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4, 1982, pp. 47-59; Gómez Montoro, Ángel J. *op. cit.*, pp. 627-30.

¹⁰⁷ Un prístino ejemplo lo ofrece la STC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 3.

por razones de fondo. Pero hay cuestiones de índole procesal que sólo por auto llegan a ser decididas, sin perjuicio de su largo alcance. Un ejemplo lo ofrece la doctrina que niega legitimación al ministerio fiscal para interponer recurso de amparo en defensa de su papel como acusación pública en el proceso penal.¹⁰⁸ Otro ejemplo lo ofrece el famoso auto sobre los incidentes de nulidad de actuaciones contra sentencias firmes de los tribunales inferiores, tras pronunciarse el Tribunal Supremo en grado de casación, como paso previo al recurso de amparo. La doctrina del ATC 200/2010, de 21 de diciembre, que dio lugar a la inadmisión por falta de agotamiento de numerosos recursos de amparo, fue revisada por una sentencia de Pleno específica: la sentencia *Cuadernos del Sureste* (STC 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2.d, párrafo 5 *in fine*), que impuso "un cambio claro de criterio respecto a la doctrina desarrollada en el ATC 200/2010".¹⁰⁹ No es por ello desacertado que el art. 5.1 LOPJ se refiera a la interpretación de los preceptos y principios constitucionales que resulta "de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional" en todo tipo de procesos, dicción que incluye a los autos junto a las sentencias. La confirmación se ha producido cuando la ley ha introducido expresamente la posibilidad de que determinados autos sean publicados oficialmente en el "Boletín Oficial del Estado".¹¹⁰

El cambio de jurisprudencia declarado por la sentencia *Cuadernos del Sureste* (STC 216/2013, de 19 de diciembre) también permite advertir que una única resolución sienta criterio: no es preciso que se produzcan

¹⁰⁸ ATC 63/1997, de 6 de marzo, que inadmitió el recurso de amparo promovido por el ministerio fiscal para impugnar la validez del sobreseimiento libre de dos acusados en la causa penal instruida por el Tribunal Supremo en el caso Filesa (financiación ilegal de un partido político). Doctrina aplicada a la petición de pruebas de cargo en el ATC 310/2005, de 18 de julio. Véase Torres Muro, Ignacio, *La legitimación en los procesos constitucionales*, 2007; Domínguez García, Fernando, "La legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional", *Revista Jurídica de Catalunya*, 3, pp. 113-147, 2001.

¹⁰⁹ Véase López Navío, Ana, "A vueltas con la problemática del incidente 'excepcional' de nulidad de actuaciones y su relación con el recurso de amparo constitucional", *Revista de Estudios Jurídicos*, 2020.

¹¹⁰ "Las sentencias y las declaraciones a que se refiere el título VI se publicarán en el Boletín Oficial del Estado dentro de los 30 días siguientes a la fecha del fallo. También podrá el Tribunal ordenar la publicación de sus autos en la misma forma cuando así lo estime conveniente" (art. 86.2 LOTC). La última frase fue añadida por la reforma introducida mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

dos o más sentencias para deducir jurisprudencia. La previsión del Código civil respecto a la doctrina que, "de modo reiterado", establezca el Tribunal Supremo obedece a factores ajenos al Tribunal Constitucional. La imbricación con la costumbre como fuente del derecho en los orígenes de la jurisprudencia; y, sobre todo, la técnica de las sentencias de ponente que han caracterizado la jurisprudencia judicial, y que daba lugar a frecuentes sentencias contradictorias, tienen poco que ver con la jurisprudencia constitucional. En la actualidad, la racionalización de los recursos de casación con el fin de asegurar la unidad de doctrina hace que resulte dudosa la validez de este requisito tradicional en el ámbito estrictamente judicial.

II. El precedente vertical: el recurso de amparo como cierre del sistema jurisdiccional español

La jurisprudencia constitucional vincula a todos los poderes públicos: así lo dispone inequívocamente la Constitución (arts. 164 y 118 CE) y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (arts. 38.1, 40 y 87.2 LOTC).¹¹¹ Esa faceta vinculante ha sido subrayada por la más reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que ha reforzado decisivamente las potestades del Tribunal para hacer ejecutar sus propias decisiones.¹¹² También por la jurisprudencia, que ha impuesto penas por cometer sendos delitos de desobediencia a aquellas autoridades y funcionarios que han hecho caso omiso de las resoluciones constitucionales.¹¹³ Condenas que acarrearán la inhabilitación para el ejercicio de

¹¹¹ *Ad exemplum*, SSTC 150/2019, de 25 de noviembre, FJ 3, y 7/2020, de 27 de enero, FJ 2.

¹¹² En particular, por la reforma del art. 92 LOTC por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre. Véase VV AA: *La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional*, 2018.

¹¹³ Me refiero a la condena por delito de desobediencia impuesta a varios miembros del Gobierno de Cataluña, por haber firmado los decretos de convocatoria de un referéndum de secesión en aplicación de leyes cuya vigencia había sido suspendida provisionalmente por el Tribunal Constitucional, mientras se tramitaban los procesos constitucionales: STS II-Penal 459/2019, de 14 de octubre. Puede verse Quintero Olivares, Gonzalo, "La 'sentencia catalana' y la desobediencia", *Teoría y Derecho*, 26, pp. 112-131, 2019.

cargos y funciones públicas y que han sido confirmadas en grado constitucional de amparo, desde la óptica de los derechos fundamentales.¹¹⁴

La jurisprudencia constitucional vincula, por consiguiente, a los tribunales de justicia y a su cabeza, el Tribunal Supremo. Ya hemos visto cómo el legislador del poder judicial impuso esa tesis en términos poco ambiguos: "todos" los juzgados y salas de los tribunales "interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".¹¹⁵ También hemos visto que el legislador declaró enfáticamente que las "resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado". Y que atribuyó al Tribunal Constitucional la potestad de declarar nula cualquier sentencia, u otros actos o resoluciones, que menoscaben su jurisdicción.¹¹⁶ Lo hizo con ocasión del postrer, y más violento, roce de jurisdicción con el Tribunal Supremo, dejando claro que dentro de España sólo hay un tribunal supremo, pero no es el que lleva ese nombre.¹¹⁷

Esa supremacía funcional en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE) no obedece solamente a la función kelseniana del control de las leyes. La jurisprudencia constitucional define los límites que la Constitución impone a las leyes, desde luego. Pero también define los

¹¹⁴ Sentencia *Artur Mas i Gavarró c. Ministerio fiscal* (STC 170/2021, de 7 de octubre), que confirmó la condena por delito de desobediencia de un antiguo presidente de la Generalidad de Cataluña, al haber promovido y organizado la celebración de un proceso de participación ciudadana para el día 9 de noviembre de 2014, llamando a los catalanes y las catalanas, así como a las personas residentes en Cataluña, a manifestar su opinión sobre el futuro político de Cataluña (el llamado caso 9-N). El Tribunal Constitucional rechazó que los efectos vinculantes de sus resoluciones no se encuentren respaldados por el delito de desobediencia (SSTC 170/2021, FFJJ 4 y 5. En el mismo sentido, SSTC 174/2021 y 175/2021, de 25 de octubre). Véase Cebrián Zazurca, Enrique, "La novela del 9-N : claves jurídicas y políticas alrededor de una consulta en Cataluña", en VV. AA., *Referéndums y consultas populares en el Estado autonómico*, 2019.

¹¹⁵ Art. 5.1 LOPJ, así como su art. 7.2.

¹¹⁶ Art. 4 LOTC, redactado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

¹¹⁷ Rubio Llorente, Francisco, "Supremo no hay y más que uno, pero no es el verdadero", *El País*, 9 de febrero, 1994.

límites que la Constitución impone a la interpretación y aplicación de las leyes, dando lugar a una interpretación constitucional de la ley que debe ser respetada por la jurisprudencia judicial y, en particular, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Resulta evidente que las prescripciones del Código civil sobre la jurisprudencia, aprobadas tras largos debates en el año 1974, quedaron viejas muy pronto.

La vinculación judicial a la jurisprudencia constitucional tiene una manifestación inequívoca que es, al mismo tiempo, un yunque y un campo de pruebas: los recursos de amparo que suscitan problemas de carácter jurisprudencial revisten en principio una especial trascendencia constitucional y, por ende, son admisibles a trámite para dictar sentencia constitucional sobre el fondo del asunto. En efecto, la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional llevada a cabo en 2007 redujo la competencia del Tribunal Constitucional a aquellos recursos de amparo que revisten una "especial trascendencia constitucional": trascendencia que "se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales" (art. 50.1.b, en relación con el art. 49.1 *in fine*, LOTC). Esta reforma ha dado lugar a ríos de tinta y a un cambio profundo de la jurisdicción constitucional.¹¹⁸

Aquí interesa anotar que la sentencia *Dolores Vallejo Marchal* (STC 155/2009, de 25 de junio), que explicitó diversas pautas para interpretar con mayor seguridad jurídica el criterio de la especial trascendencia constitucional (ETC), tuvo muy presente la relación con la

¹¹⁸ Pérez Tremps, Pablo (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, *op. cit.*; Borrajo Iniesta, Ignacio y Elías Méndez, Cristina, "La puesta en marcha del nuevo recurso de amparo y otras facetas de la jurisprudencia constitucional", *Revista General de Derecho Constitucional*, 8, pp. 1-25, 2009; Morales Arroyo, José María (dir.), *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional*, 2014; Álvarez-Ossorio Micheo, Fernando, *Tutela de derechos o justicia constitucional: sobre la objetivización de los recursos de amparo constitucional y europeo*, 2015.

jurisprudencia de los tribunales del poder judicial.¹¹⁹ Entre los casos en los que entendió que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo, en razón de su especial trascendencia constitucional, incluyó los siguientes:

d) si la vulneración del derecho fundamental alegada en la demanda de amparo trae causa de "una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución";

e) "cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros"; y

f) "en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ)" (STC 155/2009, FJ 2).

Como puede verse, la sentencia puso especial cuidado en evitar que fuera suficiente para resolver el amparo una mera discrepancia entre las razones de las resoluciones judiciales impugnadas en sede de amparo y la jurisprudencia constitucional. Es preciso que exista, por parte de un

¹¹⁹ Páez Mañá, Jorge, "El requisito de la especial trascendencia constitucional en los recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional español", en VV. AA., *El Derecho en la sociedad telemática: estudios en homenaje a Valentín Carrascosa López*, pp. 511-543, 2012; Beladiez Rojo, Margarita, "El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional", *Revista General de Derecho Constitucional*, 2017; Beladiez Rojo, Margarita, "El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional", en VV. AA., *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales*. pp. 13-98, 2018; Pérez Tremps, Pablo: "La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre 'morir de éxito' o 'vivir en el fracaso'", *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, pp. 253-270, 2018.

órgano judicial, una negativa manifiesta de su deber de acatar la jurisprudencia constitucional (letra f); o bien, resoluciones judiciales contradictorias cuando aplican la doctrina constitucional; o bien, sentencias que den lugar a un incumplimiento "de modo general y reiterado" de la doctrina constitucional; o bien, "una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley" lesiva del derecho fundamental. Estos últimos supuestos [condensados con las letras e) y d) en el famoso fundamento segundo de la STC *Vallejo*, 155/2009] responden, en su formulación, a la concepción tradicional de la jurisprudencia judicial.

Estos aspectos están empezando a ser desarrollados en la práctica jurisdiccional. La jurisprudencia no siempre deslinda con precisión los distintos supuestos de especial trascendencia. El caso más llamativo se ha centrado en la polémica doctrina acerca de los actos judiciales que interrumpen los plazos de prescripción de la responsabilidad penal, que en algún supuesto ha sido abordado como de incumplimientos reiterados y, en otros, como negativa de acatamiento a la doctrina constitucional.¹²⁰ Lo que esta realidad acredita es que el recurso de amparo constituye la cláusula de cierre del sistema judicial español.

E. Conclusiones

El presente estudio se limita a poner de manifiesto algunos rasgos propios de la jurisprudencia constitucional española, y apunta algunas de las cuestiones y de los problemas que caracterizan dicha jurisprudencia. Son necesarios más estudios sobre la cuestión, que profundicen en términos vedados ahora.

La jurisprudencia, en general, es un artefacto esencial para los tribunales de justicia. Los cuales son, a su vez, un engranaje esencial de los sistemas

¹²⁰ González Beilfuss, Markus, "La especial trascendencia constitucional como criterio de selección de los recursos de amparo", en VV. AA., *El vértice de los sistemas judiciales*, pp. 275-277, 2018; Losada González, Herminio, "La inadmisión del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional", en VV. AA., *La inadmisión de los recursos en defensa de los derechos: criterios jurisprudenciales de los Tribunales Supremo, Constitucional, de Justicia de la Unión Europea y Europeo de Derechos Humanos*, 2019.

jurídicos actuales. Se ha apuntado la disociación que existe en España entre la teoría de la jurisprudencia, relegada a un complemento de las fuentes de derecho según el artículo 1.6 del Código civil, y su realidad en el foro y en la vida jurídica contenciosa. Esa esquizofrenia jurídica ha sido puesta a prueba por varios factores: 1) la entrada en vigor de la Constitución de 1978, norma suprema que destrona a la ley e, incluso, al reglamento y a los decretos-leyes; 2) la instauración de un Tribunal Constitucional, que interpreta y aplica la norma suprema mediante sentencias que son, ellas mismas, fuente de jurisprudencia; 3) la consagración de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, que ha reforzado decisivamente al Poder Judicial dentro del marco de las instituciones públicas y que ha realzado el valor de su potestad de decir el derecho, y 4) el derecho de los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley, que limita el arbitrio judicial en términos de gran alcance. A ello se suma una legislación desbocada, tanto por la proliferación de legisladores (17 comunidades autónomas y un crecientemente activo poder legislativo europeo) como por la generalización de leyes medida y de leyes retóricas.

Todos estos fenómenos, producidos en los últimos 40 años, tienen un impacto creciente en la cultura jurídica española. Las viejas concepciones ya no se sostienen pero no se ha alumbrado todavía una nueva forma de ver el ordenamiento jurídico en términos coherentes con la realidad. En este contexto cobra un especial protagonismo la jurisprudencia constitucional, tanto por su pujanza y los amplios efectos de las sentencias (y autos) que la alumbran como, también, por sus desfallecimientos e incoherencias. Confío que el presente trabajo ofrezca datos y pistas para su necesario estudio.

Bibliografía

Alcácer Guirao, Rafael, Beladiez Rojo, Margarita y Sánchez Tomás, José Miguel (coords.), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2013.

Alonso García, Enrique, "El control por el Tribunal Constitucional del sistema español de fuentes del Derecho a través del art. 24 de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24, pp. 191-211, 1988.

Alonso Romero, María Paz, "Derecho patrio y derecho común en la Castilla moderna", en *Salamanca, escuela de juristas: Estudios sobre la enseñanza del Derecho en el Antiguo Régimen*, 2012.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier, "Creación judicial del derecho: crítica de un paradigma", en VV. AA. *El derecho en red: estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, pp. 519-554, 2006.

Aparicio, Miguel A., *El status del poder judicial en el constitucionalismo español, 1808-1936*, 1995.

Arozamena Sierra, Jerónimo, "Valor de la jurisprudencia constitucional", en VV. AA., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, pp. 253-279, 1979.

Arzoz Santisteban, Xabier, "La cita de jurisprudencia constitucional comparada por el Tribunal Constitucional español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125, pp. 13-44, 2022.

Arzoz Santisteban, Xabier, *La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial*, 2020.

Atienza Rodríguez, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 1991.

Atienza Rodríguez, Manuel, "Constitución y argumentación", *Anuario de filosofía del derecho*, 24, pp. 197-228, 2007.

Barrios, Feliciano, *La gobernación de la monarquía de España: Consejos, Juntas y Secretarios de la Administración de Corte, 1556-1700*, 2015.

Beladiez Rojo, Margarita, "La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ", en VV. AA. *El juez del Derecho administrativo: libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, pp. 439-453, 2015.

Beladiez Rojo, Margarita, "El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional", *Revista General de Derecho Constitucional*, 2017.

Beladiez Rojo, Margarita, "El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional", en VV. AA., *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales*. pp. 13-98, 2018.

Beltrán, Miguel y Sarmiento, Daniel, *Un Tribunal para la Constitución*, 2017.

Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, 1982.

Bonachela Mesas, Manuel (coord.), *Informatización de la jurisprudencia constitucional*, 1994.

Borrajo Iniesta, Ignacio, "Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: Hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes", *Revista Teoría y Derecho*, 3, pp. 159-203, 2008.

Borrajo Iniesta, Ignacio, "¿Por qué el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental?", en VV. AA., *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, pp. 1305-1325, 2008.

Borrajo Iniesta, Ignacio y Elías Méndez, Cristina, "La puesta en marcha del nuevo recurso de amparo y otras facetas de la jurisprudencia constitucional", *Revista General de Derecho Constitucional*, 8, pp. 1-25, 2009.

Cabañas García, Juan Carlos, *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley*, 2010.

Campanelli, Giuseppe, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, 2005.

Cappelletti, Mauro, "The doctrine of stare decisis and the civil law: a fundamental difference-or no difference at all?", en VV. AA., *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, pp. 381-394, 1981.

Catalina Benavente, María Ángeles, *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales: El recurso de casación y el art. 53.2 de la CE*, 2010.

Cervilla Garzón, M^a Dolores (dir.), *Jurisprudencia y doctrina: incidencia de la doctrina en las resoluciones judiciales*, 2020.

Charbonneau, Cyrille, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, 2011.

Clemente de Diego, Felipe, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, 1925; reedición 2016.

Coca Payeras, Miguel, *La doctrina legal: estudio de su naturaleza y contenido, así como de la incidencia ejercida sobre ella por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, 1980.

Coderch, Pablo Salvador, Ramos González, Sonia, Gili Saldaña, Marian, Milà Rafel, Rosa, "Las Sentencias del Tribunal Constitucional deben publicarse íntegras", *InDret* 357, 2006.

Costa, Joaquín, "Condiciones que debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de autoridad de doctrina legal", *Actas del Congreso Jurídico de Barcelona de 1888*, impresas en Barcelona, 1888.

Costa, Joaquín, "La casación, el Tribunal Supremo y la jurisprudencia" (1888), apéndice a su obra *Reorganización del notariado, del Registro de la Propiedad y de la administración de justicia*, 2ª ed., 1917.

De Buen, Demófilo, *Introducción al estudio del Derecho civil*, 1932.

De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil de España*, 1949, 1952; reediciones 1984, 2008.

De Castro y Bravo Federico, "El recurso en interés de ley y el valor de la jurisprudencia", *Anuario de Derecho Civil*, 1970.

De la Morena y de la Morena, Luis, "La jurisprudencia, ¿fuente del Derecho?", en VV. AA., *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, 1989.

De la Vega Benayas, Carlos, *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, 1976.

De Otto y Pardo, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, 1987.

De Otto y Pardo, Ignacio, *Estudios sobre el poder judicial*, 1989.

De Paula Blasco Gascó, Francisco, *La norma jurisprudencial: nacimiento, eficacia y cambio de criterio*, 2000.

De Paula Blasco Gascó, Francisco, "Funciones y eficacia de la norma jurisprudencial", en VV. AA., *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, 2001, pp. 185-236.

De Paula Blasco Gascó, Francisco, *El interés casacional: infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, 2002.

Delgado del Rincón, Luis E., "La responsabilidad civil de los magistrados constitucionales a partir del art. 4 LOTC y de la STC 133/2013, de 5 de junio", en VV AA: *La Constitución política de España: Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, pp. 281-301, 2016.

Díez Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 1975.

Díez Picazo, Luis, "Constitución y fuentes del Derecho", en VV. AA. *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, pp. 649-665, 1979.

Díez Picazo, Luis, "La jurisprudencia", en VV. AA. *El Poder Judicial*, 1983.

Díez-Picazo Giménez, Luis María, *La jurisdicción en España: ensayo de valoración constitucional*, 1994.

Díez-Picazo Giménez, Luis María (coord.), *El oficio de jurista*, 2006.

Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad: análisis especial de las sentencias aditivas*, 2001.

Domínguez García, Fernando, "La legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional", *Revista Jurídica de Catalunya*, 3, pp. 113-147, 2001.

Durbán Martín, Ignacio, *La España asimétrica: Estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles*, 2019.

Falcón y Tella, María José, *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*, 2010.

Fernández López, María Fernanda, "Artículo 13", en Requejo Pagés, Juan Luis (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, pp. 263-277, 2001.

Fernández Segado, Francisco, "Los *overrulings* jurisprudenciales del Tribunal Constitucional español", en VV. AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, pp. 495-547, 2008.

Ferreres, Víctor y Xiol, Juan Antonio, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2009.

García Cantero, Gabriel, "Le précédent et la loi. Rapport de Droit espagnol", en Hondius, Ewoud (ed.), *Precedent and the Law: reports to the XVIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, pp. 189-207, 2007.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., 2006.

García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, 2 vols., 19ª y 16ª eds., 2020.

García Manzano, Pablo, "Vinculación a la jurisprudencia constitucional", en VV. AA., *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, pp. 237-258, 2001.

García Murcia, Joaquín (dir.), *El recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social de la jurisdicción: un estudio a través de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*, 2020.

García-Pelayo, Manuel, "El status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, pp. 11-34, 1981.

García-Pelayo, Manuel, "El status del Tribunal Constitucional", *REDC* 100, 2014.

García-Pelayo, Manuel, "El *status* del Tribunal Constitucional", en VV. AA., *Maestros de la Transición*, 2018.

Garrorena Morales, Ángel, "Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 12-13, pp. 137-174, 2000-2001.

Gascón Abellán, María, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, 1993.

Gimeno Sendra, Vicente (dir.), Cabezudo Bajo, María José (coord.), *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*, 2007.

Gómez Montoro, Ángel J., "Artículo 40", en Requejo Pagés, Juan Luis (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, pp. 608-631, 2001.

Gómez-Ferrer Rincón, Rafael (dir.): *La eficacia del recurso de casación como técnica para la formación de jurisprudencia en el ámbito del Derecho administrativo*, 2020.

González Alonso, Alicia y Ruiz-Risueño Montoya, Francisco M., "El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio europeo de derechos humanos (A propósito de la reciente sentencia del TEDH *Arribas Antón c. España*)", *Revista Española de Derecho Europeo*, 54, pp. 155-183, 2015.

González Alonso, Alicia, "La inadmisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo", en VV. AA., *La inadmisión de los recursos en defensa de los derechos: criterios jurisprudenciales de los Tribunales Supremo, Constitucional, de Justicia de la Unión Europea y Europeo de Derechos Humanos*, pp. 15-69, 2019.

- González Beilfuss, Markus, "La especial trascendencia constitucional como criterio de selección de los recursos de amparo", en VV. AA., *El vértice de los sistemas judiciales*, pp. 275-277, 2018.
- Gordillo García, Manuel, "La jurisprudencia en la Constitución", en VV. AA., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, II, pp. 1177-1190, 1979.
- Granados Pérez, Carlos, *Acuerdos del Pleno de la Sala del Tribunal Supremo para unificación de la jurisprudencia: años 1991-2016*, 2ª ed., 2017.
- Hernández Martín, Valeriano, *Independencia del juez y desorganización judicial*, 1991.
- Herrera García, Alfonso, *El control de constitucionalidad de las leyes en vía de amparo: hacia una distinta caracterización jurídico-procesal del recurso de amparo*, 2009.
- Iglesias-Onofrio, Marcela y Martín Carballo, Margarita, "La gestión de la información doctrinal y su interés para la argumentación de las sentencias: la perspectiva de los magistrados españoles", en VV. AA., *Jurisprudencia y doctrina: incidencia de la doctrina en las resoluciones judiciales*, pp. 21-56, 2020.
- Íñigo Corroza, Elena y Ruiz de Erenchun Arteché, Eduardo, *Los acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido: 1991-2007*, 2007.
- Izquierdo Tolsada, Mariano (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y mercantil)*, t. I, 2005-2007, 2008.
- Laporta, Francisco J., "Vindicación del precedente judicial en España", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, pp. 267-278, 1997.

Laporta, Francisco J., "Auschwitz y la justicia", en VV. AA., *Confrontando el mal: ensayos sobre violencia, memoria y democracia*, pp. 149-163, 2017.

Lasso Gaité, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*, 8 v., 1970-1998.

Lafuente Suárez, José Luis, *La vinculación al precedente: inconvenientes para su aplicación en el ámbito del sistema jurídico español*, 1991.

López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, 2004.

López Guerra, Luis, "El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*", en VV. AA., *El Tribunal Constitucional*, pp. 1433-1455, 1981.

López Navío, Ana, "A vueltas con la problemática del incidente 'excepcional' de nulidad de actuaciones y su relación con el recurso de amparo constitucional", *Revista de Estudios Jurídicos*, 20, pp. 234-262, 2020,

López Ulla, Juan Manuel, *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*, 2000.

Losada González, Herminio, "La inadmisión del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional", en VV. AA., *La inadmisión de los recursos en defensa de los derechos: criterios jurisprudenciales de los Tribunales Supremo, Constitucional, de Justicia de la Unión Europea y Europeo de Derechos Humanos*, 2019.

Luzón Cuesta, José Maria, *El recurso de casación penal*, 2015.

MacCormick, D. Neil y Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting precedents: a comparative study*, 2016.

Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli, "¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-02, pp. 1-25, 2008.

Martínez Francisco, María Nieves, *Los plenos no jurisdiccionales de la Sala 2ª del Tribunal Supremo: problemática sustantiva y constitucional*, 2012.

Martínez Francisco, María Nieves, *Los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, 2013.

Martínez Moya, Juan, "La realidad del precedente jurisprudencial: especial referencia a la problemática de su recepción por los juzgados de instancia", en VV. AA., *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, pp. 473-526, 2001.

Matia Portilla, Francisco Javier y González Alonso, Alicia (dirs.), *La inadmisión de los recursos en defensa de los derechos: criterios jurisprudenciales de los Tribunales Supremo, Constitucional, de Justicia de la Unión Europea y Europeo de Derechos Humanos*, 2019).

Medina Guerrero, Manuel, "Artículo 1", en Requejo Pagés, Juan Luis (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, pp. 69-89, 2001.

Menéndez de Luarca, Miguel Colmenero (dir.), *La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2006.

Mieres Mieres, Luis Javier, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales: especial referencia al incidente en el recurso de amparo*, 1998.

Monedero López, José Luis, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio", estudio preliminar a Felipe Clemente de Diego: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, 2016.

Montero Aroca Juan, *Independencia y responsabilidad del juez*, 1990.

Moral Soriano Leonor, *El precedente judicial*, 2002.

Moreno Pastor, Luis, *Los orígenes del Tribunal Supremo 1812-1838*, 1989.

Morón Palomino, Manuel, *La nueva casación civil*, 2001.

Muñoz Aranguren, Arturo, "Comentario sobre las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007. A vueltas con el valor vinculante de la jurisprudencia", *Revista General de Derecho Procesal*, 17, pp. 1-18, 2009.

Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. II- Historia de las instituciones jurídico-administrativas-2*, 2015.

Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. III- Los principios de constitucionalidad y legalidad*, 2015.

Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. IV- El ordenamiento jurídico*, 2015.

Muñiz, Jaime Nicolás, "El Tribunal Constitucional y las fuentes del Derecho", *Revista Vasca de Administración Pública*, pp. 73-89, 1984.

Nieto, Alejandro, "El precedente judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional", en VV. AA., *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, pp. 229-254, 1990.

Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, 2000.

Nieto, Alejandro, "Valor legal y alcance real de la jurisprudencia", *Teoría y Realidad Constitucional*, 8-9, pp. 103-116, 2001.

Nieto, Alejandro, "Visión doctrinal de la jurisprudencia", VV. AA., *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, pp. 109-128, 2001.

Nieto, Alejandro, *El desgobierno judicial*, 2ª ed., 2005.

Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, 2007.

Nieto, Alejandro, "Canon silogístico, canon de autoridad y canon factual (Sentencias del Tribunal Supremo de 28.2.2011 y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27.5.2009)", en VV. AA., *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, pp. 1829-1852, 2012.

Ollero Tassara, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, 1989.

Ollero Tassara, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, 2ª ed., 2005.

Orduña Rebollo, Enrique, *Historia del Estado español*, 2015.

Orozco Muñoz, Martín, *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, pp. 269-280, 2011.

Ortego Gil, Pedro, *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad: el control ministerial sobre los jueces en el siglo XIX*, 2019.

Ortells Ramos, Manuel, "El Tribunal Supremo español: un tribunal en busca de identidad", en VV. AA., *El Tribunal Supremo, su doctrina*

legal y el recurso de casación: estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete, pp. 31-106, 2007.

Ost, François, "Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez", *Doxa*, 14, pp. 169 y ss., 1993.

Páez Mañá, Jorge, "El requisito de la especial trascendencia constitucional en los recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional español", en VV. AA., *El Derecho en la sociedad telemática: estudios en homenaje a Valentín Carrascosa López*, pp. 511-543, 2012.

Pasquau Liaño, Miguel, "Código, doctrina y jurisprudencia civil. Reflexiones sobre el deterioro de la función jurisprudencial del Tribunal Supremo", *Anuario de Derecho Civil*, XLVIII-3, pp. 1089-1104, 1995.

Pasquau Liaño, Miguel, "Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias", en VV. AA., *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*, pp. 111-124, 2012.

Pasquau Liaño, Miguel, "Precedente, jurisprudencia y motivación de las sentencias", en VV. AA., *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, pp. 135-149, 2014.

Pastor Prieto, Santos, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, 1993.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, "El Tribunal Constitucional", en VV. AA., *El Tribunal Constitucional*, 1981.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, "La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico", *Revista del Poder Judicial*, 1983.

Peces Morate, Jesús Ernesto, "Valor de la jurisprudencia", en VV AA: *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, pp. 15-107, 2001.

Peces Morate, Jesús Ernesto, "La jurisprudencia como guía y modelo en la función de juzgar", en VV. AA., *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*, pp. 395-471, 2007.

Pera Verdaguer, Francisco, "Fuentes del Derecho, jurisprudencia y constitucionalidad", en VV. AA., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, III, pp. 1611-1628, 1979.

Pérez Daudí, Vicente, "La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto", en VV. AA., *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, pp. 395-420, 2021.

Pérez García, Máximo Juan, "La difusión de la jurisprudencia a través de las nuevas tecnologías: un instrumento al servicio de la seguridad jurídica", *Anuario de Derecho Civil*, 58-1, pp. 189-210, 2005.

Pérez Martín, Antonio y Scholz, Johannes-Michael, *Legislación y jurisprudencia en la España del antiguo régimen*, 1978.

Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, 1984.

Pérez Tremps, Pablo (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, 2004.

Pérez Tremps, Pablo: "La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre 'morir de éxito' o 'vivir en el fracaso'", *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, pp. 253-270, 2018.

Pérez Tremps, Pablo, *Sistema de justicia constitucional*, 3ª ed., 2019.

Plaza Martín, Carmen (coord.), *Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, XXVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 2021.

Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, 2ª ed., 2006.

Punset, Ramón, "Doctrina constitucional y órganos judiciales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 46, pp. 285-294, 1996.

Quintero Olivares, Gonzalo, "La 'sentencia catalana' y la desobediencia", *Teoría y Derecho*, 26, pp. 112-131, 2019.

Ramos Méndez, Francisco, "¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?", en VV. AA., *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*, pp. 107-134, 2007.

Requejo Pagés, Juan Luis, "Juridicidad, precedente y jurisprudencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29, 1990.

Requejo Pagés, Juan Luis (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2001.

Rivero Ortega, Ricardo, "Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho", *Revista de Administración Pública*, 157, pp. 89-118, 2002.

Roca Trías, Encarna, "Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad", *Revista Jurídica de Cataluña*, 85-4, 7-40, 1986.

Rodríguez-Patrón, Patricia, *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, 2005.

Rosado Iglesias, Gema, "Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia", *Cuadernos de Derecho Público*, 28, pp. 83-123, 2006.

Rubio Llorente, Francisco: "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4, pp. 35-67, 1982.

Rubio Llorente, Francisco, "Supremo no hay y más que uno, pero no es el verdadero", *El País*, 9 de febrero, 1994.

Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, 3ª ed., 2012.

Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional en España", en *La forma del poder*, III, pp. 1209-1249, 2012.

Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", en *La forma del poder*, III, pp. 1251-1290, 2012.

Rufino do Vale, André, *La deliberación en los tribunales constitucionales: un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*, 2017.

Ruiz Miguel, Alfonso y Laporta, Francisco J., "Precedent in Spain", en McCormick, Summers (eds.), *Interpreting precedents: a comparative study*, pp. 259-291, 2016.

Sainz de Robles Rodríguez, Federico Carlos, "La jurisprudencia desde la práctica forense", en VV. AA., *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, pp. 153-184, 2001.

Sala Sánchez, Pascual, *La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo*, 1993.

Samper Juan, Joaquín (dir.), *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, 2001.

Santos Vijande, Jesús, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, 1995.

Serra Cristóbal, Rosario, *La guerra de las cortes: la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, 1999.

Suay Rincón, José, "La igualdad en la aplicación de la ley. La doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista Poder Judicial*, 4, pp. 95-106, 1986.

Tapia Fernández, Isabel, "¿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, pp. 21-80, 2017.

Toharia, Juan José, *Modernización, autoritarismo y Administración de justicia en España*, 1974.

Toharia, José Juan, "*¡Pleitos tengas!...*": *introducción a la cultura legal española*, 1987.

Tomás y Valiente, Francisco, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, 1993.

Tomás y Valiente, Francisco, "Castillo de Bobadilla: semblanza personal y profesional de un juez del antiguo régimen", en *Obras completas*, 1997.

Tomás y Valiente, Francisco, "El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: Competencias, riesgos y experiencias", en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, 1993.

Tomás y Valiente, Francisco, "El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: Competencias, riesgos y experiencias", en *Obras completas*, 1997.

Torres Muro, Ignacio, *La legitimación en los procesos constitucionales*, 2007.

Trillo Torres, Ramón, Bacigalupo, Enrique y Murillo de la Cueva, Pablo Lucas (coords.), *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional: jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, 2004.

Uría Martínez, Joaquín, *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, 1996.

Uría Martínez, Joaquín, *La tutela frente a leyes*, 2001.

Vallet de Goytisolo, Juan B., "Algunas consideraciones acerca de la ley y la jurisprudencia de los Tribunales como fuente del Derecho", VV. AA., *Estudios sobre el título preliminar del Código civil*, 1977.

Vallet de Goytisolo, Juan, "Joaquín Costa y el tema de la jurisprudencia en el Congreso Jurídico de Barcelona en 1888", *Anuario de Derecho Civil*, XLI-IV, pp. 969-1032, 1988.

Vázquez Sotelo, José Luis, "El modelo español de casación (Configuración histórica y evolución legislativa)", en VV. AA., *Scritti in onore di Elio Fazzalari. Vol. 3. Diritto processuale processi civili*, pp. 355-429, 1993.

Vázquez Sotelo, José Luis: "Ineficacia de la casación bajo el peso de la dogmática", *Justicia. Revista de derecho procesal*, 3-4, pp. 97-118, 2010.

Vázquez Sotelo, José Luis: "Ineficacia de la casación bajo el peso de la dogmática", en *El recurso de casación civil*, pp. 231-245, 2010.

Vidales Rodríguez, Caty, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, 2001.

Vives Antón, Tomás S., "Tribunales de justicia y jurisprudencia constitucional", *Revista Poder Judicial*, 2-2, pp. 9-13, 1986.

VV. AA., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, ed. Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1979.

VV. AA., *El Tribunal Constitucional*, ed. Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1981.

VV. AA., *El Poder Judicial*, ed. Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1993.

VV. AA., *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 2013.

VV. AA., *La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional*, XXIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 2018.

Xiol Ríos, Juan Antonio, "El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional", *Revista Poder Judicial* (1986) 25-40. También en su libro *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*, 2005.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 1995.

La agencia precedencial de la Suprema Corte*

Rodrigo Camarena González**

* Agradezco a Ana María Ibarra y a Alejandra Martínez por la invitación para contribuir a esta obra, también a los participantes del seminario "El precedente constitucional en Iberoamérica" por sus comentarios, críticas y pláticas sugerentes, y a Fernanda Araujo y Azul Jiménez por su asistencia en esta investigación.

** Profesor de tiempo completo del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Candidato a investigador del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

SUMARIO: A. Introducción: una corte saturada e híbrida; B. Los modelos de corte y la agencia precedencial; C. La agencia de la selección; D. La agencia del triaje; E. La agencia de la maduración coherentista; F. Propuestas para una agencia precedencial renovada.

A. Introducción: una corte saturada e híbrida

¿Puede un tribunal que resuelve miles de casos al año funcionar como "corte de precedente"? ¿Cómo ejerce una corte suprema el liderazgo precedencial en un sistema que combina el control concentrado, el semi-difuso y el difuso de control de constitucionalidad? Se suele asumir que una corte saturada no puede funcionar como corte de precedente.¹ Como señala Taruffo, "la cantidad condiciona la calidad".² Mientras más casos resuelve un tribunal supremo, más se aleja de su función de desarrollar el Derecho y más se convierte en una mera corte de control. La corte apresura deliberaciones, degrada la calidad argumentativa y emite miles de sentencias intrascendentes. Esta sobrecarga hace difícil hablar de una

¹ Taruffo, Michele, "Precedente y jurisprudencia", *Precedente. Revista Jurídica*, 2007, p. 93; Sunde, Jorn Ø, "From Courts of Appeal to Courts of Precedent—Access to the Highest Courts in the Nordic Countries", en van Rhee, Cornelia H. R. y Fu, Yulin (eds.), *Supreme Courts in Transition in China and the West: Adjudication at the Service of Public Goals* (vol. 59), Cham, Springer, 2017, p. 74.

² Taruffo, Michele, *op. cit.*, p. 88.

"cultura de los precedentes".³ Una corte saturada puede pasar por alto sus propias decisiones o contradecirlas, y los tribunales inferiores que conforman el sistema difuso no pueden hacer frente a una sobreproducción de precedentes.

Aunque la carga de trabajo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha ido decreciendo, aún se encuentra abrumada. La Corte resolvió 8,322 asuntos en 2018;⁴ 7,025 en 2019,⁵ y 4,037 en 2020.⁶ Esta carga contrasta, por ejemplo, con la de su homóloga estadounidense, que resolvió 69 asuntos en el último año.⁷ Por décadas se ha ido rediseñando el Poder Judicial Federal para reducir esa carga a la Corte mexicana. Desde 1951 se han delegado casos a los Tribunales Colegiados de Circuito; en 2011 y 2021 se crearon o reformaron órganos especializados para resolver conflictos interpretativos o competenciales entre órganos judiciales intermedios. En 2021 también se eliminó la posibilidad de promover reclamaciones en contra de desechamientos de amparos directos en revisión para aligerar a la Corte.

Sin embargo, para bien o para mal, un cambio radical de diseño institucional para que la Corte resuelva unas decenas de asuntos al año es poco realista. Para ello sería necesario eliminar o reducir sus competencias originarias o de segundo grado, rediseñar radicalmente el juicio de amparo, o crear un tribunal constitucional autónomo. Producto de múltiples reformas, diversas y a veces opuestas influencias doctrinarias y de derecho comparado, disrupciones y continuidades de la cultura jurídica mexicana y antagónicas concepciones del papel del Poder Judicial en la separación de poderes, la SCJN es un híbrido multifuncional. La Corte

³ Hübner Mendes, Conrado, "The Supreme Federal Tribunal of Brazil", en Jakab, András, Dyevre, Arthur, y Itzcovich, Giulio. (eds.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. p. 135.

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe anual de labores 2018*, p. 30

⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe anual de labores 2019*, p. XCVII.

⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe anual de labores 2020*, p. p. CXI.

⁷ Supreme Court of the United States, Chief Justice's Year-End Reports on the Federal Judiciary, 2020, p. 5. Disponible en: «<https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2020year-end-report.pdf>». [Consultado el 20 de abril de 2021].

opera como una corte extraordinaria de casación, un órgano cúspide en sistemas semidifuso y difuso de control de la constitucionalidad, y un tribunal constitucional de inspiración kelseniana; está facultada para revisar asuntos de legalidad y de constitucionalidad de órganos judiciales inferiores y resolver amparos en revisión por competencia originaria, y ejerce control concentrado de constitucionalidad. En ocasiones se espera que aplique lo que parece ser el Derecho preexistente para resolver una controversia entre las partes; en otras, que lo inaplique y genere precedentes para el resto de los órganos judiciales; otras, que invalide con efectos generales para la administración pública y el legislador, aunque lo complemente o supere con sus propias aportaciones.

Dado el contexto de carga de trabajo e hibridez funcional, este texto realiza un análisis de la agencia precedencial de la SCJN. Es decir, se examina la capacidad de la Corte de funcionar como líder en la producción de precedentes constitucionales a través de estrategias y técnicas adecuadas para un sistema mixto de control de la constitucionalidad. Aun con sobrecarga y multiplicidad de funciones, la Corte ejerce tres tipos de agencia precedencial que se discuten en el resto del capítulo. En el apartado B se enmarca el análisis en la discusión sobre los "modelos" de cortes vértice, dentro de los que destaca una "corte del precedente". Se abordan críticamente estos modelos para el contexto mexicano y se identifican posibilidades para ejercer la agencia precedencial. Luego, en el apartado C se estudia la agencia de selección de precedentes que provienen del sistema semidifuso y difuso. Después, en el apartado D se examina la agencia de triaje mediante la que la SCJN puede maximizar el aprovechamiento de sus recursos humanos y jerarquizar decisiones por valor precedencial en los casos que está obligada a ejercer su competencia originaria o de segundo grado. En el apartado E se analiza la agencia de la maduración coherentista que le permite a la Corte resolver menos casos al mismo tiempo que los Tribunales Colegiados generan precedentes provenientes de juicios de amparo. Finalmente, en el apartado F se recapitula lo discutido y se concluye con propuestas preliminares para un nuevo entendimiento de la agencia precedencial de la SCJN.

