

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

**PRECEDENTES:  
UNA APROXIMACIÓN ANALÍTICA**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

# ÍNDICE

	Pág.
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	15
<b>CAPÍTULO I. A MODO DE INTRODUCCIÓN</b> .....	19
<b>CAPÍTULO II. UN POCO DE HISTORIA Y COMPARACIÓN SOBRE LOS PRECEDENTES Y LAS SUPUESTAS DIFERENCIAS ENTRE <i>CIVIL LAW</i> Y <i>COMMON LAW</i></b> .....	25
1. EL ORIGEN DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES EN EL <i>COMMON LAW</i> : SUS PRECEDENTES .....	26
1.1. ¿Qué es el « <i>common law</i> »?.....	26
1.2. Surgimiento y consolidación del <i>common law</i> .....	31
2. EL ORIGEN DE LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE EN EL <i>CIVIL LAW</i> : NUESTROS PRECEDENTES.....	40
2.1. Algunos antecedentes históricos .....	40
2.1.1. La Compilación Justiniana y la Ley de Citas de Valentiniano III .....	41
2.1.2. Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio.....	43
2.1.3. Algunos otros ejemplos modernos .....	45
2.2. Los procesos de codificación y el surgimiento de los tribunales de casación .....	45
3. DIFERENCIAS ENTRE LOS PRECEDENTES DEL <i>CIVIL LAW</i> Y AQUELLOS DEL <i>COMMON LAW</i> .....	55

	Pág.
3.1. Acceso, composición y número de casos decididos.....	56
3.2. Los presupuestos teóricos .....	60
3.3. Relación con los hechos.....	63
3.4. Necesidad de reiteración de la jurisprudencia y suficiencia de una decisión para formar precedente .....	66
3.5. Grado de vinculatoriedad y respeto por el autopercedente.....	70
<b>CAPÍTULO III. UN CONCEPTO DE PRECEDENTE .....</b>	<b>75</b>
1. PROBLEMAS PARA DEFINIR EL CONCEPTO DE «PRECEDENTE».....	76
1.1. La ambigüedad del término «precedente» .....	76
1.1.1. Una definición maximalista.....	76
1.1.2. Algunas definiciones intermedias.....	78
1.1.3. Algunas definiciones minimalistas.....	79
1.2. Ausencia de definición expresa .....	80
1.3. Pluralidad de definiciones dentro de una misma teoría .....	81
1.4. Pluralidad de términos .....	81
1.5. No explicitación del criterio de relevancia.....	82
2. TRES CRITERIOS PARA ELEGIR EL CONCEPTO DE PRECEDENTE.....	84
2.1. Usos lingüísticos comunes .....	84
2.2. Concepto meramente teórico .....	85
2.3. Idoneidad respecto de la teoría .....	88
3. LA EXTENSIÓN DEL CONCEPTO DE PRECEDENTE .....	89
3.1. El caso central de precedente: precedentes verticales descendentes .....	89
3.2. Precedentes no vinculantes .....	91
3.3. Precedentes de órganos judiciales no de cierre.....	92
3.4. Otras decisiones judiciales diferentes de la sentencia .....	94
3.5. Precedentes de órganos no judiciales.....	94
3.6. Precedentes de órganos legislativos y ejecutivos .....	96
3.7. Precedentes de órganos cuyas decisiones carecen de eficacia jurídica .....	97
3.8. Precedentes de órganos no públicos.....	98
4. UNA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE PRECEDENTE.....	99
4.1. «Decisiones» .....	100
4.2. «Jurisdiccionales» .....	103
4.3. «Dotadas de relevancia normativa» .....	106
5. LO QUE NO INCLUYE LA DEFINICIÓN .....	107

	Pág.
5.1. Decisiones pasadas.....	108
5.2. Similitud entre casos .....	110
5.3. Decisiones publicadas.....	113
6. EL PRECEDENTE COMO OBJETO .....	114
6.1. Argumento o criterio interpretativo.....	115
6.1.1. Precedentes no solo interpretativos .....	116
6.1.2. Diferentes tipos de autoridad .....	116
6.1.3. La persuasividad y el papel de los precedentes.....	117
6.1.4. Heterogeneidad de argumentos interpretativos con base en los precedentes .....	120
6.2. Modelo o ejemplo .....	121
6.2.1. El precedente como forma de transmitir normas me- diante el ejemplo .....	121
6.2.2. El precedente como modelo de decisión que no crea normas .....	123
6.3. Precedente como norma .....	126
6.3.1. Ontología e interpretación.....	126
6.3.2. Cambio de <i>ratio</i> sin cambio de precedente .....	127
6.3.3. Pluralidad de <i>rationes decidendi</i> .....	128
7. UNA BREVE CONCLUSIÓN PROVISIONAL .....	129
<b>CAPÍTULO IV. REGLA(S) DEL PRECEDENTE.....</b>	<b>131</b>
1. FORMAS DE EXISTENCIA DE LA REGLA DEL PRECEDENTE.....	133
2. OBLIGATORIEDAD GRADUAL DE LOS PRECEDENTES.....	139
2.1. Precedentes formalmente vinculantes y precedente <i>de facto</i> .....	140
2.2. Mera persuasividad .....	141
2.3. ¿Modular la obligatoriedad? .....	142
3. LA REGLA DEL PRECEDENTE COMO UNA NORMA DE OBLI- GACIÓN .....	145
3.1. Sanciones y nulidades .....	145
3.2. Algunos ejemplos de sanciones .....	148
3.3. Sanciones indirectas por no seguimiento de precedentes .....	150
4. LA REGLA DEL PRECEDENTE COMO NORMA PERMISIVA....	152
4.1. Calificaciones maximales y minimales al seguimiento de pre- cedentes.....	153
4.2. Las funciones de los permisos .....	155
4.3. El comportamiento protegido por la regla permisiva del prece- dente .....	156