B. Los "modelos" de cortes y la agencia precedencial

Las cortes vértice tienen tres funciones: i) desarrollar el Derecho con la creación de precedentes paradigmáticos, ii) controlar en última instancia las sentencias de inferiores en casos particulares y iii) garantizar la coherencia del derecho judicial entre sus inferiores. La oscilación entre estas tres funciones depende en buena medida, como dice Taruffo,⁸ de la cantidad de casos que resuelva. Mientras más sentencias produce, más se acerca a la tercera función y más se aleja de la primera.

Cuando las cortes se concentran especialmente en una de esas funciones se alude a distintos "modelos".⁹ El primer modelo de la "corte de precedente" tiene que ver principalmente con una concepción prospectiva (*forward-looking*) de las decisiones judiciales. Una corte fija el contenido del Derecho con miras a que los futuros intérpretes lo sigan. Se habla más de "precedente" que de "jurisprudencia" porque el primero viene en singular mientras que la segunda, más afín a la tradición del *civil law*, presupone una pluralidad de sentencias.¹⁰ En terminología latina, las cortes del precedente giran más alrededor del *ius constitutionis* que del *ius litigatoris*.¹¹ Es decir, en lugar de velar por el derecho privado de litigantes a que se revise su caso concreto, ejercen una prerrogativa institucional de derecho público de fijar criterios para casos posteriores.

El segundo modelo, el de una "corte de control", en cambio, se dirige a proteger el derecho subjetivo de las partes, a la justicia del caso concreto y a verificar los "errores" de los órganos inferiores. En contraste con el

⁸ Taruffo, Michele, *op. cit.*, pp. 87-89.

⁹ Taruffo, Michele, "Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales", en Taruffo, Michele, Marinoni, Luiz G. y Mitidiero, Daniel (coords.), *La misión de los tribunales supremos*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 231; Mitidiero, Daniel, "Dos modelos de cortes de vértice-cortes superiores y cortes supremas", en Taruffo, Michele, Marinoni, Luiz. G. y Mitidiero, Daniel. (coords.), *La misión de los tribunales supremos*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 77.

¹⁰ Taruffo, Michele, *op. cit.*, p. 87

¹¹ Delgado Suárez, Christian "Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes", *TH MIS-Revista de Derecho*, vol. 69, 2016, p. 277.

primer modelo, su función gira alrededor del *ius litigatoris*. Más que fundarse en la confianza de la Corte en generar precedentes a futuro, se basa en la desconfianza o en la falibilidad de órganos judiciales inferiores y la legitimación de las partes para acudir a un órgano supremo o especializado para que se corrijan esos errores.

El tercer modelo, el de una "corte de la coherencia", podría ser un punto intermedio entre salvaguardar el *ius constitutionis* y el *litigatoris*. Las cortes de casación fijaban el Derecho "objetivo" y aspiraban a la uniformidad jurisprudencial.¹² Con esto, se buscaba la aproximación al ideal de los sistemas jurídicos como ordenamientos racionales que guían la conducta humana sin generar antinomias. Una concepción más reciente de la coherencia, paralela al constitucionalismo contemporáneo, ya no asume el ideal de la consistencia lógico-deductiva entre reglas, sino uno argumentativo de "apoyo mutuo"¹³ entre las piezas que conforman el Derecho. Los jueces coherentistas, sobre todo de cortes supremas, dicen aspirar a que sus fallos encuadren con las decisiones institucionales del pasado, en vez de ser una imposición subjetiva.¹⁴ Una corte de la coherencia va tejiendo el Derecho constitucional con decisiones que se entrelazan por principios constitucionales que las agrupan y justifican.

A pesar de la claridad conceptual de estos tres tipos ideales, hay buenas razones para abordarlos de manera crítica. La idea de "modelos" parece sugerir que la "corte del precedente" es un estándar al que hay que aspirar. Aunque el propio Taruffo fue sensible a las diversidades culturales, de tradiciones jurídicas y contextos sociopolíticos, se corre el peligro de usar los modelos no como una herramienta analítica para comparar, sino como un ideal normativo para emular. Sobre todo, si se utilizan como

¹² Calamandrei, Piero, *Il ricorso per cassazione*, Florencia, Editorial Universitaria, 1956, p. 4.

¹³ Raz, Joseph, "The relevance of Coherence", *Boston University Law Review*, vol. 72, núm. 2, 1992, p. 277.

¹⁴ Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 134; Kress, Ken, "Coherence", en Patterson, Dennis. M. (ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, Chichester, Wiley-Blackwell, 2010.

paradigmas las cortes supremas del *common law* angloamericano.¹⁵ Esta idealización es problemática porque las cortes supremas de países de periferia —sean del *common* o *civil law*— podrán estar saturadas y su descongestión inmediata puede ser ilusoria. Además, pueden estar diseñadas para que sean accesibles a ciertas partes, o podrá haber un derecho subjetivo, arraigado en su cultura jurídica, a recurrir sentencias de inferiores, más que un privilegio institucional de la corte suprema a revisar decisiones. Más importante aun, en un mundo tan plural como globalizado no existe una única manera de funcionar como "corte de precedente", sino que un órgano puede proponer distintas maneras de ejercer su agencia precedencial.

Además, pareciera que la idea de modelos implica que éstos son mutuamente excluyentes. No obstante, es plausible afirmar que una misma corte de cierre puede actuar en algunas ocasiones como una corte del precedente; en otras, como una de control, y, en otras, como corte de coherencia. Habrá modelos "impuros" o híbridos en los que una corte fija un precedente histórico para toda la nación y en otras decisiones simplemente corrige un "error" del inferior o resuelve un caso concreto sin que el fallo trascienda las partes.

En realidad, la SCJN funciona como cualquiera de los tres tipos. Como corte de precedente revisa un caso excepcional resuelto por inferiores con el fin principal no de resolver la controversia entre las partes, sino de fijar un precedente. Como dice Mitidiero, para una corte del precedente "el caso concreto [es] apenas un pretexto [para] formar precedentes".¹⁶ La Corte determina el alcance de un derecho fundamental o, incluso, genera nuevos derechos, "implementa"¹⁷ la Constitución al generar doctrina

¹⁵ Marinoni, Luiz G., "El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica", *Revista Ius et Praxis*, año 18, núm. 1, 2012, p. 253; Mitidiero, Daniel, "Dos modelos de cortes de vértice-cortes superiores y cortes supremas", en Taruffo, Michele, Marinoni, Luiz. G. y Mitidiero, Daniel. (coords.), *La misión de los tribunales supremos*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 102 y 118.

¹⁶ Mitidiero, Daniel, *op. cit.*, p. 96.

¹⁷ Fallon, Richard. H., *Implementing the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 37.

judicial, va generando redes de preferencia de principios constitucionales.¹⁸ En pocas palabras, cuando la SCJN actúa como corte de precedente dota de contenido, actualiza o expande la Constitución.

En otros casos, no obstante, la misma SCJN opera como corte de control; ésta revisa algunos asuntos menos trascendentes indelegables, pero les puede dar un trato diferenciado según su relevancia precedencial. Las partes tienen una prerrogativa o derecho subjetivo que las legitima para acudir a la Corte y ésta, a su vez, no está facultada para delegar el asunto. Si bien en México no existe un derecho a acceder a la SCJN, sí existe un derecho al juicio de amparo. Luego, las sentencias de inconstitucionalidad de normas que son impugnadas corresponden por competencia originaria a la Corte. Además, la SCJN no está facultada para delegar su función de control concentrado a Tribunales Colegiados por más irrelevante que sea la acción de inconstitucionalidad o controversia constitucional. Por ejemplo, una controversia constitucional "de trámite" sobre problemas presupuestarios entre estado y municipio, o incluso una que deba desecharse, por más intrascendente que sea, sólo puede ser delegada a Salas.¹⁹ En estos escenarios, la SCJN resuelve el caso para las partes aplicando el Derecho preexistente, no fija un precedente, pero sí puede jerarquizar internamente el asunto según la importancia que le asigna.

Finalmente, como corte de la coherencia, es imposible que un solo órgano vértice vigile al resto del Poder Judicial para garantizar el trato análogo. En un país de casi 130 millones de habitantes regidos por una Constitución que suscribe principios liberales, sociales, neoliberales, comunitarios y pluriculturales, con cientos de miles de casos resueltos en 248 Tribunales Colegiados, la SCJN no puede vigilar policíacamente a los tribunales inferiores ni garantizar una coherencia absoluta en todos los precedentes

¹⁸ Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 99.

¹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acuerdo General número 5/2013 de 13 de mayo de 2013.

constitucionales del país. Lo que sí puede hacer es abstenerse de resolver casos y dejar que estos tribunales contribuyan a la generación de precedentes para después consolidar criterios. La Corte contribuye a la generación de coherencia constitucional no de manera aislada, sino como líder de una constelación de órganos judiciales en los que coexisten diversas posturas dogmáticas y político-morales propias de una sociedad estratificada, heterogénea y cambiante. En estos escenarios, la Corte puede inhibirse de decidir casos mientras se madura el debate entre los tribunales colegiados para después eliminar o reparar incoherencias en un sistema semidifuso y federal de precedentes constitucionales.

En vista de la multiplicidad de funciones de la SCJN, así como de su potencial papel cambiante, en lo que resta de este texto se analizan tres tipos distintos de agencia que la Corte puede desempeñar en el contexto mexicano.

C. La agencia de selección

La agencia de selección se refiere a la facultad de las cortes supremas para elegir sentencias de órganos inferiores que sienten un precedente para todo el país. En vez de asegurarse de que todos los órganos judiciales inferiores sigan sus precedentes caso por caso, fija un precedente asumiendo que será seguido. A este respeto intenso y generalizado del precedente vertical, siguiendo a Calamandrei, se le suele llamar "nomofilaquia por precedente", en contraposición a una nomofilaquia por recurso que requiere la vigilancia concreta.

Los ejemplos más discutidos de selección de sentencia son las cortes supremas del *common law* del norte global. Cortes con limitada jurisdicción originaria y exclusiva tienen el privilegio de elegir casos resueltos en segunda instancia a través de mecanismos como *permission*, *special leave* o el *certiorari*. Estas selecciones se dan ya sea en sesión plenaria, pero con voto minoritario, como en la Corte Suprema Estadounidense

(cuatro de nueve), o en paneles permanentes o rotativos de dos o tres jueces, como en Australia.²⁰

Los criterios de selección suelen ser formales o informales. Los primeros se asientan en sus reglamentos internos y se suelen referir a que sea un asunto novedoso o trascendental para el país, a conflictos interpretativos entre dos o más cortes de apelación, o la malinterpretación que un órgano inferior realizó de un precedente de la Corte Suprema.²¹ Los informales se suelen referir a la identificación, casi a partir de una corazonada, de *test cases* fértiles.²² El carácter excepcional de estos casos suele corresponder a juicios de litigio estratégico o estructurales proveniente de un debate saliente que pueden generar un cambio jurídico o social significativo que trasciende por mucho a las partes del caso.

La discreción para abrir esta tercera instancia en algunas cortes anglosajonas es amplísima. Por ejemplo, la Corte Suprema estadounidense ha llegado a admitir sólo 0.9% de las peticiones de revisión.²³ Esta discreción casi absoluta encuadra sutilmente con una cultura sospechosa de la tercera instancia. Las cortes anglosajonas suelen ser deferentes a las inferiores, sobre todo por su conocimiento privilegiado de los hechos del caso.²⁴ De hecho, en algunos momentos históricos, el derecho a la segunda instancia, incluso en materia penal, ha sido negado.²⁵ La frase anecdótica del *chief justice* Howard Taft —el autor intelectual de la llamada

²⁰ High Court of Australia, High Court Rules 2004, (Australia, a 2 de enero 2019), regla 41.08.

²¹ Supreme Court Rules, S. 10, Judiciary Act, s. 35 A

²² Kirby, Michael, "Maximising Special Leave Performance in the High Court of Australia" 731, *UNSW Law Journal Volume*, vol. 30, núm. 3, 2007, p. 733.

²³ Thompson, David C. y Wachtell, Melanie F, "An Empirical Analysis of Supreme Court Certiorari Petition Procedures: The Call for Response and the Call for the Views of the Solicitor General", *George Mason Law Review*, vol. 16, núm. 2, 2009, p. 241.

²⁴ Geeroms, Sofie. M. F, "Comparative law and legal translation: why the terms cassation, revision and appeal should not be translated", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, núm. 1, 2002, pp. 226-227.

²⁵ *McKane v. Durston*, 153 U.S. 684, 687 (1894); Keillor, Stan, "Should Minnesota Recognize a State Constitutional Right to A Criminal Appeal?", *Hamline Law Review*, vol. 36, 2013.

Ley de Certiorari de 1925— es ilustrativa: "dos instancias son suficientes para hacer justicia".²⁶

Este poder de selección de cortes del *common law* del norte no es fácilmente trasladable a la SCJN. En México, la jerarquía de fuentes es un criterio juridificado de trascendencia que le da una vasta competencia exclusiva a la Corte. Según esta pirámide normativa, una disposición general es más significativa que un mero acto particular, y el estatus de las normas se escalona sucesivamente desde la Constitución hasta actos particulares. La Constitución le da competencia originaria e indelegable a la SCJN en control concentrado por impugnación de normas en acción de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, y semidifuso en amparos en revisión contra normas y amparos directos en revisión. Luego, la ley distribuye competencia de casos de inconstitucionalidad de tratados o leyes al Pleno, delega reglamentos a las salas, y deja actos u omisiones para tribunales colegiados. Después, a través de acuerdos generales, delega su competencia compartida. El Acuerdo General 5/2013 reitera el criterio de jerarquía normativa y le agrega la fórmula tasada de jurisprudencia: número determinado de votos y casos para identificar un criterio consolidado. El Pleno delega a salas controversias constitucionales sobre actos u omisiones, éstas asumen amparos directos en revisión y amparos en revisión contra normas, y delegan a Colegiados amparos en revisión contra normas cuando ya haya jurisprudencia — cinco reiteraciones con mayorías especiales—, o contra actos u omisiones cuando haya al menos tres precedentes de la Corte. Con esta distribución de competencias, en 2020 la SCJN resolvió 1,023 juicios constitucionales.²⁷

El criterio generalista de jerarquía normativa coexiste con criterios casuísticos para seleccionar asuntos de los Tribunales Colegiados. Los criterios

²⁶ Citado en Rehnquist, William, "Remarks of the Chief Justice, Dedication of Ohio Judicial Center Columbus, Ohio," mayo 15, 2004. Disponible en: «https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/sp_05-15-04.html». [Consultado el 21 de abril 2021].

²⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe Anual de Labores 2020*, pp. CXIV, CXXIV.

previstos por la Constitución son de "interés o importancia" y de "trascendencia". Por los primeros se entiende un asunto relevante para la sociedad o el foro jurídico en vista de los valores en juego, mientras que por el segundo se hace referencia a una novedad o replanteamiento en comparación con otros precedentes de la Corte cuyo criterio solucionará muchos otros casos.²⁸

Otro punto que distingue la agencia de selección de la SCJN es la noción predominante del deber de fundamentar. Algunas cortes supremas como la estadounidense tienen la discreción de incluir en listas de discusión asuntos para su posible selección y de rechazar sin ningún tipo de documentación por escrito. En cambio, en México el mandato constitucional civilista de fundar y motivar se ha interpretado en el sentido de que cada decisión de la SCJN de selección o rechazo debe ir acompañada de una sentencia justificada por escrito, por más suprema que sea la decisión y por más irrelevante que considere el asunto.

Para seleccionar casos trascendentes la Corte tiene tres mecanismos: reasunción de competencia, facultad de atracción y amparo directo en revisión. Con el primero, retoma la competencia sobre un asunto de los tipos de casos previamente delegados a Colegiados. Con el segundo, a manera de *per saltum*, se asume la competencia de un amparo que no es de competencia originaria de la Corte, pero que se considera relevante para el país. Con el tercero se abre una instancia excepcional en el amparo directo, siempre que haya tema de constitucionalidad, excepcionalidad del caso y oportunidad para sentar un precedente. La orden de reasunción o de atracción proviene de las Salas y puede motivarse por propuesta de los ministros en lo individual o a petición de autoridades legitimadas, como los Tribunales Colegiados. Además, en la práctica, la Corte "hace suyas" algunas de las peticiones de las partes, aunque carezcan de legitimación expresa.²⁹ En cambio, en la revisión en amparo directo,

²⁸ Véase, por ejemplo, reasunción de competencia 9/2012.

²⁹ Pleno, varios 631/1996, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, 28 de octubre de 1996.

la apertura de instancia extraordinaria se solicita por las partes y, desde la reforma de 2021, es concedida o rechazada por decisión unipersonal del ministro presidente de la Corte sin posibilidad de impugnación.

El porcentaje de selección de la Corte suele ser considerablemente mayor al de sus pares anglosajonas. En 2020, la Segunda Sala reasumió competencia o ejerció la facultad de atracción en 25% y 26% de las peticiones, respectivamente,³⁰ y la Corte en su conjunto admitió y resolvió de fondo 5.6 % de las peticiones de amparo directo en revisión, es decir, 222 precedentes.³¹ Tomando en cuenta solamente los asuntos de selección discrecional, la SCJN resolvió en 2020 alrededor de 300.

Dado este contexto y en vista de la reciente reforma constitucional, ¿qué le depara a la agencia de selección de la SCJN? La reforma de 2021 no desterró de la Constitución el criterio de jerarquía normativa para distribuir competencia. Si bien redujo la fórmula tasada de vinculación a un solo precedente, sigue siendo un criterio no casuístico. También se eliminó la posibilidad de impugnar desechamientos de amparo directo en revisión por acuerdo presidencial, lo que puede reducir considerablemente su carga. Sin embargo, la SCJN seguirá resolviendo cientos o miles de asuntos por competencia originaria no delegable.

Un punto más de actitud argumentativa que de diseño institucional es la manera en que la Corte aborda la delegación y selección de asuntos novedosos. Si en acatamiento a la reciente reforma la SCJN emite un acuerdo generalista para delegar, entonces lo que le queda es hacer más estrictos los criterios de selección mientras que relaja su deber de fundar y motivar. En la reforma se establece que la admisión del amparo directo en revisión está sujeta a temas de constitucionalidad y a un interés "excepcional" (artículo 107, IX). La Primera Sala ya había explicitado que la selección de amparos directos en revisión es un "ejercicio sustantivo de

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. XCIX, C.

³¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. CXXXVI.

valoración³² con el que maneja su política judicial con el objetivo materializar la supremacía constitucional. Paralelamente, la Segunda Sala ha resaltado que el amparo directo en revisión no es un recurso automático, sino un mecanismo excepcional de selección que no requiere una "fórmula argumentativa rigurosa"³³ para cumplir con la carga de fundar y motivar. Parece distante, aunque no descabellado, que se llegue a un extremo del relajamiento de fundar para que baste un lacónico "se niega la revisión" o ni siquiera se documente por escrito el proceso de selección.

Si bien es inconveniente predefinir lo "novedoso", "trascendental" o "excepcional", la comparación de casos es la metodología casuística por excelencia para distinguir cuestiones originales o inciertas de las ya firmes o establecidas. El método de la subsunción presupone que la regla del precedente ya contiene los hechos del caso por decidir. En cambio, la comparación implica que hay novedades en cada caso. A partir de los hechos del caso, los juzgadores realizan análisis de similitud o diferencia entre casos resueltos y por decidir. Aunque el sistema de tesis sigue vigente, la Corte lo abandonó para juicios en los que funciona como tribunal constitucional concentrado —quizá porque requiere la creación de miles de reglas con altísimo grado de especificidad para que los inferiores subsuman cada caso—, y en su lugar la Corte a veces sugiere que se recurra a la analogía para resolver asuntos "*similares*, no sólo iguales".³⁴ Pero el acuerdo general de la SCJN sigue sugiriendo un criterio textualista para detectar la novedad de criterios de colegiados: "su contenido no debe ser obvio ni reiterativo y tampoco encontrarse plasmado en alguna otra tesis".³⁵

Para seleccionar casos, en vez de criterios textuales de novedad, se debe enfatizar la interdependencia entre los hechos sociales y los estándares

³² Amparo directo en revisión 5833/2014, Primera Sala, 28 de octubre de 2015, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

³³ Recurso de reclamación 829/2019, Segunda Sala, José Fernando Franco González Salas, 26 de junio de 2019.

³⁴ Amparo en revisión 69/2018, Segunda Sala, Eduardo Medina Mora I. 11 de abril de 2018.

³⁵ A. G. 17/2019, Art 41.V.

jurídicos. Eventos similares del pasado se pueden comprender de manera distinta no sólo por reformas formales sino por cambios sociales. Así, se puede entender que un caso no es novedoso si es indistinguible del precedente de la Corte, aunque puede haber diferencias y matices entre casos que requieran generar más doctrina. De igual manera, un caso puede ser muy similar a uno del pasado, pero las transformaciones jurídicas o sociales anticipan un cambio precedencial. Por ejemplo, si un poeta insultara a la bandera mexicana, aunque la Corte ya se pronunció en 2001,³⁶ el Tribunal Colegiado podría distinguir o reinterpretar el precedente de la Corte debido a las reformas constitucionales de derechos humanos y a la expansión del alcance de la libertad de expresión que la misma SCJN ha desarrollado.

La "novedad" como criterio de selección también adquiere un tinte particular en vista del hiperreformismo mexicano. A diferencia de lo que sucede en Estados Unidos o Australia, en donde los precedentes de las cortes supremas rejuvenecen constituciones antiguas y poco reformadas, en México la SCJN tiene que seguir el ritmo de más de 750 reformas en poco más de un siglo. Si a estos cambios estrictamente constitucionales se le añaden las decenas de tratados de rango constitucional, la labor precedencial de concretar el contenido de la Constitución en sentido amplio es abrumador. Las reformas modifican todo el sistema jurídico y pueden desencadenar un replanteamiento de los precedentes sobre el tema.

Para racionalizar esta labor de selección, la SCJN ha tomado medidas para identificar asuntos relevantes en colegiados. Por ejemplo, en 2007 la Primera Sala creó un Programa de Derechos Fundamentales para detectar casos que llegan a los Tribunales Colegiados sobre temas novedosos como interés superior del menor para reasumir competencia o atraerlos.³⁷ De manera similar, la Segunda Sala instituyó en 2019 una unidad

³⁶ Amparo en revisión 2676/2003, Primera Sala, José De Jesús Gudiño Pelayo 5 de octubre de 2005.

³⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe Anual de Labores 2007*, p. 44.

especializada para revisar peticiones de sujetos no legitimados para solicitar la atracción de un asunto.³⁸ Si a los cambios formales le agregamos mutaciones del federalismo o separación de poderes, por ejemplo, con comunidades indígenas como órdenes normativos,³⁹ o el papel de órganos autónomos en la nueva separación de poderes, el potencial para seleccionar casos "novedosos" es gigantesco.

Por el lado de los estándares, el motor de novedades inicia con un promedio de entre 7 y 11 reformas constitucionales por año, lo que hoy se traduce en una Constitución de 144,213 palabras, incluyendo transitorios. Le siguen decenas de tratados internacionales sobre derechos humanos que, desde 2011, tienen rango constitucional. Además, estas disposiciones son interpretadas por la Corte en sus cientos o miles de precedentes anuales. Estos precedentes, a su vez, son reinterpretados por Tribunales Colegiados, y la Corte puede atraer o revisar el caso para fijar una interpretación ya no de la disposición sino del precedente. Pero eso no es todo, las decisiones de la Corte Interamericana son precedentes vinculantes que deben ser contextualizados a la realidad mexicana por cualquier órgano judicial.

Por el lado de los hechos sociales, el país vive en un estado continuo de volatilidad que presiona por nuevos entendimientos de disposiciones y precedentes. Desde la "guerra contra el narcotráfico" y el papel de las fuerzas armadas en seguridad o salud pública, pasando por el impacto de movimientos feministas, de género y autonomía sexual, la "revolución" digital y la redefinición de la privacidad, la libertad de expresión y derechos laborales, hasta movimientos ambientalistas e indígenas en una sociedad estratificada cuya desigualdad parece agudizarse.

Le queda, entonces, a la Corte balancear dos valores en juego para ejercer su agencia de selección. Por un lado, su función como máxima intérprete

³⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe Anual de Labores 2019*, p. LXXIV.

³⁹ Por ejemplo, Segunda Sala, amparo en revisión 1041/2019, Javier Laynez Potisek, 8 de julio 2020.

constitucional en un país en constante conmoción jurídica, moral y social. Por otro lado, la posibilidad de discutir menos casos y delegar más, incluso asuntos constitucionales a Tribunales Colegiados. Retomando la observación de Taruffo sobre la correlación entre cantidad y calidad de sentencias, la Corte puede seleccionar menos, pero mejores casos para producir precedentes ejemplares por su claridad y fortaleza argumentativa.

Con todo, a pesar del acervo de temáticas del que la SCJN puede seleccionar, irónicamente, hay asuntos de competencia no delegable, poco novedosos para el país. Por eso, como se ve en la sección siguiente, la Corte ejerce no sólo una agencia de control, sino una agencia para clasificar asuntos de trámite de los que requieren mayor discusión.

D. La agencia del triaje

A veces se asume que el papel de una corte suprema con miles de casos se reduce a una mera corte de "control".⁴⁰ En vez de tener un papel proactivo en la creación de criterios, se vuelven reactivas a la corrección de "errores". Pesa más el derecho subjetivo o la legitimación de las partes para acudir a la corte que la discreción de ésta para seleccionar casos. Sin embargo, incluso cortes que resuelven decenas de miles de casos al año, se las pueden ingeniar para adoptar a veces el papel de una corte de precedente, y en otras, el de una corte de control.

Así como, según Green y Yoon, los agricultores separan los granos de la paja,⁴¹ sostienen que un tribunal saturado como la Corte Suprema de India hace triaje de los casos. El triaje, según estos autores, es una clasificación estratégica para abordar sobrecargas y maximizar los recursos humanos, jerarquizando entre casos según su relevancia. Cortes saturadas

⁴⁰ Delgado Suárez, Christian "Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes", *THÉMIS-Revista de Derecho*, vol. 69, 2016, p. 280.

⁴¹ Green, Andrew y Yoon, Albert H., "Triaging the law: developing the common law on the Supreme Court of India", *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 14, núm. 4, 2017, p. 698.

como la Corte Suprema india, o el Supremo Tribunal Federal brasileño,⁴² pueden tomar medidas para distinguir entre casos irrelevantes y otros susceptibles de convertirse en precedentes hito. Así, el triaje ocurre en casos que no se pueden delegar a órganos intermedios, pero sí dar un trato diferenciado dentro de la corte.

Existen al menos tres tipos de triaje que las cortes supremas utilizan. En primer lugar, la estructura organizacional varía según la importancia del potencial precedente. En la SCJN hay un triaje que distribuye el trabajo entre ministros ponentes, Salas y Pleno. De entrada, una corte que, aun con la reforma, resolverá miles de casos anualmente, difícilmente podría discutir en un Pleno de 11 ministros cada uno de los asuntos antes de redactar una sentencia. Ésta es una de las razones por las que la SCJN utiliza el sistema de ponentes. Previo a la resolución, se asigna por turno aleatorio a un ministro ponente del proyecto que después será votado por sus colegas.

En un sistema de ponentes hay dos tipos de decisiones: las unilaterales, llamadas en Brasil "monocráticas", y las propuestas que se someten a voto colegiado que podemos denominar "policráticas". Las decisiones monocráticas son eficientes y expeditas, pero no deliberativas. En estos escenarios, puede haber sospechas de "maniobras monocráticas"⁴³ cuando un solo ministro resuelve subjetivamente en nombre de la Corte. En la SCJN, esta maniobra puede ocurrir en el acuerdo presidencial que admite o rechaza un amparo directo en revisión. Aunque las Salas podrían revertir la admisión, ya no podrán revisar un rechazo. La eficiencia y carga de trabajo fueron factores para otorgar esta facultad que antes se traducían en miles de recursos de reclamación que luego confirmaban las Salas. Quizá una solución intermedia era rotar este poder aleatoriamente entre ministros o entre paneles tripartitos. Con todo, el presidente de la

⁴² El Supremo Tribunal Federal resuelve entre 80,000 y 100,000 casos anuales, en 2017 resolvió más de 126,000 (STF, 2020).

⁴³ (Hübner Mendes, *op. cit.*, p. 127).

Corte no realiza esta función en solitario, sino que la subsecretaria de Acuerdos propone proyectos para determinar la trascendencia del asunto.⁴⁴ (Además, hay comunicación interna entre Presidencia y Salas sobre pronunciamientos de trascendencia.⁴⁵ Para descartar la sospecha de un uso arbitrario, las mesas de trámite que se encargan de proyectar pueden ser lo más descentralizadas, rigurosas técnicamente y diversas ideológicamente, en vez de un mero apéndice de Presidencia.

Después, hay decisiones policráticas ante las Salas. Desde 1928, el diseño de la SCJN prefirere la eficiencia de las Salas permanentes de cinco ministros sobre la "lentitud" del Pleno. En el 2020, de 4,037 asuntos de la SCJN, 3,649 se resolvieron en las Salas. El ponente, asistido por sus secretarios, propone un proyecto de resolución ante la Sala en sesiones públicas. Los ministros discuten las razones y resolutivos, plantean adiciones o modificaciones, aprueban o rechazan por voto de mayoría simple o calificada la decisión. Posteriormente, se emite la versión escrita de la decisión definitiva conocida como engrose y acompañada, en su caso, de votos concurrentes, particulares, minoritarios o aclaratorios.

Las decisiones policráticas inciden en la cohesión de los precedentes. Si el proyecto es aprobado sin modificaciones, tiene las ventajas de ser la obra de un solo autor que los demás suscriben, pero se corre el peligro de que tenga falta de profundidad. Muchas decisiones de las Salas son aprobadas sin mucha discusión pública y por unanimidad. Por ejemplo, en 2010 la Segunda Sala resolvió 92.14% de sus casos por unanimidad.⁴⁶ En cambio, si el engrose es modificado, se gana en pluralismo, pero se puede caer en cacofonía. Cada ministro puede enfatizar y caracterizar los hechos de manera diferente, apoyarse en otras disposiciones, utilizar

⁴⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reglamento Interior de La Suprema Corte de Justicia de la Nación (versión actualizada considerando la modificación del artículo 147, mediante instrumento normativo del 10 de junio de 2013), artículo 71 IV.

⁴⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acuerdo General número 9/2015, de 8 de junio de 2015, p. 7.

⁴⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe Anual de Labores* 2010, p. XCIV.

metodologías argumentativas alternativas, y seguir opuestas posturas político-morales. A esta posible, pero poco frecuente, disonancia interna de una Sala se le añade la potencial tensión entre Salas. No es inusual catalogar a las Salas no sólo como dos cortes, sino incluso a la Primera como liberal y la Segunda como conservadora.⁴⁷

Finalmente, el triaje organizacional concluye con pocas, pero muy visibles y plurales decisiones policráticas del Pleno. En 2020, el Pleno resolvió sólo 9.61% de los casos de la Corte. De 388 asuntos, 180 fueron acciones de inconstitucionalidad. Contrario a las prácticas de la mayoría de los tribunales constitucionales, las sesiones de deliberación y votación del Pleno no sólo son públicas,⁴⁸ sino que son transmitidas en vivo y en directo.⁴⁹ La combinación de control abstracto de constitucionalidad y mediatización de discusiones parece producir engroses más extensos y con poca cohesión. En acciones de inconstitucionalidad se puede impugnar cientos de artículos uno por uno sin probar agravios, lo que multiplica la litis y la discusión. Por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad 105/2018 sobre la ley de la remuneración a servidores públicos fue discutida en cinco sesiones de aproximadamente dos horas cada una, y produjo un engrose de 383 páginas.⁵⁰ Además, hubo cuatro votos concurrentes y cuatro particulares sobre distintos pronunciamientos que iban de la teoría del acto y proceso legislativo, el bicameralismo y la secuencialidad de la deliberación, hasta la necesidad de criterios objetivos para fijar salarios públicos.

Aunque se requiere más evidencia empírica para generalizar, parece que el triaje organizacional se inclina más hacia la fragmentación que hacia la unidad institucional de la Corte. Una Sala puede producir sentencias

⁴⁷ Carbonell, Miguel, *México en la encrucijada: ¿modernidad o barbarie?*, México, UNAM/Editorial Flores, 2014, p. 33.

⁴⁸ CPEUM, artículo 94; LOPJF, artículo 6.

⁴⁹ Reglamento Orgánico en Materia de Administración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, artículos 3 A II, 15 IV.

⁵⁰ Alberto Pérez Dayán, 20 de mayo de 2019.

internamente coherentes que, sin embargo, colisionan con las de la otra. Las sentencias generalmente unánimes de las Salas toman la forma de sentencias de texto único, a manera de decisión institucional o *per curiam* del órgano, a pesar de identificar al ponente. En cambio, las sentencias del Pleno, sobre todo las de acciones de inconstitucionalidad en temas controvertidos, adoptan un estilo de sincretismo de posturas. El triaje organizacional reflejado en las sentencias sugiere que la SCJN es, en realidad, tres o más "cortes".

El segundo tipo de triaje es procedimental. Aunque prácticamente no hay audiencias públicas, el Pleno puede convocarlas en asuntos de trascendencia nacional previo a que se publique el proyecto de sentencia. Más que un debate adversarial entre las partes, son "exposiciones"⁵¹ a favor o en contra de la constitucionalidad de normas que pueden ser utilizadas para darle cauce a los *amicus curiae*. Estas audiencias buscan superar la secrecía o incluso clandestinidad de los llamados "alegatos de oídas" (Sotelo Gutiérrez, 2020). El caso más emblemático de audiencias públicas fue el del aborto en 2008, en una acción de inconstitucionalidad en la que se recibió a más de 80 ponentes.

Además de las audiencias públicas para casos muy excepcionales, hay jerarquización de sesiones para el debate interno de los proyectos sin las partes. La Segunda Sala divide formalmente sus sesiones en ponencias conjuntas y ordinarias. Las primeras abordan cuestiones de mero trámite sobre procedencia, mientras que las segundas "discuten con gran detalle el resto de los asuntos de fondo".⁵² Con todo, esta división formal no necesariamente se traduce en una mayor discusión pública. Las Salas resuelven entre 60 y 80 asuntos por sesión semanal que dura unos minutos, lo que hace difícil una discusión detallada pública de cada asunto.

⁵¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acuerdo General número 2/2008 de 10 de marzo de 2008, p. 4.

⁵² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe Anual de Labores* 2019, p. LXV.

El caso del derecho a la seguridad social de la trabajadora del hogar ilustra el potencial del triaje procedimental.⁵³ La Segunda Sala publicó el proyecto de sentencia en la que consideraba que la falta de obligación de patrones de inscribir al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) a trabajadoras del hogar no era discriminatoria, ya que era una labor diferenciada que justifica una regulación distinta. El proyecto fue cuestionado por discriminatorio en blogs,⁵⁴ hubo manifestaciones de colectivas y asociaciones,⁵⁵ e incluso la Cámara de Diputados exhortó a la Corte a fallar en favor de las trabajadoras del hogar.⁵⁶ En respuesta, el ponente reformuló el proyecto y no sólo consideró la ley como inconstitucional, sino que exhortó al IMSS a generar medidas sistemáticas para abordar la discriminación estructural. Así, activistas y colectivas abrieron una audiencia *de facto* para un tema de relevancia nacional cuya solución era percibida de manera muy distinta por el ponente antes de involucrarse con el debate público.

El triaje procedimental de la SCJN es paralelo a la tendencia a la oralidad en otras ramas del Derecho. Del proceso escrito semiinquisitorial se ha transitado hacia la oralidad en procesos penales, familiares, mercantiles y civiles. Más recientemente, procesos constitucionales locales como la acción de protección efectiva de derechos humanos en la Ciudad de México han explicitado la oralidad e informalidad como principios procesales. Aún queda ver cómo interactúa el triaje procedimental con esta tendencia a la oralidad y el principio adversarial, por un lado, y, por otro, el vigente principio de *iura novit curia* que autoriza a una corte a ir más allá de las

⁵³ Amparo directo 9/2018, Alberto Pérez Dayán, 5 de diciembre de 2018.

⁵⁴ Ayala García, Melissa S., "Trabajadoras invisibles: seguridad social y trabajo doméstico ante la Suprema Corte", *El Juego de la Corte*, 2018. Disponible en: «<https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/trabajadoras-invisibles-seguridad-social-y-trabajo-domestico-ante-la-suprema-corte/>».

⁵⁵ Xantomila, Jessica, "Acusan a la SCJN de discriminar a trabajadoras del hogar", *La Jornada*, 16 de octubre. Disponible en: «<https://www.jornada.com.mx/2018/10/16/sociedad/036n1soc>».

⁵⁶ Cámara de Diputados, "Piden a SCJN resolver amparo sobre derechos laborales de empleadas domésticas", 23 de octubre, Boletín N°. 0337, 2018. Disponible en: «<http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2018/Octubre/23/0337-Piden-a-SCJN-resolver-amparo-sobre-derechos-laborales-de-empleadas-domesticas>». [Consultado el 23 de abril de 2021].

fuentes invocadas, pruebas ofrecidas y argumentos esgrimidos por las partes.

El tercer tipo de triaje, quizá corolario de los otros dos, es el discursivo. Es más probable que una decisión del Pleno asuma una postura de creación de precedente que una decisión monocrática que sólo aplica el derecho preexistente, o una sentencia que culmina un largo y plural proceso de deliberación de la que confirma una decisión de trámite. Consciente o inconscientemente, los redactores distinguen entre sentencias que asumen una narrativa de reconstrucción y creación de precedente y las que no. Algunos fallos son una mera solución para las partes, otras se dirigen a una audiencia más amplia: desde jueces y magistrados, litigantes, sectores sociales, hasta debates intergeneracionales. Algunas sentencias repasan la historia constitucional, dan cuenta de continuidades y disrupciones, y resaltan cómo la decisión del caso a pesar de ser novedosa encuadra con el pasado institucional.

Un par de sentencias basta para ejemplificar el triaje discursivo en la Corte. En la reclamación 1628/2015,⁵⁷ la Primera Sala emitió una breve sentencia de 16 páginas en la que se analiza el desechamiento del presidente de un amparo directo en revisión por no ratificar una firma del promovente, copia y pega cuatro tesis de distintas épocas, pero asimiladas para confirmar la decisión. En cambio, en la sentencia del amparo en revisión 1359/2015⁵⁸ se realiza un análisis diacrónico creativo de una problemática histórica del derecho constitucional mexicano: ¿puede tener efectos generales una sentencia de amparo? La Sala repasa las posturas históricas que pasaron por descartar la posibilidad de ordenar legislar en amparo en la década de 1990, después, reconociendo la necesidad de subsanar omisiones legislativas en otros medios de control de constitucionalidad, luego reconociendo excepcionalmente efectos ultra partes en

⁵⁷ Primera Sala, reclamación 1682/2015, Arturo Zaldivar Lelo De Larrea, 15 de junio de 2016.

⁵⁸ Primera Sala, amparo en revisión 1359/2015, Arturo Zaldivar Lelo de Larrea, 15 de noviembre de 2017.

amparo en la década de 2000, para concluir que el remedio ante una omisión legislativa es ordenar a legislar. Ya entrando al fondo, la Sala cita precedentes suyos y extranjeros, de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Concluye por ordenar al Congreso federal legislar para limitar el uso discrecional de dinero público en medios de difusión, una orden que hubiera contradicho los precedentes hace unas décadas. De esta manera, la Sala da cuenta de continuidades y interrupciones institucionales y habla para una audiencia de constitucionalistas y activistas de la libertad de expresión.

El triaje discursivo arroja preguntas interesantes sobre la creación del precedente que aquí sólo se pueden perfilar. ¿Quién es la autora del precedente? ¿La ponente en lo individual o la Sala o el Pleno como agente colectivo? Si es la ponente, ¿qué postura toma?, ¿formalista, pragmática, conservadora, liberal, libertaria o comunitaria? Si es como agente colectivo, ¿quién es el órgano colegiado? Será la composición actual que resuelve el caso o una reconstrucción intergeneracional de las voces que han pasado por la Corte. ¿Cuál es la audiencia? En asuntos trascendentes se puede dirigir en tono técnico a juristas, o en lenguaje más llano a otros actores sociales o la ciudadanía en general.

Ahora bien, la reducción de carga de trabajo a la que aspira la reforma de 2021 y la maximización de recursos pueden dar lugar a un replanteamiento del triaje en sus tres tipos. En primer lugar, se podría revertir el triaje organizacional eficientista para que un asunto de competencia originaria de las Salas sea enviado al Pleno. El objetivo es que haya mayor deliberación y una composición más diversa. Se podrían modificar las normas y prácticas internas de SCJN, por ejemplo, para que una Sala no pueda revocar sus propios precedentes, sino que se discuta en sesión plenaria. Esta reversión a la delegación haría más estricta la práctica de la "nueva reflexión" mediante la cual una nueva composición de una Sala o un cambio de parecer es suficiente para revocar un criterio.

En segundo lugar, se podría replantear el triaje procedimental. La Corte podría tener más audiencias y decidir si les dará un giro más adversarial o de participación ciudadana. Si un precedente de la SCJN puede tener efectos estructurales no es aventurado sugerir que las audiencias no sólo sean entre juristas o expertos, sino con activistas y colectivos que informen el debate moral y político que trascenderá el caso particular. Esta apertura puede hacer más plural el debate ideológico que se cristalizará más allá de los perfiles de 11 ministros, aunque también se corre el riesgo de legitimar decisiones bajo apariencia de que distintos sectores fueron escuchados.

En el replanteamiento del triaje procedimental, la Corte podría buscar un equilibrio entre eficiencia y deliberación pública. Hay cimientos para distinguir entre asuntos *fast-track* —como las de ponencias conjuntas—, ordinarios sin intervención oral de las partes, y extraordinarios que ameritan audiencias. Los ministros en lo individual o en paneles podrían dar audiencias con actores no judiciales. Sin aislarse de la opinión pública, pero también sin ceder ante poderes fácticos, la Corte se puede involucrar con la cotidianeidad mexicana: desigualdad, impunidad, desconfianza en instituciones, y así contribuir a la reducción de la brecha de implementación de la Constitución. Quizás las audiencias acercan más la Corte a la sociedad y generan mejores precedentes que la transmisión televisiva de sus deliberaciones.

Finalmente, el triaje discursivo se puede maximizar para distinguir sentencias de trámite de las que fijan precedentes históricos. En un caso extremo de economía procedimental puede haber sentencias brevísimas en las que la Corte habla al unísono, pero no genera precedente. Ejemplos de éstas son resoluciones que niegan la atracción de un amparo en revisión o rechazan la excepcionalidad de un amparo directo en revisión. En un punto intermedio, habrá sentencias ricas en argumentos sobre asuntos novedosos que se redacten con el objeto principal de unir voces dentro de la Corte en el presente y obtener unanimidad. En el otro extremo, cuando se revocan precedentes antiguos o nuevos entran en tensión,

la Corte podría intentar hacer sentencias lo más intergeneracional posible; tomando en cuenta no sólo las posturas de las ponencias bajo su mejor luz, sino las de ministros anteriores y el futuro previsible.

En una corte saturada que no está facultada para elegir discrecionalmente todos sus casos, el triaje modula entre los intereses del *ius litigatoris* y del *ius constitutionis*. En los escenarios en que las partes tienen un derecho o prerrogativa a acceder a la Corte, pero no hay relevancia precedencial, la SCJN puede utilizar sus recursos humanos de manera congruente emitiendo sentencias expeditas que resuelven el caso aplicando el derecho preexistente. En cambio, cuando sí hay relevancia precedencial su papel es generar el mejor precedente posible.

E. La agencia de la maduración coherentista

El último tipo de agencia precedencial no trata de seleccionar asuntos trascendentes, ni de jerarquizarlos internamente, sino de detectar desacuerdos interpretativos y precedentes emergentes entre tribunales intermedios y abstenerse de resolverlos para permitir el debate. En el sistema semidifuso mexicano los Tribunales Colegiados generan precedentes que pueden ser confirmados o revocados por la Corte en tiempo oportuno.⁵⁹

¿Qué criterios son útiles para que la Corte se abstenga de resolver contradicciones de tesis, y en su lugar dejar "madurar" precedentes entre Tribunales Colegiados? El entendimiento predominante de las contradicciones de tesis apresura la intervención de la Corte. A la luz del 107 XIII, la SCJN ha entendido que bastan dos criterios "contradictorios" de Tribunales Colegiados para que el Pleno de Circuito —ahora Pleno Regional— determine el precedente que debe prevalecer. La misma discrepancia

⁵⁹ En el sistema difuso mexicano los tribunales superiores estatales generan precedentes sobre la constitución federal y los tratados que incluyen derechos humanos, pero estas decisiones son revisadas por Tribunales Colegiados de Circuito en amparo directo, lo que sienta las bases para una discusión pendiente sobre el federalismo precedencial. Sobre la discusión de la vigencia del amparo casación como recurso ordinario, véase Serna de la Garza (2017).

interpretativa entre plenos regionales es suficiente para que intervenga la SCJN. Además, la Corte ha interpretado el término "contradicción" no como una antinomia en sentido estricto, sino como una mera tensión entre criterios.⁶⁰ Así, la escasa tolerancia a la divergencia interpretativa crea el presupuesto automático para que el órgano superior elimine criterios divergentes, en vez de detectar casuísticamente precedentes que se van desarrollando entre Tribunales Colegiados. Con este entendimiento formalista, la Corte resolvió 450 contradicciones en 2019 y 355 en 2020. Así, la Corte se satura de casos, mientras que se genera una imagen de fragilidad de algunos precedentes de Tribunales Colegiados o Plenos Regionales.

La Corte puede complementar su agencia de selección y triaje con un nuevo entendimiento de su papel como generadora de coherencia. La postura formalista de la coherencia concibe cualquier tensión en los precedentes como una aberración que debe ser eliminada para restablecer la consistencia del sistema de reglas precedenciales. Si, en cambio, se parte de una concepción argumentativa de la coherencia normativa⁶¹ entonces las tensiones son graduales y puede haber buenas razones para valorar algunos niveles de incoherencia, al menos por un tiempo. Si una persona puede mantener simultáneamente convicciones contrapuestas que la hacen dudar antes de tomar una decisión, ¿qué se puede esperar de una comunidad judicial heterogénea de miles de personas? Algunos juristas llaman "percolación", filtración o maduración al periodo de experimentación entre tribunales intermedio para ensayar respuestas y proponer soluciones que se van perfeccionando antes de que intervenga la Suprema Corte;⁶² así, ésta puede tolerar anomalías transitorias para después generar coherencia más duradera al acumular varios amparos una vez que

⁶⁰ Pleno, contradicción de tesis 36/2007, Margarita Beatriz Luna Ramos, 30 de abril de 2009.

⁶¹ Moral Soriano, Leonor, "A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice", *Ratio Juris*. vol. 16, núm. 3, 2003, p. 296; Amaya, Amalia, *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 12.

⁶² *Butler v. McKellar*, 494 U.S. 407, 431 n.12 (1990).

los Tribunales Colegiados ya han aportado precedentes a un debate que se fue consolidando nacionalmente.

La SCJN se ha acercado a este entendimiento gradual de la coherencia. En la contradicción de tesis 21/2011,⁶³ la Corte distinguió entre una concepción de existencia formal de una norma en acatamiento al principio de jerarquía normativa de las fuentes y una de "coherencia normativa" como criterio de corrección sustantiva en la medida que una fuente sea compatible con los "principios objetivos del ordenamiento". La Corte no sólo admitió la "aceptabilidad de distintos sentidos interpretativos" sino que sugirió un criterio para jerarquizar interpretaciones según el "mayor grado de coherencia interpretativa posible". Si se admite la indeterminación del texto, entonces es probable que la mejor interpretación posible, desde el punto de vista de toda la comunidad judicial, no se genere automáticamente, sino que se vaya gestando entre los precedentes de tribunales intermedios. Así, una vez que la Corte haya dejado discutir a los Tribunales Colegiados, se haya abstenido de eliminar precedentes por un periodo y se haya nutrido de distintas interpretaciones plausibles, puede elegir o proponer la mejor.

Ahora bien, se podría objetar que este entendimiento de la maduración coherentista menosprecia la certeza jurídica y puede degenerar en una incoherencia radical. Sin embargo, al igual que la coherencia, la certeza no es cuestión de todo o nada, sino gradual. Como sostiene Humberto Ávila, la certeza no es "la posibilidad de predecir las consecuencias jurídicas de comportamientos o hechos, sino un mandato prescriptivo para comportarse de manera que se incremente el grado de predictibilidad".⁶⁴ La certeza se va construyendo progresivamente, y a mayor consenso sobre un precedente, más certeza habrá sobre su seguimiento. Asimismo, la certeza no es el único o máximo principio jurídico, sino que interactúa con otros principios formales, como los de competencia o igualdad, y los

⁶³ Pleno, 21-2011 Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 9 de septiembre de 2012.

⁶⁴ Ávila, Humberto, *Certainty in Law*, Springer, 2016, p. 58.

principios y argumentos sustantivos que subyacen a cada precedente. Distintas posturas político-morales, metodologías argumentativas alternativas, diferencias entre cómo se entienden hechos relevantes, distintas interacciones con normas locales, entre otras razones, pueden proveer buenos argumentos para que los Tribunales Colegiados entiendan de manera distinta una cuestión constitucional a como lo hizo un homólogo del mismo o distinto circuito judicial.

Otra posible objeción es que este entendimiento de la coherencia choca con la práctica procesal predominante de denunciar contradicciones por trato dispar entre justiciables. Pero esta objeción ignora que las resoluciones de contradicciones de tesis no benefician a las partes de las que surgieron los precedentes, sino que es un proceso autónomo que pretende fijar el Derecho "objetivo" con efectos prospectivos. De hecho, la mayoría de las contradicciones no son denunciadas por las partes sino por magistrados de circuito (59% en 2020, 65% en 2019, 70% en 2018). Luego, el proceso de concreción del Derecho, más intersubjetivo que objetivo, es superior en la medida en que hay más participantes en el debate. Pensemos, por ejemplo, en el criterio de Tribunales Colegiados y de apelación en el sur y occidente del país que fueron gestando un entendimiento más amplio de la autonomía indígena entendida como sujetos ya no de interés, sino de derecho público, antes de que la Primera Sala confirmara este nuevo entendimiento.⁶⁵ En un sistema que combina los modelos semidifuso y difuso, los tribunales intermedios no sólo generan insumos o preámbulos para decisiones de la SCJN, sino que pueden llegar a ser verdaderos motores de cambio.

En este proceso intersubjetivo de desarrollo del Derecho surgen precedentes anómalos. Como dice Kuhn en el contexto de comunidades científicas,⁶⁶ las reglas, alguna vez arraigadas, después pueden ser cuestionadas,

⁶⁵ Amparo en revisión 369/2007; toca 99/2013; amparo en revisión 50/2019; amparo directo 6/2018.

⁶⁶ Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions: 50th Anniversary Edition*, Chicago, University of Chicago Press, 2012.

generando anomalías y nuevas discusiones que preparan el camino para la revisión de teorías. A veces, la discusión termina por eliminar las anomalías y confirmando las reglas previas, pero otras, las que iniciaron como anomalías desencadenan reestructuraciones de teorías o incluso nuevos paradigmas. De manera similar, en las comunidades judiciales, lo que alguna vez fue una interpretación hegemónica o universal, o una doctrina judicial consolidada, después puede ser puesta en duda. Los tribunales empiezan a generar precedentes emergentes, quizás a través de distinciones de casos, reinterpretaciones de disposiciones constitucionales, o con desafíos implícitos. Después, la Corte tendrá la posibilidad de eliminar o adoptar estas anomalías y confirmar o reconfigurar su doctrina.

La maduración coherentista encuadra con una concepción pluralista del precedente horizontal. Los precedentes de un Tribunal Colegiado no vinculan a un homólogo, ya que carecen del estatus autoritativo del que sí gozan las decisiones de la Suprema Corte. Además, en una Federación puede haber diferencias importantes entre estados, circuitos y regiones de cómo un precedente interactúa con elementos normativos locales que justifican un ejercicio comparativo crítico entre los precedentes según la región a la que forman parte. En algunas ocasiones será preferible abrir el debate entre Tribunales Colegiados, tolerar y discutir con posturas antagónicas, para que después la Corte concluya la discusión de manera más informada, exhaustiva y con mayores probabilidades de generar consenso.

Esta pluralidad interpretativa entre Tribunales Colegiados revitaliza los precedentes a la vez que puede contribuir a reducir la carga de la SCJN. Distintos intérpretes de diferentes latitudes van proponiendo interpretaciones distintas que pueden o no colisionar. El Derecho se va fijando de manera intersubjetiva mientras que la SCJN resuelve menos contradicciones de tesis. Hay menos casos en la Corte, pero mayor debate y diversidad interpretativa dentro del Poder Judicial Federal. Cuando el tiempo oportuno llegue, la SCJN podrá atraer amparos, admitir amparos directos en revisión o contradicciones de tesis para fijar precedentes más duraderos dada la fortaleza de un consenso incluyente.

F. Propuestas para una agencia precedencial renovada

En este texto argumenté que en vista de la carga de trabajo y multiplicidad de funciones que la SCJN sigue teniendo en un sistema mixto de control de la contitucionalidad, hay al menos tres maneras en que puede ejercer su agencia precedencial. En primer lugar, la SCJN puede ejercer de manera más planeada su agencia de la selección, eligiendo menos y mejores casos, aunque el potencial de criterios "novedosos" es vasto dado el hiperreformismo y la inestabilidad del contexto jurídico y social mexicano. En segundo lugar, en la medida que la Corte no puede delegar un gran cúmulo de casos, la agencia de triaje le permite jerarquizar sus sentencias para administrar tiempos, recursos materiales y humanos, según la relevancia del potencial precedente. En tercer lugar, la Corte puede abandonar un entendimiento formalista de la coherencia y en su lugar ejercer su agencia de maduración coherentista al abstenerse de resolver asuntos que se pueden fallar y discutir en tribunales intermedios.

En concreto, hay cinco propuestas o puntos de partida que resalto para una discusión más plural que queda pendiente:

- 1) Repensar el deber de fundamentar y la facultad de atraer. Aunque una descongestión inmediata de la carga de trabajo de la Corte parece ilusoria, sí puede relajar su entendimiento del deber de fundamentar rechazar atracciones y desechar amparos directos en revisión, al mismo tiempo que hace más estricto y organizado su criterio de selección en un sistema jurídico volátil.
- 2) Ejercer el triaje organizacional para a) tener más decisiones monocráticas eficientes en asuntos de nula relevancia precedencial; b) producir más sentencias policráticas uniforme en casos de consenso en Salas y entre éstas, y c) sentencias policráticas de Pleno que impidan que una Sala revoque sus propios precedentes o genere decisiones parciales. En asuntos relevantes, se debe aspirar a

que las Salas y el Pleno funcionen como un órgano colegiado institucional y no cómo cortes independientes cambiantes por sus integrantes o sus posturas individuales.

- 3) Llevar a cabo más audiencias públicas con las partes y discutir la pertinencia de la publicidad de las deliberaciones internas. El triaje procedimental se puede practicar para generar más audiencias orales con las partes y sectores interesados en temas relevantes para una sociedad desigual y desconfiada del Poder Judicial; se acerca la Corte a la sociedad en asuntos relevantes, al tiempo que se aceleran decisiones de trámite.
- 4) Distinguir entre sentencias para las partes y precedentes para el país. Como consecuencia de las anteriores dos triajes, puede haber un uso razonable del triaje discursivo en el que se esté consciente de quién fija el precedente dentro de la Corte y para quién. Así se redactan sentencias claras, bien deliberadas y encaminadas a fijar un precedente duradero que tome en cuenta la pluralidad de perspectivas y valores en juego.
- 5) Abandonar el entendimiento formalista de la coherencia en las contradicciones de tesis. La concepción de que bastan dos criterios en tensión de Tribunales Colegiados para que la Corte intervenga en una contradicción de tesis desincentiva la generación de precedentes bien argumentados en tribunales intermedios. En su lugar, se puede reducir la carga en la Corte al resolver menos contradicciones de tesis, al mismo tiempo que fortalecen los precedentes generados por tribunales colegiados en distintos circuitos o regiones del país, y así se robustece el debate nacional.

Estas propuestas preliminares junto con el resto de los textos de este volumen se unen a la creciente discusión académica, política y social sobre la necesidad de una "cultura del precedente" tan necesaria en el endeble Estado de derecho mexicano. Es impostergable la consolidación de esta

cultura que haga transparente el respeto al derecho a la igualdad de los justiciables y que reduzca la brecha de implementación de Constitución en acatamiento a la nomofilaquia por precedente constitucional. Estos factores contribuyen a generar legitimidad de la Corte al demostrar que se toma en serio sus precedentes y su labor como intérprete máximo —si bien no único—, en una democracia constitucional plural y una sociedad estratificada.

Bibliografía

Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

Amaya, Amalia, *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

Ávila, Humberto, *Certainty in Law*, Springer, 2016.

Ayala García, Melissa S., "Trabajadoras invisibles: seguridad social y trabajo doméstico ante la Suprema Corte", *El Juego de la Corte*, 2018. Disponible en: «<https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/trabajadoras-invisibles-seguridad-social-y-trabajo-domestico-ante-la-suprema-corte/>».

Calamandrei, Piero, *Il ricorso per cassazione*, Florencia, Editorial Universitaria, 1956.

Carbonell, Miguel, *México en la encrucijada: ¿modernidad o barbarie?*, México, UNAM/Editorial Flores, 2014.

Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

Delgado Suárez, Christian "Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes", *THĒMIS-Revista de Derecho*, vol. 69, 2016, pp. 275-288.

Fallon, Richard. H., *Implementing the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

Geeroms, Sofie. M. F. "Comparative law and legal translation: why the terms cassation, revision and appeal should not be translated", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, núm. 1, 2002, pp. 201-228.

Green, Andrew y Yoon, Albert H., "Triaging the law: developing the common law on the Supreme Court of India", *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 14, núm. 4, 2017, pp. 683-715.

Hübner Mendes, Conrado, "The Supreme Federal Tribunal of Brazil", en Jakab, András, Dyevre, Arthur, y Itzcovich, Giulio. (eds.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 115-153.

Keillor, Stan, "Should Minnesota Recognize a State Constitutional Right to A Criminal Appeal?", *Hamline Law Review*, vol. 36, 2013, pp. 399-426.

Kirby, Michael, "Maximising Special Leave Performance in the High Court of Australia" 731, *UNSW Law Journal Volume*, vol. 30, núm. 3, 2007, pp. 731-751.

Kress, Ken, "Coherence", en Patterson, Dennis. M. (ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, Chichester, Wiley-Blackwell, 2010, pp. 521-538.

Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions: 50th Anniversary Edition*, Chicago, University of Chicago Press, 2012.

Marinoni, Luiz G., "El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica", *Revista Ius et Praxis*, año 18, núm. 1, 2012, pp. 249-266.

Mitidiero, Daniel, "Dos modelos de cortes de vértice-cortes superiores y cortes supremas", en Taruffo, Michele, Marinoni, Luiz. G. y Mitidiero, Daniel. (coords.), *La misión de los tribunales supremos*, Madrid, Marcial Pons 2016, pp. 77-122.

Moral Soriano, Leonor, "A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice", *Ratio Juris*. vol. 16, núm. 3, 2003, pp. 296-323.

Raz, Joseph, "The relevance of Coherence", *Boston University Law Review*, vol. 72, núm. 2, 1992, pp. 273-324.

Rehnquist, William, "Remarks of the Chief Justice, Dedication of Ohio Judicial Center Columbus, Ohio," mayo 15, 2004. Disponible en: «https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/sp_05-15-04.html». [Consultado el 21 de abril 2021].

Serna de la Garza, José María, "Reseña de algunas opiniones académicas sobre el amparo-casación en México", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2017, pp. 885-900.

Sotelo Gutiérrez, Arturo, "Institución e intermitencia: el vínculo ciudadanía-Suprema Corte", *Alegatos*, núm. 101, 2020, pp. 39-62.

Sunde, Jorn Ø, "From Courts of Appeal to Courts of Precedent—Access to the Highest Courts in the Nordic Countries", en van Rhee, Cornelia H. R. y Fu, Yulin (eds.), *Supreme Courts in Transition in China*

and the West: Adjudication at the Service of Public Goals (vol. 59), Cham, Springer, 2017, pp. 53-76.

Taruffo, Michele, "Precedente y jurisprudencia", *Precedente. Revista Jurídica*, 2007, pp. 86-99.

Taruffo, Michele, "Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales", en Taruffo, Michele, Marinoni, Luiz G. y Mitidero, Daniel (coords.), *La misión de los tribunales supremos*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 231-251.

Thompson, David C. y Wachtell, Melanie F., "An Empirical Analysis of Supreme Court Certiorari Petition Procedures: The Call for Response and the Call for the Views of the Solicitor General", *George Mason Law Review*, vol. 16, núm. 2, 2009, pp. 237-302.

Xantomila, Jessica, "Acusan a la SCJN de discriminar a trabajadoras del hogar", *La Jornada*, 16 de octubre. Disponible en: «<https://www.jornada.com.mx/2018/10/16/sociedad/036n1soc>».

Fuentes jurídicas

Amparo directo 6/2018, Primera Sala, Juan Luis González Alcántara Carrancá, 21 de noviembre de 2019.

Amparo directo en revisión 5833/2014, Primera Sala, 28 de octubre de 2015, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Amparo en revisión 2676/2003, Primera Sala, José De Jesús Gudiño Pelayo 5 de octubre de 2005.

Amparo en revisión 369/2007, Primer Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito, Celedonio Maldonado Castro, 19 de diciembre de 2007.

Amparo en revisión 1359/2015, Primera Sala, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, 15 de noviembre de 2017.

Amparo en revisión 69/2018, Segunda Sala, Eduardo Medina Mora I. 11 de abril de 2018.

Amparo en revisión 50/2019, Quinto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Tercer Circuito, Juan José Rosales Sánchez, ocho de agosto de 2019.

Cámara de Diputados, "Piden a SCJN resolver amparo sobre derechos laborales de empleadas domésticas", 23 de octubre, Boletín N°. 0337, 2018. Disponible en: «<http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2018/Octubre/23/0337-Piden-a-SCJN-resolver-amparo-sobre-derechos-laborales-de-empleadas-domesticas>». [Consultado el 23 de abril de 2021].

Contradicción de tesis 36/2007, Pleno, Margarita Beatriz Luna Ramos, 30 de abril de 2009.

High Court of Australia, High Court Rules 2004, (Australia, a 2 de enero 2019).

McKane v. Durston, 153 U.S. 684, 687 (1894).

Parliament of Australia, Judiciary Act 1903 (Australia, a 6 de septiembre de 2018).

Reasunción de competencia 9/2012, Primera Sala, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, 6 de marzo de 2012.

Reclamación 1682/2015, Primera Sala, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 15 de junio de 2016.

Recurso de reclamación 829/2019, Segunda Sala, José Fernando Franco González Salas, 26 de junio de 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe Anual de Labores* 2007.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acuerdo General número 2/2008 de 10 de marzo de 2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe Anual de Labores* 2010.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acuerdo General número 5/2013 de 13 de mayo de 2013.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de La Nación (versión actualizada considerando la modificación del artículo 147, mediante instrumento normativo del 10 de junio de 2013).

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acuerdo General número 9/2015, de 8 de junio de 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe Anual de Labores* 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Reglamento Orgánico en Materia de Administración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe Anual de Labores* 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe Anual de Labores* 2020.

Supreme Court of the United States, Chief Justice's Year-End Reports on the Federal Judiciary. Disponible en: «<https://www.supremecourt>.

[gov/publicinfo/year-end/2020year-endreport.pdf](http://www.uscourts.gov/publicinfo/year-end/2020year-endreport.pdf)». [Consultado el 20 de abril de 2021].

Supreme Court of the United States, Supreme Court Rules (Estados Unidos, a julio de 2019).

Supremo Tribunal Federal (STF), Estadísticas (Brasil). Disponible en: «<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>». [Consultado el 26 de abril de 2021].

Toca 99/2013, Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, Rubén Paulo Ruiz Pérez, 23 de septiembre de 2013.

El impacto de la reforma judicial de 2021 en el sistema de precedentes en México

Alejandra Martínez Verástegui*

* * Investigadora Jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Candidata a doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Contacto: amtzverastegui@gmail.com.

SUMARIO: A. Planteamiento; B. El precedente como fuente de derecho; C. La fuerza vinculante de los precedentes; D. El sistema de tesis; E. La creación de los precedentes; F. La parte vinculante de las sentencias; G. El cambio de los precedentes; H. La recepción de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno.

A. Planteamiento

En marzo de 2021 se llevó a cabo una reforma muy importante al sistema de precedentes del Poder Judicial de la Federación.¹ Los cambios

¹ La reforma judicial realizó modificaciones importantes en diversos temas. Para efectos de este trabajo únicamente me referiré a los cambios introducidos al sistema de precedentes. Las reformas constitucionales y legislativas que se llevaron a cabo son las siguientes: a) se modificaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución, relativas al Poder Judicial de la Federación; b) se expidió una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; c) se expidió una nueva Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación; d) se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado; e) se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley Federal de Defensoría Pública; f) se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley de Amparo; g) se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución; h) se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.

El Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativas al Poder Judicial de la Federación se encuentra en la siguiente liga: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5613325&fecha=11/03/2021#gsc.tab=0

El Decreto por el que se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación; se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado

constitucionales y legales que se introdujeron son tan trascendentes para la forma de integrar, sistematizar y publicar los precedentes que el Pleno de la Suprema Corte inició la Undécima Época del Semanario Judicial de la Federación.² La reforma parte del reconocimiento de ciertos cambios legales, jurisprudenciales y en la práctica que venían ocurriendo desde hace algunos años e introduce herramientas para consolidar esos cambios.³ Además, la reforma identifica algunos problemas que tenía nuestro ordenamiento jurídico para el adecuado funcionamiento del sistema de precedentes e intenta darles solución. Estas modificaciones constitucionales y legales buscan acercar el diseño institucional de la Suprema Corte al de otros tribunales constitucionales o supremos a través de dos estrategias: a) redimensionando el volumen de trabajo de la Suprema Corte mediante herramientas para la selección de casos;⁴ y b) cambiando ciertas reglas en el sistema de precedentes.

B) del artículo 123 Constitucional; de la Ley Federal de Defensoría Pública; de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del Código Federal de Procedimientos Civiles se encuentra disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5620467&fecha=07/06/2021#gsc.tab=0

² El Semanario Judicial de la Federación es el medio de publicación oficial de los criterios emitidos por los órganos del Poder Judicial de la Federación. A raíz de la publicación de la segunda regulación del amparo en 1869, Benito Juárez, el presidente de la República Mexicana en ese momento, ordenó la creación del Semanario Judicial de la Federación mediante decreto el 8 de diciembre de 1970. Este documento tenía la finalidad de que se publicaran las sentencias definitivas de los tribunales federales, las actas de acuerdos del Pleno de la Suprema Corte y los "pedimentos" del Procurador General y el Ministerio Fiscal (que formaban parte de la Suprema Corte). A partir de 1871 y hasta la fecha, la información que se encuentra publicada está dividida en Épocas. Cada Época se ha iniciado en respuesta a cambios paradigmáticos en la manera de integrar, sistematizar y publicar la jurisprudencia. Estos cambios han sido producto de importantes reformas constitucionales y legales o de acontecimientos de gran relevancia histórica que han repercutido en el sistema jurídico nacional. Estas Épocas se agrupan en dos periodos: jurisprudencia histórica (1870 a 1914) y jurisprudencia aplicable (1917 a la fecha). La jurisprudencia histórica comprende las primeras cuatro Épocas. Los criterios emitidos durante este periodo tienen como base el marco jurídico de la Constitución de 1857. Por esa razón, estos criterios no se encuentran vigentes. El periodo de la jurisprudencia aplicable se inició con la promulgación de la Constitución Política vigente. En este periodo se incluyen los criterios jurisprudenciales desde 1917 hasta la fecha.

³ Algunos de estos factores son explicados en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra, "Introducción", en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

⁴ La Suprema Corte resuelve un gran número de casos. Esto le impide centrar el uso de sus recursos humanos y materiales en la que debería ser su principal función: establecer precedentes que guíen la conducta de los órganos judiciales del país.

En relación con la segunda estrategia, la reforma judicial deroga el sistema de creación de jurisprudencia por reiteración para el caso de la Suprema Corte;⁵ establece el sistema de creación de jurisprudencia por precedentes vinculantes; modifica la estructura de las tesis; cambia la denominación de la contradicción de tesis por contradicción de criterios; refuerza la reglamentación de la interrupción de la jurisprudencia; y crea nuevos órganos que tienen la competencia de sentar criterios vinculantes.⁶ Además, las reglas introducidas por la reforma judicial reivindican a la sentencia como fuente de derecho estableciendo claramente que únicamente pueden considerarse obligatorios los criterios que constituyan la *ratio decidendi* de las sentencias.

En este capítulo me propongo analizar el sistema de precedentes en el ordenamiento jurídico mexicano. Aquí parto de la premisa de que en México existe una práctica de sentar y seguir precedentes. Por ello, no pretendo ofrecer razones para justificar la recepción del precedente. Tampoco voy a insistir en los valores que se promueven por medio del precedente judicial. Lo que intentaré a continuación es presentar los rasgos culturales e institucionales más significativos que determinan el funcionamiento del precedente sistema de precedentes mexicano. A partir de esto, revisaré

Para mostrar el nivel del problema vale la pena conocer el número de casos que la Corte ha resuelto en los últimos años. En el periodo comprendido del 1 de diciembre de 2018 al 30 de noviembre de 2019 resolvió un total de 7,025 asuntos. En el periodo que va del 1 de diciembre de 2019 al 30 de noviembre de 2020 resolvió 4,037 asuntos. En el periodo del 1 de diciembre de 2020 al 30 de noviembre de 2021 un total de 3,421 asuntos. Fuentes:

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Informe anual de Labores 2019. Página XCVII (97 según la numeración digital). Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/transparencia/obligaciones-de-transparencia/informe-de-labores/2019-01-01>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Informe anual de Labores 2020. Página CXIV (114 según la numeración digital). Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/transparencia/obligaciones-de-transparencia/informe-de-labores/2020-01-01>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Informe anual de Labores 2021. Página CXXXV (135 según la numeración digital). Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/transparencia/obligaciones-de-transparencia/informe-de-labores/2021-01-01>

⁵ Los tribunales colegiados de circuito conservan la competencia de crear jurisprudencia por reiteración de criterios.

⁶ La reforma judicial sustituye los Plenos de Circuito por Plenos Regionales. Estos órganos están encargados de resolver las contradicciones de tesis en los circuitos en donde ejerzan jurisdicción, así como los conflictos competenciales que se susciten entre órganos jurisdiccionales.

los cambios introducidos por la reforma judicial de marzo de 2021 al sistema de precedentes y sus implicaciones para la práctica del precedente en México. El propósito de este ejercicio, reconstructivo y crítico a la vez, es mostrar algunos de los desafíos a los que deben hacer frente los operadores jurídicos mexicanos para la implementación de esta importante reforma. Finalmente, dedicaré un apartado a explicar la manera en la que la Suprema Corte ha determinado que deben ser utilizados por los órganos judiciales mexicanos los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Antes de continuar, me gustaría hacer una precisión en cuanto a la terminología que emplearé a lo largo de este capítulo. En el derecho mexicano, cuando las normas de creación judicial están revestidas de obligatoriedad, se les denomina jurisprudencia. En la práctica, el significado del término jurisprudencia se refiere a las sentencias de las altas cortes que establece los criterios vinculantes para los demás jueces y tribunales. Sin embargo, en consonancia con lo que expondré en el desarrollo del texto, haré referencia a los conceptos jurisprudencia y precedente de forma indistinta para referirme a las decisiones judiciales anteriores que son relevantes para la decisión de casos futuros.

B. El precedente como fuente de derecho

En los países de *civil law* existe un amplio debate sobre si los criterios de creación judicial deben ser aceptados como fuente de derecho. El caso mexicano es uno de los pocos en los que no existe este debate, ya que los precedentes judiciales se ha considerado obligatorios para determinados órganos jurisdiccionales desde sus orígenes.

Desde finales del siglo XIX se incorporó a la legislación mexicana la figura de la jurisprudencia obligatoria.⁷ El presidente de la Suprema Corte

⁷ En este punto sigo lo expuesto en Ovalle Favela, José, "Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia", en Adama Goddard, Jorge (coord.), *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, 2005, pp. 454-455.

de aquella época, Ignacio Vallarta, elaboró el proyecto de la Ley de Amparo de 1882. En dicha norma se estableció que la jurisprudencia era obligatoria para todos los jueces de distrito. La jurisprudencia se conformaba por los criterios y principios de interpretación de la Constitución sostenidos por la Suprema Corte en cinco sentencias conformes dictadas en los juicios de amparo.⁸ Posteriormente, en el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908 se extendió la materia de esta institución, añadiendo la posibilidad de establecer jurisprudencia al interpretar las leyes federales. Más adelante, en la Ley de Amparo de 1919 se reguló la posibilidad de sentar jurisprudencia mediante la interpretación de los tratados internacionales y se estableció su obligatoriedad no sólo para los jueces de distrito, sino también para los magistrados de circuito y los tribunales de las entidades federativas.

La regulación de la jurisprudencia en la forma descrita anteriormente se incorporó en la Ley de Amparo de 1935. Con posterioridad, en 1951 se crearon los Tribunales Colegiados de Circuito para que conocieran de asuntos que hasta ese entonces eran de competencia exclusiva de la Suprema Corte. Así, en 1968 los Tribunales Colegiados de Circuito fueron dotados de facultades para establecer jurisprudencia obligatoria en las materias de su competencia. Actualmente, el artículo 94 constitucional establece que corresponde a la ley la determinación de los requisitos para que la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación se considere obligatoria.⁹ Por ello, de acuerdo con lo descrito anteriormente, es

⁸ En opinión de José Ovalle Favela, la consagración en la ley de amparo del principio de obligatoriedad de la jurisprudencia pudo estar influida por el hecho de que Ignacio Vallarta, el redactor del proyecto, tenía pleno conocimiento acerca de cómo funcionaba la doctrina norteamericana del precedente vinculante. Aunque, desde luego, tampoco puede afirmarse que Vallarta pretendiera con su proyecto transplantar la institución del precedente judicial norteamericano a México, Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 454.

⁹ Dicho párrafo octavo del artículo 94 constitucional establece literalmente lo siguiente: "La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción."

posible afirmar que en el sistema jurídico mexicano la jurisprudencia ha sido reconocida como fuente formal de derecho.¹⁰

Como puede observarse, la Constitución confiere a la ley la posibilidad de configurar los requisitos para que la jurisprudencia se considere obligatoria. El citado artículo 94 de la Constitución también establece que la creación de jurisprudencia es una facultad exclusiva del Poder Judicial de la Federación. Aunque en algunos casos la ley ha contemplado la posibilidad de que determinados órganos jurisdiccionales que no pertenecen al Poder Judicial emitan criterios obligatorios a los que también se denomina jurisprudencia,¹¹ hay que resaltar que no se trata de la jurisprudencia obligatoria a la que se refiere el artículo 94 constitucional. Por otro lado, la Constitución mexicana tampoco señala las reglas de elaboración ni los lineamientos que determinen la fuerza vinculante de esos criterios. Las disposiciones que disciplinan la elaboración y vinculación a jurisprudencia se localizan en algunos preceptos constitucionales,¹² en varias leyes federales,¹³ en acuerdos generales emitidos por la Suprema Corte en uso de su potestad reglamentaria y en los precedentes.

C. La fuerza vinculante de los precedentes

En los sistemas legales el contenido y la fuerza del precedente se vinculan con la organización del poder judicial. El lugar que tienen los distintos órganos jurisdiccionales en dicha estructura y las funciones que desempeñan dentro de la misma son fundamentales para establecer cómo opera el precedente judicial en los ordenamientos. La organización de los tribunales determina la naturaleza y el uso del precedente en dos formas: por un lado, define *qué tribunales* están facultados para

¹⁰ Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 456.

¹¹ En este sentido, los casos más emblemáticos son los del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y el Tribunal Superior Agrario.

¹² Artículos 94, 99, 105 y 107 de la Constitución.

¹³ La Ley de Amparo, la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

crear precedente, *cómo se crean* los precedentes y *qué es* un precedente; y, por otro lado, determina *cómo deben ser usados* los precedentes por los operadores jurídicos.¹⁴

La organización jerárquica de los tribunales es una de las características comunes de cualquier sistema de justicia moderno.¹⁵ El modelo básico de la organización jerárquica tiene forma piramidal y se encuentra dividido en tres niveles: el primero lo conforman los tribunales de primera instancia, en el segundo nivel están los tribunales de apelación y en la parte superior los tribunales supremos. Desde luego, esta organización tiene algunas variaciones dependiendo del sistema jurídico de que se trate. La estructura jerárquica implica que la máxima autoridad la tengan los órganos jurisdiccionales que se ubican en el nivel más alto de la pirámide y que los tribunales más bajos se encuentren sometidos gradualmente a sus superiores. Así, la subordinación se incrementa al pasar de los niveles más altos a los más bajos.

A través de la estructura jerárquica de los tribunales es posible distinguir las dimensiones en que opera el precedente. El *precedente vertical* implica la vinculación de los órganos jurisdiccionales a los precedentes de los tribunales de rango jerárquico superior que tengan facultades para revisar sus decisiones. En la tradición continental la manera en la que se suele garantizar que las decisiones de los órganos judiciales superiores se sigan por el resto de los operadores jurídicos es a través de un sistema de recursos, especialmente a través de la casación.¹⁶ En los lugares donde existe un Tribunal Constitucional se ha llegado a pensar que esa función que antaño cumplía la casación en los sistemas continentales puede ser desempeñada por un recurso como el amparo (o sus equivalentes en los

¹⁴ Taruffo, Michele y Torre, Massimo La, "Precedent in Italy", en Neil MacCormick y Robert Summers (coords.), 1997, p. 437

¹⁵ En la explicación la organización jerárquica de los tribunales como factor determinante en la configuración de la fuerza vinculante del precedente, sigo lo expuesto en Taruffo, Michele y Torre, Massimo La, *op. cit.*, pp. 437-443.

¹⁶ Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 133.

distintos ordenamientos donde se contemplan) que serviría para garantizar que los jueces interpreten las leyes conforme con lo que se establece en los precedentes constitucionales.¹⁷ Por su parte, el *precedente horizontal* afecta a tribunales del mismo nivel jerárquico y determina en qué medida un tribunal tiene la obligación de seguir los precedentes sentados por otro tribunal de su misma jerarquía.¹⁸

La distinción anterior permite identificar la *fuerza* de los precedentes: los precedentes verticales normalmente vinculan de modo estricto (*binding precedents*), es decir, son de observancia obligatoria; mientras que los precedentes horizontales generalmente se consideran persuasivos (*persuasive precedents*), ya que los órganos jurisdiccionales no se encuentran obligados a seguirlos cuando existan razones sustantivas para apartarse de ellos.¹⁹ En esta línea, se entiende que los tribunales de primera instancia

¹⁷ Con respecto del caso español, Luis María Díez-Picazo apunta algunas ideas que me parece se mueven en esta línea. Aunque la cita es un poco larga, creo que vale la pena su transcripción: "el recurso de amparo es el cauce a través del cual el Tribunal Constitucional puede convertirse en el centro de unificación, en clave de fiscalización de la interpretación conforme a la Constitución, del entero proceso de creación-aplicación del Derecho. A diferencia de los ordenamientos de *common law*, los ordenamientos de *civil law* se caracterizan por poseer una Administración de Justicia dividida en órdenes jurisdiccionales diferenciados, de donde surgen a menudo líneas jurisprudenciales dispares sobre cuestiones fundamentales. Si a ello se añade la creciente complejidad del sistema normativo, se corre el riesgo de perder el mínimo de unidad y coherencia necesario para que cualquier ordenamiento jurídico funcione satisfactoriamente. Por ello, es sin duda correcta la caracterización de la Constitución como nuevo Derecho común; caracterización que, en la cultura jurídica decimonónica, correspondía a los códigos y, en especial, al Código Civil. Pues bien, si la instancia unificadora ya no son los códigos sino la Constitución, su cauce procesal ya no es el recurso de casación sino el *recurso de amparo*. Por medio de éste, pueden llegar al Tribunal Constitucional, en la práctica, *todo género de casos con relevancia constitucional*", Díez-Picazo, Luis, "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994, p. 35. (énfasis añadido).

¹⁸ *Ibidem*, p. 439. Hay que señalar que el significado que se atribuye al precedente horizontal no es unánime. Autoras como Leonor Soriano y Marina Gascón denominan *autoprecedente* a la obligación de seguir los propios precedentes y lo distinguen del *precedente horizontal*, concebido como la vinculación de los jueces a los criterios sentados por otros órganos de la misma jerarquía. En su opinión, el autoprecedente no estaría vinculado al principio jerárquico, sino al *principio de universalidad* como requisito de racionalidad de toda decisión. *Cfr.* Moral Soriano, Leonor, *op. cit.*, p. 133; Gascón, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 30-107. Sin embargo, de acuerdo con el uso más extendido entre los constitucionalistas el precedente horizontal determina la vinculación del juez a sus propias decisiones.

¹⁹ Partiendo de estas ideas, Leonor Moral Soriano señala que en el derecho inglés los precedentes pueden ser obligatorios y persuasivos, y los primeros se dividen en absolutamente obligatorios y condicionalmente obligatorios. Esto porque en algunos casos una resolución que vincula obligatoriamente

no crean precedente (en sentido vertical), sino que únicamente resuelven los conflictos planteados en los casos de su conocimiento. Sin embargo, generalmente se encuentran vinculados en forma persuasiva por sus propios criterios (aunque la fuerza de esa vinculación es algo que varía de un ordenamiento a otro). Corresponde entonces a los tribunales de jerarquía superior fijar pautas de conducta obligatorias para los inferiores.²⁰

En relación con el principio jerárquico, es importante señalar que, aunque en ocasiones la organización territorial de los Estados (como en algunos Estados federales) es un factor relevante de la estructura judicial, aquélla no determina la relación de subordinación de unos tribunales a otros, sino que únicamente indica la distribución de competencias que existe entre éstos.²¹ La organización judicial permite identificar cuáles son los tribunales que forman parte de un sistema jurídico.²² Esto es relevante

es tan claramente errónea, por ser contraria a derecho o a la razón, que no debe ser seguida en aras de la correcta administración de justicia. Moral Soriano, Leonor, *op. cit.*, pp. 36-37.

²⁰ Los tribunales intermedios tienen mecanismos para regular la vinculación a sus precedentes (vinculación horizontal). Tal es el caso del sistema jurídico de Estados Unidos, donde la Suprema Corte ha establecido la obligación de los tribunales federales de apelación de ser coherentes y uniformes en sus resoluciones. Para ello, dichos órganos cuentan con mecanismos intraorgánicos como el cambio en la composición de sus salas cada mes, o el que los jueces del propio tribunal o la parte afectada por una resolución puedan solicitar que el asunto se reexamine en pleno. En el caso del Tribunal Supremo, la vinculación a sus precedentes es concebida como una fuente de legitimidad de dicho órgano. Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw Hill, Madrid, 2001, pp. 49-59.