	Pág.
5. LA REGLA DEL PRECEDENTE COMO UNA NORMA CONSTITUTIVA .....	158
5.1. La tesis de la exhaustividad.....	159
5.2. La tesis de la exclusividad.....	161
5.2.1. La identificación del tipo de norma como una cuestión interpretativa.....	162
5.2.2. Dos criterios de distinción: consecuencia y estructura...	163
6. LA REGLA DEL PRECEDENTE COMO NORMA DE (Y SOBRE LA) COMPETENCIA.....	164
6.1. Las normas de competencia como normas para la producción de normas .....	165
6.2. Dos reglas del precedente .....	167
6.2.1. La competencia para dictar precedentes .....	168
6.2.2. La regla del precedente como norma que condiciona el contenido de las decisiones jurisdiccionales .....	169
7. LA REGLA DEL PRECEDENTE COMO NORMA QUE LIMITA LA VALIDEZ DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES .....	170
7.1. Validez como regularidad de la decisión jurisdiccional .....	170
7.2. Validez como aplicabilidad de la norma individual producida por la decisión jurisdiccional que sigue (o no) el precedente ....	172
7.3. Diferentes tipos de condiciones respecto del seguimiento y del no seguimiento de la regla del precedente .....	173
7.3.1. Tipos de condiciones .....	174
7.3.2. Seguir o no seguir el precedente .....	176
8. DIFERENTES TIPOS DE ACCIÓN Y DE CONSECUENCIA NORMATIVA REGULADOS POR LA REGLA DEL PRECEDENTE.....	176
8.1. El antecedente de la regla del precedente .....	177
8.1.1. «Seguir el precedente» como contenido de la regla del precedente: el objeto .....	177
8.1.2. «Aplicar el precedente»: la acción .....	179
8.1.3. Otros comportamientos regulados por la regla del precedente.....	180
8.2. Otras consecuencias asociadas a la regla del precedente .....	182
9. OTRAS REGLAS «SOBRE» LOS PRECEDENTES .....	183
9.1. La regla que habilita para establecer excepciones a los precedentes .....	184
9.1.1. La competencia para dejar de aplicar la <i>ratio</i> de un precedente.....	186
9.1.2. La competencia para dictar un nuevo precedente especial .....	186

	Pág.
9.2. La regla que habilita para derogar precedentes.....	187
9.3. La regla que dota de competencia a un órgano para sindicar decisiones por violación del precedente .....	188
10. LA RELEVANCIA DE LA REGLA DEL PRECEDENTE.....	190
10.1. Tres sentidos de «relevancia normativa».....	190
10.2. Dos formas de reconstruir la relevancia normativa de los precedentes.....	193
10.2.1. La regla del precedente como norma que concede competencia para dictar normas válidas o aplicables.	194
10.2.2. La regla del precedente como norma que modifica el estatus normativo de las decisiones jurisdiccionales.	195
10.2.3. Diferencia entre ambas reconstrucciones.....	196
<b>CAPÍTULO V. <i>RATIO DECIDENDI</i> (Y <i>OBITER DICTA</i>).....</b>	<b>201</b>
1. <i>RATIO DECIDENDI</i> COMO NORMA .....	202
1.1. La <i>ratio decidendi</i> como norma producto de la interpretación de la decisión jurisdiccional.....	203
1.2. Diferentes tipos de normas como <i>rationes decidendi</i> .....	206
1.2.1. Principios, reglas y razones subyacentes .....	208
1.2.2. Normas prescriptivas y normas constitutivas.....	212
2. CONCEPTOS DE <i>RATIO DECIDENDI</i> .....	214
2.1. Algunos ejemplos de definición de <i>ratio decidendi</i> .....	214
2.2. Concepto estructural de <i>ratio decidendi</i> .....	217
2.3. Concepto normativo de <i>ratio decidendi</i> : eficacia, generalidad y abstracción .....	219
2.3.1. Generalidad y abstracción.....	220
2.3.2. Eficacia de la <i>ratio decidendi</i> .....	222
3. DÓNDE BUSCAR LA <i>RATIO DECIDENDI</i> .....	224
3.1. Parte justificativa.....	225
3.2. Hechos del caso.....	226
3.3. Votos concurrentes y disidentes .....	228
3.4. Enunciados generales iniciales y finales .....	229
3.5. Notas a pie de página .....	230
3.6. Fuera de la decisión jurisdiccional.....	231
4. DOS CONCEPTOS DE LA <i>RATIO DECIDENDI</i> ESTRUCTURAL: <i>RATIO DECIDENDI</i> OBJETIVA Y <i>RATIO DECIDENDI</i> SUBJETIVA.	232
4.1. Conceptos objetivistas de la <i>ratio decidendi</i> .....	233
4.1.1. <i>Ratio</i> objetiva-lingüística .....	234
4.1.2. <i>Ratio</i> objetivo-justificativa .....	234

	Pág.
4.2. Conceptos subjetivistas de la <i>ratio decidendi</i> .....	235
4.2.1. <i>Ratio</i> subjetiva de aplicación.....	236
4.2.2. <i>Ratio</i> subjetiva lingüística .....	237
5. MÉTODOS FÁCTICO-INDUCTIVOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LA <i>RATIO DECIDENDI</i> .....	239
5.1. La <i>ratio</i> como premisa mayor del silogismo práctico.....	240
5.2. El test de Wambaugh (y de Rupert Cross) .....	241
5.3. La reconstrucción de la <i>ratio</i> a través de los hechos de Goodhart.	242
5.4. MacCormick: la <i>ratio</i> como condición necesaria de una condición suficiente .....	244
6. MÉTODOS INTERPRETATIVO-TEXTUALES .....	245
6.1. Una cuestión previa: sobre el rechazo de los métodos interpretativo-textuales .....	246
6.2. Especialidad de los métodos interpretativos aplicados a las decisiones jurisdiccionales.....	249
6.3. El argumento literal.....	251
6.4. El argumento <i>a contrario</i> .....	253
6.5. El argumento intencionalista.....	254
6.6. El argumento sistemático .....	256
6.7. El argumento de la <i>reductio ad absurdum</i> (normal e invertido).	260
6.8. El argumento de autoridad .....	261
7. TRES PRESUPUESTOS DISCUTIBLES ACERCA DE LA IDENTIFICACIÓN DE <i>RATIONES DECIDENDI</i> Y DOS FORMAS DE INDETERMINACIÓN DE LA <i>RATIO DECIDENDI</i> .....	262
7.1. Tres dogmas (más o menos) implícitos sobre la interpretación de decisiones jurisdiccionales .....	263
7.1.1. Objetivismo interpretativo.....	263
7.1.2. Una sola <i>ratio decidendi</i> para cada precedente.....	264
7.1.3. <i>Ratio decidendi</i> como norma empleada en la justificación .....	266
7.2. Dos formas de indeterminación .....	269
7.2.1. ¿Qué enunciado expresa alguna <i>ratio decidendi</i> ?.....	269
7.2.2. ¿Qué norma expresa el enunciado?.....	270
7.2.3. Una sintética clasificación.....	271
8. IDENTIFICACIÓN INSTITUCIONAL DE LAS <i>RATIONES DECIDENDI</i> .....	272
8.1. Algunas precauciones previas .....	273
8.2. El acto normativo de identificación de <i>rationes decidendi</i> .....	275
8.2.1. La identificación de la <i>ratio</i> como acto de aplicación y de creación de normas.....	276

	Pág.
8.2.2. La identificación institucional de las <i>rationes</i> como un acto de elección .....	277
8.3. Sujeto que realiza la identificación .....	279
8.4. Documento de identificación .....	280
8.5. Identificación nominada e innominada de la <i>ratio</i> .....	282
8.6. Según la extensión de su formulación.....	283
8.7. Objeto de identificación: decisión o decisiones .....	283
8.8. Exhaustividad de la identificación .....	285
8.9. Valor normativo atribuido a la identificación institucional de <i>rationes decidendi</i> .....	286
8.9.1. ¿Están dotadas de relevancia normativa las identificaciones institucionales de <i>rationes</i> ?.....	286
8.9.2. Límites a la competencia de identificación institucional de <i>rationes decidendi</i> .....	287
9. LA DISTINCIÓN ENTRE <i>RATIO DECIDENDI</i> Y <i>OBITER DICTA</i> COMO UNA DISTINCIÓN DINÁMICA: UNA BREVE CONCLUSIÓN .....	289
<b>CAPÍTULO VI. EXISTENCIA Y DEROGACIÓN DE PRECEDENTES.</b>	<b>293</b>
1. EXISTENCIA DE PRECEDENTES .....	294
1.1. Existencia de decisiones jurisdiccionales .....	294
1.2. Existencia de precedentes .....	296
1.3. Existencia de <i>rationes decidendi</i> .....	300
2. CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LOS PRECEDENTES .....	301
2.1. Requisitos de la decisión.....	302
2.1.1. Órgano con funciones jurisdiccionales .....	302
2.1.2. Publicación.....	304
2.1.3. Justificación de la decisión jurisdiccional.....	309
2.2. Requisitos de la <i>ratio</i> .....	313
2.2.1. Número de votos sobre la <i>ratio</i> .....	313
2.2.2. Innovación de la <i>ratio</i> .....	317
2.2.3. Reiteración de la <i>ratio</i> .....	322
3. DEROGACIÓN DE PRECEDENTES.....	328
3.1. La competencia para crear y derogar precedentes .....	330
3.1.1. Distintas competencias.....	330
3.1.2. La necesidad de justificación explícita y específica de derogación del precedente.....	331
3.1.3. Fuerza activa y fuerza pasiva de los precedentes .....	334
3.1.4. Presencia en el ordenamiento del requisito de específica y explícita justificación.....	336