²¹ En Estados Unidos, por ejemplo, existe una jurisdicción federal y varias jurisdicciones estatales. Puede hablarse entonces de 50 sistemas estatales de *common law* y de un sistema federal de *common law* (integrado por: *United States Supreme Court*, *Circuit Courts of appeals* y *Federal District Courts*). Los jueces y tribunales estatales, conforme a su estructura jerárquica, están obligados a seguir los precedentes de los tribunales intermedios y supremos del Estado al que pertenecen. A su vez, deben seguir los precedentes establecidos por los órganos jurisdiccionales federales cuando se trata de la jurisdicción concurrente, Taruffo, Michele y Torre, Massimo La, *op. cit.*, pp. 440-441. Para una explicación de la organización, integración y competencias de los tribunales federales norteamericanos, véase Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, *op. cit.*, pp. 33-38. Como ha sido señalado en el texto, en Inglaterra existen tres sistemas diferentes de *common law*: uno en Irlanda del Norte, otro en Escocia y un tercero en Inglaterra y Gales. Además, en el nivel de apelación ante la *House of Lords* se trata de un sistema unificado que rige para todo el Reino Unido. Al respecto, véase Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 39-48.

²² Taruffo, Michele y Torre, Massimo La, *op. cit.*, p. 439.

porque los precedentes que vinculan dentro de un sistema únicamente pueden ser establecidos por órganos jurisdiccionales de ese sistema.

México es un Estado federal que está compuesto por 32 entidades federativas libres y soberanas en lo concerniente a su régimen interno.²³ El poder público de la federación y de las entidades federativas se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial.²⁴ De esta forma, en México existen 32 poderes judiciales de las entidades federativas y un poder judicial a nivel federal.

En principio, puede decirse que los poderes judiciales de las entidades federativas no se encuentran sometidos al Poder Judicial Federal, ya que las competencias de unos y otros son distintas. Sin embargo, las autoridades judiciales de las entidades federativas están vinculadas por los precedentes de los tribunales federales. El corolario de esta vinculación es que sus resoluciones pueden ser revisadas por los tribunales de la federación a través del juicio de amparo.

A nivel federal, los únicos órganos facultados para establecer precedentes obligatorios para todas las autoridades judiciales del país son la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas; los Plenos Regionales y los Tribunales Colegiados de Circuito.²⁵ Quisiera hacer énfasis en el hecho de que los precedentes que interpretan la Constitución, emitidos por la Suprema Corte, no vinculan a todas las autoridades del país como ocurre en otros sistemas jurídicos, sino únicamente a las autoridades que realizan funciones jurisdiccionales.

En el fuero local, cada entidad federativa determina los órganos que integran su respectivo poder judicial. En todas estas entidades existe un Tribunal Superior que funciona como tribunal de apelaciones, jueces y

²³ Artículo 40 de la Constitución.

²⁴ Artículos 49 y 116 de la Constitución.

²⁵ La obligatoriedad de los precedentes de la Suprema Corte, los Plenos Regionales y los Tribunales Colegiados de Circuito se establece en el artículo 217 de la Ley de Amparo.

juezas de primera instancia y, en ocasiones, jueces y juezas municipales. A pesar de ello, no en todos los estados existe precedente vinculante. Es decir, los precedentes de los tribunales superiores de las entidades federativas no son obligatorios para el resto de las autoridades judiciales en todos los casos. De las 32 entidades federativas, 20 han regulado la facultad de los tribunales superiores para establecer precedentes vinculantes;²⁶ 8 entidades han regulado la competencia de los tribunales supremos para sentar criterios, pero no existen normas que determinen que estos criterios sean obligatorios;²⁷ en 4 entidades federativas no existe regulación sobre este tema;²⁸ y únicamente 8 estados cuentan con normas que

²⁶ Baja California (artículo 29, fracción IX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Baja California), Baja California Sur (artículo 14, fracción XXVIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Baja California Sur), Chihuahua (artículos 294, 295 y 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Chihuahua), Coahuila (artículos 25-Q, fracción VI, 273, fracción IV, 274 a 277 y 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza), Colima (artículos 74, fracción IV, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima, 260, fracción VI, 261 a 263 y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Colima), Durango (artículos 105 de la Constitución Política del Estado de Durango, 188, 189 y 193 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Durango), Estado de México (artículos 139, 140 y 142 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México), Guanajuato (artículos 92, fracción VI, de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato, 165 y 167 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Guanajuato), Guerrero (artículo 104, fracción X, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero), Hidalgo (artículo 113 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Hidalgo), Jalisco (artículos 57 de la Constitución Política del Estado de Jalisco, 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco), Michoacán (artículo 71 de la Constitución Política del Estado de Michoacán de Ocampo), Morelos (artículos 107, 108 y 111 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Morelos), Nayarit (artículos 120 y 123 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Nayarit), Puebla (artículo 19, fracción XIX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Puebla), Querétaro (artículo 24, fracción XXVI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Querétaro), San Luis Potosí (artículos 165, 166, 172 y 173 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de San Luis Potosí), Tabasco (artículo 16, fracción XV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Tabasco), Yucatán (artículos 64 de la Constitución Política del Estado de Yucatán y 25 a 27 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Yucatán) y Zacatecas (artículos 60 y 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Zacatecas).

²⁷ Chiapas (artículo 11, fracción IX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Chiapas), Ciudad de México (artículos 37, fracciones III y V, 49 y 177 a 182 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de México), Nuevo León (artículo 148 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Nuevo León), Oaxaca (artículos 106, apartado A, fracciones II y III, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, 14, fracciones II y III y 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Oaxaca), Quintana Roo (artículos 105, apartado B, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo y 22, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Quintana Roo), Sinaloa (artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Sinaloa), Tlaxcala (artículo 113 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Tlaxcala) y Veracruz (artículo 123 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave).

²⁸ Aguascalientes, Campeche, Sonora y Tamaulipas.

disponen que los criterios de estos tribunales deben publicarse en una revista jurídica o gaceta judicial.²⁹

Como se desprende del párrafo anterior, cada entidad federativa tiene una regulación distinta en relación con los precedentes de las autoridades judiciales locales. Además, cada entidad federativa tiene prácticas diferentes en cuanto a la forma en la que se difunden y aplican estos criterios. Abordar todas estas cuestiones requeriría de un trabajo más amplio, por lo que en adelante únicamente me referiré a los precedentes establecidos por las autoridades judiciales federales.

D. El sistema de tesis

Uno de los rasgos que ha definido a la práctica jurídica mexicana históricamente ha sido la difusión de los criterios que se dictan en los juicios de amparo a través de tesis. Por esa razón, es muy común que lo que un abogado consulte para preparar una defensa y los jueces invoquen en sus sentencias como precedentes no sean sentencias sino tesis. De manera simplificada podríamos decir que las tesis son criterios seleccionados por los propios jueces que pueden sentar precedentes y que, en teoría, deberían ser algo parecido a una *ratio decidendi*. La institucionalización de este modelo ha obedecido a varios factores como la consolidación del control judicial de la Constitución, la carga de trabajo de la justicia federal a partir del siglo XIX, los esfuerzos para controlar que los jueces respetaran la obligatoriedad de los precedentes, así como las prácticas que se fueron instaurando para dar difusión a los criterios.³⁰

²⁹ Ciudad de México (artículo 179 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de México), Guanajuato (artículo 166, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Guanajuato), Morelos (artículo 146 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Morelos), Nuevo León (artículo 148 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Nuevo León), San Luis Potosí (artículo 145 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de San Luis Potosí), Sinaloa (artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Sinaloa), Tlaxcala (artículo 113 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Tlaxcala) y Veracruz (artículo 123 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave).

³⁰ Una explicación detallada sobre la evolución del sistema de tesis se ofrece en Saavedra Herrera, Camilo, "El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente

El concepto de *tesis* se utilizaba en los ordenamientos internos de la Suprema Corte desde 1919 y se introdujo en la Ley de Amparo de 1951. El sistema de tesis se consolidó debido al aumento de los órganos y atribuciones del Poder Judicial Federal, así como al incremento de la complejidad de los procesos de creación de jurisprudencia.³¹ En 1996, la Suprema Corte emitió un acuerdo general en el que estableció las reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis emitidas por los órganos del Poder Judicial de la Federación. En esta regulación se definió a las tesis como *la expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto. En consecuencia, la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la resolución.*³² De esta forma, en la práctica jurídica mexicana los precedentes se han difundido a través de tesis.³³ Las tesis contienen criterios que han sido establecidos, identificados y publicados de manera oficial una vez que se han reiterado. Esto constituye una *regla de acreditación oficial* de los precedentes.³⁴

Aunque podemos afirmar que el sistema de tesis ha sido útil para socializar los criterios del Poder Judicial de la Federación, en la práctica ha generado algunos problemas para el adecuado funcionamiento del sistema de precedentes. Por un lado, en muchas ocasiones el contenido de las tesis no refleja una regla para resolver un caso concreto, sino un concepto abstracto completamente descontextualizado del problema jurídico que se está resolviendo en la sentencia o simplemente reproduce el contenido de la ley. Además, los criterios contenidos en las tesis en

judicial en México", en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2018.

³¹ *Ibidem*, p. 311-312.

³² Acuerdo número 5/2003 del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 25 de marzo de 2003. La definición anterior de tesis se encontraba en el Instructivo de 1988.

³³ Una distinción importante es la que debe trazarse entre una "tesis aislada" y una "tesis jurisprudencial". Una *tesis aislada* es un criterio interpretativo que no reúne los requisitos legales para considerarlo vinculante. Aunque las tesis aisladas no son de observancia obligatoria, de hecho en muchas ocasiones son invocadas por jueces y abogados como *precedentes persuasivos*. En cambio, cuando un criterio sí reúne los requisitos legales para considerarlo vinculante se denomina *tesis jurisprudencial*.

³⁴ López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2007, p. 146.

ocasiones no hacen referencia a los hechos a los que deben aplicarse. Esto no sucede con el concepto de *ratio decidendi*, que inequívocamente supone una regla donde existe un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. A su vez, es común que las tesis reflejen argumentos de *obiter dicta* y no la *ratio decidendi* de las sentencias. Algunos ejemplos que ilustran estas afirmaciones son los siguientes:

ACTO JURISDICCIONAL, NATURALEZA DEL. Es incuestionable que tanto el acto legislativo, cuanto el jurisdiccional, de acuerdo con la teoría general del estado, por Hans Kelsen, realizan actos de creación del derecho.³⁵

APRENDIZ Y MERITORIO, DISTINCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE. El término meritorio gratificado a prueba no es sinónimo de aprendiz, ya que por definición el meritorio es la persona que trabaja sin sueldo y sólo por hacer méritos y entrar en plaza remunerada y el aprendiz es quien presta sus servicios personales a otra persona recibiendo enseñanza a cambio de un arte, un oficio y la retribución convenida.³⁶

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad

³⁵ Tesis [A.], *Semanario judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo CXIX, p. 2613. Reg. digital 296364. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/296364>

³⁶ Tesis [A.], *Semanario judicial de la Federación*, Sexta Época, volumen XIII, quinta parte, p. 12. Reg. digital 277287. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/277287>

comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.³⁷

El sistema de tesis introdujo la idea equivocada de que los criterios vinculantes se encuentran en las tesis y no en las sentencias. Por esa razón, no es común que los operadores jurídicos acudan a las sentencias para identificar el criterio que sirvió para decidir el caso (lo que sería la *ratio decidendi*). En la práctica cotidiana lo que se consulta son las tesis. Tampoco es usual que se verifique que el criterio que recoge la tesis efectivamente se pueda desprender de las sentencias, o que el criterio reiterado sea aplicable a todos los casos donde se produce la reiteración. En suma, las personas juzgadoras, los abogados y las abogadas mexicanas no estamos acostumbradas a estudiar sentencias para preparar o resolver los casos, lo que sin duda ha contribuido a incapacitarnos para analizar y criticar las decisiones judiciales.

Para solucionar de alguna forma estos problemas, en el ejercicio de su competencia reglamentaria, la Suprema Corte emitió un acuerdo general en 2019 en el que se modifica el concepto de tesis. Esta nueva definición señala que la tesis hace referencia al criterio jurídico para un caso concreto. La tesis debe ser redactada con estructura de una regla, compuesta por un supuesto de hecho que describa las circunstancias fácticas que constituyen el campo de aplicación de la regla y una consecuencia jurídica donde se establezca la solución normativa. Las cuestiones de hecho y de derecho que no son necesarias para justificar la decisión, en ningún

³⁷ Tesis [A.]: P. LXVI/2009, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 7. Reg. digital 165822. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165822>

caso deberán incluirse en la tesis. La tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la sentencia.³⁸

La reforma judicial de marzo de 2021 reguló este concepto en la Ley de Amparo.³⁹ De acuerdo con este precepto, las tesis deben recoger las razones de la decisión, esto es: los hechos relevantes, el criterio jurídico que resuelve el problema abordado en la sentencia y una síntesis de la justificación expuesta por el tribunal para adoptar ese criterio. Además, en este precepto se describe el contenido que debe tener cada uno de los apartados⁴⁰ y se establece claramente que las cuestiones de hecho y de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión, en ningún caso deberán incluirse en la tesis.

De acuerdo con lo anterior, el nuevo concepto de tesis dispone claramente que las normas judiciales recogidas en tesis deben tener estructura de regla, lo que implica que el patrón fáctico de la decisión debe quedar claro. De esta forma, el órgano encargado de aplicar el criterio tendrá la posibilidad de comprobar la analogía de los hechos para aplicar de manera correcta el precedente o, en su caso, para distinguirlo.

³⁸ Acuerdo General número 17/2019, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 28 de noviembre de 2019, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación en el Semanario Judicial de la Federación y en su gaceta, de las tesis que emiten la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito.

³⁹ Artículo 218 de la Ley de Amparo.

⁴⁰ Artículo 218 de la Ley de Amparo:

"... De esta manera, las tesis deberán contener los siguientes apartados:

I Rubro: mediante el cual se identificará el tema abordado en la tesis.

II. Narración de los hechos: en este apartado se describirán de manera muy breve los hechos relevantes que dieron lugar al criterio adoptado por el tribunal para resolver el caso. Cuando se trate de jurisprudencia por contradicción, se describirá el punto en el que discreparon los órganos contendientes.

III. Criterio Jurídico: en el que se reflejará la respuesta jurídica adoptada para resolver el problema jurídico que se le planteaba al órgano jurisdiccional.

IV. Justificación: se expondrán de manera sucinta los argumentos expuestos por el órgano jurisdiccional en la sentencia para sostener el criterio jurídico adoptado en la resolución.

V. ...

Además de los elementos señalados en las fracciones anteriores, la jurisprudencia emitida por contradicción deberá contener, según sea el caso, los datos de identificación de las tesis que contengan en la contradicción, el órgano que las emitió, así como la votación emitida durante las sesiones en que tales contradicciones se resuelvan".

Asimismo, el que se establezca claramente que las tesis no podrán argumentos de *obiter dicta* implica que las personas encargadas de redactar las tesis deberán comprobar previamente que los criterios que se incorporen reflejen la *ratio decidendi* de las sentencias. Así, el nuevo concepto de tesis debería conducir a que se elaboren menos tesis y a que la aplicación de los criterios de los órganos del Poder Judicial se lleve a cabo de forma adecuada.

E. La creación de los precedentes

El sistema de precedentes mexicano es excesivamente formalista,⁴¹ lo que resultaba afín a las prácticas jurídicas de un sistema autoritario que pretendía ejercer un férreo control sobre los jueces.⁴² Por ello, los procesos de creación de los precedentes están excesivamente regulados, lo que implica que únicamente pueden considerarse obligatorios los criterios que reúnan los requisitos procesales establecidos en las normas.

El Poder Judicial de la Federación está facultado para crear precedentes que vinculan a todas las autoridades judiciales del país de cinco formas: (1) por precedentes obligatorios; (2) por reiteración; (3) por contradicción de criterios; (4) al resolver acciones de inconstitucionalidad; y (5) al resolver controversias constitucionales. En los siguientes párrafos

⁴¹ López Medina, Diego Eduardo, *op. cit.*, p. 146.

⁴² De acuerdo con Ana Laura Malagoni, muchos de los problemas que existen en la formación y manejo de la jurisprudencia constitucional por parte de la Suprema Corte, encuentran su explicación "en las prácticas judiciales propias de un sistema político autoritario, en donde la función principal de la jurisprudencia fue disciplinar en forma muy estricta la actividad de los jueces y con ello evitar que se aventuraran a generar decisiones y criterios jurisprudenciales con un alto contenido valorativo o sustancialista. Dicho de otra manera, la jurisprudencia de los tribunales federales fue una manera exitosa de garantizar el formalismo judicial extremo que requería un sistema autoritario. Dentro de ese contexto, la jurisprudencia estaba destinada principalmente a limitar al poder de los jueces, concentrándolo en pocos jueces (ministros y magistrados), y en garantizar predictibilidad y certeza jurídicas en los procesos jurisdiccionales", Magaloni Kerpel, Ana Laura, "¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador*, México, UNAM/IIJ/IMDPC/Marcial Pons, 2008, pp. 281-282.

describiré la forma en la que se crea el precedente en cada uno de estos procedimientos y me detendré a analizar con más detalle algunos de los cambios establecidos por la reforma judicial.

(1) La figura de la jurisprudencia por precedentes obligatorios para la Suprema Corte fue introducida por la reforma judicial de 2021.⁴³ De acuerdo con esta nueva forma de creación de precedentes, las *razones que justifican las decisiones* contenidas en las sentencias son obligatorias para todas las autoridades judiciales del país, siempre que reúnan una mayoría de ocho votos en el Pleno o de cuatro votos en las Salas. Los criterios recogidos en cada una de las sentencias que reúna la votación requerida serán *obligatorios* para todas las juezas y jueces del país, sin necesidad de que el criterio cumpla con el requisito de reiteración. Este cambio es muy relevante para la protección de los derechos humanos, ya que cuando ocurren violaciones a estos derechos es indispensable que las autoridades judiciales proporcionen respuestas rápidas y establezcan criterios claros que sean aplicables para casos futuros. Esta afirmación puede demostrarse con el siguiente ejemplo.

A través de distintos juicios de amparo, la Suprema Corte revisó la constitucionalidad de normas que excluían de la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo. Estos preceptos regulaban el matrimonio únicamente para uniones entre un hombre y una mujer y, en algunos casos, condicionaban el acceso a esta institución al cumplimiento de fines específicos como la procreación. En estos asuntos se establecieron criterios claros en el sentido de que la Constitución exige que las parejas del mismo sexo tengan acceso al matrimonio en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales, por lo que se declararon inconstitucionales estas normas por considerarlas discriminatorias.

La Suprema Corte abordó estos casos desde dos perspectivas: el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho al libre desarrollo de la

⁴³ Artículos 94 de la Constitución y 222 y 223 de la Ley de Amparo.

personalidad. A partir de un análisis de igualdad, determinó de manera reiterada que son inconstitucionales las normas que definen al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer y que establecen finalidades específicas que no todos los tipos de parejas pueden cumplir. Al ser un criterio establecido en amparo, su obligatoriedad dependía de que cumpliera el requisito de reiteración. Para que esto ocurriera pasaron tres años, lo que implicó que durante todo ese periodo las autoridades judiciales del país no estuvieran obligadas a aplicar este precedente y podían resolver en otro sentido. Este ejemplo ilustra bastante bien la importancia que tiene para la protección de los derechos humanos el que las autoridades judiciales competentes para establecer precedentes vinculantes den respuestas rápidas desde la primera vez que se pronuncian sobre el tema. De lo contrario, no solamente se pone en riesgo la protección de estos derechos, sino que se vulneran el principio de igualdad en la aplicación de la ley y el derecho a la seguridad jurídica.

(2) La reforma al sistema de precedentes derogó el sistema de creación de jurisprudencia por reiteración para la Suprema Corte. Sin embargo, esta competencia no fue derogada para los tribunales colegiados, quienes creando jurisprudencia por reiteración. Para que se establezca un precedente *por reiteración* se requiere, precisamente, que a propósito de la resolución de cinco juicios de amparo se establezca una manera *reiterada* de entender la Constitución.⁴⁴ Los requisitos para que las resoluciones constituyan precedentes por reiteración son los siguientes: (a) que se trate de resoluciones dictadas en juicios de amparo; (b) que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias; (c) que el criterio no sea interrumpido por otra sentencia que establezca un criterio en contrario; y (d) que las sentencias hayan sido aprobadas unanimidad.⁴⁵

⁴⁴ Zertuche García, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, México, Porrúa, 1990, p. 101.

⁴⁵ Artículo 224 de la Ley de Amparo.

Simplificando un poco, puede decirse que uno de los aspectos que sigue separando a las tradiciones de *common law* y de *civil law* en el tratamiento de los precedentes es precisamente la fuerza vinculante que pueden tener individualmente o una vez que han sido reiterados.⁴⁶ De acuerdo con esta idea, en los países de *common law* basta con una sentencia que dicte un alto tribunal para establecer un precedente vinculante. En cambio, en la tradición continental en algunos casos se requiere que existan varios precedentes en el mismo sentido para que se considere que se ha establecido un precedente vinculante.⁴⁷

Con todo, es necesario introducir algunas precisiones. En la tradición continental existen ámbitos donde el componente reiterativo no está asociado a la fuerza vinculante del criterio. Esto sucede especialmente en el ámbito constitucional,⁴⁸ donde un solo precedente puede tener fuerza vinculante. El caso más claro de esta situación se presenta en los sistemas que han adoptado un modelo de control constitucional centralizado. Lo que suele ocurrir es que las sentencias estimatorias que dictan los tribunales constitucionales cuando conocen recursos que combaten en abstracto la constitucionalidad de una ley tienen fuerza vinculante y efectos generales.⁴⁹ Además, en sede constitucional un solo precedente

⁴⁶ En este punto sigo lo expuesto por MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 538.

⁴⁷ De acuerdo con Diego López Medina, en el ámbito de los precedentes "[p]uede definirse la 'regla de reiteración' como la obligación que tiene una Corte de cierre de reiterar determinada doctrina (hasta el punto de lograr su estabilización) antes de exigirle a los demás jueces de su jurisdicción que consideren el precedente vinculante. Entre mayor sea el número de reiteraciones exigidas más formal y controlado es el sistema jurisprudencial", López Medina, Diego Eduardo, *op. cit.*, p. 145 (énfasis añadido). El caso español es un ejemplo de esta situación. El artículo 1.1 de su Código Civil define la jurisprudencia como la doctrina *reiterada* establecida por el Tribunal Supremo. En este sentido, se ha insistido en que para que la jurisprudencia sea vinculante se requieren al menos de dos sentencias que establezcan el mismo criterio. Al respecto, *cfr.* Laporta, Francisco J., y Ruiz Miguel, Alfonso, "Precedent in Spain", en Neil MacCormick y Robert Summers (coords.), 1997, p. 273; Moral Soriano, Leonor, *op. cit.*, p. 166.

⁴⁸ MacCormick, Neil y Summers, Robert, *op. cit.*, p. 538.

⁴⁹ En relación con la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional español cuando conoce del recurso de inconstitucionalidad, Enrique Alonso García apunta que "el fallo de la sentencia que anula una ley garantiza la absoluta seguridad jurídica al tener eficacia expresa *erga omnes* y vincular por tanto a todos los poderes públicos", Alonso García, Enrique, "La jurisprudencia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1988, p. 177.

sentado en sentencias dictadas con motivo de procesos que no sean de control abstracto también puede tener fuerza vinculante.⁵⁰

De cualquier forma, existen ordenamientos donde la reiteración de criterios se exige incluso en el ámbito de los precedentes constitucionales. En este sentido, es interesante indagar qué razones pueden justificar que se establezca una regla de reiteración y cuáles serían los inconvenientes de un mecanismo como este. La justificación más plausible que puede ofrecerse de la regla de reiteración apela a la idea de que con ella se trata de evitar que se cometan errores al decidir un asunto en un primer momento.⁵¹ De acuerdo con este argumento, es posible que en un tribunal cometa un error interpretativo en una sentencia y lo incorpore a la regla con la que resuelve un caso. Sin embargo, si se constata que se trata de un error, no hay razón para que éste vincule hacia el futuro. Por ello, se otorga la posibilidad al tribunal de evaluar con motivo de un caso distinto si la regla sustentada es adecuada para los casos futuros. Así, se desea evitar que una sentencia dictada en un primer momento consagre un criterio equivocado.

Esta justificación de la regla de reiteración es problemática. El principal inconveniente es que es contraria al principio de igualdad.⁵² En efecto, la regla de la reiteración viola la igualdad en la aplicación del derecho, pues hace posible que un mismo tipo de asunto se resuelva de distintas maneras aun cuando ya exista un criterio establecido en un precedente. Dicho de otra forma, la regla de reiteración conduce a que el principio de igualdad sólo pueda ser reivindicado una vez que se ha cumplido el

⁵⁰ En el caso español, por ejemplo, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que "la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, *conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.*" La relevancia de esta situación se aprecia en el recurso de amparo constitucional, donde una sola sentencia puede establecer un precedente vinculante respecto de un determinado derecho fundamental.

⁵¹ Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*, Madrid, Civitas, 2002, p. 222.

⁵² López Medina, Diego Eduardo, *op. cit.*, p. 146.

número de reiteraciones requeridas, lo que supone que aquellos a quienes se aplicó un criterio que no ha sido reiterado, no pueden reclamar un trato igualitario.⁵³ Si se tiene en cuenta que la igualdad es uno de los principios que se protegen con la institución del precedente, habrá que convenir en que no se trata de una crítica menor.

(3) La *contradicción de criterios* se presenta cuando están en oposición dos criterios provenientes de órganos que se encuentran en el mismo nivel jerárquico.⁵⁴ Esta situación se produce porque entre tribunales del mismo nivel jerárquico la vinculación a los criterios del otro no es de carácter obligatorio, sino de carácter persuasivo (precedente horizontal). La creación de un precedente por contradicción de tesis se justifica como una forma de unificar las interpretaciones en aras de la seguridad jurídica. Para lograr dicho cometido, un órgano superior tiene que decidir cuál es el criterio que debe ser aplicado, ya que, en virtud de su jerarquía, su resolución será vinculante para los órganos inferiores.

La jurisprudencia por contradicción se establece al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre las salas de la Suprema Corte, entre los plenos regionales o entre los tribunales colegiados de circuito. Es importante puntualizar que antes de la reforma este procedimiento se denominaba contradicción de *tesis*. La reforma modifica esta denominación por contradicción de *criterios*. La razón de este cambio es que los criterios que son sometidos a contradicción se encuentran en las sentencias y para denunciar la contradicción no es necesario que estén reflejados en tesis. En la resolución de una contradicción de tesis existen dos posibilidades:

⁵³ El profesor Diego López explica esta situación en los siguientes términos: "el precedente está basado en la igualdad de trato: esta igualdad de trato se debe, después de que hay un precedente que define adecuadamente el tema, al segundo y tercer litigante que viene a demandar justicia. Según una interpretación estricta de la regla de reiteración (si aceptamos que se requieren tres sentencias en el mismo sentido) solo [sic] el cuarto demandante podría exigir igualdad de trato conforme al precedente. Esta solución no parece correcta desde el principio de igualdad", López Medina, Diego Eduardo, *op. cit.*, p. 146 (énfasis añadido)..

⁵⁴ Este procedimiento se regula en los artículos 225 a 227 de la Ley de Amparo.

elegir entre los criterios contradictorios, el que debe prevalecer o emitir un nuevo criterio distinto a los dos en pugna. En ningún caso la resolución de la contradicción puede afectar las situaciones jurídicas concretas de los juicios donde los criterios contradictorios fueron sustentadas, lo único que hace es sentar un precedente. En este supuesto, el precedente se forma por una única sentencia. En este sentido, puede afirmarse que la resolución dictada en este caso es distinta a las que originaron los criterios en conflicto ya que no pone fin a un litigio, sino que unifica criterios interpretativos. Aunque la resolución dictada en estos supuestos es *formalmente jurisdiccional*, no se dicta con motivo de un juicio de amparo.

(4) La resolución de *acciones de inconstitucionalidad* es una competencia exclusiva del Pleno de la Suprema Corte. Se trata de un proceso que tiene como finalidad el control abstracto de la constitucionalidad de leyes.⁵⁵ Para que la Suprema Corte sienta un precedente vinculante en esta clase de procesos sólo se requiere de una sentencia que sea aprobada por una mayoría de ocho ministros. Cuando la sentencia no se aprueba por la mayoría requerida para sentar un precedente vinculante, el criterio debe considerarse como precedente persuasivo.

(5) La resolución de *controversias constitucionales* también es una facultad exclusiva del Pleno de la Suprema Corte. Se trata de una vía de resolución de conflictos de competencias constitucionales entre órganos y niveles de gobierno.⁵⁶ En este proceso constitucional el precedente se forma de la misma manera que en las acciones de inconstitucionalidad: se requiere una mayoría de ocho votos.

⁵⁵ La competencia del Pleno de la Suprema Corte para conocer de las acciones de inconstitucionalidad está contemplada en la fracción II del artículo 105 de la Constitución. La regulación de este medio de control constitucional se encuentra en la Ley Reglamentaria del artículo 105 de la Constitución.

⁵⁶ Este medio de control está previsto en la fracción I del artículo 105 constitucional. Su regulación está desarrollada en la Ley Reglamentaria del artículo 105 de la Constitución.

F. La parte vinculante de las sentencias

En todos los procesos de creación de jurisprudencia, la reforma judicial establece de forma muy clara que lo que obliga a las autoridades jurisdiccionales del país son *las razones que justifican las decisiones contenidas en las sentencias*⁵⁷ y que las *cuestiones de hecho o de derecho que no sean necesarias para justificar estas decisiones* no deben considerarse obligatorias.⁵⁸ Dicho de otro modo, únicamente los razonamientos de las sentencias en los que se establece la regla que resuelve el caso deben considerarse obligatorios, más no así el resto de las consideraciones contempladas en estas resoluciones. Lo que habría que analizar entonces es ¿qué entendemos por razones que justifican la decisión?, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de cuestiones de hecho o de derecho no necesarias para justificar la decisión? Revisemos estas cuestiones con detenimiento.

Las *sentencias* son las decisiones judiciales donde se sientan los precedentes.⁵⁹ Cabe preguntarse entonces, por un lado, si *cualquier* sentencia puede sentar un precedente vinculante y, por otro lado, si *toda* la sentencia constituye precedente. Veamos estos dos asuntos por separado. Respecto de la primera pregunta, puede responderse que *no todas* las sentencias constituyen precedente. Una primera limitación tiene que ver con qué jueces están legitimados por el ordenamiento jurídico concreto para sentar precedentes. En este sentido, una sentencia sólo servirá para sentar precedente en la medida en que al tribunal que la dicte le esté reconocida esa competencia. Pero el margen de este condicionamiento institucional, puede decirse que sólo constituyen precedente aquellas sentencias que *clarifican o resuelven una cuestión de derecho*. Ello implica que todas aquellas sentencias donde los jueces se limitan a *aplicar* la doctrina

⁵⁷ Artículo 94 de la Constitución, artículos 222 y 223 de la Ley de Amparo, artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución.

⁵⁸ Artículo 224 de la Ley de Amparo, artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución.

⁵⁹ No obstante, otros tipos de resoluciones también pueden establecer precedente.

jurídica prevista en precedentes anteriores no pueden considerarse precedentes.⁶⁰

En relación con la segunda cuestión, la pregunta tiene sentido porque en ocasiones con el término "precedente" se alude a diversos aspectos contenidos en las sentencias: (1) los hechos del caso, (2) el problema jurídico que se plantea, (3) la solución que da la sentencia o (4) la regla que resuelve el caso.⁶¹ Por ello, quizás sea más conveniente reformular la cuestión indagando *qué parte* de la sentencia es la que vincula a los jueces posteriores. Para efectos analíticos, es posible distinguir cuatro partes en las sentencias: la *ratio decidendi*, los *obiter dicta*, el *rationale* y el *decisum*. Veamos en qué consisten cada una de estas partes.

La *ratio decidendi* es la única parte de la sentencia que resulta *vinculante* para los jueces.⁶² Esta expresión latina puede traducirse como la "razón para decidir" y, técnicamente, es precisamente lo que proporciona. La *ratio decidendi* es la regla universal *necesaria* para justificar la solución del caso concreto.⁶³ Dicha regla puede estar formulada expresamente en los razonamientos de la sentencia (*ration decidendi* explícita) o inferirse analizando el resultado de la decisión, los hechos del caso y el razonamiento del tribunal (*ration decidendi* implícita).⁶⁴ Así, no forman parte de la *ratio decidendi* ni las cuestiones de hecho ni las cuestiones de derecho que no son necesarias para alcanzar la decisión.⁶⁵

Ahora bien, es importante detenernos en dos puntos de la definición anterior. Por un lado, hay que señalar que en la tradición de *common law*

⁶⁰ Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, *op. cit.*, p. 79.

⁶¹ Sartor, Giovanni, "Il precedente giudiziale", *Contratto e impresa*, núm. 11, 1996, p. 237.

⁶² Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 150. En el derecho norteamericano se utiliza de manera más frecuente la expresión *holding* para referirse a la *ratio decidendi*, Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, *op. cit.*, p. 81.

⁶³ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, p. 177.

⁶⁴ Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, *op. cit.*, p. 81.

⁶⁵ Iturralde Sesma, Victoria, *op. cit.*, p. 81-83.

no existe una definición obligatoria impuesta por el orden jurídico acerca de cómo debe entenderse lo que es la *ratio decidendi* de una decisión.⁶⁶ En este sentido, la definición de *ratio decidendi* no es un asunto pacífico: existe una gran discusión doctrinal en torno a dicho concepto.⁶⁷ Esa discusión se conecta con otras cuestiones muy relevantes, como el debate acerca de cuál es la metodología adecuada para extraer la *ratio decidendi* de una resolución judicial. Con todo, creo que para los efectos de entender los cambios que introduce la reciente reforma judicial en el ordenamiento jurídico es posible trabajar con una definición como la anterior, pues me parece que recoge lo que sería el núcleo de significado más relevante de lo que es la *ratio decidendi*.

El otro punto que me interesa destacar es que la *ratio decidendi* es una *regla*. Esto quiere decir que está compuesta por un *supuesto de hecho* (que describe las circunstancias fácticas que constituyen el campo de aplicación de la regla) y una *consecuencia jurídica* (la solución normativa donde se establece lo que está prohibido o permitido). En el ámbito de la jurisdicción constitucional, la construcción de esas reglas a través de los precedentes es decisiva para afianzar la función normativa de la Constitución. En efecto, dado el carácter abierto de los textos constitucionales, la *ratio decidendi* de un precedente constitucional "concreta las indeterminadas cláusulas constitucionales en prescripciones concretas aplicables a tipos de casos".⁶⁸ Así, las reglas constitucionales contenidas en las *rationes*

⁶⁶ En el Reino Unido no ha sido establecida una definición obligatoria de *ratio decidendi* ni por el Parlamento, ni por los tribunales. Esto dota de cierto grado de libertad a los jueces en la interpretación de los precedentes, como será explicado posteriormente, Iturralde Sesma, Victoria, *op. cit.*, p. 105.

⁶⁷ En este sentido, por ejemplo, Neil McCormick sostiene que "[i]t is a disputed question whether there is any such thing as a or *the ratio* in a given case; it is disputed whether or not there is a *ratio* to be found authoritatively within a given opinion, or whether the so-called *ratio* is simply some proposition of law which may then be used to help justify some later decision", McCormick, Neil, "Why Cases have *Rationes* and what this are", en Laurence Goldstein (ed.), *Precedent in law*, Oxford, Clarendon, 1991. Un análisis que identifica las posibles concepciones de la *ratio decidendi* para revelar los distintos roles de la Corte en la creación del derecho se encuentra en Camarena González, Rodrigo, "La *ratio decidendi* a través de ojos mexicanos", *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, núm. 16, enero-diciembre, 2022.

⁶⁸ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, p. 177.

decidendi de las sentencias hacen que las disposiciones constitucionales puedan aplicarse a situaciones específicas, lo que resulta indispensable en supuestos como los conflictos entre derechos y, en general, en todos los casos de colisión entre principios constitucionales.⁶⁹

El reconocimiento de que la *ratio decidendi* es una regla da pie a otra serie de problemas. Toda vez que esas reglas judiciales se crean a partir de un caso concreto, la cuestión que se plantea es si el supuesto de hecho de esas reglas debe ser una descripción precisa de los hechos que dieron lugar al caso concreto (lo cual supone la creación de una regla con un campo de aplicación más restringido) o debe elaborarse un supuesto de hecho más general y menos apegado a las características del caso (lo cual implica la creación de una regla con un campo de aplicación más amplio).⁷⁰

La caracterización que normalmente se hace de los *obiter dicta* se realiza en contraste con la *ratio decidendi*. Un *obiter dictum* (en singular) es toda consideración general (puede ser teórica o normativa) que *no sea necesaria* para la justificación de la decisión. En este sentido, los *obiter dicta* son manifestaciones jurídicas de carácter general y abstracto que cumplen un papel *secundario* en la fundamentación de las sentencias.⁷¹ Por ello, no tienen fuerza vinculante sino *persuasiva*: constituyen un criterio auxiliar de interpretación, pero ningún tribunal está obligado a seguirlos en casos futuros.⁷² De ahí que citar los *dicta* como precedentes sea técnicamente incorrecto, toda vez que no están relacionados estrictamente con el caso resuelto.

⁶⁹ En relación con los conflictos de principios constitucionales, véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002, pp. 89-98.

⁷⁰ Como señala Ana Laura Magaloni, el nivel de generalidad con el que se establezca el supuesto de hecho de la regla es lo que condicionará su alcance aplicativo en los casos futuros. En ese sentido, la posibilidad de establecer el supuesto de hecho de la regla jurisprudencial con distintos niveles de generalidad es uno de los principales factores que impide que haya una *ratio decidendi* en cada caso y un único método para determinarla, Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, op. cit., p. 86.

⁷¹ Bernal Pulido, Carlos, op. cit., p. 177.

⁷² Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, op. cit., pp. 81-82.

Con todo, en la práctica existen supuestos donde la distinción entre lo que es la *ratio* de una sentencia y lo que constituye un *dictum* no es tan fácil como pudiera pensarse. Así, por ejemplo, cuando en una sentencia se resuelvan varias cuestiones jurídicas, ya sean independientes o dependientes entre sí, el problema consiste en determinar si la regla sentada para resolver cada una de ellas constituye una *ratio*.⁷³

Por otro lado, el *rationale* son las razones que justifican el establecimiento de la regla con la que se resuelve el caso.⁷⁴ Puede decirse que son los argumentos que el tribunal esgrime para justificar por qué optó por configurar la *ratio* de una manera y no de otra. Estas consideraciones pueden servir para predecir si la sentencia tendrá en el futuro valor de precedente y la manera en la que puede evolucionar la doctrina vinculante.⁷⁵

Finalmente, el *decisum* se refiere propiamente al fallo de la sentencia: la solución del caso concreto. Esta parte de la sentencia contiene al menos una norma, la norma individual que establece las consecuencias del caso. Sin embargo, es importante recordar que en la jurisdicción constitucional concentrada el fallo normalmente sí tiene fuerza vinculante (eficacia *erga omnes*) cuando los tribunales constitucionales realizan un control abstracto de la ley y se trata de una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad.⁷⁶ Con todo, las normas contenidas en el fallo (aunque tengan efectos generales) no son el tipo de normas que interesan cuando se habla de la fuerza vinculante de los precedentes.⁷⁷ Las normas que

⁷³ Sobre éstos y otros problemas que plantea la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, véase Sartor, Giovanni, *op. cit.*, pp. 245-246.

⁷⁴ Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, *op. cit.*, p. 82

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1988, p. 25

⁷⁷ En esta línea, en relación con el sistema español Enrique Alonso García apunta que "la creación de jurisprudencia constitucional por el propio Tribunal Constitucional se hace en sentencias que o bien analizan *abstractamente* la ley o bien el *caso concreto* (para los derechos fundamentales y libertades públicas), pero que en cualquier caso no queda sentada en 'fórmulas magistrales' comprendidas en el fallo de la sentencia", Alonso García, Enrique, *op. cit.*, p. 177 (énfasis añadido).

expresan los precedentes son reglas generales que se extraen de los fundamentos jurídicos expresados por el tribunal en la sentencia.⁷⁸

Volviendo a los planteamientos iniciales: ¿qué constituyen *las razones que justifican las decisiones contenidas en las sentencias*?, ¿qué debe entenderse por *cuestiones de hecho o de derecho que no son necesarias para justificar estas decisiones*? En consecuencia, ¿qué parte de la sentencia debe considerarse obligatoria para las autoridades judiciales? Me parece que es muy claro que los argumentos de *obiter dicta* no deben considerarse obligatorios. Lo que no resulta tan claro es si las razones que justifican las decisiones únicamente están conformadas por *ratio decidendi* de las sentencias o también por el *rationale*. Este planteamiento resulta relevante para la práctica de la Suprema Corte, ya que en muchas ocasiones se reúne la votación calificada necesaria para sentar un criterio vinculante, pero no existe consenso en la justificación del criterio. Es decir, las Ministras y Ministros llegan a un acuerdo en relación con la regla que resuelve el caso a través de razonamientos distintos.⁷⁹ En este supuesto, ¿habría que considerar que existe un criterio vinculante?

Por otro lado, la introducción de esta nueva regulación plantea retos importantes para los operadores jurídicos, especialmente para quienes realizan actividades jurisdiccionales y para quienes representan a las personas ante esas autoridades. Como ha quedado establecido, la *ratio decidendi* es una regla que se obtiene analizando el resultado de la decisión, las circunstancias fácticas del caso y el razonamiento del tribunal. En la tradición jurídica de *common law* corresponde al juez o tribunal posterior configurar el supuesto normativo de la regla que le vincula. Dicho de

⁷⁸ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, pp. 208-2098.