	Pág.
3.1.5. Un requisito ulterior para la derogación: suficiente similitud de casos.....	338
3.1.6. Una breve consideración sobre los precedentes negativos .....	340
3.2. El objeto de la derogación.....	341
3.3. «Derogación» impropia de precedentes .....	342
3.3.1. Por modificaciones legislativas .....	343
3.3.2. Por cambio en la identificación institucional de la <i>ratio decidendi</i> .....	347
3.3.3. Por <i>desuetudo</i> .....	349
3.4. Derogación propia de precedentes por otros precedentes .....	352
3.4.1. Efectos de la derogación propia: derogación del precedente e invalidez de la decisión .....	352
3.4.2. Tipos de derogación propia según su forma.....	355
3.5. Justificación de la derogación propia de precedentes .....	359
3.5.1. La decisión considerada precedente nunca fue válida...	360
3.5.2. Cambio de circunstancias socio-económicas y/o ético-políticas .....	361
3.5.3. Adaptación al derecho internacional .....	364
4. ANTINOMIAS ENTRE PRECEDENTES (Y CON OTRAS NORMAS JURÍDICAS) SIN EFECTO DEROGATORIO.....	367
4.1. Antinomias entre precedentes .....	368
4.2. Aplicabilidad de los criterios tradicionales de resolución de antinomias .....	371
4.2.1. Jerarquía .....	372
4.2.2. Temporalidad.....	376
4.2.3. Especialidad .....	378
4.2.4. Aplicabilidad de más de un criterio de resolución de antinomias .....	380
4.3. Ponderación de precedentes .....	381
4.3.1. Ponderación entre precedentes.....	381
4.3.2. Antinomias y ponderación de precedentes con otras normas .....	385
4.4. Formas de evitar la antinomia entre precedentes .....	388
<b>CAPÍTULO VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.....</b>	<b>391</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>403</b>

## AGRADECIMIENTOS

El presente libro es deudor de un número tal de comentarios, sugerencias y recomendaciones que es muy difícil hacerle justicia a todos aquellos quienes me han ayudado a elaborar este texto.

Ello en parte se debe a que este libro es el producto de varios años de investigación. En el año 2016 publiqué un primer trabajo en la revista *Doxa* («Sin precedentes. Una teoría escéptica de la regla del *stare decisis*») en el que pretendía presentar todos los problemas relativos a los precedentes. Como bien me sugirió un compañero de la Universidad Austral, antes que un artículo, parecía el índice de un libro. Supongo que tenía razón y en los cinco años siguientes me ocupé de analizar cada tema expuesto en dicho artículo con alguna profundidad.

Este proceso de investigación se enmarcó, en sus últimos años, en un proyecto de investigación Fondecyt del Gobierno de Chile (núm. 1180494) «Hacia una teoría del *stare decisis*». Durante ese proyecto, hubo varias personas que jugaron un papel clave. Iván Hunter Ampuero, coinvestigador del proyecto, me ayudó a mantener los pies en el suelo y en el propio derecho. María Beatriz Arriagada Cáceres, coinvestigadora del proyecto, ejerció de manera excelente y brillante su tarea de contrainvestigadora, sometiendo a una crítica tan aguda como feroz todas mis tesis. Si ella no me hubiese obligado a pensar y a repensar muchos temas, el resultado habría sido infinitamente peor. Solo tengo palabras de agradecimiento para ambos.

Además de ellos dos, el proyecto de investigación contó con dos becarios: Víctor García Yzaguirre y Juan Vío Vargas. Además de que ambos me han ayudado muchísimo facilitándome jurisprudencia y casos en los que apoyar mis tesis, la discusión de sus trabajos me ha dado cientos de ideas. A ellos hay

que sumar a Hugo Osorio, quien desde el derecho tributario me ha obligado a repensar muchos temas, además de proporcionarme también jurisprudencia desde el ámbito tributario.

Justo antes de la pandemia realicé una estancia de investigación algo atípica en la Universidad de Alicante, interrumpida precisamente por la pandemia. Sin embargo, aún así, fue especialmente fructífera. En Alicante desarrollé un primer borrador del libro. Tuve la oportunidad de discutir con todos los miembros del grupo alicantino mi trabajo, pero debo agradecer especialmente a Josep Aguiló, Isabel Lifante y Daniel González Lagier por la paciencia —rozando el infinito— que tuvieron.

Sin embargo, la versión definitiva de este trabajo fue redactada enteramente en la ciudad de Valdivia, en el sur de Chile, como profesor de la Universidad Austral de Chile. Quiero aprovechar para expresar mi agradecimiento a los miembros de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Austral de Chile, por haberme dado una gran oportunidad los casi nueve años que formé parte de dicha casa de estudios y por darme el tiempo para redactar este manuscrito. También por todo el apoyo que se me ha ofrecido a la hora de organizar los múltiples eventos desarrollados sobre los precedentes judiciales en estos años.