⁷⁹ La CT 293/2011, 03 de septiembre de 2013, ejemplifica muy bien esta cuestión. Los Ministras y Ministros llegaron a un acuerdo por mayoría calificada sobre los temas que se encontraban en contradicción: la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la fuerza vinculante de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, como se advierte de la lectura de las votaciones, es muy complicado determinar qué razonamientos reúnen una votación calificada.

otra forma, el tribunal posterior debe determinar la *ratio decidendi* a partir de una sentencia anterior y aplicarla en el caso que está resolviendo.⁸⁰

Sin embargo, si se observa la práctica del precedente en algunos países de *civil law*, especialmente la del precedente constitucional en aquellos lugares donde se ha creado un Tribunal Constitucional, puede apreciarse que no en todos los casos funciona de esa misma manera. Para explicar esta situación es necesario distinguir tres supuestos en la práctica del precedente: el establecimiento del precedente, la determinación de la *ratio decidendi* y la aplicación de esa regla.

El *establecimiento* del precedente se produce cuando en una sentencia el tribunal sienta una regla que será aplicable no sólo al caso que está resolviendo, sino también a casos futuros. La *determinación* tiene lugar cuando se identifica la *ratio decidendi* de una sentencia para utilizarla en casos futuros. Esta operación puede ser más o menos compleja, dependiendo de si la *ratio decidendi* ha sido formulada de manera expresa en la sentencia o se encuentra implícita en los razonamientos del tribunal. En cualquier caso, aun cuando la regla haya sido formulada de manera expresa, siempre existe un margen de maniobra para que el operador encargado de realizar la identificación pueda reconstruir la regla de acuerdo con su propia orientación. Por último, la *aplicación* se presenta cuando en un caso distinto un juez posterior (que, sin embargo, puede ser el mismo que estableció el precedente) se vale de la regla que previamente se ha establecido e identificado para resolver un caso concreto.

Ahora bien, cada una de estas operaciones (establecimiento, determinación y aplicación) puede ser realizada por distintos actores institucionales. Veamos algunos ejemplos de cómo pueden presentarse estas situaciones. Aunque en la tradición de *common law* el establecimiento del precedente se lleva a cabo por el tribunal que resuelve un caso, son los jueces posteriores los que determinan y aplican la *ratio decidendi* extraída de la

⁸⁰ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, pp. 179-180.

sentencia dictada por el juez anterior. Sin embargo, otra posibilidad es que el tribunal que establece el precedente sea también el encargado de determinar la *ratio*, dejando a los tribunales posteriores únicamente la tarea de aplicarla. Un ejemplo de esta modalidad lo constituye el caso peruano, donde el Tribunal Constitucional se encarga de identificar expresamente la *ratio decidendi* en la parte dispositiva de la misma sentencia donde establece el precedente.⁸¹ Así, a los jueces posteriores sólo les corresponde aplicar la *ratio* establecida e identificada por el Tribunal Constitucional. El caso mexicano también parece ilustrar este supuesto si tomamos en cuenta en la práctica la forma en la que se conocen los criterios de los órganos judiciales federales es a través de tesis y no de sentencias. En ese sentido, podríamos decir que las autoridades judiciales que fallan las sentencias también determinan la regla que constituye la *ratio decidendi*. Una vez determinada, la regla vincula (con distinta fuerza) a los jueces posteriores en casos futuros.

Por último, otra posibilidad sería que cada una de las operaciones fuera realizada por una autoridad distinta. Esto es lo que ocurre en el ordenamiento italiano en materia de casación. La Corte de Casación establece el precedente en sus sentencias, pero es una oficina adscrita a la propia Corte y compuesta por jueces (*Ufficio del Massimario*) la que determina la regla vinculante (la *massima*) que se encargarán de aplicar los jueces posteriores.⁸²

En consonancia con lo que he explicado anteriormente, el hecho de que la regulación actual determine que son vinculantes las razones que

⁸¹ Carpio Marcos, Edgar y Grández Castro, Pedro P. (coords.), *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007, pp. 99-100, nota al pie número 62. Con todo, como señala este autor, no siempre la *ratio decidendi* se recoge en el fallo de la sentencia, en ocasiones se tiene que acudir a los fundamentos jurídicos y en otros casos es en la parte dispositiva de la sentencia donde se hace un reenvío a lo establecido en los fundamentos jurídicos. En todo caso, lo que es obligatorio es que el Tribunal Constitucional señale claramente la regla que constituye precedente vinculante.

⁸² Taruffo, Michele y Torre, Massimo La, *op. cit.*, pp. 148-151. Como señalan estos autores, el problema del sistema italiano es que, por un lado, muchas veces la *massima* recoge consideraciones que constituyen en realidad *obiter dicta* y, por otro lado, que la mayoría de las veces se formula simplemente como un principio, sin hacer referencia alguna a los hechos del caso.

justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias supone que debemos cambiar nuestra cultura y práctica jurídicas para entender que las normas de derecho creadas por los órganos judiciales se encuentran en las sentencias y no en las tesis. En ese sentido, las sentencias son la fuente de derecho y las tesis deben ser consideradas simplemente como un mecanismo de difusión de los criterios judiciales. Este cambio de paradigma implica que los operadores jurídicos, especialmente quienes realizan funciones jurisdiccionales, deben adquirir habilidades argumentativas que les permitan analizar las decisiones judiciales. En efecto, es necesario revisar las sentencias en clave de precedente para determinar cuáles son los hechos relevantes de un caso, la *ratio decidendi*, los *obiter dicta*, la analogía de los casos, así como para interpretar argumentos en relación con los hechos, entre otras cuestiones. Únicamente de esta forma será posible crear y aplicar los precedentes de forma correcta, lo que es determinante para el correcto funcionamiento del sistema jurídico.

Además de lo anterior, me parece que la nueva regulación debería incidir en la forma en la que se redactan las sentencias. Es común en la práctica que los órganos judiciales dicten sus sentencias utilizando un lenguaje excesivamente rígido y formal.⁸³ La estructura de las sentencias se realiza a manera de silogismo, lo que supone que el resultado se presenta como la consecuencia necesaria de un conjunto de argumentos lógicos y legales. Además, estas resoluciones llegan a ser muy extensas porque en muchos casos reproducen el contenido de los procesos anteriores, transcriben constancias procesales, citan textualmente artículos, entre otras cuestiones. Esto complica la identificación de la *ratio decidendi*, la separación de ésta de los argumentos que son *obiter dictum*, la identificación de los hechos relevantes del caso resuelto a fin de buscar sus similitudes y diferencias con otros casos, entre otros muchos problemas. Todo esto representa un obstáculo para el funcionamiento correcto de sistemas de precedentes, por lo que valdría la pena que reflexionar sobre ello.

⁸³ Taruffo, Michele, "Institutional Factors Influencing Precedents", en Neil MacCormick y Robert Summers (coords.), 1997, p. 448-450.

G. El cambio de los precedentes

Los precedentes *no necesariamente deben seguirse* en todos los casos. En ocasiones, es posible dejar de lado un precedente cuando el caso que se va a resolver tiene alguna característica distinta al anterior que justifique introducir algún matiz al precedente. En cambio, en otros casos simplemente existe la necesidad de revocar un precedente al advertir que resulta inadecuado o que es necesario adaptarlo a la cambiante realidad social. En los países de *common law* se conoce a estas dos operaciones que se utilizan para cambiar los precedentes como *distinguishing* y *overruling*, respectivamente.

En términos generales, distinguir un precedente consiste en sostener que el caso que se está resolviendo presenta características que lo hacen sustancialmente diverso del precedente, de tal suerte que no es posible aplicar en ese caso la *ratio decidendi*.⁸⁴ Lo que se sostiene es que el caso posee una característica o propiedad que no fue prevista en la *ratio decidendi* y que hace a ésta inadecuada para resolverlo, por lo que debe aplicársele una *ratio* distinta, que representa una *excepción* a la regla del precedente distinguido. Aunque la distinción de un precedente permite dejar de seguirlo, ello no quiere decir que se trate de una técnica que posibilite apartarse del precedente sin mayores requisitos. En este sentido, es necesario que la propiedad que diferencia al caso realmente sea una propiedad *relevante*. El tribunal que decida distinguir un precedente debe justificar las razones por las cuales la consecuencia jurídica prevista en la *ratio* resulta inadecuada para el caso en cuestión.

⁸⁴ En la reconstrucción de la técnica del *distinguishing* sigo con alguna libertad lo expuesto en Sartor, Giovanni, "Il precedente giudiziale", *op. cit.*, pp. 261-262. No obstante, es importante tener en cuenta que en la teoría del precedente con esta etiqueta puede aludirse a dos cosas distintas. La distinción débil ocurre cuando el tribunal simplemente sostiene que la *ratio decidendi* en cuestión no se aplica al caso concreto que se está resolviendo. El precedente no se utiliza para resolver el caso porque los hechos son distintos a los establecidos en el supuesto de hecho de la regla. En cambio, la distinción fuerte supone que, en principio, el caso en cuestión sí cae bajo el campo de aplicación de la *ratio decidendi*.

Por otro lado, el *overruling* se produce cuando un tribunal posterior *revoca* o *deroga* el precedente aplicable a un caso y establece una nueva regla para justificar su decisión.⁸⁵ La revocación se funda en la idea de que el precedente es erróneo o inadecuado. En esta línea, el efecto de la revocación es que el precedente pierde autoridad y deja de vincular a los tribunales posteriores. Así, el *overruling* supone la *revocación* de la *ratio decidendi*.⁸⁶ De acuerdo con lo anterior, este ejercicio implica que el tribunal posterior adopte una *nueva* regla para decidir la misma cuestión de derecho resuelta por el precedente que se deja sin efectos. Así, puede decirse que en realidad el *overruling* supone dos maniobras: la primera consiste en *revocar* una regla creada para dar solución a la misma cuestión de derecho y la segunda implica establecer una *nueva* regla de decisión que rige para los casos futuros que sean semejantes.⁸⁷

Por lo demás, el *overruling* normalmente comporta una valoración de los hechos en el sentido de que presupone que el nuevo caso no presenta ninguna propiedad fáctica relevante que haga posible introducir alguna excepción a la regla utilizando la técnica del *distinguishing*. La configuración

⁸⁵ En la explicación de la técnica del *overruling* también sigo las ideas de Sartor, Giovanni, *op. cit.*, pp. 261-265. Los términos derogar y abrogar son utilizados por algunos autores cuando se refieren al *overruling*.

⁸⁶ La traducción del verbo *to overrule* al español presenta algunos problemas. Quizá, la manera más extendida de traducirlo es como "revocar", aunque también se emplea el término "anular". Sobre esta cuestión, Miguel Beltrán de Felipe y Julio González García señalan que "*to overrule* no se puede traducir como 'revocar una sentencia', pues las sentencias se revocan mediante los recursos que contra ellas se interpongan, y eso no es *overruling*", Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., "Preliminar", en *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEP/BOE, Madrid, 2005, p. 16, nota el pie núm. 13. En este sentido, tienen razón al afirmar que la revocación de sentencias no constituye un *overruling*, ya que esta operación supone algo muy distinto. Con todo, se equivocan cuando critican la utilización del verbo "derogar" como traducción de *to overrule*: "[q]ue sepamos, una sentencia no se deroga" [*Ibidem*], afirman en otro lugar. Lo que pierden de vista Beltrán de Felipe y González García es que el *overruling* no implica la derogación de una sentencia, sino la derogación de la regla jurisprudencial (la *ratio decidendi*) establecida en una sentencia. En la tradición de *common law* el verbo *to overrule* no se aplica a las sentencias, sino a las reglas que se establecen en los precedentes. Técnicamente no es incorrecta la utilización de los verbos "derogar" o "abrogar" como traducción de la actividad implicada en el *overruling* de un precedente. [Cfr. Sartor, Giovanni, *op. cit.*, p. 262]. Lo que es incorrecto es afirmar que las sentencias se derogan a través del *overruling*, lo que se deroga es la *ratio decidendi*.

⁸⁷ Bustamante, Thomas, *Teoría del precedente judicial. La justificación de la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Lima, Ediciones legales, 2016, pp. 397-398.

del poder de revocar los precedentes varía de un ordenamiento a otro. Con todo, cuando la vinculación es vertical normalmente los precedentes pueden ser revocados por los tribunales que los dictaron o por los tribunales jerárquicamente superiores al que dictó el precedente.⁸⁸

La reforma judicial introduce dos cambios relacionados con los procedimientos para modificar los precedentes del Poder Judicial de la Federación. La primera de estas modificaciones consiste en la eliminación del sistema de sustitución de criterios.⁸⁹ La sustitución de jurisprudencia era lo más parecido que existía en el sistema mexicano al *overruling*, toda vez que suponía el reemplazo de un criterio jurisprudencial por otro con la misma fuerza vinculante. Este procedimiento presentaba la particularidad de que no se cambiaba el criterio con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional en estricto sentido. El procedimiento se hacía al margen de un caso concreto (aunque sólo podía activarse "con motivo" de un caso concreto, lo que suponía que el caso en cuestión ya había sido resuelto) y tenía como objeto exclusivamente el análisis de la petición del órgano inferior sobre el cambio de una tesis jurisprudencial.

Por otro lado, la reforma modificó la regulación del sistema de *interrupción de la jurisprudencia*.⁹⁰ De acuerdo con este mecanismo, debe hacerse constar la pérdida de obligatoriedad de un criterio por virtud de una resolución dictada en sentido contrario. Se trata de la regulación de la regla de autprecedente. La regulación anterior a la reforma indicaba que en la

⁸⁸ Adicionalmente, el *overruling* puede ser explícito o implícito. Existe una revocación expresa cuando un tribunal posterior que tiene ese poder declara expresamente que el precedente está revocado por virtud de uno nuevo que dicta para resolver el caso. En cambio, la revocación implícita se produce cuando el precedente anterior es incompatible con la ratio prevista en una decisión ulterior dictada por un tribunal con poder de revocación.

⁸⁹ Una crítica a esta forma de modificar los criterios se encuentra en Martínez Verástegui, Alejandra, "El cambio del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

⁹⁰ Artículo 228 de la Ley de Amparo y artículo 43 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 de la Constitución.

ejecutoria respectiva debían *expresarse las razones* en que se apoyara la interrupción. Estas razones debían referirse a las consideraciones que se tuvieron para establecer la jurisprudencia que se interrumpía. El procedimiento vigente señala que para interrumpir la jurisprudencia deben *proporcionarse argumentos suficientes* que justifiquen el cambio de criterio. Es decir, la nueva regulación refuerza la carga de la argumentación para realizar *overruling* a los precedentes. A su vez, se señala que los tribunales de que se trata *estarán vinculados por sus propias jurisprudencias en los términos antes descritos, incluso cuando éstos se hayan emitido con una integración distinta*. Esto no quiere decir que se prohíba el cambio de criterio cuando exista una integración distinta a la que emitió el criterio que se pretende modificar. Lo que debe interpretarse es que el cambio de integración no es un *argumento suficiente* para cambiar un criterio, sino que se debe cumplir con la carga de la argumentación establecida en la norma. De esta manera, la reforma judicial refuerza la regulación de la regla de autoprecedente, se garantiza la racionalidad de las decisiones judiciales y de alguna forma se limita la arbitrariedad judicial.⁹¹

Es importante aclarar que la sentencia que interrumpe el criterio obligatorio no constituye un precedente vinculante. Para que se produzca la interrupción de la jurisprudencia es necesario que el órgano emisor del criterio que se interrumpe dicte una sentencia en contra de dicho criterio. La interrupción provoca que los criterios pierdan su carácter obligatorio, toda vez que deja de ser vinculante para los órganos inferiores. Sin embargo, el nuevo criterio sólo tiene carácter persuasivo, por lo que

⁹¹ Para mayor abundamiento en estas ideas ver Gascón, Marina, "Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo", en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. Una reflexión muy interesante sobre la forma en la que opera la regla del autoprecedente al interior de la Suprema Corte se encuentra en González Carvallo, Diana Beatriz, "El autoprecedente en la jurisprudencia de tribunales de tierra: el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México", en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

únicamente puede utilizarse como criterio orientador por los órganos inferiores. De acuerdo con la ley, cuando la jurisprudencia se interrumpe, para que el nuevo criterio adquiera carácter obligatorio debe cumplir con los requisitos establecidos para su formación, como sería una votación calificada en el procedimiento de creación de jurisprudencia por precedentes obligatorios. En este orden de ideas, cabría preguntarse si este supuesto de cambio de precedente a partir de un caso concreto puede equipararse a lo que supone un *overruling* en la teoría del precedente. Como se recordará, un *overruling* implica dos cosas: la revocación de una *ratio decidendi* y el establecimiento de una nueva *ratio* por virtud del dictado de una sentencia. De esta manera, podría decirse que esta forma de cambio es algo bastante más débil que un *overruling*.

H. La recepción de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno

El 6 y 10 de junio de 2011 se realizaron dos reformas a la Constitución que significaron un cambio sustancial en el desarrollo y la protección de los derechos humanos en el país. Estas reformas constitucionalizaron el derecho internacional de los derechos humanos, colocando a las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de los que México forma parte en la cúspide del ordenamiento jurídico. Además, estos cambios constitucionales introdujeron modificaciones que fortalecieron la protección de estos derechos a través de distintos mecanismos de interpretación de las normas de derechos humanos de fuente nacional e internacional, como la interpretación conforme y el principio *pro persona*.

En la primera de estas reformas constitucionales se modificaron algunos artículos que regulan el juicio de amparo. Entre otras cuestiones, se amplió la procedencia del amparo por violaciones a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte; se estableció la posibilidad de promover el juicio de amparo

a quien cuente con interés legítimo, individual o colectivo; se crearon los Plenos de Circuito y se les facultó para conocer de contradicciones de tesis; se autorizó a ciertas autoridades para denunciar contradicciones de tesis y se creó la Declaratoria General de Inconstitucionalidad con el objetivo de establecer una figura que permitiera la expulsión del ordenamiento jurídico de las normas contrarias a la Constitución.⁹²

Por su parte, la reforma publicada el 10 de junio de 2011 modificó once artículos de la Constitución para fortalecer la protección a los derechos humanos y reforzar sus mecanismos de garantía.⁹³ En el artículo primero se incorporó el reconocimiento de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte, así como de las garantías para su protección. A su vez, se establecieron como obligaciones para todos los poderes públicos la promoción, el respeto, la protección y la garantía de los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad

⁹² La figura de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad supone un matiz al principio fundacional de relatividad de las sentencias del juicio de amparo. Conforme a este principio, las sentencias de amparo únicamente pueden modificar la condición jurídica de aquél que promueve este juicio. Esto implica que cuando un órgano del poder judicial declara la inconstitucionalidad de una norma, los efectos de esta declaratoria únicamente afectarían la esfera jurídica del quejoso, pero la norma seguiría vigente en el ordenamiento jurídico. Los problemas que esto genera no son menores, ya que únicamente aquellas personas que puedan acudir al amparo evitarían que les fueran aplicadas estas normas, lo que vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la ley. Para dar solución a este problema, en la reforma mencionada se incorporó la Declaratoria General de Inconstitucionalidad. A través de esta figura, es posible expulsar del ordenamiento jurídico las normas inconstitucionales. Sin embargo, al día de hoy, la Suprema Corte ha iniciado el procedimiento 27 veces, pero únicamente ha emitido dos Declaratorias Generales de Inconstitucionalidad. La primera de ellas se emitió 10 años después de la reforma. Los motivos por los cuales esta figura ha sido tan poco utilizada son múltiples. Sin embargo, para los efectos de este capítulo me interesa puntualizar uno de ellos: la complejidad de los requisitos procesales que se exigen para que la Corte pueda emitir esta Declaratoria. Por esa razón, la reforma de marzo de 2021 simplificó estos requisitos.

Las dos Declaratorias Generales de Inconstitucionalidad emitidas por la Suprema Corte hasta el momento son la DGI 1/2018, de 28 de junio de 2021 y la DGI 6/2017, de 14 de febrero de 2019. En el primero de estos asuntos, se declaró la inconstitucionalidad con efectos generales de la prohibición absoluta al consumo lúdico o recreativo de marihuana prevista por la Ley General de Salud. En el segundo de estos casos, se declaró la inconstitucionalidad con efectos generales de un artículo de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

⁹³ Una explicación pormenorizada del contenido de esta reforma se encuentra en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, 3ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2013.

y progresividad. Asimismo, se dispuso la obligación de las autoridades de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley. Además, en este precepto se incorporaron criterios de interpretación como el principio *pro persona* y la interpretación conforme y se reguló de manera explícita la prohibición de discriminación por preferencia sexual.

Al interpretar el contenido de este precepto, la Suprema Corte estableció que no existe jerarquía entre la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado mexicano forma parte. De acuerdo con este criterio, los derechos humanos contenidos en ambas fuentes forman una sola red de derechos que constituye el parámetro de control de regularidad constitucional conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos del ordenamiento jurídico mexicano.⁹⁴ A su vez, la Suprema Corte determinó que la jurisprudencia que ha dictado la Corte Interamericana en los casos contenciosos es vinculante para todas las autoridades judiciales del país, siempre que sea más favorable a la persona.⁹⁵ De acuerdo con este precedente, debe

⁹⁴ SCJN, Pleno, CT 293/2011, 3 de septiembre de 2013. Este criterio se encuentra consolidado porque se ha reiterado en múltiples ocasiones, véanse AR 197/2015, CT 21/2011, AI 32/2012, CT 467/2012, ADR 1312/2014, ADR 1250/2012, Varios 1396/2011, AR 377/2014, ADR 3579/2014, AR 439/2015, AD 35/2012, AD 67/2012, AD 68/2012, AD 55/2012, ADR 3434/2013, ADR 4459/2013, ADR 6065/2014, ADR 583/2015, ADR 5239/2015, ADR 5946/2015, CT 377/2019, ADR 772/2012, AR 41/2013, ADR 2517/2013, ADR 2298/2014, ADR 5005/2014, ADR 2871/2015, AR 1238/2015, AI 50/2016 y sus acumuladas 51/2016, 52/2016, 53/2016 y 54/2016, AR 296/2016, AR 267/2016, ADR 554/2016, AI 78/2017 y su acumulada 79/2017, ADR 7516/2017, AR 619/2017, ADR 4749/2017, AR 892/2017, AR 623/2017, AI 22/2016, AR 953/2018 y AR 529/2019.

En el mismo asunto, la Suprema Corte determinó que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de estos derechos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. Este criterio de la Suprema Corte no resuelve los puntos de contradicción que se plantearon en este asunto, por lo que me parece que debemos considerarlo un *obiter dictum*. Sin embargo, se decidió añadirlo a este apartado porque fue incluido en una tesis de jurisprudencia derivada de este caso.

⁹⁵ SCJN, Pleno, CT 293/2011, 03 de septiembre de 2013. En un primer momento, la Suprema Corte determinó que eran obligatorios los criterios de la Corte Interamericana para las autoridades judiciales únicamente cuando el Estado mexicano formara parte en el litigio (SCJN, Pleno, Varios 912/2010, 14 de julio de 2011). Este criterio fue modificado en la contradicción de tesis citada anteriormente.

De acuerdo con la CT 293/2011, el carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana exige a los operadores jurídicos mexicanos lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe

considerarse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ello, los criterios de este tribunal internacional deben ser aplicados por todos los órganos judiciales del país al resolver los casos de su conocimiento.

En ese sentido, la función de protección de los derechos fundamentales le está encomendada a todos los órganos judiciales del país. Las personas juzgadoras, tanto a nivel local como federal, deben controlar la validez de las normas y actos de las autoridades, tomando como parámetro las

determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.

Este criterio ha sido reiterado en múltiples ocasiones. Véanse CT 21/2011, AI 32/2012, CT 467/2012, ADR 1312/2014, ADR 1250/2012, Varios 1396/2011, AR 377/2014, ADR 3579/2014, AR 439/2015, AD 35/2012, AD 67/2012, AD 68/2012, AD 55/2012, ADR 3434/2013, ADR 4459/2013, ADR 6065/2014, ADR 583/2015, ADR 5239/2015, ADR 5946/2015, CT 377/2019, ADR 772/2012, AR 41/2013, ADR 2517/2013, ADR 2298/2014, ADR 5005/2014, ADR 2871/2015, AR 1238/2015, AI 50/2016 y sus acumuladas 51/2016, 52/2016, 53/2016 y 54/2016, AR 296/2016, AR 267/2016, ADR 554/2016, AI 78/2017 y su acumulada 79/2017, ADR 7516/2017, AR 619/2017, ADR 4749/2017, AR 892/2017, AR 623/2017, AI 22/2016, AR 953/2018 y AR 529/2019.

Como ya fue señalado, de acuerdo con la Suprema Corte únicamente deben considerarse vinculantes los criterios interpretativos contenidos en las resoluciones dictadas por la Corte Interamericana en los asuntos de naturaleza contenciosa. Es decir, las resoluciones que dicte esta Corte en otros procedimientos no resultan vinculantes para los operadores jurídicos del país. Sin embargo, en la práctica no resulta extraño que en las sentencias de la Suprema Corte se adopten los estándares establecidos por la Corte Interamericana en asuntos que no son de naturaleza contenciosa. A manera de ejemplo véase AR 1317/2017, 17 de octubre de 2018. En este asunto se incorporan estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la reasignación sexo genérica de las personas trans.

Respecto al valor jurídico de las opiniones consultivas, en un primer momento la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que sus opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa (Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte -artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-. Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 51). Más adelante, la Corte estableció que, de acuerdo con el derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho instrumento obliga a todos sus órganos. Por tal razón, la Corte estimó necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, esto es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos (Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 31).

normas de derechos humanos de fuente nacional e internacional, así como la interpretación que de esas normas han establecido los órganos del Poder Judicial de la Federación competentes para dictar criterios obligatorios y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Suprema Corte ha establecido algunas pautas para que las autoridades judiciales realicen control de convencionalidad. Sin embargo, como se advierte al revisar los criterios de la Corte sobre este tema, los desarrollos jurisprudenciales en materia de control de convencionalidad se encuentran todavía en construcción.⁹⁶

Bibliografía

Fuentes bibliográficas

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002.

Alonso García, Enrique, "La jurisprudencia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1988.

Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., "Preliminar", en *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC/BOE, Madrid, 2005.

Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra, "Introducción", en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro

⁹⁶ Estos criterios se encuentran sistematizados en el Cuaderno de Jurisprudencia sobre Control de Convencionalidad. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/control-de-convencionalidad>.

de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

Brage Camazano, Joaquín (), *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, UNAM/IIJ, México. 2005

Bustamante, Thomas, *Teoría del precedente judicial. La justificación de la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Lima, Ediciones legales, 2016.

Camarena González, Rodrigo, "La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

Camarena González, Rodrigo, "La ratio decidendi a través de ojos mexicanos", *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, núm. 16, enero-diciembre, 2022.

Carbonell, Miguel, "Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 87, 1996.

Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, 3ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2013.

Carpio Marcos, Edgar y Grández Castro, Pedro P. (coords.), *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007.

Cruz Villalón, Pedro, "Sobre el amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994.

Decreto de creación del Semanario Judicial de la Federación, Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, citado en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Semanario Judicial de la Federación y sus Épocas. Manual para su consulta*, SCJN, México, 2008.

Díez-Picazo, Luis, "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994.

Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM/IIJ, 2004.

Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*, Madrid, Civitas, 2002.

Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Ferreres Comella, Víctor, "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", *Manuscrito inédito (proporcionado por el autor)*, 2008.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.

Gascón, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.

Gascón, Marina, "Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo", en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Estudios

Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

González Carvallo, Diana Beatriz, "El autoprecedente en la jurisprudencia de tribunales de cierre: el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México", en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico", en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995.

Laporta, Francisco J., y Ruiz Miguel, Alfonso, "Precedent in Spain", en Neil MacCormick y Robert Summers (coords.), 1997.

López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2007.

MacCormick, Neil, "Why Cases have *Rationes* and what this are", en Laurence Goldstein (ed.), *Precedent in law*, Oxford, Clarendon, 1991.

MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw Hill, Madrid, 2001.

Magaloni Kerpel, Ana Laura, "La agenda pendiente de la justicia constitucional mexicana", en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM/IIJ, 2002.

Magaloni Kerpel, Ana Laura, "¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador*, México, UNAM/IIJ/IMDPC/Marcial Pons, 2008.

Martínez Verástegui, Alejandra, "El cambio del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

Ovalle Favela, José, "Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia", en Adama Goddard, Jorge (coord.), *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, 2005.

Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1988.

Saavedra Herrera, Camilo Emiliano, "El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente judicial en México", en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *El precedente*

en la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

Sartor, Giovanni, "Il precedente giudiziale", *Contratto e impresa*, núm. 11, 1996.

Silva-Herzog Márquez, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Planeta/Joaquín Mortiz, 1999.

Taruffo, Michele, "Institutional Factors Influencing Precedents", en Neil MacCormick y Robert Summers (coords.), 1997.

Taruffo, Michele y Torre, Massimo La, "Precedent in Italy", en Neil MacCormick y Robert Summers (coords.), 1997.

Zertuche García, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, México, Porrúa, 1990.

Fuentes electrónicas

Centro de Estudios Constitucionales, SCJN, Cuadernos de Jurisprudencia núm. 10. Control de convencionalidad. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/control-de-convencionalidad>.

Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5613325&fecha=11/03/2021#gsc.tab=0.

Decreto por el que se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación; se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones

de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 Constitucional; de la Ley Federal de Defensoría Pública; de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del Código Federal de Procedimientos Civiles. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5620467&fecha=07/06/2021#gsc.tab=0

SCJN, Comparativa. Reforma judicial. Disponible en: https://www.reforma.judicial.gob.mx/pdf/documentos/comparativa_reforma_judicial.pdf

SCJN-CJF, Documentos. Disponible en: <https://www.reformajudicial.gob.mx/secciones/documentos/>

Normatividad nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2013.

Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, 1996.

Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1995.

Resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Acción de Inconstitucionalidad 22/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 26 de marzo de 2019.

Acción de Inconstitucionalidad 32/2012, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, 16 de enero de 2014.

Acción de Inconstitucionalidad 50/2016 y sus acumuladas 51/2016, 52/2016, 53/2016 y 54/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 25 de agosto de 2016.

Acción de Inconstitucionalidad 78/2017 y su acumulada 79/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 28 de septiembre de 2017.

Acuerdo General número 17/2019 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación en el Semanario Judicial de la Federación y en su Gaceta, de las tesis que emiten la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito, de 28 de noviembre de 2019.

Acuerdo número 5/2003 del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 25 de marzo de 2003.

Amparo Directo 35/2012, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández, 29 de mayo de 2013.

Amparo Directo 55/2012, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 12 de junio de 2013.

Amparo Directo 67/2012, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 05 de junio de 2013.

Amparo Directo 68/2012, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, 05 de junio de 2013.

Amparo Directo en Revisión 1250/2012, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 14 de abril de 2015.

Amparo Directo en Revisión 1312/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 27 de enero de 2015.

Amparo Directo en Revisión 2298/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 30 de octubre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 2517/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 16 de octubre de 2013.

Amparo Directo en Revisión 2871/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 03 de febrero de 2016.

Amparo Directo en Revisión 3434/2013, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 22 de enero de 2014.

Amparo Directo en Revisión 3579/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero, 14 de octubre de 2015.

Amparo Directo en Revisión 4459/2013, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 15 de octubre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 4749/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 07 de febrero de 2018.

Amparo Directo en Revisión 5005/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 20 de mayo de 2015.

Amparo Directo en Revisión 5239/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 03 de febrero de 2016.

Amparo Directo en Revisión 554/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 15 de febrero de 2017.

Amparo Directo en Revisión 583/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 09 de septiembre de 2015.

Amparo Directo en Revisión 5946/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 03 de febrero de 2016.

Amparo Directo en Revisión 6065/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 05 de agosto de 2015.

Amparo Directo en Revisión 7516/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 02 de mayo de 2018.

Amparo Directo en Revisión 772/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 04 de julio de 2012.

Amparo en Revisión 1238/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, 29 de junio de 2016.

Amparo en Revisión 1317/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 17 de octubre de 2018.

Amparo en Revisión 1359/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 15 de noviembre de 2017.

Amparo en Revisión 197/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 03 de junio de 2015.

Amparo en Revisión 267/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 30 de noviembre de 2016.

Amparo en Revisión 296/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 19 de octubre de 2016.

Amparo en Revisión 377/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 24 de mayo de 2017.

Amparo en Revisión 41/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 15 de mayo de 2013.

Amparo en Revisión 439/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Juan N. Silva Meza, 28 de octubre de 2015.

Amparo en Revisión 529/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 23 de octubre de 2019.

Amparo en Revisión 619/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Eduardo Medina Mora I., 29 de noviembre de 2017.

Amparo en Revisión 623/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 13 de junio de 2018.

Amparo en Revisión 892/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 07 de febrero de 2018.

Amparo en Revisión 953/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 12 de junio de 2019.

Contradicción de Tesis 21/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 09 de septiembre de 2013.

Contradicción de Tesis 293/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 03 de septiembre de 2013.

Contradicción de Tesis 377/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Yasmín Esquivel Mossa, 21 de noviembre de 2019.

Contradicción de Tesis 467/2012, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, 02 de junio de 2014.

Declaratoria General de Inconstitucionalidad 1/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 28 de junio de 2021.

Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 14 de febrero de 2019.

Varios 1396/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 11 de mayo de 2015.

Tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Tesis [A.], *Semanario judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo CXIX, p. 2613. Reg. digital 296364. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/296364>

Tesis [A.], *Semanario judicial de la Federación*, Sexta Época, volumen XIII, quinta parte, p. 12. Reg. digital 277287. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/277287>

Tesis [A.]: P. LXVI/2009, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 7. Reg. digital 165822. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165822>

Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte —art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos—. Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

El precedente constitucional vinculante: reflexiones a partir del caso peruano

Roger Rodríguez Santander*

* Doctor Cum Laude en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO: A. Introducción; B. Definición de precedente constitucional vinculante y su posición en el sistema de fuentes; C. Diferencia con el concepto de jurisprudencia constitucional vinculante; D. Entre lo anglosajón y lo continental; E. Razón y precedente. Voluntad y ley; F. Precedente, derecho fundamental a la igualdad y argumentación racional; G. ¿Precedente en el proceso de inconstitucionalidad?; H. Las tesis enemigas del precedente. El caso de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones; I. Reflexiones finales.

A. Introducción

Estamos en tiempos de "constitucionalismo" o de "Estados Constitucionales", suele afirmarse. Ciertamente, el concepto no es unívoco,¹ sin embargo, generalmente, con él suele aludirse a Estados que comparten los siguientes tres rasgos esenciales: a) reconocen en el ámbito constitucional un catálogo de derechos fundamentales que actúa como parámetro de validez de los actos (normativos o no) de los poderes públicos; b) cuentan con constituciones rígidas, es decir, constituciones cuyo procedimiento de reforma es más complejo que el de reforma legislativa, y c) tienen un control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y los actos del poder. De estos tres rasgos, podría afirmarse, que el último es decisivo. En efecto, si algo caracteriza a los Estados constitucionales es el protagonismo de la

¹ Las distintas acepciones con las que se suele identificar a los Estados Constitucionales han sido presentadas por Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 15-17.

jurisdicción, desplazando aquel que en su momento correspondiese al legislador.

Este protagonismo judicial no parece ser consecuencia de una mera recomposición accidental en el juego de los poderes, sino de la reformulación misma del concepto de derecho que trae consigo el reconocimiento de la juridicidad y la consiguiente fuerza vinculante de las constituciones y de los derechos fundamentales por ella reconocidos. La relación simbiótica entre la juridicidad constitucional —consolidada en los países de tradición romano-germánica sólo después de la Segunda Guerra Mundial—, y la jurisdicción constitucional, fue resumida hace poco más de 50 años por Werner Kāgi, mediante una frase particularmente elocuente: "dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré qué concepto de Constitución tienes".² Y dada la reconocida irradiación de las disposiciones constitucionales iusfundamentales hacia todo el ordenamiento jurídico, hoy por hoy, la frase bien podría ser reformulada del siguiente modo: "dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré qué concepto de Derecho tienes". Y es que, siguiendo lo expuesto por Zagrebelsky, el Estado Constitucional no sería una simple continuación o nueva etapa del Estado de Derecho, sino representativo de una "transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del [D]erecho".³

Empero, si con el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales se puede ganar mucho en justicia a partir de la vinculatoriedad de las pretensiones éticas que se encuentran en su fundamento y que antes sólo tenían protagonismo en el ámbito del derecho natural, también se puede perder mucho en predictibilidad y seguridad como factores o rasgos inherentes a la institucionalidad derecho. En efecto, si bien no es una teoría pacífica, lo cierto es que actualmente la balanza parece inclinarse claramente en el sentido de reconocer que los derechos fundamentales, son, por antonomasia, conceptos jurídicos indeterminados, susceptibles

² Cfr. Kāgi, W., *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945, p. 147.

³ Cfr. Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 6.a ed., 2005, pp. 33-34.

de vencer o ser derrotados, dependiendo del peso o contrapeso que la justicia del caso judicial imponga.⁴ Los derechos fundamentales parecen generar que la derrotabilidad sea una propiedad de las normas jurídicas.⁵ Dicho más claramente, la proyección de los derechos fundamentales en las normas jurídicas del ordenamiento parece permitir que, a la luz de determinados casos concretos (no susceptibles de ser visionados con antelación), cualquiera de ellas pueda resultar derrotada o desplazada, impidiendo que se desencadene la consecuencia jurídica prevista en su supuesto normativo, incluso en aquellos casos en los que un análisis meramente subsuntivo o lógico así pudiera indicarlo.

De este modo, tanto la indeterminación y la derrotabilidad de las normas jurídicas, como el pragmatismo jurídico que caracterizan a los Estados Constitucionales, hacen imperativo que en los países del *civil law* la concepción de las normas ya no solamente sea analizada en clave abstracta o legislativa, sino concreta y jurisdiccional. De ahí que la creación jurisdiccional del Derecho, en general, y el instituto del precedente constitucional, en particular, merezcan un estudio más profundo, y la previsión del precedente constitucional vinculante en el ordenamiento peruano es una buena oportunidad para ello.

En este artículo, de la mano del análisis de determinadas características que presenta la regulación del precedente constitucional vinculante en el ordenamiento jurídico peruano, se analizarán las dificultades que atraviesa la implementación de este instituto en los sistemas que pertenecen a la tradición romano-germánica. Se trata de dificultades que tienen origen en su modo histórico de concebir, interpretar y articular el Derecho. Se verá que de la superación de tales dificultades depende la plena vigencia

⁴ Sobre el particular, es singularmente interesante el debate existente a propósito de la derrotabilidad del Derecho entre Juan Carlos Bayón y Jorge Rodríguez (Cfr. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003).

⁵ Cfr. Rodríguez, R., *Razonamiento jurídico y Estado Constitucional. Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica*, Palestra, Lima, 2022, p. 197 y ss.

del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico, del principio de seguridad jurídica y del criterio de universalización inherente a la argumentación racional, todos ellos, bienes a los que la mayoría de las constituciones contemporáneas occidentales dispensan debida protección y que encuentran en el precedente constitucional vinculante una de sus principales vías de concretización.

B. Definición de precedente constitucional vinculante y su posición en el sistema de fuentes

Los ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica están influidos por un modo particular de entender el Derecho. Un particular modo que es muy difícil que vaya a cambiar completamente algún día. Basta observar cómo, por ejemplo, en el caso peruano, los esfuerzos por incorporar el instituto del precedente han pasado, necesariamente, por regularlo en el ámbito legislativo, algo innecesario en un régimen anglosajón.

En efecto, el artículo VI del Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley N.º 31307) que entró en vigor el 24 de julio de 2021, en lo que ahora resulta pertinente, dispone lo siguiente:

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.⁶

Ante la imposibilidad de dobligar en su totalidad el poder de la historia, difícilmente el instituto del precedente puede pretenderse incorporar en

⁶ Aunque con ciertas modificaciones, este extracto del precepto, en esencia, reitera lo que establecía el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional de 2004, en la actualidad derogado.

los países de tradición continental al estilo anglosajón puro (si acaso puede calificarse de "puro" al precedente en el *common law*). Si algún éxito llega a tener su funcionamiento en tales escenarios, el resultado probablemente será una especie de híbrido, en el que encontrarán lugar parte de las bondades y defectos de las dos tradiciones, por lo que es probable que la clave se encuentre en buscar el justo equilibrio. Por ello se considera pertinente partir de una definición del instituto desde una perspectiva que sea más fácilmente digerible por el pensamiento continental, pero sin que suponga desnaturalizar su esencia.

Cuando Chamberlain debe ocuparse de una definición del precedente en el *common law*, refiere lo siguiente:

Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión; pero el grado de autoridad de dichos precedentes depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos o el juicio de subsiguientes tribunales sobre su corrección como una proposición acerca del derecho existente o real.⁷

Acaso sólo cabría agregar que los condicionantes en la obligatoriedad del precedente no son aplicables a los tribunales de rango inferior a aquel que lo emitió. Dicho de otra manera, un tribunal inferior siempre está vinculado por el precedente establecido por sus tribunales superiores,⁸ sin perjuicio de lo cual corresponde a aquél determinar la identidad sustancial entre los casos que es la que da lugar a la obligación de aplicar el precedente.

⁷ Citado por Iturralde, V., *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995, p. 31.

⁸ Cfr. Magaloni, A., *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, McGraw-Hill, Madrid, 2001, pp. 30-42, en concreto, pp. 32 y 38.

La definición es bastante ajustada, pero evidentemente ha sido expuesta en clave anglosajona, es decir, desde el caso concreto hacia el derecho objetivo. En el derecho de la familia del *civil law*, para efectos de que sea mejor comprendido, el asunto puede ser enfocado desde el derecho objetivo hacia el caso concreto, aunque el punto de llegada sea en puridad el mismo. De esta manera, y aunque el positivismo teórico lleva mucha responsabilidad en el modo artificial de analizar el derecho en la tradición europeo continental, cabe servirse de algunos de sus postulados con el único propósito de que la doctrina del precedente pueda ser mejor asumida por los operadores jurídicos.