En los últimos años he publicado varios artículos relativos a diferentes aspectos de la teoría del precedente. Desde luego, existen algunas coincidencias entre la forma en la que abordé algunas cuestiones en dichos trabajos y el presente texto. Sin embargo, salvo alguna pequeña y concreta excepción en la que no he sabido decirlo mejor de como lo había dicho, prácticamente todo del presente texto responde a una nueva formulación. En muchos casos, además, he matizado o directamente corregido mis tesis al respecto.

También debo agradecer a todas las personas que, en estos años, me han invitado a participar como ponente en seminarios sobre el precedente. Por un lado, me han forzado a seguir pensando con mayor profundidad en los temas tratados y, por el otro, me han llevado a replantearme algunas de mis posiciones a través de agudas preguntas. La lista de lugares donde se me ha dado la oportunidad de expresar mis ideas es demasiado larga como para detallarlos todos.

Finalmente, hay diez personas a quienes les debo agradecer especialmente la lectura de partes de este libro. Mi director de tesis, Paolo Comanducci, ha vuelto a encontrar la paciencia necesaria para leerme. Sus comentarios han sido de lo más atingentes. Riccardo Guastini, uno de mis más queridos maestros, ha sido francamente amable al leer un texto tan largo. Roberto Jiménez Cano ha hecho un esfuerzo ímprobo para leerme, y solo puedo estarle enormemente agradecido. Manuel Vial-Dumas y Alberto F. Garay leyeron con gran atención los primeros capítulos, y sus recomendaciones, especialmente desde

el punto de vista de la historia del derecho, me ayudaron a afianzar mis tesis. Sandra Gómora Juárez fue una lectora de lo más amable, pero también fina, en un seminario organizado por la Universidad de Girona y en el que ella accedió a comentar parte de mi texto. Además, es bajo un proyecto cuya investigadora principal es la profesora Gómora Juárez que se ha terminado de corregir este libro (Proyecto Papiit «La autoridad del precedente judicial. Debates teóricos y problemas prácticos», núm. IN302422, de la Universidad Nacional Autónoma de México). Félix Morales Luna y Lorena Ramírez Ludeña fueron sumamente generosos y pacientes conmigo. Juan José Iniesta se tomó la molestia de leer y comentarme los múltiples desacuerdos que tenía con los presupuestos de mi trabajo. Carla Iuspa Santelices ha sido una implacable lectora tanto desde lo formal como desde lo sustantivo, no dejándome pasar ni una ambigüedad ni contradicción. A ellos debo añadir al evaluador o evaluadora externo por sus precisos comentarios que me han obligado a pensar más allá.

Hace más de diez años, Ester González Bertrán decidió embarcarse conmigo en una aventura en Chile, confiando ciegamente en mí. Mi esposa no solo ha hecho posible este libro, sino que siempre me ha acompañado en mis días buenos y en los —no pocos— días malos. Sin su amor, su cariño, su cuidado, su enorme paciencia conmigo, ni esta ni otras investigaciones, pasadas y futuras, ni habrían sido, ni serían, posibles. Algunas cosas no se pueden agradecer suficientemente.

## CAPÍTULO I

### A MODO DE INTRODUCCIÓN

El tema del precedente judicial, o el del valor vinculante de la jurisprudencia, son cuestiones que han sido ampliamente analizadas tanto en el ámbito del *civil law* como en aquel del *common law*. También han sido estudiados desde múltiples perspectivas en el ámbito jurídico. En efecto, se han examinado, al menos, desde el ámbito del derecho civil, del derecho penal, del derecho constitucional, del derecho administrativo, del derecho procesal, de la historia del derecho, de los estudios empíricos del derecho y, por supuesto, desde el ámbito de la teoría del derecho.

El presente trabajo se enmarca en el ámbito de la teoría analítica del derecho, especialmente aquella desarrollada en el ámbito latino —es decir, aquel propio de las lenguas romances— desarrollada por un importante y amplio grupo de investigadores que trabajan en España, Italia, Francia, Portugal y toda Iberoamérica. Se trata de una aproximación analítica debido a que se mantienen las tesis básicas de la filosofía analítica: la distinción entre ser y deber ser, entre lenguaje y meta-lenguaje y —con permiso de Quine— entre enunciados analíticos y enunciados sintéticos.

Se trata, además, de una investigación que concibe la teoría del derecho como una empresa meta-jurisprudencial, es decir, que parte del trabajo tanto de la dogmática jurídica como de las decisiones jurisdiccionales para comprender su objeto de estudio. Si bien no se ha descartado recurrir directamente a los textos jurídicos normativos y a la propia realidad empírica del derecho, la pretensión es llevar a cabo un trabajo de clarificación conceptual, pero precisamente a partir de los análisis de la dogmática jurídica. De este modo, el presente trabajo se orienta como un trabajo dirigido a clarificar aquello de lo

que ya ha dado cuenta, con diferentes suertes y éxitos, la propia dogmática jurídica o ciencia del derecho.