I. El precedente como norma

En la frase "precedente constitucional vinculante", el sustantivo *precedente* hace alusión a una particular fase de la producción normativa, distinta y posterior a aquella correspondiente al momento de la "configuración dispositiva", entendida ésta como el acto de incorporación al ordenamiento jurídico de una disposición (constitucional, legislativa, reglamentaria...), es decir, de un texto o enunciado lingüístico, que sirve de factor principal (pero no único) a las subsecuentes fases de producción normativa.

Como se sabe, a partir de una teoría analítica del Derecho cabe distinguir entre *disposición* y *norma*. De conformidad con el parecer de uno de los pioneros en este postulado, la primera es una "fórmula lingüística textual emanada de acuerdo a los modos previstos por las reglas sobre la producción del derecho". La norma, en cambio, es la "regla de conducta expresada por la disposición y recabada por medio de la interpretación; es decir, representa la disposición interpretada".⁹ Desde esta perspectiva, un modo de definir la interpretación sería el de cauce para la producción de *normas derivadas*, en el sentido de que surgen de la necesidad de aplicación de un campo dispositivo específico, y no son comparables con la

⁹ Cfr. Crisafulli, V., "Disposizione (e norme)", en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1964, vol. XIII, pp. 195 y ss.

capacidad creadora disposicional *ex novo* que tiene el legislador, en el sentido de que las disposiciones por él creadas no surgen necesariamente de la interpretación concreta de parte del ordenamiento, sino de su simple voluntad inspirada en la oportunidad política y en la conveniencia de dar solución a determinados problemas sociales presentes o potenciales.¹⁰ Dicho de otra forma, a diferencia del razonamiento judicial que se ocupa del análisis de hechos pasados, en el campo del legislador usualmente existe la obligación de efectuar una prognosis sobre la situación futura que buscará aliviarse con la obligación, la prohibición o la permisión contenida en la futura ley; prognosis que, desde luego, no sólo nace en la abstracción, sino que se proyectará en un ordenamiento también abstracto.¹¹

Cierto es que la validez de la creación legislativa se encuentra sujeta a su conformidad con el texto constitucional, pero existe una manifiesta diferencia entre crear normas a partir de la directa e inexcusable interpretación del ordenamiento jurídico, que es lo que necesariamente hace un juez, y crear normas que resulten conformes con el ordenamiento jurídico, que es lo que le basta hacer al legislador para que su actividad normativa pueda ser tomada como válida. Asimismo, a diferencia del legislador, el juez se encuentra en una situación de pasividad procesal, lo cual genera que la norma derivada de la causa guarde una necesaria conexión con los hechos del caso y los planteamientos que, a propósito de ellos, hayan sido alegados por las partes.¹² Aunque se trate de una judicatura sumamente activista, lo cierto es que la norma contenida en la sentencia no

¹⁰ Es cierto, sin embargo, que existen determinadas leyes que únicamente tienen por propósito concretizar, vía interpretación, algún mandato constitucional. Es el caso, por ejemplo, de las conocidas, aunque no pacíficamente denominadas leyes de interpretación auténtica de la Constitución (sobre este tipo particular de leyes puede revisarse Carpio, Edgar, "¿Interpretación auténtica de la Constitución?", *Revista Bibliotecal del Colegio de Abogados de Lima*, año 1, núm. 1, 2000, p. 257 y ss.; también es interesante la perspectiva expuesta por Néstor Pedro Sagüés en su artículo "El Congreso versus el Tribunal Constitucional. La interpretación final de la Constitución", *Foro Constitucional Iberoamericano*, núm. 1, 2003), y también el de las leyes que tienen por objeto específico el desarrollo del contenido constitucionalmente protegido de determinados derechos fundamentales.

¹¹ Por ello Geiger ha referido que "este rasgo de la prospectividad es la especial modalidad funcional propia de la ley que falta en la norma creada por el juez" (*Cfr.* Geiger, T., *Estudios de Sociología del Derecho México*, FCE, 1984, p. 178).

¹² *Cfr.* Cappelletti, M., *Giudice legislatore?*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 63 y ss.

podrá escapar del mundo fáctico que originó la causa. Debe tenerse en cuenta además que son los intereses y derechos subjetivos involucrados en el proceso, y no deseos o programas de actuación política los que sirven de base para la creación jurisdiccional del Derecho.¹³

Aguiló Regla resume las diferencias entre el ejercicio normativo del legislador y el del juez, recordando que en el caso del legislador es en instancia propia, no limitado al desarrollo puntual de la competencia, no vinculado a un deber de coherencia con el pasado, discrecional, y no vinculado por un deber de independencia; mientras que en el caso de juez la creación normativa se ejerce siempre a instancia de parte, se agota en el ejercicio de la competencia, está vinculada por un deber de coherencia con el pasado y debe realizarse acorde con el principio de independencia.¹⁴

Así pues, el órgano competente de llevar a cabo la fase de "configuración dispositiva" puede ser el Poder Constituyente o el poder de reforma constitucional, cuando se trata de la Constitución; el Parlamento, el Ejecutivo (vía decretos legislativos o decretos de urgencia) o los órganos regionales y locales (vía ordenanzas regionales y municipales, respectivamente), cuando se trata de disposiciones con rango de ley, y los órganos administrativos con capacidad reglamentaria, cuando se trata de disposiciones reglamentarias. Pero, como se decía, la producción normativa no se agota con la "configuración dispositiva", pues con posterioridad a ella el órgano de aplicación debe asignar un significado a la disposición, adscribiéndole una "norma" que será finalmente la que resuelva el caso. Dicho de otra manera, el procedimiento de producción normativa sólo queda agotado cuando, vía interpretación o integración, se adscribe al ordenamiento dispositivo la norma (en principio, individual) que será aplicada en el caso y no antes.¹⁵

¹³ Cfr. Prieto, L., *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá, 2005, p. 228 y ss.

¹⁴ Cfr. Aguiló, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 121-123.

¹⁵ Sobre el concepto de normas adscritas, cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 48-73; Bernal Pulido, C., *El principio de*

De esta manera, tal como señalara Hans Kelsen,

la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la erección de la Constitución, y que, pasando por la legislación y la costumbre, lleva a la sentencia judicial y de ésta, a la ejecución de la sanción. Este proceso, en el cual el derecho se autorreproduce permanentemente, va de lo general (o abstracto) a lo individual (o concreto). Se trata de un proceso de una individualización o concretización en incremento ininterrumpido.¹⁶

De este modo, cuando se habla de precedente, se alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación o integración del ordenamiento dispositivo, crea el juez para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo. Deberá servir para resolver el futuro caso análogo si se trata de un precedente vinculante, y sólo podrá servir para ello si se trata de un precedente persuasivo.

Dicha norma puede surgir tan sólo de la interpretación o integración directa de las disposiciones pertinentes en la resolución de la causa, con una relativa prescindencia de las características fácticas del caso. En otras ocasiones, surge de su interpretación en clara, directa e imprescindible vinculación con los hechos de la causa. En todo caso, es usual que los factores de los que surge la regla sean más dispositivos que fácticos o viceversa, es sólo una cuestión de grados.

Es probable que a estos distintos grados aluda Michele Taruffo cuando describe las distintas manifestaciones que puede tener la *ratio decidendi* o *holding*, término con el que suele definirse la parte de la sentencia que encierra al precedente:

proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 75-84; Borowski, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 26-30. También, STC 1417-2005-PA, FE. JJ., pp. 23-27.

¹⁶ Cfr. Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, 1982, p. 246.

Tal vez se trata del criterio usado para calificar los hechos relevantes de la controversia y para decidir sobre ellos, con una acentuación de la referencia a los hechos. Otras veces se entiende, al contrario, el principio jurídico usado como criterio para decidir, con una acentuación sobre la norma en vez del hecho. Otras veces se entiende el argumento jurídico empleado, para justificar la decisión relativa a la calificación de los hechos o la decisión relativa a la selección de la *regula iuris*, o ambas.¹⁷

Así pues, los órganos competentes para culminar la producción normativa (sobre todo en los países de *civil law*, en los que el Derecho se construye desde la abstracción y generalidad dispositiva hacia la realidad), son los órganos jurisdiccionales. Lo que no entendieron los revolucionarios franceses al pretender negar a la jurisdicción toda participación en la creación jurídica es que si la configuración de las disposiciones y su aplicación se separan en órganos distintos, necesariamente ocurrirá lo propio con la producción normativa, puesto que todo acto de aplicación implica dotar de significado a las disposiciones, y esa dosis de interpretación o integración es, inevitablemente, una fase de la creación del Derecho que corresponde al juez.

II. Precedente y contenido constitucional

El adjetivo "constitucional" alude a que la regla jurídica considerada precedente surge de la interpretación de disposiciones constitucionales, de disposiciones infra constitucionales interpretadas de conformidad con aquéllas, y de la evaluación de la validez o invalidez de actos u omisiones a la luz de la Constitución. Es decir, para que exista un precedente constitucional es preciso que las disposiciones constitucionales hayan participado, de forma exclusiva o no, en la creación jurisdiccional de la norma.

¹⁷ Cfr. Taruffo, Michele, "Dimensiones del precedente judicial", en *Cinco lecciones mexicanas. Memoria del Taller de Derecho Procesal*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de Federación/Escuela Judicial Electoral, México, 2003, p. 199.

Como se sabe, el propósito de los procesos constitucionales de tutela de derechos es analizar la validez o invalidez constitucional de un acto u omisión acusada de haber afectado el contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental. Al analizar la validez o invalidez constitucional de hechos o actos, la norma (precedente) puede emanar tan sólo de la interpretación directa de las disposiciones constitucionales que sirven de parámetro para determinar dicha validez o invalidez (disposiciones iusfundamentales) y de su interpretación en relación directa con los hechos del caso.

Debe tenerse en cuenta que los precedentes constitucionales no sólo pueden ser surgir de los denominados procesos constitucionales, sino también de procesos ordinarios en los que la interpretación de la Constitución haya sido determinante en la creación de la norma que sirvió para resolver la causa.

III. El precedente como fuente de Derecho

Por su parte, el adjetivo "vinculante" hace referencia a la obligatoriedad jurídica con la que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros sustancialmente idénticos a aquel en el que fue establecida.¹⁸ La referencia al efecto vinculante de un dato normativo alude a la imposibilidad que tiene el operador jurídico al que se dirige de inaplicarlo en aquellos casos en los que se tiene verificado el supuesto que desencadena su consecuencia jurídica.

La noción de lo vinculante guarda relación con el concepto de fuente de Derecho, cuyo significado no es nada pacífico. Norberto Bobbio dirá, por ejemplo, que cuando se habla de fuente de Derecho se alude a "aquellos

¹⁸ Ya Kelsen advertía que determinados tribunales (sobre todo, los de última instancia) no se limitaban a crear normas particulares o individuales, sino también normas generales, en aquellos supuestos en los que la *ratio iuris* establecida en la sentencia debía ser observada en futuros casos análogos. Señalaba el autor austriaco que en estos casos se producía una "descentralización de la función legislativa" (Cfr. Kelsen, H., *op. cit.*, p. 259).

hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas".¹⁹ En esta definición el filósofo italiano parece identificar el concepto de "fuente" con el órgano o el hecho productor de la disposición, y el concepto de "Derecho" con las disposiciones, a las que denomina "normas jurídicas". Sin embargo, como se señaló, las disposiciones, a su vez, son fuente de creación de las normas (sentidos interpretativos atribuidos a las disposiciones), intermediando en ello un subsecuente órgano productor, a saber, el intérprete (el juez, para lo que aquí interesa). De hecho, es bastante común que los ordenamientos positivos identifiquen en cierto grado a las disposiciones con las fuentes de derecho (la ley, por ejemplo), agregando a ellas ciertos hechos (la costumbre, por ejemplo).²⁰ Asimismo, si a las normas que los tribunales de alta jerarquía adscriben a las disposiciones, el ordenamiento les reconoce un efecto vinculante (haciendo de ellas normas generales y no sólo particulares), serán fuente de Derecho para los casos futuros que presenten una identidad sustancial con aquel en el que la norma fue establecida.

Como bien señala Rafael de Asís,

cabría en la producción normativa diferenciar tres sentidos de fuentes. Uno se identificaría con los centros capaces de producir normas, otro con la expresión o el resultado de la actividad de esos centros y un último con la actividad tendente a determinar el significado del resultado. Todos estos sentidos deberán ser tenidos en cuenta a la hora de tratar el problema de la producción normativa.²¹

En el caso del precedente vinculante, los dos últimos sentidos atribuibles a las fuentes del Derecho encontrarían un punto de fusión, pues

¹⁹ Cfr. Bobbio, N., *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987, p. 158.

²⁰ Es el caso del artículo 1.1 del Código Civil español: "Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho".

²¹ Cfr. Asís, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 38.

aquél no sólo es resultado de atribuir determinado significado a las disposiciones involucradas en la resolución de la causa, sino que, a su vez, actúa como disposición para casos futuros, pudiendo ser, en consecuencia, objeto de interpretación por parte del juez posterior.

Así las cosas, se está ante un precedente vinculante cuando la norma creada en el ámbito jurisdiccional virtualmente se incorpora al ordenamiento jurídico, desplegando la fuerza general que a éste le es inherente y, consecuentemente, obligando a todo operador jurídico a aplicarla toda vez que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo. Aquí es cuando por caminos distintos llegamos a una característica básica del precedente en el *common law*, pues no sólo resulta que el precedente constitucional vinculante se constituye como una verdadera fuente de Derecho, sino que la identificación del cumplimiento del supuesto normativo que dará lugar a su aplicación, se produce cuando queda determinada la identidad esencial entre los factores relevantes del caso en el que fue establecido, y los del caso que se encuentra conociendo el juez posterior de menor jerarquía.

De esta forma, siendo el Tribunal Constitucional (TC) el supremo intérprete de la Constitución,²² aunque no le corresponda en exclusiva la facultad de dictar precedentes constitucionales, sí la de dictar precedentes constitucionales vinculantes.

²² En contra de lo que algunos consideran, la condición del TC peruano como supremo intérprete de la Constitución no emana en última *ratio* de lo previsto por el artículo 1 de su Ley Orgánica, pues éste no es sino una plasmación legal de una previsión que emana de la propia sistemática constitucional. "En efecto, si es a través de los procesos constitucionales (artículo 200) que se garantiza jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución, y es [el TC] el encargado de dirimir en última (en el caso de las resoluciones denegatorias expedidas en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) o única instancia (procesos de inconstitucionalidad y competencial) tales procesos (artículo 203), resulta que al interior del Poder Jurisdiccional —llamado a proteger en definitiva (artículos 138 y 200 a 204) la supremacía normativa de la Constitución (artículos 38, 45 y 51)— el Tribunal Constitucional es su órgano supremo de protección (artículo 201) y, por ende, su supremo intérprete. No el único, pero sí el supremo", STC 0030-2005-PI, FJ. 46.

Asimismo, teniendo en cuenta a) que la emisión de un precedente por parte del TC supone siempre una concretización interpretativa de la voluntad del Poder Constituyente plasmada en las disposiciones constitucionales, b) que en tanto intérprete supremo, el sentido que el TC atribuye a la Constitución en un precedente se proyecta de manera vinculante para todo poder público, incluyendo al Congreso de la República, y c) que, por el contrario, las leyes no vinculan al TC a menos que éste juzgue que son compatibles con la Constitución del Estado, resulta que en el sistema de fuentes del Derecho, el precedente constitucional vinculante se ubica por encima de la ley, pues en caso de conflicto, ésta resultará inválida por ser incompatible con una disposición constitucional, conforme al sentido que su supremo intérprete le ha atribuido.

De otra parte, cabe también preguntarse si existe o no alguna diferencia entre los conceptos de precedente constitucional vinculante y de jurisprudencia constitucional vinculante. De ello nos ocupamos a continuación.

C. Diferencia con el concepto de jurisprudencia constitucional vinculante

Cuando en la tradición del *civil law* se alude a la jurisprudencia de los tribunales de la más alta jerarquía (la Corte Suprema o el TC), no se la relaciona con la capacidad de incorporar normas en el Derecho positivo (en el sentido piramidal kelseniano), sino a algo bastante más débil y más complejamente configurable. Ignacio de Otto decía que la jurisprudencia (con excepción de aquella que emana de las sentencias del TC en los procesos de inconstitucionalidad) "es lo que se ha llamado 'fuente productiva de normas interpretativas', metafuente que no puede incardinarse en la jerarquía normativa y que viene a dar a todas las normas que integran el ordenamiento jurídico la concreta configuración con la que operan en la práctica".²³ Es decir, a pesar de que se acepta que los tribunales plasman en sus sentencias normas que con anterioridad al

²³ Cfr. De Otto, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 46.

proceso interpretativo o integrativo resultaban inexistentes, no se acepta sin más que ellas puedan ser consideradas como pertenecientes al Derecho vigente, por el sencillo motivo de que su eventual incorporación a éste se produce "no por el hecho de que un tribunal haya tomado la decisión de utilizar un determinado criterio, sino por la reiteración de decisiones que recurren a ese mismo criterio. Por ello, dentro de la tradición continental es común recurrir a la expresión 'línea [o doctrina] jurisprudencial' en lugar de la de 'precedente'".²⁴

En tal sentido, la idea de jurisprudencia constitucional vinculante no hace alusión a una norma de efecto vinculante general capaz de incorporarse al ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de un acto jurídico específico, a saber, el dictado de una sentencia por parte del TC, sino a una repetición de criterios normativos contenidos en sus sentencias, y que por transmitir el claro parecer del supremo intérprete de la Constitución sobre un concreto asunto de relevancia constitucional, debe ser observado por todos los jueces y tribunales de la República.

Cabe sostener que es a la jurisprudencia constitucional vinculante a la que hacen alusión el artículo VII del Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPCo.) y la Primera Disposición Final de la Ley N.º 28301 —Orgánica del TC—, cuando disponen que los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC.

Así, si bien la jurisprudencia constitucional vinculante emana de las sentencias del TC, su específico surgimiento no se encuentra bajo su control, pues ella es resultado de una secuencia de resoluciones en la que es verdaderamente difícil encontrar su punto concreto de configuración.²⁵

²⁴ Cfr. Aguiló, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, op. cit., p. 115.

²⁵ Sin embargo, en algunos ordenamientos dicho punto ha sido legislativamente identificado con un número específico de resoluciones. Así, por ejemplo, en Colombia, el artículo 4º de la Ley 169 de

Por ello se ha dicho con plena razón que "el requisito de la acumulación de sentencias parece (...) aproximar el modelo de la jurisprudencia al mundo de los hechos jurídicos más que al de los actos y, en consecuencia, al modelo de las fuentes-hecho [más] que al de las fuentes-acto".²⁶

La vinculación de los jueces y tribunales con la jurisprudencia constitucional del TC no deja de encontrarse relativizada por el hecho de que su inobservancia no suele ser identificada con una violación del Derecho vigente. Lo cual, desde luego, no obsta para que el apartamiento de la jurisprudencia constitucional vinculante pueda ser controlado por el propio TC, a través de los procesos constitucionales de tutela de derechos, pues, como veremos, la respuesta distinta de los poderes públicos en general (y no sólo de un mismo poder público en particular) a supuestos de hecho sustancialmente idénticos conlleva una violación del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Allí reside la razón por la cual en la tradición anglosajona el término jurisprudencia no se asocia a los tribunales, sino sólo el de precedente. En efecto, si en la tradición anglosajona no hay problema en reconocer que los tribunales de mayor rango crean Derecho con el sentido, autoridad y alcances con los que puede hacerlo el propio legislador, y en la terminología continental el concepto de jurisprudencia vinculado a la judicatura no alude claramente a la capacidad de crear Derecho en los términos recién descritos, entonces el concepto no fue asimilado por los ordenamientos anglosajones.

No obstante, podría considerarse que la connotación de la jurisprudencia constitucional vinculante con las características que se acaban de dar no dista demasiado de la noción de precedente en el Derecho anglosajón, pues, por ejemplo —podría decirse— tampoco basta una sola decisión

1896, considera que tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado que recogen un criterio uniforme sobre un asunto determinado, constituyen "doctrina legal probable".

²⁶ Cfr. Aguiló, J., *op. cit.* p. 117.

de la Corte Suprema de los Estados Unidos para que su criterio pase a constituirse como nuevo Derecho vigente, sino que es preciso que sea asumido como vinculante por el juez posterior, es decir, por el juez que se enfrenta a un caso de características similares a aquél en el que la Suprema Corte sentó el criterio.

Esa apreciación, sin embargo, no es correcta. Es cierto que en el sistema anglosajón (con las peculiaridades que diferencian el sistema inglés del estadounidense), los tribunales de mayor jerarquía no proyectan de forma expresa la norma que en el futuro deba ser considerada jurídicamente obligatoria, pero ello no se debe a que sus criterios no pasen a formar de inmediato parte del Derecho vigente, pues bajo la doctrina del *stare decisis* y del *judge-made law* es exactamente eso lo que ocurre. Sucede tan sólo que lo que se entiende por Derecho vigente en dicha tradición no puede en modo alguno ser identificado con lo que se entiende por tal en la tradición romano-germánica. Debe recordarse que el *common law* es fundamentalmente un Derecho práctico y no abstracto. De ahí que cuando se afirma que el juez posterior puede apartarse de la regla establecida por un tribunal superior, resolviendo su caso con una regla parcial o totalmente distinta a la establecida de manera previa, no se alude a la capacidad que tiene para oponerse al criterio de un tribunal de máxima instancia (lo que sería sinónimo de oponerse al Derecho), sino a la capacidad que tiene para valorar jurídica y fácticamente su caso en comparación con las características jurídicas y fácticas del caso anterior, de forma tal que sólo si juzga que hay una identidad sustancial se encontrará en la obligación de utilizar la misma regla *iuris*, mientras que si juzga lo contrario podrá apartarse de ella resolviendo el caso de modo distinto. Pero quede claro que no es porque el precedente no le vincule, sino, simplemente, porque, según ha valorado, no resulta aplicable a su caso. Esto ha dado lugar a que —sobre todo en el sistema estadounidense— se haya instituido la técnica jurisdiccional del *distinguish* a efectos de determinar cuándo resulta inaplicable (por provenir de un caso distinto) un precedente.

De esta forma, establecido un precedente, al juez inferior sólo le quedan tres posibilidades:

(1) aplicar (*apply*) la regla del precedente, ello cuando se trate de dos litigios verdaderamente similares; (2) seguir (*follow*) la regla del precedente, cuando a pesar de que existen diferencias relevantes entre los dos casos, a juicio del tribunal, éstas no justifican un trato jurídico distinto y, por tanto, extiende, a través del razonamiento analógico, la regla del precedente al nuevo supuesto; o bien (3) distinguir (*distinguish*) la regla del precedente, esto es, no aplicarla en el asunto que resuelve y crear una nueva regla, cuando a criterio del tribunal las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato jurídico distinto.²⁷

Una vez desarrollado el concepto de jurisprudencia constitucional vinculante, queda clara su diferencia con el de precedente constitucional vinculante. Mientras aquélla no tiene un momento específico de configuración, es difícilmente identificable con una norma perteneciente al Derecho objetivo y, en consecuencia, su efecto vinculante queda sensiblemente relativizado, lo que la sitúa entre las denominadas fuentes-hecho, el precedente constitucional vinculante nace en un momento específico, crea una norma que pasa a pertenecer de inmediato al Derecho objetivo y su efecto vinculante es pleno. Esto lleva a que el precedente constitucional peruano bien pueda ser incluido entre las fuentes de Derecho denominadas fuentes-acto, pues existe una relación directa entre el acto de dictar sentencia y el surgimiento de una norma incorporada al Derecho vigente.²⁸

Por lo demás, en lo esencial —aunque con algunas matizaciones—, parece ser ésta la posición del TC sobre la diferencia entre jurisprudencia y precedente constitucional vinculante. En efecto, en la STC 3741-2004-AA, asocia la jurisprudencia con lo previsto en el artículo VII del NCPCo. y

²⁷ Cfr. Magaloni, A., *op. cit.* p. 84

²⁸ Por lo demás, el hecho de que sea el propio TC el que expresamente determine la norma que deba ser considerada precedente, contribuye a su publicidad, agregándole este factor formal indispensable para adjudicarle la condición de norma jurídica. Por el contrario, ante la imposibilidad de ser identificada con un criterio claro expuesto en una sentencia concreta, la jurisprudencia constitucional tiene importantes dificultades desde el punto de vista de su publicidad.

en la Primera Disposición Final de la LOTC, y se refiere a ella como "la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del [D]erecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo",²⁹ y agrega que

si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto.³⁰

Así pues, el TC parece relacionar la jurisprudencia constitucional vinculante con los criterios uniformes que mantiene en distintas resoluciones sobre un mismo asunto de connotación constitucional, mientras que atribuye al precedente la condición de norma jurídica *stricto sensu* emanada de una específica sentencia.

D. Entre lo anglosajón y lo continental

Es probable que la principal diferencia entre el precedente constitucional previsto en el artículo VI del NCPCo. y el precedente del *common law* (además del hecho mismo de encontrarse regulado) sea que mientras en éste es al juez posterior a quien corresponde determinar la *ratio decidendi* que servirá de norma aplicable para los futuros casos análogos, en el caso peruano, la regla es determinada por el propio TC, pues conforme señala el referido artículo, a éste le corresponde precisar "el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente". Dicho de otra forma, mientras que en el *common law* el juez posterior tiene abierto un margen para determinar las consideraciones de Derecho

²⁹ Cfr. STC 3741-2004-AA, FJ. 42. Debiéndose en todo caso entender que esos "distintos ámbitos del Derecho" a los que se hace referencia son todos de relevancia constitucional.

³⁰ Cfr. STC 3741-2004-AA, FJ. 43.

y los hechos relevantes en la configuración del precedente, en el sistema peruano dicha determinación la realiza el propio TC.

De esta manera, se presenta una fusión entre la tradición anglosajona del precedente y determinada forma de concebir el Derecho en la tradición continental. Los signos anglosajones se observan, fundamentalmente, en la intención de dotar de fuerza vinculante plena a los precedentes constitucionales del tribunal de máxima jerarquía en la materia, asegurando su entendimiento como verdadera fuente creadora de Derecho. Mientras que los caracteres del *civil law* se evidencian en la regulación del instituto como una fuerza impositiva que se proyecta con la misma rigidez con la que lo hace el Derecho legislado.

¿Había alguna otra manera de tentar que la doctrina del precedente tenga una verdadera presencia en un país de tradición romano germánica? Con sinceridad, es una pregunta de difícil respuesta. Pero lo que sí parece claro es que ello no se iba a dar como consecuencia de un milagroso cambio en la concepción del Derecho por parte de sus jueces o legisladores. Por ello, es probable que el legislador haya acertado.³¹

E. Razón y precedente. Voluntad y ley

Por otro lado, la forma cómo está regulado el precedente puede dejar la sensación de que lo único que se ha logrado es que el juez pase a ser "la boca muda que pronuncia las palabras del precedente". Sin embargo,

³¹ Juan Monroy Gálvez lo plantea en estos términos: "debe ser el propio órgano supremo quien desarrolle y proponga la regla de derecho vinculante extraída del caso que ha resuelto. Ya habrá tiempos en los que esta facultad sea más elástica y permita una actuación más protagónica de los órganos inferiores a efectos de su identificación. Probablemente se pierda en riqueza y diversidad jurídica lo que con este planteamiento se gana en seguridad y afianzamiento de la técnica incorporada", ("Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el *civil law*", *Hechos de la justicia*, núm. 4, 2006, p. 33. Asimismo, el hecho de que sea el juez emisor y no el sucesivo el encargado de fijar razonablemente el contenido normativo vinculante de la decisión ha sido calificado por Luis José Diez Canseco como una "feliz adaptación del sistema romano al anglosajón", (Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una respuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial", *Revista de Economía y Derecho*, núm. 2, 2004, p. 19.

esta apreciación puede estar perdiendo de vista algunas consideraciones importantes. En primer lugar, un precedente no es una ley. Comparte su fuerza vinculante, pero no la realidad de la que emana. Por ello, el hecho de que se encuentre prefijado por el TC, no enerva la posibilidad de que los jueces evalúen razonablemente y comparen los elementos jurídicos y fácticos que fueron considerados relevantes por el TC y que se traslucen en el precedente establecido, con los que caracterizan su caso, de forma tal que identificado un componente significativo que los distinga, resuelvan su causa siguiendo una línea diferente. Ese análisis, que deja muchas puertas abiertas y que sólo es realizable a la luz del enjuiciamiento y la comparación de casos concretos, es impensable en el ámbito del contraste con la ley, que no se ha construido desde el análisis de casos específicos, sino que nace y se agota en la abstracción.

En segundo término, a pesar de que en los casos en los que los jueces y tribunales no encuentren modo de diferenciar su causa tienen la obligación de aplicar el precedente, se encuentran en plena facultad de dejar fijadas en la sentencia las razones de su discrepancia con la regla establecida. Este es un uso que más de una vez se ha presentado en el *common law* y que permite a los tribunales de la máxima jerarquía analizar el modo en que es recibido el criterio por el resto de la judicatura, llevándole, de ser el caso, a replantear su razonamiento. Sobre el particular, es probable, por ejemplo, que la sólida argumentación de diversos tribunales en torno al deber del Consejo Nacional de la Magistratura (hoy, Junta Nacional de Justicia) de motivar sus resoluciones en los procedimientos de ratificación de magistrados y fiscales, haya servido en algún grado (siquiera implícito) para que el TC modifique su posición en el asunto.³² Es preciso tener en cuenta que, aunque al TC corresponda en exclusiva la competencia para dictar precedentes constitucionales vinculantes, toda la judicatura tiene la competencia para brindar razones por las que ellos deban tener uno u otro sentido. En oposición, es evidente que el Poder

³² Cfr. STC 3361-2004-PA.

Judicial no tiene competencia para participar en la determinación de los contenidos legales.

Cabe agregar, en tercer lugar, que el precedente constitucional es resultado de la razón, mientras que la ley es resultado de la voluntad. Con ello no quiere afirmarse que todo precedente sea siempre razonable o que toda ley sea siempre consecuencia del simple voluntarismo. Se quiere decir tan sólo que en el ámbito de la decisión política prima el factor discrecional propio de quien actúa a instancia propia y que no tiene un deber de coherencia con el pasado. Mientras que, en el ámbito de la decisión jurisdiccional, no prevalece el factor discrecional, sino la razonabilidad de quien actúa a instancia de parte y que, partiendo de un deber de coherencia con el pasado, tiene que justificar una decisión y no sólo "mostrarla", sino "demostrarla" como jurídicamente correcta. Como bien apunta Aguiló, "el valor que se atribuye a las normas de origen jurisdiccional no proviene tanto del valor que se atribuye al órgano del que emanan, cuanto de que sean un producto de la 'elaboración racional del propio Derecho'".³³ En consecuencia, parte del éxito del precedente constitucional, depende de que el TC sepa demostrar que es resultado de una argumentación razonable.

F. Precedente, derecho fundamental a la igualdad y argumentación racional

El instituto del precedente se fundamenta en la idea de que los casos idénticos o sustancialmente idénticos merezcan una misma decisión por parte de los poderes públicos. De esta forma, se manifiesta como un instrumento de realización del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico, reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución.

³³ Aguiló, J., *op. cit.*, p. 121.

Se sabe, sin embargo, que no todo trato diferenciado es sinónimo de vulneración del referido derecho, pues en la evaluación de aquello que ingresa en su contenido constitucionalmente protegido juegan una diversidad de factores. Pero la idea es que determinado ese núcleo de identidad, la consecuencia generada en la esfera subjetiva de los individuos en ella incardinados, debe ser la misma. Con ello, a su vez, se consolida el principio de seguridad jurídica, implícitamente reconocido por la norma fundamental.³⁴

La coherencia con la que suele identificarse a todo sistema jurídico no puede ser considerada agotada en su visión abstracta. Dicha coherencia sólo tiene verdadero significado cuando se revela en la realidad concreta a través del respeto del derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento. Se trata de una coherencia sustentada en la razonabilidad, como antítesis de la arbitrariedad. El presente y el futuro sólo tienen sentido para los derechos fundamentales cuando se realizan en consonancia con el pasado. No porque los derechos reclamen la petrificación del Derecho, sino porque exigen que todo cambio esté justificado,³⁵ lográndose el equilibrio entre la seguridad y la justicia.

En tal sentido,

cualquier ordenamiento jurídico, por el hecho de ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, debe expresar una coherencia intrínseca; es decir, debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios. En caso contrario se ocasionaría una suerte de "guerra civil" en el [D]erecho vigente, paso previo a la anarquía en la vida social.³⁶

³⁴ Cfr. STC 0016-2002-AI, FEJJ. 2 - 4.

³⁵ Tal como ha reseñado el TC español, lo que prohíbe el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico es el "cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a sostener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continua con posterioridad" (Cfr. STC español 28/1993, FJ. 2).

³⁶ Cfr. Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil*, Gascón, Marina (trad.) (1995), Trotta, Madrid, 6.a ed., 2005, pp. 30-31.

Una primera manifestación de tal coherencia en lo que al respeto al precedente respecta, se traduce en el ámbito de los jueces y tribunales individualmente considerados, y queda expuesta en estos términos: "hay que interpretar y aplicar el Derecho conforme a criterios que, por considerarlos correctos, se estuviera dispuesto a utilizar en la resolución de todos los casos iguales que puedan presentarse en el futuro"³⁷ (criterio universalizador propio de la argumentación racional que da lugar al auto precedente).

Sin embargo, de conformidad con el parecer que prevalece en algunos sistemas, el respeto al derecho de igualdad que subyace en la técnica del precedente, queda agotado en lo antedicho, es decir, en el deber de un mismo juez o tribunal —salvo fundados, objetivos y razonables argumentos— de respetar los criterios sostenidos en el pasado en casos sustancialmente análogos al que se encuentran conociendo. Así, por ejemplo, y salvo algunas excepciones, para el TC español la afectación del derecho a la igualdad no es consecuencia de la simple confrontación de criterios dispares en la judicatura sobre supuestos sustancialmente idénticos, sino que para dar por viable el *tertium comparationis*, es preciso, entre otros requisitos, que la decisión pasada provenga del mismo juez o tribunal que ahora la contradice.³⁸ De esta manera, para analizar la afectación del derecho a la igualdad que supone el desconocimiento del precedente (y que la mayoría de las veces se analiza en correlato con la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, previsto en el artículo 24.1 de la Constitución española) el TC español no introduce el análisis de la relación de jerarquía entre el tribunal que estableció el criterio y aquel que se aparta del mismo, sino sólo el análisis de la coherencia argumentativa de cada tribunal en la sucesión de los casos esencialmente análogos que resuelve.

³⁷ Cfr. Gascón, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 98.

³⁸ Son abundantes las sentencias en las que el TC español se pronuncia en ese sentido, por ejemplo: 53/1982, FJ. 5; 188/1987, FJ. 4; 202/1991, FJ. 2; 353/1993, FJ. 5; 159/1996, FJ. 2; 75/2000, FJ. 2; 4/2001, FJ. 5.

El argumento pretende justificarse en el principio de independencia judicial, entendido, en este caso como la imposibilidad de que los criterios de órganos jurisdiccionales superiores sean capaces de vincular a los inferiores, quienes sólo deben desenvolverse bajo el imperio de la "configuración dispositiva", y no bajo la influencia de las posteriores fases de producción normativa.³⁹ En suma, se concibe que, de conformidad con el principio, el juez sólo puede encontrarse sometido a la Constitución y a las leyes, pero no al precedente.

Esta postura ha sido duramente criticada por parte de la doctrina española, que señala, por ejemplo, que

si el principio de igualdad en la interpretación de las normas establece que las diferencias jurídicas son posibles en cuanto están motivadas suficientemente, de ningún modo puede justificarse una interpretación contradictoria por el sólo hecho de tratarse de órganos judiciales diferentes; de este modo la progresiva individualización de la titularidad del órgano judicial establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contradice el principio de independencia judicial y su fundamento: la tutela del ordenamiento judicial mediante la univocidad en la interpretación de normas.⁴⁰

Se coincide plenamente con esta posición, pues no es de recibo entender que lo pretendido por el constituyente al reconocer el principio de

³⁹ Cfr. Requejo Pagés, J., "Juridicidad, precedente y jurisprudencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 10, núm. 29, 1990, pp. 230-231.

⁴⁰ Cfr. Zoco, C., *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 98. Un similar parecer se puede apreciar en Jaén Vallejo, M., "El principio de igualdad en la aplicación de la Ley por los órganos jurisdiccionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Revista Jurídica General*, núm. 2, 1987, p. 13; Suay Rincón, J., "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Estudios sobre la Constitución. Homenaje a Eduardo García de Enterría*, V. II, Civitas, Madrid, p. 1991, p. 875; Xiol Ríos, A., "El ordenamiento jurídico y la aplicación equitativa del Derecho a todos los ciudadanos mediante el principio de igualdad", en *Temas básicos del Derecho. Una visión actual*, V. I, Madrid, 1992, p. 451; Bilbao Ubillós, J. M. y Rey Martínez, F., "Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional", en Aragón Reyes, M. y Martínez-Simancas, J., *La Constitución y la práctica del Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 255.

independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (artículo 139 2 C) sea hacer de cada juez o tribunal una suerte de isla en el sistema, facultado para interpretar los derechos fundamentales de las personas sin más parangón que su propio criterio y la abstracción de las disposiciones jurídicas. El único resultado que ello desencadenaría (y que es prácticamente inevitable en sistemas que carecen de la doctrina del precedente) es la atomización de la respuesta de la jurisdicción en su deber de composición de los conflictos de intereses, traducida potencialmente en tantas interpretaciones del ordenamiento como jueces existen en el Estado. Con tal interpretación del principio de independencia, éste se convierte en el instrumento más eficaz para que la homogeneidad y coherencia abstracta del sistema, se convierta en heterogeneidad e incoherencia al momento de ser aplicado, mellando el núcleo básico del derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico. Literalmente, bajo dicha perspectiva, el sentido específico con el que el Derecho incidirá en la esfera subjetiva de cada persona se convierte en una cuestión de azar, pues es concretamente dependiente de cuál sea el juez que resuelva la causa.

Evidentemente, se trata de una comprensión del principio propia de una tradición en la que el precedente no tiene lugar entre las fuentes del Derecho, y en la que, en consecuencia, el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico se encuentra sensiblemente limitado.

No obstante, en un sistema como el peruano, en el que, conforme se ha argumentado, debe entenderse que los precedentes establecidos por el TC pasan a formar parte del ordenamiento jurídico, los jueces que conozcan casos materialmente idénticos no tienen posibilidad de desconocerlos sin violar el derecho fundamental a la igualdad. Ello, desde luego, no supone afectar el principio de independencia judicial, pues éste mantiene plena efectividad en la proscripción de permitir que los jueces puedan ser influenciados en sus decisiones jurisdiccionales por cualquier fuerza o voluntad ajena a aquellas que se plasman en la objetividad del ordenamiento (en el que debe entenderse incluido el precedente) y su criterio jurídico.

De esta manera, tal como ha recordado el TC,

cuando se establece que determinados criterios dictados por este Tribunal resultan vinculantes para todos los jueces, no se viola la independencia y autonomía del Poder Judicial, reconocidas en el artículo 139º, inciso 2, de la Constitución, sino que, simplemente, se consolida el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico (artículo 2, inciso 2); máxime, si es a partir del reconocimiento de su supremacía normativa que la Constitución busca asegurar la unidad y plena constitucionalidad del sistema jurídico y su consecuente aplicación (artículos 38, 45 y 51 de la Constitución). Debe recordarse que ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última *ratio* en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución).⁴¹

G. ¿Precedente en el proceso de inconstitucionalidad?

Las más claras relaciones que en el ámbito doctrinal se han establecido entre las sentencias del TC y el principio *stare decisis* de la tradición anglosajona han sido analizadas en el marco del proceso de inconstitucionalidad, es decir, aquel en el que son las leyes o normas con rango de ley y no los actos las que se encuentran sometidas a juicio.⁴² Tales relaciones han sido establecidas, fundamentalmente, por la posibilidad de que una sola sentencia pueda dar lugar a la creación de normas jurídicas vinculantes incorporadas de forma inmediata en el Derecho vigente y,

⁴¹ Cfr. STC 0030-2005-PI, FJ. 48.

⁴² Por sólo citar dos ejemplos pueden mencionarse los trabajos de Francisco Rubio Llorente, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 22, 1988, pp. 9-51, y de Luis López Guerra, "El Tribunal Constitucional y el principio 'stare decisis'", en: *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales/Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1981, pp. 1433-1455.

consecuentemente, por la similitud entre los efectos vinculantes que derivan de las sentencias de inconstitucionalidad y las *rationes decidendi* de las sentencias emitidas por los tribunales supremos de los países del *common law*.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en realidad tales efectos vinculantes, aunque comparables en su fuerza, dimanan de una raíz sumamente diferente. El efecto vinculante de un precedente en el *common law* deriva de la posición jerárquica del tribunal del que emana, y reposa en las características de su relación con lo jurídico, es decir, en su capacidad de crear Derecho objetivo a partir del análisis de las circunstancias fácticas del caso concreto que conoce. Aunque la regla a veces pueda incluso no tener una patente y directa relación con los hechos, la existencia de éstos como caso concreto es imprescindible para la configuración del precedente. Sin perjuicio de las particularidades analizadas, el artículo VI NCPCo. tiene como objetivo dar lugar a un precedente constitucional que en esencia guarde estas características.