Este trabajo intenta colmar una parcial laguna en la literatura. No se trata, como ya he dicho, de que la cuestión del precedente o de la jurisprudencia vinculante no haya sido tratada. La literatura al respecto es abundante y buena, tanto en el ámbito del *civil law* como en aquel del *common law*. No obstante, me parece que todavía hay un camino que recorrer, debido a que algunas tesis y teorías propias de la aproximación analítica no han sido efectivamente aplicadas al ámbito de los precedentes jurisdiccionales. Por ejemplo: llama particularmente la atención que las teorías del sistema jurídico, de la derogación o de las normas no hayan sido aplicadas al ámbito de los precedentes jurisdiccionales.

Creo que tal ausencia de análisis con base en instrumentos y teorías que nos son cercanas se debe en parte a lo que llamaré el «caso central de precedente». En efecto, cuando la mayoría de los juristas, tanto del *civil law* como del *common law*, piensan en el significado del término «precedente», lo primero que se les viene a la cabeza es el sistema británico y el sistema estadounidense en los que, supuestamente, el seguimiento del precedente es obligatorio. Por su parte, en el ámbito del *civil law*, según esta tesis del caso central, los precedentes serían meramente persuasivos o, en el mejor de los casos, obligatorios, pero de manera aminorada.

Me parece que esta reconstrucción de los precedentes, tanto en el *civil law* como en el *common law*, se encuentra lastrada por la idea de «caso central del precedente» en nuestras culturas jurídicas. El error consiste en considerar que, para entender una determinada institución, es preciso comprender el caso central o paradigmático de la misma y, solo a partir de su correcta comprensión, intentar dar cuenta de los casos marginales. Considero que una aproximación como esta es poco conveniente en general, y lo es menos aún para el precedente en particular. La razón es que si adoptamos el punto de vista del caso central, consideraremos como subproductos de tal caso central las otras formas en las que funcionan los precedentes o la jurisprudencia vinculante.

La estrategia, en este sentido, será la inversa: en lugar de entender los casos marginales desde el caso central, se tratará de alumbrar el caso central desde los casos periféricos. La razón principal es que solo de esta manera podremos tener una correcta comprensión del caso central de los precedentes y de los propios casos periféricos. Solo si intentamos trazar límites conceptuales acerca de aquello que constituye o no un precedente, de cómo se determina su *ratio* o cuál es su comportamiento dinámico y estático, podremos darnos cuenta de cuáles son las características comunes de todos los tipos de precedentes. Delimitar es definir, y definir consiste en explicitar las propiedades que consideramos características, al menos en el uso lingüístico corriente de los juristas, de los términos.

Pero, ¿por qué una explicación basada en la observación de un objeto de estudio más amplia sería mejor que partir de un caso paradigmático? Cuando tomamos un caso paradigmático, lo hacemos con la intención de convertirlo en un modelo, en el sentido de que sirva para explicar más fenómenos que aquel que constituye el caso paradigmático. Ahora bien, en el ámbito del precedente esto ha producido dos problemas, a cual más grave.

En primer lugar, la aplicación del caso paradigmático a los casos periféricos ha producido explicaciones deficientes de los periféricos, en el sentido de que no ha permitido comprender adecuadamente cómo se desarrollaba la práctica y ha encorsetado a los operadores jurídicos en falsos dilemas en lugar de ofrecerles un mapa de las posibilidades disponibles. Al tratarse de aplicar el caso paradigmático a los casos periféricos se ha llegado a la conclusión de que estos últimos eran casos defectuosos, sin ofrecer mejor respuesta que la propia deficiencia de la realidad. Y esto constituye una explicación muy pobre. Dicho de otro modo: se ha llevado a cabo de una generalización indebida del modelo, y cuando la experiencia no encajaba con el modelo, se ha criticado la experiencia.

En segundo lugar, ni siquiera la propia explicación del caso paradigmático resulta adecuada. Si bien las explicaciones sobre el funcionamiento de los precedentes originadas en el *common law* no deben ser descartadas, conviene subrayar que tales análisis no se basan siempre precisamente en conceptos y categorías suficientemente claros. Por poner solo algunos ejemplos vistosos: la teoría de la derogación (*overruling*) de precedentes en el *common law* está basada en categorías sugerentes, pero de contornos muy poco claros, como aquellas de «*undermine a precedent*» o «*erode a precedent*»; se continúa considerando que los precedentes se justifican en la jerarquía judicial, obviando esa cosa llamada independencia judicial interna; se sigue afirmando que el seguimiento de precedentes es obligatorio cuando, si los jueces no siguen el precedente y hay alguna consecuencia prevista, aquella es la invalidez de la decisión y raramente la sanción al juez.