Por su parte, la fuerza vinculante de la sentencia recaída en los procesos de inconstitucionalidad prescinde absolutamente de esta gama de consideraciones. La posibilidad de que en el proceso de inconstitucionalidad se forjen normas vinculantes no proviene de un modo de concebir la relación entre el juez y el Derecho, ni del análisis de hechos concretos que puedan dar lugar a una regla que los trascienda, sino de la estructura y naturaleza *sui generis* del propio proceso, de raigambre europeo continental y prácticamente sin parangón alguno en la tradición anglosajona.⁴³ El objeto del proceso de inconstitucionalidad es adscribir normas a

⁴³ Las notables diferencias que existen entre el control difuso de constitucionalidad de la ley en Estados Unidos y el control concentrado de la tradición continental han sido claramente descritas por Rubio Llorente. (*Ibidem*). Sin perjuicio de ello, es cierto que, por ejemplo, en Estados Unidos, en particular para la defensa de la libertad de expresión, se habilitan excepcionalmente ciertas fórmulas abstractas de control de constitucionalidad de normas, en el sentido de que el proceso instaurado se anticipa a cualquier aplicación (*cf.* Virgala, E., "Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 62, 2001, p. 77 y ss.).

las disposiciones constitucionales paramétricas y a las disposiciones legales sometidas a juicio, de forma tal que su análisis de compatibilidad dé lugar a: *a*) la invalidez de éstas cuando no existe modo de interpretarlas de conformidad con la Constitución, *b*) restringir su contenido normativo cuando se ha determinado la existencia de normas incompatibles con la Constitución (sentencias interpretativas propiamente dichas), o *c*) a mantener intacto dicho contenido normativo cuando se le reputa manifiestamente acorde con la norma fundamental.⁴⁴

Se trata de un proceso que, *prima facie*, se desenvuelve en el plano de la misma abstracción del ordenamiento jurídico y cuyo resultado, inevitablemente, sigue su suerte, pues se plasma en él manteniéndolo incólume o mutando su configuración a partir de la anulación de una de sus disposiciones o de la recomposición normativa de alguna de ellas. Por ello, la sentencia recaída en los procesos de inconstitucionalidad, y concretamente la de los fundamentos que determinan la suerte de la disposición sometida a juicio, se alimenta de la fuerza vinculante del propio ordenamiento jurídico. De ahí proviene su condición de fuente de Derecho y no de que comparta la naturaleza del instituto del precedente.

Ahora bien, en vista de que el objeto del proceso de inconstitucionalidad no se desenvuelve en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico, sino concretamente en el del análisis de la constitucionalidad de la ley, de que tanto la *ratio decidendi* como el fallo vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales frente a todos (artículo 81 del NCPCo.), y de que —como bien ha afirmado Rubio Llorente— "en el juicio sobre normas no cabe sostener seriamente que la interpretación de la norma superior [la Constitución], puede ser dissociado del que se hace sobre la norma enjuiciada [la ley]",⁴⁵ es propio que de las interpretaciones realizadas

⁴⁴ Adrede se ha prescindido de mencionar el complejo fenómeno interpretativo que tiene lugar en el caso de las denominadas sentencias interpretativas manipulativas (reductoras, aditivas o sustitutivas), pues desviaría del propósito de este artículo.

⁴⁵ Cfr. Rubio Llorente, F., *op. cit.*, p. 34.

en este proceso deriven "normas paraconstitucionales",⁴⁶ es decir, normas vinculantes que por derivar de la interpretación de disposiciones constitucionales, son jerárquicamente superiores a las leyes.⁴⁷

H. Las tesis enemigas del precedente. El caso de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones

Hay algunas tesis (todas ellas relacionadas) que conviene dejar de lado si se quiere que algún modelo de precedente pueda existir en los contextos de tradición romano-germánica. Tales tesis son las siguientes: a) la Constitución puede ser interpretada como una norma más del ordenamiento; b) el Parlamento es un poder superior al Poder Jurisdiccional; c) la jurisdicción no tiene ninguna participación importante en la creación del derecho, y c) el juez debe una fidelidad absoluta a la ley, por lo que en la medida de lo posible debe ser su autómatas aplicador, siendo la interpretación literal o gramatical la que debe erigirse como el factor axiomático sobre el que se construya toda consecuente línea resolutive.

La equívocidad de todas estas tesis se observó con singular nitidez en el debate a propósito de si las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) debían o no ser susceptibles de revisión por parte de la jurisdicción constitucional en aquellos supuestos en los que se las considere contrarias a los derechos fundamentales.

Para cierto sector, en el que se encontraba una mayoría parlamentaria y buena parte de la judicatura ordinaria, la interpretación textual de los artículos 142 y 181 de la Constitución⁴⁸ era la que debía prevalecer, de

⁴⁶ Término usado por Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho. Volumen II, Ordenamiento General del Estado y Ordenamientos Autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 51.

⁴⁷ En este sentido, cfr: López Guerra, L., *op. cit.*, p. 1439. También Pérez Royo, J., *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 7ma. reimpresión, 2001, pp. 52-55.

⁴⁸ Artículo 142 C: "No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral...".

forma tal que las referidas resoluciones debían reputarse irrevisables en todos los casos. En la orilla contraria se situaba un sector mayoritario de la doctrina y el TC, el cual había dejado establecido en uniforme jurisprudencia que una resolución del JNE que violase derechos fundamentales no podía quedar exenta de control constitucional, pues ello sería tanto como afirmar que éstos no resultaban vinculantes para el JNE.

Una las primeras sentencias en las que el TC buscó dejar claro el asunto fue la recaída en el expediente 2366-2001-PA:

aun cuando de los artículos 142 y 181 de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo.⁴⁹

Tras observar que el JNE y un buen sector de la judicatura insistía en una interpretación aislada y textual de los artículos constitucionales pertinentes en desmedro de los derechos fundamentales, en un caso posterior (STC 5854-2005-PA), el TC abundó en las razones por las que dicha tesis resultaba insostenible desde un punto de vista constitucional. Para

Artículo 181 C: "El Pleno del Jurado Nacional del Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales del derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno".

⁴⁹ Cfr. STC 2366-2001-PA, E.J. 4.

ello, ante todo, el TC recordó que la Constitución no podía ser interpretada como una norma más del ordenamiento, pues

la particular estructura normativa de sus disposiciones (...) exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional.⁵⁰

Así, siguiendo a Konrad Hesse,⁵¹ el constitucional destaca entre los principales criterios de interpretación constitucional, los de unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora y fuerza normativa de la Constitución.⁵² Asimismo, tras incidir en que la interpretación aislada de diversas disposiciones constitucionales, llevaría a resultados inconsecuentes con su postulado unitario orientado a la defensa de la dignidad del ser humano (artículo 1 C), el colegiado señala que la interpretación aislada y literal de los artículos 141 y 181 de la Constitución resulta inconstitucional por las siguientes razones:

1) Desconoce la limitación que el contenido de los derechos fundamentales representa para todos los poderes públicos, incluyendo, desde luego, al propio JNE.

En otras palabras, el "producto" resultante de realizar una interpretación aislada de los artículos 142 y 181 de la Constitución, viola los más elementales principios de interpretación constitucional (unidad de la Constitución y concordancia práctica), pues pretendiendo auspiciar la seguridad jurídica que debe informar a

⁵⁰ Cfr. STC 5854-2005-PA, FJ. 12.

⁵¹ Cfr. Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Cruz Villalón, Pedro (trad.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 45-47.

⁵² Cfr. STC 5854-2005-PA, FJ. 12.

todo proceso electoral, "sacrifica" los derechos fundamentales, ya que los despoja de toda garantía jurisdiccional de protección.⁵³

2) Se opone a la consideración de la Constitución como norma jurídica vinculante, desconociendo la función del TC en el control de constitucionalidad de actos y normas (artículos 201 y 202 C).

En efecto, dicha interpretación [aislada] confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al JNE (artículo 177 de la Constitución) con autarquía, pues pretende que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental. Lo que equivaldría a sostener que para el JNE, tales principios y derechos no resultan vinculantes.⁵⁴

3) Es contraria a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte, tal como lo exigen la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo VIII del Título Preliminar del NCPC. Para sustentar ello el TC ingresa en el análisis de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de diversas sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana, y de informes y recomendaciones dictadas por la Comisión Interamericana.⁵⁵ Entre los argumentos destaca particularmente la cita de la sentencia recaída en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, en el que la Corte Interamericana había establecido lo siguiente:

⁵³ Cfr. STC 5854-2005-PA, FJ. 18.

⁵⁴ Cfr. STC 5854-2005-PA, FJ. 19.

⁵⁵ Cfr. STC 5854-2005-PA, FFJJ. 25 - 33.

Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.

Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Este control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral.

Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana (...).⁵⁶

La amplia gama de razones que llevaban al TC a considerar revisables las resoluciones del JNE que se consideraran contrarias a los derechos humanos le llevó a recurrir al artículo VI NCPCo, y sentar un precedente vinculante, conforme al cual

⁵⁶ Cfr. Caso Yatama vs. Nicaragua, Etapa de fondo, sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 174-176.

toda interpretación de los artículos 142 y 181 de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, toda vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente.⁵⁷

A pesar de ello, poco tiempo después, el 8 de diciembre de 2005, se publicó la Ley N.º 28642, modificatoria del artículo 58 del derogado CPCo, cuyo texto quedaba redactado de la siguiente manera: "No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) Se cuestionen las resoluciones del JNE en materias electorales, de referéndum, o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Resoluciones en contrario de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno (...)".

De esta manera, el Congreso de la República dictaba un mandato legal abiertamente opuesto al criterio interpretativo de la Constitución establecido por el TC a manera de precedente vinculante. Por lo demás, la afirmación de que resoluciones de cualquier autoridad contrarias a esta Ley no surtirían efecto alguno —en tono sumamente similar a diversos decretos leyes expedidos durante la época fujimorista— era un evidente mensaje dirigido al Poder Jurisdiccional, haciéndole conocer la consideración de que el Parlamento se encuentra supuestamente en una posición jerárquicamente superior.

Se trataba de una preciosa oportunidad para conocer si el Poder Judicial se tomaba en serio la Constitución del Estado y los derechos fundamentales, o se continuaba considerando un poder nulo frente a los mandatos claros y expresos del legislador. Lamentablemente, pronto se conoció que esta segunda tesis se mantenía muy viva en el sentir de la judicatura.

⁵⁷ Cfr. STC 5854-2005-PA, E.J. 35 y punto 2 de su parte resolutive.

El 21 de febrero de 2006, la Sala Mixta Vacacional de Lambayeque declaró improcedente la demanda de amparo presentada por un ciudadano a quien el JNE había vacado en el cargo de alcalde de la Provincia de Chiclayo, por haber sido condenado a pena privativa de libertad. No sólo resultaba que la declaración de vacancia había tenido lugar cuando dicha sentencia no se encontraba firme, sino que ésta había sido expresamente declarada nula por la Corte Suprema de la República. A pesar de ello, la referida Sala Mixta se limitó a señalar que "en el nuevo contexto procesal generado por la Ley N.º 28642 (...) la demanda constitucional ha devenido —inevitablemente— inviable por expresa prohibición legal (...)".

Con posterioridad, mediante STC 2730-2006-PA, el TC declaró fundado el amparo y nula la resolución de vacancia. No obstante, y en un acto que ya revestía signos delictivos, los miembros del JNE se negaron a cumplir la sentencia, lo que retrasó su ejecución lo suficiente como para que ésta devenga en inejecutable tras la celebración de nuevos comicios en la localidad.

Tal vez alguno pueda considerar que no basta un caso para derivar un diagnóstico general, y aunque creemos que el ejemplo descrito es bastante representativo, tendríamos que darle la razón. Por ello puede ser importante comentar un suceso adicional de alcances más institucionales que particulares.

En la edición del *Diario Oficial El Peruano* de fecha 4 de abril de 2006, la Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) del Poder Judicial publicó la Resolución N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, la cual disponía que "todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional...".⁵⁸

⁵⁸ Cfr. *Diario Oficial El Peruano*, Lima, 4 de abril de 2006, p. 316120.

Evidentemente, esta resolución administrativa no tiene por objeto advertir que la Oficina de Control de la Magistratura tiene competencias para determinar cuándo un juez o tribunal ha flagrantemente inobservado un precedente vinculante del TC, pues no le alcanzan tales atribuciones. Lo que la resolución administrativa advierte es que en caso de que en su ejercicio jurisdiccional el TC aprecie que un juez o tribunal de la República ha desconocido un precedente constitucional por él establecido, dicho juez o tribunal habrá incurrido en violación del deber funcional recogido en el inciso 2 del artículo 184 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)⁵⁹ y, consecuentemente, en la responsabilidad disciplinaria prevista en el inciso 1 del artículo 201 de la misma ley.⁶⁰

El caso es que, al día siguiente de publicada la resolución, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial publicó un comunicado en el que, en expresa respuesta a aquélla, se dirigía a los jueces de la República, puntualizando que "los magistrados judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en el inciso 1 del artículo 146 de la Carta fundamental y en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".⁶¹ En otras palabras, a criterio del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, los magistrados no se encuentran vinculados por los precedentes del TC.

El caso descrito evidencia pues un Parlamento que continúa considerándose el primer poder del Estado, y que está convencido de que el mejor modo de interpretar la Constitución es según el texto aislado de sus disposiciones, y miembros de un Poder Judicial que ante semejante afirmación

⁵⁹ De las consideraciones de la resolución se deriva que lo que la OCMA consideraría violado por la inobservancia del precedente sería el inciso 1 del artículo 184 de la LOPJ, que hace alusión al deber de los magistrados de resolver con sujeción al debido proceso. Empero, consideramos que el hecho supondría la violación del inciso 2 del mismo artículo, referido al deber de los magistrados de administrar justicia aplicando la "norma jurídica pertinente". Y es que, según vimos, los precedentes vinculantes del TC son verdaderas normas pertenecientes al ordenamiento jurídico.

⁶⁰ Artículo 201.1 de la LOPJ.- "Existe responsabilidad disciplinaria en los siguientes casos: 1) Por infracción a los deberes y prohibiciones establecidas en esta Ley...".

⁶¹ Cfr. *Diario Oficial El Peruano*, Lima, 5 de abril de 2006, p. 5.

no tienen mejor idea que rendirle pleitesía, considerando además que no debe observancia alguna a los precedentes resultantes de las sentencias emitidas por el TC. Una realidad que parece confirmar el sentir de Zagrebelsky, conforme al cual "la idea del [D]erecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas".⁶²

Mientras este escenario no varíe, pocas posibilidades habrá para que el precedente constitucional cumpla su función, con lo cual quedarán sensiblemente afectados el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico, el principio de seguridad jurídica y la vocación universalizadora propia de la argumentación jurisdiccional racional que debe encontrarse presente en la aplicación del Derecho. Asimismo, la falta de observancia del precedente impedirá instituir la tendencia a fallar en remisión a él siempre que sea razonablemente posible, con lo que abortará uno de los mecanismos más idóneos para agilizar la administración de justicia, dotarla de eficiencia, y reducir la carga procesal como consecuencia de hacerla predecible.

I. Reflexiones finales

Si se tuviera que elegir el principal problema con el que se enfrenta la pretensión de incorporar el precedente en sistemas que responden a la tradición del *civil law*, tal vez es el hecho de que aun cuando en la actualidad se comprende bien que todo poder público está sometido a la Constitución del Estado, se continúa creyendo que el Parlamento o en su caso el Ejecutivo (dependiendo de las tradiciones) sigue siendo el primer poder del Estado. Tal como ha denunciado el (neo)constitucionalismo, no se comprende que, aun cuando como consecuencia de las competencias que le son inherentes o de las coyunturas políticas, alguno de los poderes del Estado pueda tener un mayor protagonismo que los otros, en el

⁶² Cfr. Zagrebelsky, G, *op. cit.*, p. 10.

Estado Constitucional no se admite la existencia de un "primer poder", sino tan sólo un equilibrio entre poderes.⁶³

Algunos autores han denominado al Estado Constitucional (es decir, aquel en el que la Constitución es entendida como la norma jurídica suprema y en ella se encuentran reconocidos los derechos fundamentales de la persona y las garantías —materiales, políticas y procedimentales— que permiten protegerlos y dotarlos de eficacia) Estado judicial, en el afán de clarificar que el resguardo último (supremo, aunque no excluyente) de los derechos fundamentales reside en la jurisdicción.⁶⁴

La denominación Estado judicial resulta exagerada e inadecuada, pues puede llevar a una confusión desde la que se concluya que el constitucionalismo ha desembocado en aquello que justamente se quería evitar, es decir, en instituir a un poder como el soberano; en este caso, al jurisdiccional. Lejos de ensalzar el denominado "gobierno de los jueces", lo que la tesis del Estado Constitucional defiende es la del destierro definitivo de cualquier forma de poder absoluto (en el que desemboca la jerarquización entre poderes), pues éste es siempre una amenaza para los derechos fundamentales.

El motivo por el que desde dicha vertiente se postula que la interpretación suprema de la Constitución debe residir en la jurisdicción y, concretamente, en los tribunales constitucionales, no es porque se considere a éstos entidades infalibles, ni menos aún porque se les quiera proclamar como los nuevos soberanos, sino porque reconociendo que ejercen también un poder parcialmente político y ponderan elementos de esta índole,

⁶³ John Rawls, siguiendo lo que desde su perspectiva es la posición de Lincoln, ha destacado que "en el estado constitucional el poder último no puede dejarse al legislativo, ni tampoco al tribunal supremo, que sólo es el intérprete jurídico supremo de la constitución, el poder último radica en las tres ramas, las cuales se hayan en una relación debidamente definida entre sí, y cada una de ellas es responsable ante el pueblo" (*El liberalismo político*, Domènech, A. (trad.), Crítica, Barcelona, 1996, p. 267).

⁶⁴ Sobre el particular, *cfr.* el célebre ensayo de Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 27-29.

sus decisiones se desenvuelven fundamentalmente en el marco de lo jurídico como signo patente del sometimiento del poder al Derecho.⁶⁵ Porque, a diferencia de los otros poderes, no actúan bajo el principio de oportunidad que subyace en las competencias que se ejercen *ex officio*, y que pueden encontrar justificación en el mero ejercicio del poder, sino bajo el principio de prudencia con el que se deben desenvolver los poderes que actúan a instancia de parte y que deben justificar su decisión —con argumentos razonables y racionales— como jurídicamente correcta, luego de haber tenido ocasión de reflexionar sobre ella en un contexto abierto. Porque su relación *ad hoc* con la Constitución, permanente y constante, los tecnifica en mayor grado en una materia de singular dificultad como aquella que subyace en la interpretación de disposiciones que responden a la estructura de las constitucionales.⁶⁶ Porque la trascendencia de muchos de los temas que abordan los sitúa también en el núcleo mismo del control permanente por parte de los otros poderes públicos, particularmente, del Legislativo, allí donde puede iniciárseles a sus miembros un juicio en el seno parlamentario, además de ser el objeto del ejercicio del derecho fundamental de crítica a su labor, tanto por parte de la opinión pública, en general, como de la academia, en particular. Porque, en fin, en el correcto entendido de que la verdadera democracia es el gobierno de las mayorías con pleno respeto por el derecho de las minorías, las decisiones de la jurisdicción constitucional en aquellos casos en los que deben hacer frente a las decisiones del Estado (que son la inmensa mayoría), aparecen como un poder contramayoritario que lejos de representar una amenaza para las democracias, las fortalece.⁶⁷

⁶⁵ Tal como destacaba el propio Kelsen la diferencia entre el carácter político de los actos de un juez y el de los gobernantes y legisladores no es una cuestión cualitativa, sino simplemente cuantitativa (*¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 58).

⁶⁶ A criterio de Jürgen Habermas, la jurisdicción constitucional "se nutre de una desconfianza muy extendida entre los juristas, contra la irracionalidad de un legislador dependiente de las luchas por el poder y de unas opiniones mayoritarias determinadas por las emociones y los cambios de estados de ánimo. Conforme a esta concepción la jurisdicción creadora de derecho, que ejerce el Tribunal Constitucional, se justificaría tanto por la distancia de éste respecto de la política, como por la superior profesionalidad de sus discursos profesionales" (*Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Jiménez, M. (tradu.) Trotta, Madrid, 2000, p. 339).

⁶⁷ Cfr. Holmes, S., "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en *Constitucionalismo y democracia*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A. C./Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1999, p. 217 y ss.

Como bien apunta Prieto Sanchís, en todo caso, el constitucionalismo representa una opción más equilibrada de lo que aparenta, "no sólo porque el legislador dispone de un indiscutible margen para desarrollar sus proyectos sin interferencias, sino también porque la actividad judicial responde a unas fórmulas distintas y mucho más angostas que las que gobiernan la actividad legislativa".⁶⁸

Así, y sin perjuicio de lo antedicho, si es cierto que el resguardo último de los derechos fundamentales debe recaer en la jurisdicción, entonces, lejos de considerar ello como el final de la lucha entre constitucionalismo y legalismo, conviene considerarla como la pauta inicial que impone concientizar a los poderes públicos sobre el significado y la importancia del precedente constitucional, pues, en buena medida, por su intermedio la Constitución escrita tiene oportunidad de convertirse en una Constitución viviente.

Bibliografía

Aguiló, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

Asís, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

Prueba de ello es que no existen dictaduras que soporten convivir con tribunales o jueces constitucionales independientes. Ante los embates del dictador, los derechos fundamentales hablan a través de los jueces. Siendo tales derechos los límites del poder, al poder absoluto conviene mejor silenciarlos.

⁶⁸ Cfr. Prieto, L., "Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional", en *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 1998, p. 44.

Balaguer Callejón, Francisco, *Fuentes del Derecho. Volumen II, Ordenamiento General del Estado y Ordenamientos Autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992.

Bayón, Juan Carlos y Rodríguez, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Bilbao Ubillós, J. M. y Rey Martínez, F., "Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional", en Aragón Reyes, M. y Martínez-Simancas, J., *La Constitución y la práctica del Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

Bobbio, N., *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987.

Borowski, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Cappelletti, M., *Giudice legislatore?*, Giuffré, Milano, 1984.

Carpio, Edgar, "¿Interpretación auténtica de la Constitución?", *Revista Bibliotecal del Colegio de Abogados de Lima*, año 1, núm. 1, 2000.

Caso Yatama vs. Nicaragua, Etapa de fondo, sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 174-176.

Crisafulli, V., "Disposizione (e norme)", en *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milán, 1964, vol. XIII.

De Otto, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

Diez Canseco, Luis José, "Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una respuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial", *Revista de Economía y Derecho*, núm. 2, 2004.

Gascón, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

Geiger, T., *Estudios de Sociología del Derecho México*, FCE, 1984.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Jiménez, M. (trad.) Trotta, Madrid, 2000.

Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Cruz Villalón, Pedro (trad.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

Holmes, S., "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en *Constitucionalismo y democracia*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A. C./Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1999.

Iturralde, V., *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995.

Jaén Vallejo, M., "El principio de igualdad en la aplicación de la Ley por los órganos jurisdiccionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Revista Jurídica General*, núm. 2, 1987.

Kägi, W., *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945.

Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, 1982.

Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1985.

López Guerra, L., *op. cit.*, p. 1439. También Pérez Royo, J., *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 7ma. reimpresión, 2001.

López Guerra, Luis, "El Tribunal Constitucional y el principio 'stare decisis'", en *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales/Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1981.

Magaloni, A., *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, McGraw-Hill, Madrid, 2001, pp. 30-42, en concreto.

Monroy Gálvez, Juan, "Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law", *Hechos de la justicia*, núm. 4, 2006.

Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

Prieto, L., "Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional", en *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 1998.

Prieto, L., *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá, 2005.

Rawls, John, *El liberalismo político*, Domènech, A. (trad.), Crítica, Barcelona, 1996.

Requejo Pagés, J., "Juridicidad, precedente y jurisprudencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 10, núm. 29, 1990.

Rodríguez, R., *Razonamiento jurídico y Estado Constitucional. Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica*, Palestra, Lima, 2022.

Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 22, 1988.

Sagüés, Néstor Pedro, "El Congreso versus el Tribunal Constitucional. La interpretación final de la Constitución", *Foro Constitucional Iberoamericano*, núm. 1, 2003.

Suay Rincón, J., "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Estudios sobre la Constitución. Homenaje a Eduardo García de Enterría*, V. II, Civitas, Madrid, p. 1991.

Taruffo, Michele, "Dimensiones del precedente judicial", en *Cinco lecciones mexicanas. Memoria del Taller de Derecho Procesal*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de Federación/Escuela Judicial Electoral, México, 2003.

Virgala, E., "Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 62, 2001.

Xiol Ríos, A., "El ordenamiento jurídico y la aplicación equitativa del Derecho a todos los ciudadanos mediante el principio de igualdad", en *Temas básicos del Derecho. Una visión actual*, V. I, Madrid, 1992

Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 6.a ed., 2005.

Zoco, C., *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)*, Bosch, Barcelona, 2003.

El valor normativo del precedente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Alexei Julio Estrada*

Valentina del Sol Salazar**

* Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, especialista en derecho constitucional y ciencia política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid y abogado de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como director jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como profesor titular de la Universidad Externado de Colombia.

Las opiniones expuestas aquí son de mi autoría, y no necesariamente reflejan la posición oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la de mis colegas que comentaron este trabajo.

** Docente e investigadora de la Universidad Externado de Colombia.

SUMARIO: A. Introducción; B. El valor jurídico del precedente de los tribunales internacionales; I. La Corte Interamericana de Derechos Humanos; II. La doctrina del precedente *de facto*; C. El precedente horizontal: el uso de la jurisprudencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; I. La noción de precedente y los estándares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; II. El análisis de un caso concreto: los estándares en materia de independencia judicial; III. Conclusión preliminar; D. El precedente vertical: la doctrina del control de convencionalidad; I. Fundamento de la figura del control de convencionalidad; II. Notas características del control de convencionalidad; III. Conclusión preliminar; E. Conclusiones.

A. Introducción

La visión tradicional del sistema de fuentes del derecho internacional público, construida con base en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y la distinción entre fuentes vinculantes (*hard law*) y fuentes no vinculantes (*soft law*) resultan cada vez más distantes de lo que sucede en la realidad, particularmente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. En este último campo, el papel de las decisiones judiciales y su eficacia normativa cobra particular importancia, sobre todo desde la perspectiva de los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales desarrollan una continua tarea de interpretación y aplicación de los textos convencionales y de otros instrumentos internacionales en la resolución de los casos sometidos a su conocimiento.

En la práctica se observa que estos tribunales internacionales, en el ejercicio de sus funciones, se entienden vinculados por sus decisiones previas (precedente horizontal) y, en algunos casos, asumen que incluso los

tribunales nacionales deben observar las reglas jurídicas establecidas en sus sentencias (precedente vertical).

Lo anterior ocurre en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como tribunal encargado de resolver las controversias relacionadas con la protección de los derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y otros instrumentos ratificados en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Si bien el tratado que le otorga competencia no confiere expresamente un carácter jurídicamente vinculante a la jurisprudencia,¹ en la práctica la Corte ha asumido una posición según la cual se entiende vinculada por las reglas jurídicas establecidas en casos previos. Igualmente, ha entendido que los operadores judiciales del orden interno también están obligados por estos criterios jurisprudenciales, lo que se conoce como obligación de ejercer control de convencionalidad.

Para desarrollar la tesis antes expresada, el presente trabajo se dividirá en tres puntos, en primer lugar, se hará referencia al valor jurídico del precedente en el ámbito de los tribunales internacionales, en particular se expondrán algunos de los postulados de la doctrina del precedente *de facto*. En segundo lugar, se analizará el concepto de precedente y se estudiará la figura del precedente horizontal en la Corte Interamericana, a partir del análisis de la jurisprudencia sobre garantías individuales de independencia judicial. En tercer lugar, se presentarán los elementos básicos de la doctrina del control de convencionalidad y se explicará en qué medida es una modalidad de aplicación de la figura del precedente vertical.

¹ El término *jurisprudencia* no es pacífico, para efectos de este trabajo lo entendemos como el conjunto de decisiones proferidas por un tribunal en el ejercicio de sus funciones contenciosas. En efecto, los diccionarios jurídicos de algunos países iberoamericanos lo definen como: "Doctrina establecida de forma reiterada por el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional, al interpretar la Constitución y las leyes. Suele entenderse que la misma doctrina tiene que haberse establecido en dos o más ocasiones para constituir jurisprudencia" (Diccionario panhispánico del español jurídico); "toda decisión emanada de autoridad judicial [...] o gubernativa, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el derecho", Torres, Aníbal, "La jurisprudencia como fuente del derecho", *Revista Institucional Academia Peruana de la Magistratura*, núm. 3, 2008.

B. El valor jurídico del precedente de los tribunales internacionales

I. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano judicial previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.² Está integrada por 7 jueces de distintas nacionalidades y su sede se encuentra en San José de Costa Rica. De manera específica, es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana³ y otros tratados de derechos humanos adoptados en el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.⁴

El Tribunal tiene una función contenciosa en virtud de la cual conoce de casos relacionados con la vulneración de derechos convencionales. Estos casos son sometidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), junto con un informe de fondo en el que se determina el marco fáctico del caso, las alegadas violaciones y las posibles medidas de reparación.⁵ El proceso ante la Corte tiene naturaleza jurisdiccional y termina con la emisión de una sentencia de obligatorio cumplimiento para los Estados. Finalmente, la Corte adelanta la supervisión de cumplimiento de sus sentencias.

Adicionalmente, cuenta con una función consultiva en el marco de la cual resuelve las consultas elevadas por los Estados o por los órganos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados de protección de derechos

² Artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³ Artículo 1 del Estatuto Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

⁴ Convención de Belem do Para, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, entre otros.

⁵ Artículos 62 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

humanos, y también se pronuncia sobre la compatibilidad de las normas internas con los instrumentos internacionales mencionados.⁶

Dada la naturaleza de la Corte, un asunto que resulta relevante es el referido a la forma mediante la cual construye los estándares, las reglas jurídicas que aplica para la solución de los casos sometidos a su competencia. Esta cuestión necesariamente debe ser estudiada tomando en cuenta la práctica del Tribunal y no exclusivamente las disposiciones previstas en el derecho interamericano, las cuales, se anticipa, brindan pocas luces en la materia. Con este objetivo, resulta útil tomar en cuenta los modelos teóricos sobre la construcción y uso de los precedentes, los cuales ofrecen elementos para la comprensión de este fenómeno por parte del tribunal interamericano.

II. La doctrina del precedente de facto

En lo que se refiere al lugar que ocupa la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del derecho, en el mundo jurídico occidental tradicionalmente se identifican dos modelos: el de derecho anglosajón y el de derecho continental. En el marco del modelo anglosajón o de precedente se sigue la regla del *stare decisis*, según la cual los jueces se encuentran obligados por los razonamientos emitidos en juicios previos, bien sean los proferidos por ellos mismos (precedente horizontal) o aquellos proferidos por jueces de superior jerarquía (precedente vertical).⁷ En este sentido, se señala que los jueces crean normas jurídicas y éstas deben ser respetadas, dotando al sistema de certeza y evitando que se provoque un anquilosamiento del derecho.⁸

Lo anterior no significa que en el modelo anglosajón los jueces no puedan apartarse de su propia jurisprudencia o de la de las altas cortes, sino

⁶ Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷ Guillaume, Gilbert, "The use of precedent by international. Judges and arbitrators", *Journal of International Dispute Settlement*, núm. 1, vol. 2, 2011, pp. 5-23. Disponible en: «<https://doi.org/10.1093/jnlids/1dq025>».

⁸ Horty, John, "Rules and reasons in the theory of precedent", *Legal Theory*, vol. 17, núm. 1, 2011, pp. 1-33. Disponible en: «<https://doi.org/10.1017/S1352325211000036>».

que existen cargas argumentativas que deben ser respetadas en los eventos en que consideren procedente este ejercicio. Así, son propios de este modelo criterios como el de *distinguish*, según el cual al conocer casos concretos las altas cortes tienen la capacidad de identificar elementos particulares que justifiquen una inaplicación de la regla establecida en un caso previo, o el de *overruling*, que les da el poder de desarrollar el derecho en otra dirección modificando la regla inicialmente establecida.⁹

Por su parte, el modelo de derecho continental o de derecho legislado está fundado en la primacía de la ley emitida por el órgano legislativo. Por esto, en principio, las decisiones judiciales no tienen efectos fuera del caso concreto, de manera que el juez se encuentra sometido exclusivamente a las fuentes de derecho reconocidas como normas jurídicas escritas (la constitución, la ley o el reglamento). No obstante, en la práctica los tribunales de países con modelos de derecho continental suelen atender tanto a sus propias decisiones como a las de superior jerarquía, al resolver las cuestiones sometidas a su conocimiento. De manera que hoy en día se trata de un modelo en el que se suele dar al menos un valor de criterio auxiliar a la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del derecho.¹⁰

A pesar de esta dualidad de modelos, la doctrina parece coincidir al señalar que, en el marco del derecho internacional y concretamente en el ejercicio de la competencia de tribunales internacionales o regionales, los Estados han sido reacios a aceptar un modelo de precedente y han optado, por lo menos desde la configuración normativa, por someter las controversias exclusivamente al derecho escrito, esto es, los tratados debidamente adoptados y ratificados;¹¹ sin embargo, en la práctica, tanto

⁹ Simpson, Alfred W. B., "The ratio decidendi of a case and the doctrine of binding precedent", *Oxford Essays in Jurisprudence*, 1961, pp. 148-175.

¹⁰ Fon, Vinci y Parisi, Francesco, "Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis", *International Review of Law and Economics*, *Forthcoming*, vol. 26, núm. 1, 2006. Disponible en: «<http://ssrn.com/abstract=534504>».

¹¹ Guillaume, Gilbert, *op. cit.*

en el ámbito del derecho internacional público, como del derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, los tribunales le han dado un valor jurídico no sólo a su propio precedente, sino también al de tribunales que ejercen funciones análogas.¹²

Lo anterior se ha definido por algún sector como "doctrina del precedente *de facto*", una categoría que recoge la práctica de los tribunales internacionales y las visiones divergentes en relación con el papel de la jurisprudencia, con el objetivo de reconocer la relevancia de ofrecer seguridad jurídica y predictibilidad a las decisiones emanadas por estos órganos a través del reconocimiento del valor normativo de la jurisprudencia.¹³ En este sentido, se trata de una noción que, a pesar de no encontrarse estrictamente fundada en el principio de legalidad, se explica en el principio de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad, así como en la necesidad de persuadir a los Estados para que cumplan las decisiones proferidas en su contra, e implementen medidas que eviten la recurrencia en el desconocimiento de sus obligaciones internacionales.¹⁴

Una práctica que, además, contribuye a fortalecer la legitimidad de los tribunales y ayuda a los jueces internacionales a sortear las presiones políticas que impiden el cumplimiento de sus decisiones, a partir de la consolidación de una doctrina de autoridad y del establecimiento de un diálogo con los tribunales nacionales, los cuales valoran especialmente la existencia de una argumentación legal consistente.¹⁵

¹² Lecis, Anna y Groppi, Tania, "El uso de precedentes extrasistémicos entre la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una investigación empírica", *Juris dicto*, vol. 21, 2018, pp. 29-47. Disponible en «<http://dx.doi.org/10.18272/iu.v21i21.1136>».

¹³ Djajic, Sanja, "The concept of precedent at the European Court for Human Rights and national responses to the doctrine with special reference to the Constitutional Court of the Republic of Serbia. Harmonization of Serbian and Hungarian law with the European Union law", *Faculty of Law Novi Sad Publishing Center: Novi Sad*, vol. VI, 2018, pp. 223-240. Disponible en: «<https://ssrn.com/abstract=3503002>».

¹⁴ Stone, Alec, "On the constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court", *Faculty Scholarship Series from Yale University*, núm. 71, 2009, pp. 1-14. Disponible en: «https://digitalcommons.law.yale.edu/cgj/viewcontent.cgi?article=1070&context=fss_papers».

¹⁵ Lupu, Yonatan y Voeten, Erik, "The role of precedent at the European Court of Human Rights: a network analysis of case citations", Paper 12, 2010. Disponible en «http://opensiuc.lib.siu.edu/pnconfs_2010/12».

En virtud de esta figura, aunque los tribunales internacionales no se encuentran expresamente autorizados para tomar decisiones con base en las reglas que de manera previa han desarrollado en su jurisprudencia, en la práctica suelen hacer referencia a sus propios fallos para dotar de alcance y contenido las normas de derecho estricto aplicables a cada caso concreto. De esta forma, aunque quizá una sola decisión jurisprudencial sea insuficiente para determinar la existencia de una regla jurídica, la reiteración de las razones fundamentales de los fallos de tribunales internacionales consolida la posición a adoptar en circunstancias posteriores de circunstancias similares, dándole un valor normativo fuera del caso concreto.

Estos criterios elaborados en relación con la doctrina del precedente *de facto* también resultan ilustrativos de la práctica de la Corte Interamericana. A diferencia del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que establece un catálogo de fuentes aplicables por dicho tribunal y señala de manera expresa el carácter no vinculante de la jurisprudencia, en el texto de la Convención Americana, el Estatuto o el Reglamento de la Corte IDH no se establece un catálogo de las fuentes aplicables en el ejercicio de sus funciones contenciosa y consultiva. Empero, como se verá en el siguiente apartado, en la práctica la Corte es dable identificar una tendencia marcada que reconoce un carácter vinculante con sus decisiones previas, no sólo para ella misma, sino también para las autoridades nacionales de los Estados parte de la Convención mediante la figura del control de convencionalidad.

C. El precedente horizontal: el uso de la jurisprudencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Mucho se ha escrito en la doctrina sobre la relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto de los Estados sometidos a su

jurisdicción,¹⁶ incluso el propio Tribunal a través de la figura del control de convencionalidad parece haber dejado claro que sus sentencias deben ser acatadas no sólo por el Estado al que se refiera el caso en específico, sino por todos quienes se encuentren internacionalmente obligados a cumplir la Convención Americana.¹⁷ No obstante, un campo que ha sido menos explorado es el referido a los efectos del precedente de la Corte en su interior, es decir, en la determinación de la responsabilidad internacional de los Estados o en la interpretación de la Convención y los tratados relacionados.

En este apartado se abordará el asunto de la utilización del precedente en la Corte IDH; de manera específica, se analizará si al momento de fallar dicho Tribunal les otorga un valor jurídico a sus decisiones previas y, de ser así, cuál es ese valor, en qué tipo de circunstancias cobra vigencia y con base en cuáles criterios. A partir de las conclusiones que se identifiquen, en el siguiente apartado se estudiará la figura del control de convencionalidad y se expondrá la estrecha relación que mantiene la noción del precedente con esta figura.

I. La noción de precedente y los estándares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El precedente puede ser definido como la interpretación jurídica establecida en una decisión judicial que resulta relevante para un juez al

¹⁶ Benavides-Casals, María, "El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 27, 2015, pp. 141-166. Disponible en: «<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-27.eeos>»; Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa/UNAM, 2012; Hitters, Juan, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre, 2008, pp. 131-156. Disponible en: «<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>».

¹⁷ Entre otros casos: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (párr. 124); *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina* (párr. 93); *Colindres Schonenberg vs. El Salvador* (párr. 129); *Gelman vs. Uruguay* (párr. 67).

momento de decidir un caso concreto.¹⁸ En este sentido, una regla establecida en una sentencia adquiere el carácter de precedente cuando es reiterada en la resolución de asuntos posteriores, bien sea por el mismo juez o por otros de menor jerarquía.

Podría decirse que en todas las sentencias emitidas tanto en virtud de la función contenciosa como en las opiniones consultivas, la Corte IDH acude a sus decisiones previas para determinar el alcance de las normas convencionales. No obstante, en el marco de la jurisprudencia y de la doctrina interamericana cuando se hace referencia a este fenómeno se suele hablar de estándares, y sólo en ciertas ocasiones utiliza el término de precedente.

Dicho esto, corresponde remitirse a la cuestión central que atraviesa el estudio de la jurisprudencia que se refiere, por una parte, a los criterios interpretativos para determinar las reglas de creación judicial y, por otra parte, a su grado de obligatoriedad. La cuestión sobre la determinación de una la regla jurisprudencial no ha sido explicitada por el Tribunal, por lo que resulta útil retomar algunos de los criterios de la teoría general para adelantar este ejercicio.

En la doctrina norteamericana suelen reconocerse dos grandes teorías en lo que se refiere a los criterios interpretativos a partir de los cuales se definen las reglas plasmadas en la jurisprudencia: la teoría maximalista y la teoría minimalista.

Según la primera, la regla establecida en una decisión judicial rige en casos posteriores por la relación entre las cuestiones jurídicas planteadas y no estrictamente por la identidad fáctica entre los casos. Esto se debe a que la construcción y determinación de una regla jurisprudencial se realiza

¹⁸ Sodero, Eduardo, "Sobre el cambio de los precedentes", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. 21, núm. 1, 2004, pp. 217-254. Disponible en: «http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000200008».

en abstracto, de manera muy similar a como se construye la ley.¹⁹ La teoría maximalista entonces propone que los elementos del caso que se incorporan en la *ratio decidendi* no se agotan en las cuestiones fácticas, sino que se conforman por fundamentos más generales que permitan abarcar situaciones relacionadas, pero no estrictamente incluidas en el caso. Su relevancia se identifica especialmente en los eventos en los cuales es necesario establecer criterios de actuación que limiten la discrecionalidad de otros jueces o actores.²⁰

En la segunda teoría, el precedente está intrínsecamente relacionado con los hechos del caso, y en ese sentido el criterio esencial para su aplicación es la similitud con los hechos del nuevo caso.²¹ Así, la teoría minimalista aboga por que la *ratio decidendi* se construya exclusivamente con los argumentos necesarios para resolver el problema jurídico planteado en el caso.²² Lo anterior se fundamenta principalmente en la necesidad de reducir el margen de error en las decisiones que se emiten, y en la necesidad de dejar espacios para el debate democrático.²³

Dicho lo anterior, y como se observará a la luz del análisis de la jurisprudencia sobre independencia judicial, es dable sostener que los estándares que se determinan en la práctica de la Corte IDH son una forma de precedente propia de la teoría maximalista tanto respecto de su construcción como de su aplicación.

¹⁹ Sunstein, Cass R., *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Boston, Harvard University Press, 1999.

²⁰ Cyphers, Lauren, "Maximalist decision making: when maximalism is appropriate for appellate courts", *West Virginia Law Review*, vol. 123, 2020, pp. 611-643. Disponible en: «<https://researchrepository.wvu.edu/wvlt/vol123/iss2/9>».

²¹ Siegel, Neil, "A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar", *Michigan Law Review*, vol. 103, núm. 8, 2005, pp. 1951-2019. Disponible en: «<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol103/iss8/1>».

²² Sunstein, Cass R., *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*.

²³ Sunstein, Cass, "Beyond judicial minimalism", Harvard Public Law Working Paper No. 08-40; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 237; U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 432; Harvard Law School Program on Risk Regulation Research Paper No. 08-6, 2008. Disponible en: «<http://ssrn.com/abstract=1274200>»;

II. El análisis de un caso concreto: los estándares en materia de independencia judicial

El análisis del precedente puede hacerse tanto desde el punto de vista dinámico, como estático. El primero tiene relación con identificar cómo se construye el estándar como modalidad de precedente en una sentencia, el segundo se relaciona con la forma en que el Tribunal desarrolla dicha regla a través de su reiteración en casos posteriores. Para adelantar este ejercicio, se estudiará específicamente el asunto referido a las garantías de la independencia judicial en su faceta individual, derivadas de la interpretación del artículo 8.1 de la Convención Americana.

El artículo en mención dispone que "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, [...]". Nótese que, según el sentido literal de la Convención, la independencia judicial es concebida en favor de los justiciables, es decir, como una garantía en favor de las personas que van a ser sometidas a un proceso. No obstante, como se explicará a continuación, a partir del texto convencional la Corte ha derivado un conjunto de garantías en favor de los jueces y más recientemente de los fiscales.

Sobre el alcance de la noción de independencia judicial la Corte se pronunció por primera vez en la sentencia del caso *Tribunal Constitucional vs. Perú* de 2001, en la cual consideró que uno de los objetivos principales de la separación de poderes es la independencia de los jueces, y para tal efecto se han establecido procedimientos estrictos de nombramiento y destitución.²⁴

²⁴ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 73. En dicha oportunidad, la Corte analizaba la responsabilidad internacional del Estado de Perú por el incumplimiento de garantías judiciales en el marco de un proceso de revocación de algunos magistrados del Tribunal Constitucional, adelantado mediante juicio político en 1997.

En esa decisión, la Corte retomó los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura para determinar el alcance de la garantía de independencia judicial, no sólo en relación con la autoridad competente para sancionar a una persona, sino como una garantía del Estado de derecho que se materializa a través de la aplicación estricta de reglas que rigen los procesos de remoción de jueces. Igualmente, tuvo en cuenta los desarrollos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que "la independencia de cualquier juez supone que cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas".²⁵

A pesar de lo anterior, en este caso no se consolidaron las garantías de la independencia judicial como un estándar propiamente. Si bien la Corte analizó el incumplimiento de las garantías procesales del artículo 8 de manera pormenorizada, y concluyó que el Congreso del Perú en este caso no reunió las condiciones de independencia e imparcialidad para realizar el juicio político contra los magistrados del Tribunal Constitucional,²⁶ no declaró una vulneración del artículo 8.1 en razón del incumplimiento de las garantías de la independencia judicial en favor de las presuntas víctimas dada su calidad de funcionarios judiciales.

En la sentencia del caso *Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela* de 2008 la Corte les otorgó consecuencias jurídicas a las garantías de la independencia judicial en su faceta individual, aunque lo hizo para referirse a una situación fáctica particular, la de los funcionarios judiciales en situación de provisionalidad. En ese caso, la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado por la destitución de los jueces provisorios de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Para llegar a esta conclusión,

²⁵ Entre otras decisiones: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Langborger case, decision of 27 January 1989, Series A no. 155; Campbell and Fell judgment of 28 June 1984, Series A no. 80; Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43; Piersack judgment of 1 October 1982, Series A no. 53.

²⁶ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, párr. 84.

abordó la cuestión de la garantía de estabilidad en el cargo de los jueces provisorios y su relación con la independencia judicial.

El Tribunal señaló que los Estados se encuentran obligados a asegurar que los jueces provisorios sean independientes, y consideró que para ello se les debe otorgar cierto tipo de estabilidad en el cargo.²⁷ Para determinar el alcance de dicha noción se remitió a las decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como a los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura,²⁸ para concluir que la situación de provisionalidad "no debe extenderse indefinidamente en el tiempo y debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente".²⁹ Igualmente, sostuvo que los sistemas nacionales deben implementar procedimientos estrictos para el nombramiento y destitución de jueces, y afirmó que la libre remoción afecta la posibilidad de que aquéllos decidan controversias concretas sin temor a represalias e impide que accedan o permanezcan en el cargo en condiciones generales de igualdad en los términos del artículo 23.1, inciso c.³⁰

Así, la Corte fue clara al señalar que a partir de los artículos 8.1 y 23.1, inciso c, convencionales se extrae una garantía de estabilidad en el cargo

²⁷ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 43.

²⁸ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 20; Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985. Principio 12.

²⁹ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182. P, párr. 43.

³⁰ *Ibidem*, párr. 44.

como parte de la obligación de garantizar la independencia judicial. Lo anterior se aplica incluso en el caso de jueces provisorios e implica que éstos no pueden ser removidos libremente sino por el cumplimiento de un plazo, la celebración de un concurso o el desarrollo de un proceso de destitución que respete las garantías del artículo 8. Nótese que, en este caso, la construcción del estándar, aunque retoma elementos de la plataforma fáctica del caso (situación de provisionalidad), no analiza a profundidad el modelo venezolano o la situación en la que se encontraban las presuntas víctimas, sino que consolida una regla abstracta que llena de contenido el artículo 8 de la Convención.

Adicionalmente, resulta relevante señalar que, para la elaboración de esta regla jurisprudencial, la Corte no explicita los criterios de interpretación que utiliza, sino que acude directamente a los criterios expuestos por otros órganos internacionales. En efecto, para concluir que el artículo 8, que en principio se refiere a la garantía de las personas sujetas a un procedimiento, también debe ser leído en clave de las garantías que protegen a los jueces individualmente considerados, la Corte acude a las interpretaciones elaboradas por otros órganos, como los del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.

Ahora bien, la regla citada sobre la estabilidad en el cargo como garantía de la independencia judicial se consolida como estándar en dos casos posteriores que se refieren también a la responsabilidad internacional del Estado de Venezuela. No obstante, como se explicará, la razón por la cual la Corte reitera su postulado está basada en el asunto jurídico abordado, a saber, la independencia judicial del artículo 8.1 y no en la coincidencia fáctica o en las particularidades del Estado involucrado.

En primer lugar, se hace referencia al caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela* de 2009. En el cual se estudiaba la destitución de María Cristina Reverón Trujillo como jueza provisional de Primera Instancia de lo Penal y la falta de un recurso judicial efectivo para solicitar la restitución en el cargo. Si bien en principio no se alegaba una vulneración del artículo 8, toda

vez que en el orden interno se había declarado que su destitución no fue legal, en el análisis de la violación del artículo 25 la Corte hizo extensa referencia a las garantías de independencia judicial.

Retomando los casos *Tribunal Constitucional vs. Perú* y *Aptiz Barbera vs. Venezuela*, la Corte reiteró que las garantías que se derivan de la independencia judicial son "un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas".³¹ En esta oportunidad determinó el contenido de cada una de ellas tomando en cuenta los ya citados Principios Básicos de Naciones Unidas, así como las decisiones del Comité de Derechos Humanos, del Consejo de Europa y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Adicionalmente, la Corte estableció que a diferencia de los demás funcionarios públicos los jueces cuentan con garantías específicas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial como un elemento esencial para el desarrollo de su función.³²

Este ejercicio de interpretación que adelantó la Corte tuvo una incidencia directa en el caso, toda vez que la determinación de la responsabilidad internacional estuvo fundada en el incumplimiento de las tres garantías y no exclusivamente en la garantía de inamovilidad o estabilidad en el cargo, que fue el elemento central en el caso *Aptiz Barbera*. El Tribunal consideró que, como parte de la garantía de inamovilidad, los jueces deben contar con un recurso que permita el reintegro en el caso en que hayan sido separados del cargo de manera arbitraria, pues de lo contrario otros poderes podrían remover jueces sin mayor control, generando restricciones indebidas al ejercicio de su función y fomentando que se abstengan de tomar decisiones en contravía de la voluntad del ente nominador o sancionador.³³

³¹ Corte IDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 70.

³² *Ibidem*, párr. 67.

³³ *Ibidem*, párr. 81.

Además de lo anterior, la Corte aclaró que los jueces provisorios no habían demostrado condiciones ni aptitud para el ejercicio del cargo con las garantías de transparencia que imponen los concursos, por lo que, de cara a la garantía de adecuado nombramiento, establece dos obligaciones. Por una parte, deben existir métodos de selección del personal que garantice un mínimo de motivación; por otra, que el nombramiento debe estar sujeto a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente.³⁴ En el mismo sentido, la Corte aclaró que "De esta manera, la garantía de la inamovilidad se traduce, en el ámbito de los jueces provisorios, en la exigencia de que ellos puedan disfrutar de todos los beneficios propios de la permanencia hasta tanto acaezca la condición resolutoria que pondrá fin legal a su mandato".³⁵

Así, la Corte le dio mayor fuerza jurídica al postulado que sostenía desde 2001 respecto de la noción de independencia judicial del artículo 8.1 leído en relación con el artículo 23.1, inciso c, de la Convención, en el sentido de que, sin importar la naturaleza provisional o permanente de los jueces o magistrados, los Estados están obligados a respetar las garantías relacionadas con la nominación, inamovilidad y presiones externas. En particular, los funcionarios judiciales en provisionalidad deben contar con cierta estabilidad en el cargo, lo que se traduce en plena protección, siempre que no acaezca la condición resolutoria que finaliza su mandato.

Posteriormente se emitió la sentencia del caso *Chocrón vs. Venezuela* de 2011, en la que se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la destitución arbitraria de Mercedes Chocrón, jueza temporal de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. La Corte retomó la postura del caso *Reverón Trujillo* en relación con las tres garantías de la independencia judicial, y

³⁴ *Ibidem*, párrs. 138 y ss.

³⁵ *Ibidem*, párr. 116.

su análisis particularizado en el caso de jueces en situación de provisoriedad, sin modificar ninguno de los criterios antes establecidos. Aclaró que "[...] aunque las garantías con las que deben contar los jueces titulares y provisorios son las mismas, éstas no conllevan igual protección para ambos tipos de jueces, ya que los jueces provisorios y temporales son por definición elegidos de forma distinta y no cuentan con una permanencia ilimitada en el cargo".³⁶

Habiéndose establecido con solidez el estándar sobre las garantías de la independencia judicial y su aplicación a jueces en situación de provisoriedad, la Corte analizó nuevamente el asunto en el caso *Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador* de 2013. En esta ocasión, tomó en cuenta un elemento adicional relacionado con los límites a la garantía de estabilidad en el cargo, precisando algunos elementos de su jurisprudencia sobre independencia judicial. El caso se refiere a la responsabilidad internacional de Ecuador por la remoción arbitraria de 27 magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en ausencia de un marco legal claro que regulara las causales y procedimientos de separación de su cargo.

La Corte acogió nuevamente la interpretación desarrollada por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General 32 y los postulados establecidos en los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre Independencia de la Judicatura, para señalar que la garantía de estabilidad de los jueces en el cargo no es absoluta, pues se admite que éstos sean destituidos por conductas claramente reprochables. Además, retomó la posición según la cual

en caso de ceses arbitrarios de jueces, al no respetarse los requisitos básicos de debido proceso, se vulneran el derecho al proceso debido recogido en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos

³⁶ Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 104.

Civiles y Políticos (homologo del artículo 8 de la Convención Americana), en conjunto con el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas del país aparado por el artículo 25.c.³⁷

En este sentido, la Corte también tuvo en cuenta estándares de otros organismos internacionales, como las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la Independencia, Eficacia y Función de los Jueces o los Principios y Directrices relativos al Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África, para identificar algunos de los criterios a partir de los cuales se deben adelantar procesos disciplinarios o administrativos en contra de jueces.

De otra parte, la Corte precisó la noción de independencia judicial en el ámbito de la Convención Americana, dando un alcance mayor al establecido en el caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Afirmó que

[...] considera pertinente precisar que la violación de la garantía de la independencia judicial, en lo que atañe a la inamovilidad y estabilidad de un juez en su cargo, debe analizarse a la luz de los derechos convencionales de un juez cuando se ve afectado por una decisión estatal que afecte arbitrariamente el período de su nombramiento.³⁸

Lo anterior es un ejemplo claro de como el Tribunal establece sus estándares a partir de la materia jurídica abordada y no exclusivamente en relación con las circunstancias fácticas, toda vez que las modificaciones o aclaraciones de sus reglas jurisprudenciales se construyen con un alto grado de abstracción.

³⁷ Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 152

³⁸ *Ibidem*, párr. 153.

Finalmente, el Tribunal concluyó, a partir de los criterios retomados tanto en su jurisprudencia, como en decisiones de otros organismos internacionales, que

i) el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana.

Estos estándares fueron reiterados en los casos *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* de 2013; *López Lone y otros vs. Honduras* de 2015; *Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador* de 2016, y *Colindres Schonenberg vs. El Salvador* de 2019. De esta forma se siguió consolidando el criterio sobre la noción de independencia judicial que protege la Convención Americana como una regla abstracta que se deriva de los artículos 8.1 y 23.1, inciso c, del Tratado, tanto en relación con funcionarios judiciales nombrados en propiedad, como frente a funcionarios judiciales nombrados en provisionalidad.

Más recientemente, la Corte extendió las garantías de la independencia judicial a funcionarios de la fiscalía o el ministerio público en situación de provisionalidad. En primer lugar, en el caso *Martínez Esquivia vs. Colombia* de 2020, determinó la responsabilidad del Estado por la desvinculación de una fiscal nombrada en provisionalidad. Para determinar la responsabilidad, reiteró que la independencia judicial en su faceta individual e institucional debe ser garantizada, con el objetivo de evitar

restricciones indebidas en el ejercicio de la función judicial.³⁹ Con absoluta certeza de la vinculatoriedad del estándar sobre garantías de la independencia judicial, la Corte determinó que estas garantías son aplicables a los fiscales en razón de la naturaleza de las funciones que ejercen, utilizando algunos de los criterios establecidos en casos previos en los que se destaca la relevancia de la independencia y objetividad en las investigaciones de tipo penal.⁴⁰

Señaló que este criterio tenía respaldo en otros instrumentos del derecho internacional, como las Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los fiscales, los pronunciamientos de la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, las recomendaciones del Consejo de Europa, algunos casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Principios y Directrices relativos al Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África. A partir de estas interpretaciones la Corte concluyó que los fiscales desempeñan funciones de operadores de justicia, y en ese sentido, aunque no son jueces, deben gozar de las garantías de adecuado proceso de nombramiento, inamovilidad en el cargo y protección contra presiones externas.⁴¹

Establecida esta conclusión, la Corte directamente reiteró su jurisprudencia sobre jueces en situación de provisionalidad a fiscales y la hizo directamente aplicable al caso concreto, consolidando la regla según la cual

la separación del cargo de una o un fiscal provisional debe responder a las causales legalmente previstas, sean estas (i) por el acatamiento de la condición resolutoria a que se sujetó la designación

³⁹ Corte IDH. Caso Martínez Esquivia vs. Colombia. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Serie C No. 412, párrs. 83 y ss.

⁴⁰ Entre otros casos: *Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú* (párr. 133); *J. vs. Perú* (párr. 182) y *Favela Nova Brasília vs. Brasil* (párr. 185).

⁴¹ Corte IDH. Caso Martínez Esquivia vs. Colombia, párr. 94-95.

o nombramiento, como el cumplimiento de un plazo predeterminado por la celebración y conclusión de un concurso público de oposición a partir del cual se nombre o designe al reemplazante del o la fiscal provisional con carácter permanente, o (ii) por faltas disciplinarias graves o comprobada incompetencia, para lo cual habrá de seguirse un proceso que cumpla con las debidas garantías y que asegure la objetividad e imparcialidad de la decisión.⁴²

Así, concluyó que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención en perjuicio de Martínez, porque desconoció i) la garantía de nombramiento, pues la indeterminación del acto de nombramiento la puso en una situación de inestabilidad al no haberse establecido un plazo, y ii) la garantía de inamovilidad, toda vez que el acto de destitución no estuvo debidamente motivado y se fundó en un criterio indeterminado, como el de necesidades de buen servicio, que no tenía elementos suficientes para ser considerada como una condición resolutoria válida a la luz de la Convención. Por este último argumento la Corte también consideró vulnerado el artículo 23.1, inciso c, entendido como derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad.

Nuevamente en esta ocasión el Tribunal amplió el alcance del estándar establecido en relación con los artículos 8.1 y 23.1, inciso c, para lo cual tomó como base su propia jurisprudencia, así como otros instrumentos del derecho internacional, todos de derecho blando. No obstante, se debe señalar que no hubo una argumentación especialmente amplia sobre la asimilación de la función fiscal a la judicial, más allá de considerar que ésta por sí misma debería ser ejercida con independencia. Tampoco se estudió el grado en el cual estos criterios debían ser asimilados, es decir, si las garantías se deben aplicar a jueces y fiscales en la misma forma. No obstante, el estándar cobró pleno valor jurídico cuando fue textualmente reiterado y aplicado en el caso *Casa Nina vs. Perú* de 2020.

⁴² *Ibidem*, párr. 99.

III. Conclusión preliminar

Ahora bien, a partir de la reconstrucción de los casos relacionados con la independencia judicial, es posible extraer algunas conclusiones relevantes para el objeto del presente trabajo. En primer lugar, que los estándares se construyen a partir de un texto convencional: en este caso el artículo 8.1 de la Convención que establece el derecho a contar con una autoridad judicial independiente e imparcial.

En segundo lugar, que los estándares, aunque inicialmente guardan cierta relación con las circunstancias fácticas del caso, de forma paulatina adquieren un mayor grado de abstracción en su formulación y son presentados como un conjunto de reglas que se desprenden del texto convencional inicialmente interpretado. En efecto, los estándares relacionados con la independencia judicial, aunque inicialmente mencionados en el marco de un juicio político a magistrados de un Tribunal Constitucional, luego son precisados y aplicados para los casos de jueces en provisionalidad y finalmente terminan extendiéndose a fiscales.

En tercer lugar, que en la construcción del estándar tienen un papel relevante distintos instrumentos internacionales que no necesariamente tiene un carácter vinculante, tales como principios elaborados por relatores especiales de las Naciones Unidas, decisiones adoptadas por órganos de los tratados del sistema universal e incluso por decisiones adoptadas por otros tribunales, tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Todo lo anterior nos lleva a afirmar que la construcción de los estándares por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una mayor proximidad con el maximalismo que con el minimalismo, como teorías que explican la construcción del precedente, en los términos que fueron previamente expuestos, por un lado, y por otro lado, que la Corte suele seguir sus propios estándares, aunque a veces no quedan muy claros los criterios a partir de los cuales considera que deben ser extendidos a nuevos

casos ni las razones por las cuales debe apartarse de éstos, lo que ha dado lugar a algunas críticas.⁴³

D. El precedente vertical: la doctrina del control de convencionalidad

En el apartado previo se hizo referencia a la creación y aplicación de estándares por parte de la Corte Interamericana. Ahora bien, dicho Tribunal también defiende una tesis fuerte sobre la vinculatoriedad de sus precedentes en relación con las autoridades legislativas, judiciales y administrativas de los Estados parte de la Convención y que han aceptado su jurisdicción, esta tesis fuerte del precedente corresponde en definitiva a la figura del control de convencionalidad.

En efecto, aunque el control de convencionalidad ha sido abordado por distintos autores y desde distintas perspectivas,⁴⁴ en definitiva corresponde a una postura de la Corte IDH sobre el carácter vinculante de su

⁴³ Por ejemplo, el manejo que da la Corte a la interpretación del derecho a la libertad de expresión en los casos *Kimel vs. Argentina* y *Memoli vs. Argentina*. Sobre el punto, véase Zavala, María, "Atrapa-da entre sistemas legales: valor del precedente para la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 48, 2020, pp. 1-27. Disponible en: «http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2301-06652020000103114&script=sci_arttext».

⁴⁴ González, Pablo, Reyes, Natalie y Zúñiga, Marcela, *La doctrina del control de convencionalidad y su aplicación en algunas experiencias nacionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2016; González, Pablo, "La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad", *Estudios Constitucionales*, año 15, núm. 1, 2017, pp. 55-98, Disponible en «<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100003>»; Ferrer, Eduardo, "El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXII, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2016, pp. 337-356; Ibáñez, Juana, "El control de convencionalidad y la consolidación del Ius Commune interamericano", en Ferrer, Eduardo, Von Bogdandy, Armin y Morales, Marinela (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Heidelberg, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/ Instituto Max Planck de Derecho Público y Derecho Internacional Público, 2020, pp. 385-413; Dulitzky, Ariel, "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015; García, Sergio, "Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales): algunas cuestiones relevantes", en *El futuro del sistema interamericano de los derechos humanos. Documento de trabajo no. 3*, The Center for Civil and Human Rights, University of Notre Dame, 2014, pp. 1-33. Disponible en: «<https://klau.nd.edu/assets/134036/garciaramirezspan.pdf>».

jurisprudencia, como tribunal autorizado para interpretar y aplicar la Convención. Entonces, al menos desde la perspectiva de la Corte IDH ella es quien tiene la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos convencionales y por lo tanto las autoridades nacionales de los Estados parte de dicho instrumento estarían obligadas a seguir su precedente. Lo que sostenemos es que, además de encontrarse fundada en la interpretación de algunas normas convencionales y en la jurisprudencia del tribunal, la figura del control de convencionalidad también responde a la práctica de la Corte de entenderse vinculada por sus propias decisiones, expresada en el acápito inicial.

La citada figura fue introducida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. En éste la Corte censuró la postura de los jueces chilenos que no habían aplicado su precedente en relación con las amnistías o indultos a graves violaciones de derechos humanos, que había fijado desde el caso *Barrios Altos vs. Perú*. Es decir, la Corte entendió que los precedentes fijados en un caso en relación con Perú eran aplicables en relación con otro Estado parte de la Convención (Chile), y que las autoridades judiciales chilenas estaban obligadas a aplicarlo.

El Tribunal señaló:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos

Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁴⁵

Al margen de ciertas particularidades de la fórmula empleada en esa ocasión, las cuales no dejan de suscitar alguna perplejidad —tales como que las leyes contrarias al objeto y fin de la Convención carecen desde "un inicio" de efectos jurídico; es decir, una supuesta eficacia *ex tunc* de las disposiciones convencionales—, en esencia los rasgos definitorios de la figura se mantendrán a lo largo del tiempo, y en casos posteriores lo que ha hecho la Corte es ir precisando el alcance de la figura.

I. Fundamento de la figura del control de convencionalidad

Aunque la Corte no ha sido explícita al identificar los preceptos convencionales en los cuales se funda el control de convencionalidad, a partir de su línea jurisprudencial en la materia se pueden destacar como base normativa de dicha figura los artículos 1.1, 2 y 68.1 de la CADH y en el principio complementariedad que inspira su labor. Así como los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El artículo 1.1 de la CADH consagra las obligaciones estatales de respeto y garantía. En virtud de la primera, los Estados se encuentran directamente obligados a cumplirla, y en ese sentido sus agentes tienen prohibido violar directa o indirectamente los derechos y libertades convencionales, ya sea mediante acción u omisión.⁴⁶ De manera específica, la Corte ha

⁴⁵ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 124.

⁴⁶ Ferrer, Eduardo y Pelayo, Carlos, "La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana: análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano", *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 141-192. Disponible en: «<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200004>».

indicado que "Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal".⁴⁷

La obligación de garantía, por su parte, se refiere al deber de los Estados de asegurar, a través de su aparato estatal, los derechos y libertades previstos en la CADH, respecto de las violaciones que tengan origen en posibles acciones u omisiones tanto de agentes estatales como de particulares.⁴⁸ En ese sentido, se encuentra estrechamente relacionado con las acciones de prevención, investigación y sanción.⁴⁹

Adicionalmente, el artículo 2 de la CADH establece la obligación de los Estados de adecuar su ordenamiento interno a la Convención. Esta cláusula es un lugar común en la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos, sin embargo, como ha señalado González,⁵⁰ la Corte Interamericana le ha dado una particular interpretación a ese precepto y ha entendido que no se trata de una prescripción de carácter programático, sino de un mandato cuyo incumplimiento puede dar lugar a declarar la responsabilidad internacional de los Estados.⁵¹

Desde esa perspectiva, la obligación de adecuar el ordenamiento interno implica tanto la supresión de normas o prácticas contrarias a los derechos convencionales, como la expedición de normas y desarrollo de prácticas para su adecuada observancia.⁵² Lo anterior significa en lo que refiere a

⁴⁷ Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 143.

⁴⁸ Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400., párr. 208.

⁴⁹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4., párr. 166.

⁵⁰ González, Pablo, *op. cit.* p. 70,

⁵¹ Corte IDH. Caso Gorioitía vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382., párr. 55.

⁵² Corte IDH. Caso Gorioitía vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382., párr. 55.

las autoridades judiciales nacionales que éstas deberán, en el marco de sus competencias, inaplicar normas del derecho interno cuando sean contrarias a la CADH o a la jurisprudencia de la Corte, y realizar una interpretación conforme entre las normas nacionales y las del derecho interamericano.

Por otra parte, al artículo 68.1 de la CADH consagra la obligación de los Estados de acatar las decisiones emitidas por la Corte en todos los casos en que sean parte. A partir de allí la Corte ha entendido que sus sentencias hacen tránsito a cosa juzgada y que por lo tanto también tienen un carácter vinculante en relación con las autoridades nacionales del Estado condenado.⁵³

Ahora bien, la cosa juzgada convencional en principio sería diferenciable del control de convencionalidad, pues como se señaló previamente este último implica el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte para las autoridades de todos los Estados parte de la CADH, más allá de los alcances de la sentencia para un Estado en particular en un caso concreto.⁵⁴

En lo referente al principio de complementariedad debe tomarse en consideración que la Corte reconoce que la jurisdicción internacional no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. En este sentido, las autoridades nacionales deben ejercer un control de convencionalidad "de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho

⁵³ Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 84. En esta resolución la Corte señaló: "Cuando en una sentencia de la Corte IDH se ha determinado la responsabilidad internacional de un Estado, la autoridad de la cosa juzgada produce, necesariamente, vinculación absoluta en la manera en que las autoridades nacionales del Estado condenado deben interpretar la norma convencional y, en general, el corpus juris interamericano aplicado en la sentencia que decide el caso. Esto significa que todos los órganos, poderes y autoridades del Estado concernido —legislativas, administrativas y jurisdiccionales en todos los niveles—, se encuentran obligadas por la sentencia internacional en sus términos, incluyendo los fundamentos, consideraciones, resolutivos y efectos que produce".

⁵⁴ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos".⁵⁵

Finalmente, respecto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se debe señalar que la Corte ha retomado en varias oportunidades estas normas en lo relacionado con las reglas para determinar el alcance de las obligaciones establecidas en la Convención. De manera especial, los artículos 26 y 27 que consagran los principios de buena fe y la imposibilidad de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales han sido utilizados por la Corte para interpretar los artículos 1.1 y 2 de la Convención en el sentido de señalar que los Estados parte se encuentran obligados a interpretar su derecho interno de conformidad con el *corpus iuris* interamericano.⁵⁶

II. Notas características del control de convencionalidad

La Corte ha considerado que el control de convencionalidad se adelanta respecto de todas las normas que componen el ordenamiento nacional, incluyendo las normas constitucionales. Así, por ejemplo, en el caso *Boyce vs. Barbados* relacionado con la previsión constitucional de pena de muerte, la Corte estableció que el Tribunal Constitucional de Barbados al determinar el alcance y contenido de la pena de muerte obvió adelantar un control que incluyera las normas convencionales.⁵⁷ Igualmente, en el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* encontró que el Tribunal Constitucional de República Dominicana había omitido realizar un debido control de convencionalidad en la interpretación las normas constitucionales que regulaban la nacionalidad.⁵⁸

⁵⁵ En el mismo sentido, el caso *Petro Urrego vs. Colombia* (párr. 103).

⁵⁶ Ferrer, Eduardo y Pelayo, Carlos, *op. cit.*

⁵⁷ Corte IDH. Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 74.

⁵⁸ Corte IDH. Caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 311.

En el mismo sentido, en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, la Corte constató que la Constitución colombiana contenía una disposición que aunque en principio podía considerarse que vulneraba la Convención, admitía una interpretación conforme, que debía ser preferida en el orden interno en virtud de la figura del control de convencionalidad.⁵⁹

Sobre la forma en que se debe adelantar el control de convencionalidad, el Tribunal ha considerado que éste no sólo comprende la obligación de inaplicar normas contrarias a la Convención, que ha motivado las órdenes de adecuar su derecho interno en un plazo razonable,⁶⁰ sino también el de realizar una interpretación del ordenamiento interno de conformidad con la Convención.⁶¹

Respecto de las autoridades a las que corresponde adelantar el control de convencionalidad, la Corte inicialmente considero que debía ejercerse *ex officio*, en el marco de las competencias y regulaciones procesales del Poder Judicial.⁶² No obstante, de manera posterior, en el caso *Gelman vs. Uruguay* estableció que el control de convencionalidad no sólo obliga al Poder Judicial sino a todos los órganos e incluso implica que el Poder Legislativo debe crear normas que respeten las disposiciones del cuerpo obligacional interamericano.⁶³ Incluso en decisiones recientes ha considerado que también las autoridades de policía están obligadas por las normas convencionales y por las interpretaciones que de éstas hace el Tribunal.⁶⁴

⁵⁹ Corte IDH. Caso *Petro Urrego vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párr. 112.

⁶⁰ Entre otros casos: Corte IDH. Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260., (párr. 331); *aso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* (párr. 64).

⁶¹ Corte IDH, Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N.º 209, párrs. 339-340.

⁶² Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

⁶³ Entre otros casos: *Gelman vs. Uruguay* (párr. 193); 12 casos guatemaltecos. Resolución de supervisión de cumplimiento de 24 de noviembre de 2015 "Respecto de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos" (párr. 41); *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (párr. 43).

⁶⁴ Corte IDH. Caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párr. 100.

Como consecuencia es dable sostener que todas las autoridades estatales se encuentran obligadas a realizar control de convencionalidad. Esta obligación debe ser acatada por ellas en el marco de sus competencias y consiste en i) realizar interpretación conforme entre las normas nacionales y el *corpus iuris* interamericano, ii) inaplicar las normas que no admitan dicha interpretación conforme y iii) adecuar el ordenamiento interno a la Convención, mediante la adopción de normas que sean acordes con dicho instrumento internacional.

III. Conclusión preliminar

Como se expresó en los acápites previos, la doctrina del control de convencionalidad tiene una estrecha relación con los criterios de aplicación del precedente, en tanto obliga a las autoridades del orden interno, en particular a las autoridades judiciales, a aplicar de manera directa los estándares establecidos en su jurisprudencia. De esta forma, en la práctica el Tribunal ha dotado sus decisiones de un valor normativo que supera las barreras del caso concreto, aplicando una doctrina del precedente vertical, entendiendo a los jueces del ámbito interno —y en general a las autoridades internas— como subordinados jerárquicamente en lo que se refiere a la aplicación de la Convención Americana.

Ahora bien, como se explicó, esta figura encuentra fundamentos convencionales, en particular, el artículo 2 de la CADH, no obstante, también deriva su existencia de la existencia práctica de una doctrina del precedente horizontal.⁶⁵

⁶⁵ Sobre este particular, resulta interesante revisar los pronunciamientos de la Corte Interamericana en el ejercicio de su función consultiva, en los cuales ha señalado la necesidad de la utilización de la jurisprudencia como parámetro del control de convencionalidad como un mecanismo preventivo, que contribuye a evitar la vulneración de los derechos convencionales en el ámbito interno. En este sentido, la Corte Interamericana desde la OC-21/14 (Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21) ha venido señalando la importancia de los criterios interpretativos establecidos en sus opiniones consultivas para efectos del control de convencionalidad: "Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana

De manera adicional, es el carácter complementario de la jurisdicción de la Corte el que fundamenta la necesidad de que sus criterios sean asumidos con carácter vinculante por los Estados aunque éstos no hayan sido parte del proceso internacional.⁶⁶

Es así como se puede sostener que el hecho de que la Corte se sienta vinculada por su propio precedente justifica también que su jurisprudencia sea vinculante para todos los Estados parte, y un parámetro para realizar el control de convencionalidad. Los Estados tendrán la certeza de que mientras apliquen la Convención en los términos planteados por

sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es 'la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos'. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), *cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos*" (énfasis añadido). Esta tesis fue reiterada en posteriores decisiones: Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal-interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23. Párr. 29; Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24. Párr. 27; La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 59.

⁶⁶ Sobre el punto, el Tribunal ha señalado: "De lo anterior se desprende que en el sistema interamericano existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí" (Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 143, y caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador, párr. 75).

la Corte, estarán acatando adecuadamente sus compromisos internacionales. Se trata de una suerte de utilización del principio de precedente vertical, que está llamado a aplicarse especialmente por los altos tribunales de los Estados parte, aunque no exclusivamente por éstos.⁶⁷

E. Conclusiones

Dada la naturaleza jurisdiccional de la Corte Interamericana, el estudio de reglas jurídicas aplicables para la solución de los casos sometidos a su competencia resulta fundamental. Por lo anterior, en este trabajo se adelantó un análisis del valor jurídico del precedente, tomando en cuenta como criterio base la práctica de la Corte, pues tal como ocurre en el ámbito de otros tribunales internacionales, desde el punto de vista de los tratados que les confieren competencia, la jurisprudencia no tiene aplicación fuera del caso concreto. No obstante, en el ejercicio de sus funciones contenciosas y consultivas, dichos órganos, incluida la Corte Interamericana, han reconocido la relevancia de consolidar reglas jurisprudenciales como un mecanismo para dotar de mayor certeza el proceso internacional, satisfacer los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, dotar de legitimidad su labor y promover en la mayor medida de lo posible el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Específicamente se estudió el alcance y contenido de la noción de precedente en dos direcciones. De una parte, el precedente horizontal, es decir, la construcción y aplicación de reglas jurisprudenciales por parte de la propia Corte IDH. A partir del análisis de las decisiones emitidas en casos relacionados con independencia del Poder Judicial, se identificó una tendencia marcada a reconocer un carácter vinculante a sus decisiones previas. Igualmente, se evidenció que los estándares de la Corte IDH

⁶⁷ Vergottini, Giuseppe y García, J., "Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2010, pp. 381-385. Disponible en: «<https://www.jstor.org/stable/24886548>».

son una forma de precedente propia de la teoría maximalista tanto respecto de su construcción como de su aplicación, toda vez que no parten de un problema jurídico para determinar la regla que gobierna el caso, sino que se caracterizan por tener una formulación abstracta, fundada en una interpretación general de la norma convencional. Adicionalmente, se observó que los estándares como una modalidad de precedente están llamados a aplicarse en la solución de casos posteriores por su relación con los asuntos jurídicos que se debaten, más que por su relación con los elementos fácticos.

Lo anterior puede resultar problemático, especialmente en la determinación de los límites para la aplicación de los estándares. En este sentido, se debe reconocer que no existe una doctrina en la Corte que defina criterios para identificar los estándares propiamente tales como *obiter dictum* o *ratio decidendi* o los criterios con base en los cuales son aplicables o inaplicables a un caso en particular el *distinguish* u *overruling*. No obstante, puede sostenerse que la Corte, por regla general, se entiende fuertemente vinculada por sus decisiones previas y desarrolla una argumentación en los casos en que considera necesario apartarse de ellas, aunque el uso de los precedentes no ha estado exento de críticas.

Ahora bien, en lo que se refiere a la aplicación del precedente vertical, se estudió la figura del control de convencionalidad. Se explicaron su fundamento y características, y se entendió como una obligación a cargo de todos los Estados miembro de la Convención realizar una aplicación consistente del derecho internacional en el derecho interno, tomando en cuenta no sólo los tratados internacionales que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino también las interpretaciones que de ellos haga la Corte en su jurisprudencia. En este sentido, las reglas jurisprudenciales establecidas por el Corte resultan vinculantes para las que podrían considerarse autoridades de inferior jerarquía en el ámbito de competencias establecidas por la Convención, que son las autoridades judiciales del orden interno.

Bibliografía

Libros, capítulos de libros y artículos de investigación

Benavides-Casals, María, "El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 27, 2015, pp. 141-166. Disponible en: «<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-27.eeos>».

Cyphers, Lauren, "Maximalist decision making: when maximalism is appropriate for appellate courts", *West Virginia Law Review*, vol. 123, 2020, pp. 611-643. Disponible en: «<https://researchrepository.wvu.edu/wvlr/vol123/iss2/9>».

Djajic, Sanja, "The concept of precedent at the European Court for Human Rights and national responses to the doctrine with special reference to the Constitutional Court of the Republic of Serbia. Harmonization of Serbian and Hungarian law with the European Union law", *Faculty of Law Novi Sad Publishing Center: Novi Sad*, vol. VI, 2018, pp. 223-240. Disponible en: «<https://ssrn.com/abstract=3503002>».

Dulitzky, Ariel, "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015.

Ferrer, Eduardo, "El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXII, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2016, pp. 337-356.

Ferrer, Eduardo y Pelayo, Carlos, "La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la corte

interamericana: análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano", *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 141-192. Disponible en: «<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200004>».

Fon, Vinci y Parisi, Francesco, "Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis", *International Review of Law and Economics, Forthcoming*, vol. 26, núm. 1, 2006. Disponible en: «<http://ssrn.com/abstract=534504>».

García, Sergio, "Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales): algunas cuestiones relevantes", en *El futuro del sistema interamericano de los derechos humanos. Documento de trabajo no. 3*, The Center for Civil and Human Rights, University of Notre Dame, 2014, pp. 1-33. Disponible en: «<https://klau.nd.edu/assets/134036/garciaramireziaspan.pdf>».

González, Pablo, "La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad", *Estudios Constitucionales*, año 15, núm. 1, 2017, pp. 55-98, Disponible en «<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100003>».

González, Pablo, Reyes, Natalie y Zúñiga, Marcela, *La doctrina del control de convencionalidad y su aplicación en algunas experiencias nacionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2016.

Guillaume, Gilbert, "The use of precedent by international. Judges and arbitrators", *Journal of International Dispute Settlement*, núm. 1, vol. 2, 2011, pp. 5-23. Disponible en: «<https://doi.org/10.1093/jnlids/idq025>».

Hitters, Juan, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de

constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre, 2008, pp. 131-156. Disponible en: «<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>».

Horty, John, "Rules and reasons in the theory of precedent", *Legal Theory*, vol. 17, núm. 1, 2011, pp. 1-33. Disponible en: «<https://doi.org/10.1017/S1352325211000036>».

Ibáñez, Juana, "El control de convencionalidad y la consolidación del Ius Commune interamericano", en Ferrer, Eduardo, Von Bogdandy, Armin y Morales, Marinela (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Heidelberg, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Instituto Max Planck de Derecho Público y Derecho Internacional Público, 2020, pp. 385-413.

Lecis, Anna y Groppi, Tania, "El uso de precedentes extrasistémicos entre la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una investigación empírica", *Iuris dicto*, vol. 21, 2018, pp. 29-47. Disponible en «<http://dx.doi.org/10.18272/iu.v21i21.1136>».

Lupu, Yonatan y Voeten, Erik, "The role of precedent at the European Court of Human Rights: a network analysis of case citations", Paper 12, 2010. Disponible en «http://opensiuc.lib.siu.edu/pnconfs_2010/12».

Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa/UNAM, 2012.

Siegel, Neil, "A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar", *Michigan Law Review*, vol. 103, núm. 8, 2005, pp. 1951-2019. Disponible en: «<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol103/iss8/1>».

Simpson, Alfred W. B., "The ratio decidendi of a case and the doctrine of binding precedent", *Oxford Essays in Jurisprudence*, 1961, pp. 148-175.

Sodero, Eduardo, "Sobre el cambio de los precedentes", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. 21, núm. 1, 2004, pp. 217-254. Disponible en: «http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000200008».

Stone, Alec, "On the constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court", *Faculty Scholarship Series from Yale University*, núm. 71, 2009, pp. 1-14. Disponible en: «https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1070&context=fss_papers».

Sunstein, Cass, "Beyond judicial minimalism", Harvard Public Law Working Paper No. 08-40; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 237; U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 432; Harvard Law School Program on Risk Regulation Research Paper No. 08-6, 2008. Disponible en: «<http://ssrn.com/abstract=1274200>».

Sunstein, Cass R., *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Boston, Harvard University Press, 1999.

Tara, Grove, "The structural case for vertical maximalism", *Cornell Law Review*, vol. 95, núm. 1, 2009, pp.1-59, Disponible en: «<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol95/iss1/7>».

Torres, Anibal, "La jurisprudencia como fuente del derecho", *Revista Institucional Academia Peruana de la Magistratura*, núm. 3, 2008, pp. 223-239.

Vergottini, Giuseppe y García, J., "Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones", *Revista Española de*

Derecho Constitucional, núm. 95, 2010, pp. 381-385. Disponible en: «<https://www.jstor.org/stable/24886548>».

Zavala, María, "Atrapada entre sistemas legales: valor del precedente para la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 48, 2020, pp. 1-27. Disponible en: «http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2301-06652020000103114&script=sci_arttext».

Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.

Corte IDH. Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C N° 330.

Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

Corte IDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266.

Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

Corte IDH. Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333.

Corte IDH. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

Corte IDH. Caso Gorigoitiá vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382.

Corte IDH. Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

Corte IDH. Caso Martínez Esquivia vs. Colombia. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Serie C No. 412.

Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.

Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Resolución del presidente de 28 de mayo de 2019. "Medidas urgentes y supervisión de cumplimiento de sentencia".

Corte IDH. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2018.

Corte IDH. Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406.

Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209.

Corte IDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 31. Opinión Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22., párr. 26. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador).

Corte IDH. 12 casos guatemaltecos. Resolución de supervisión de cumplimiento de 24 de noviembre de 2015, "Respecto de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos".

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en
.....