Una teoría que parte de un objeto de estudio más amplio, y que toma a los casos periféricos como casos normales, revisa la teoría para dar cuenta de la práctica del caso central y del caso periférico a la luz de lo que caracteriza a todos ellos. En el ámbito de la filosofía de la ciencia suele sostenerse que una teoría que es capaz de explicar un mayor número de casos (en lugar de considerarlos anomalías defectuosas) es considerada una teoría preferible a una que explica menos; además, al menos para el caso de los precedentes, se puede argüir que esta forma de aproximarse a los precedentes conserva más elementos de la teoría que las explicaciones alternativas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En particular, me refiero a que, al expandir el objeto de estudio, es posible emplear algunas categorías más generales que aquellas que se emplean para el estudio del caso central. Más en concreto,

Este trabajo también pretende colmar una laguna en un segundo sentido. En los últimos años se ha producido un pequeño *boom* editorial en relación con los precedentes judiciales, al que yo mismo he contribuido en alguna medida. No obstante, además de que hay algunas partes que no han sido suficientemente tratadas, es preciso señalar que se está produciendo una cierta novedad en nuestros ordenamientos jurídicos que hace necesaria una nueva mirada a este ya clásico tema. En efecto, tras los procesos de constitucionalización y convencionalización del derecho, se ha producido un posterior movimiento en nuestros ordenamientos y en las respectivas culturas jurídicas, que tiende a darle una mayor importancia al precedente.

Ello tiene perfecto sentido. El proceso de constitucionalización, con una serie de principios y derechos fundamentales que han permeado todas y cada una de las capas del ordenamiento —desde, evidentemente, el derecho constitucional hasta el derecho tributario, pasando por el derecho civil de contratos, el ambiental o el derecho procesal— sin duda ha aumentado el margen de discrecionalidad de los jueces, ya que con la constitucionalización de los ordenamientos tienen permitido, o es obligatorio, acudir a los principios que justifican las reglas todas vez que la aplicación de las última produzca resultados considerados poco convenientes; mejor dicho, los tribunales, y buena parte de la cultura jurídica occidental, han tomado los principios como el elemento estructurador —para la interpretación, para colmar lagunas, resolver antinomias, derrotar normas, etc.— de toda la práctica jurídica. Pese a la oportuna defensa de los principios frente a la seguridad jurídica, lo cierto es que los principios han sido percibidos por buena parte de la comunidad jurídica como una fuente inagotable de indeterminación normativa.

Ello ha producido una revalorización de los precedentes y de la jurisprudencia vinculante por dos razones diferentes. En primer lugar, si los jueces efectivamente tienen la competencia para no aplicar normas de rango legal en favor de principios y valores tanto constitucionales como internacionales, entonces parece buena idea instaurar un sistema de precedentes como mecanismo para aumentar la seguridad jurídica. Si los jueces —especialmente los órganos de cierre de cada ordenamiento— ya han ponderado y especificado los principios, es plausible considerar que deben mantenerse dichas ponderaciones a lo largo del tiempo y que los tribunales inferiores deban seguir dichas líneas.

---

al expandir el objeto de estudio más allá de las decisiones judiciales, nos podemos dar cuenta de que hay partes de la teoría general del derecho que permiten abordar el objeto de estudio. En efecto, y por poner solo dos ejemplos, gran parte de la literatura sobre los precedentes no ha empleado las teorías de la interpretación jurídica, así como la teoría de los sistemas normativos, para dar cuenta del funcionamiento de los precedentes, prefiriendo instrumentos formulados solo para ese objeto de estudio. Pues bien, una teoría que no implica que tengamos que dejar atrás parte de teorías —y, sobre todo, sus instrumentos— consolidadas en favor de instrumentos *ad hoc*, es también preferible en términos de filosofía de la ciencia.

En segundo lugar, dotar de valor normativo a la jurisprudencia y a los precedentes permite sujetar la discrecionalidad jurisdiccional en un sentido diferente. En efecto, si no queda más remedio que aceptar que la constitucionalización y la convencionalización del derecho ha producido que los jueces tengan mayor discrecionalidad (o que los jueces siempre han tenido tal discrecionalidad), conviene limitar aquella mediante el seguimiento de precedentes, pero también mediante reglas claras acerca de cuándo y bajo qué circunstancias las decisiones de los tribunales van a contar como precedentes. De esta forma, existe un interés en desarrollar tanto la legislación como el estudio del funcionamiento de los precedentes no únicamente porque ayude a solucionar las antinomias y a colmar las lagunas del ordenamiento, sino como mecanismo para la limitación del poder jurisdiccional. Frente al activismo de algunos tribunales, una de las formas de limitar su poder es, precisamente, regulándolo.

Este interés por los precedentes y la jurisprudencia vinculante no se ha producido únicamente por cambios graduales de carácter más o menos perceptibles. Por el contrario, no son pocos los ordenamientos del *civil law*, especialmente latinoamericanos, que han regulado explícitamente el valor de los precedentes. Por poner solo algunos ejemplos: el ordenamiento jurídico peruano ha regulado explícitamente los precedentes constitucionales, dotando a su Tribunal Constitucional de la competencia para establecer explícitamente qué decisiones cuentan como precedentes; el sistema brasileño de súmulas vinculantes es realmente complejo y sofisticado, tanto que no resulta fácil de sintetizar aquí; la Corte Suprema de la Justicia de la Nación de México tiene expresamente regulado el valor de sus propias decisiones, a las que da una enorme difusión mediante redes sociales y que resume mediante las así llamadas «tesis». En otros ordenamientos, dichas modificaciones han tenido un carácter jurisprudencial, al menos en primera instancia, como en Colombia, Ecuador o Argentina.

Mención aparte merece la atención que se presta a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien su vinculatoriedad para los Estados que no son parte de las concretas controversias se puede discutir, nadie duda de su relevancia. Es más, también las recomendaciones de órganos internacionales, que no son órganos jurisdiccionales en sentido estricto (como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), pero que atribuyen calificaciones normativas a actos o tipos de acciones, juegan un papel importantísimo.

Pero no se trata únicamente de un proceso latinoamericano, sino que también ha afectado al *civil law* europeo. Por un lado, en el ámbito europeo, nadie parece dudar del valor vinculante de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y menos aún de aquellas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Además, recientes modificaciones —como aquella de las sen-

tencias *testigo* a nivel europeo— van precisamente en esta misma dirección. Tampoco nadie duda del valor vinculante de las interpretaciones de los respectivos tribunales constitucionales. Pero, por otro lado, es preciso mencionar que la relevancia de las decisiones de los órganos jurisdiccionales de cierre de los ordenamientos europeos no es precisamente una idea nueva. En efecto, la idea de la relevancia de la jurisprudencia de las cortes y tribunales supremos es algo sobre lo que se ha discutido mucho, pero que nadie niega seriamente. Aquella podría tener un valor como fuente supletoria, de conocimiento o auxiliar, pero nadie parece estar dispuesto a afirmar que en dichos ordenamientos las decisiones pasadas son irrelevantes.

De ello es buena muestra el interés que producen las decisiones judiciales tanto entre los operadores del derecho como entre la propia dogmática. En efecto, sería muy difícil explicar la atención que se presta a las decisiones de los tribunales, incluida aquella de los medios de comunicación, si las decisiones judiciales fuesen relevantes solo para las partes del proceso.

Antes de adentrarnos en los orígenes del surgimiento de los precedentes, es necesario —aunque sea solo con carácter provisional— introducir una breve explicación acerca de qué son los precedentes. La pregunta, como se puede observar, no hace referencia a qué son los precedentes en ningún concreto ordenamiento, sino a aquello que entendemos por «precedente» cuando, por ejemplo: entre juristas de diferentes nacionalidades, nos preguntamos si en tal o cual sistema hay precedentes. Pues bien, lo que normalmente se entiende por «precedente» en estos contextos son ciertas decisiones jurisdiccionales (bien entendido: el texto en el que aparecen tanto la parte considerativa como aquella resolutive) dictadas por algún órgano que contienen una norma que es considerada como relevante para la resolución de otros casos.

En su momento, tendremos ocasión de adentrarnos en las sutilezas y matices de dicha definición, siendo por el momento suficiente la anterior definición para poder comenzar. Ahora bien, lo que conviene no hacer es confundir los propios precedentes —decisiones jurisdiccionales o, mejor dicho, los textos o expresiones orales mediante las que se manifiestan tales decisiones— con las normas generales allí contenidas (lo que suele ser llamado *ratio decidendi* o *holding*) ni con la norma que dota a dicha decisión de relevancia jurídica para otros casos (lo que suele ser llamado regla del precedente, y del que la regla del *stare decisis* es solo un tipo o ejemplo).

## CAPÍTULO II

### UN POCO DE HISTORIA Y COMPARACIÓN SOBRE LOS PRECEDENTES Y LAS SUPUESTAS DIFERENCIAS ENTRE *CIVIL LAW* Y *COMMON LAW*

Antes de analizar el concepto de precedente, es conveniente adentrarnos —aunque sea someramente— en la historia del surgimiento de la institución del precedente. Además, en este recorrido histórico también nos detendremos en el nacimiento de algunas instituciones propias del *civil law* que tienen características similares, y cumplen una función equivalente a los precedentes: fijar interpretaciones válidas e inválidas, así como colmar lagunas, resolver antinomias y establecer jerarquías entre normas. En este sentido, no se pretende realizar una reconstrucción histórica completa, ni novedosa, de los precedentes en ninguna de estas dos familias de ordenamientos, sino que se procurará mostrar algunos elementos que permitan comenzar a cuestionar la idea del caso central de precedente. A saber: la idea según la cual solo hay (y puede haber) precedentes en el *common law*, habiendo únicamente un modelo disminuido e imperfecto de precedentes en el *civil law*.

Es más, como veremos, ello nos permitirá observar que hay precedentes en el *civil law* anteriores a los precedentes del *common law* y también algunos ejemplos de precedentes estrictamente vinculantes. Recordemos lo dicho al final del anterior capítulo, y que será desarrollado en el siguiente: por «precedente» estoy entendiendo aquellas decisiones jurisdiccionales pronunciadas por algún órgano jurisdiccional, creado o reconocido por algún ordenamiento jurídico, y que contienen una norma que es considerada relevante para la decisión de otros casos. Adoptando esta definición, solo si comprendemos el modo y el momento en el que surgen respectivamente los precedentes en el *common*