

Dimensiones del precedente judicial: una metodología de estudio de la doctrina del precedente⁽¹⁾

Florencia S. Ratti Mendaña

Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, CABA, Argentina

✉ florenciaratti@uca.edu.ar



Fecha de recepción: 25/04/2020 - Fecha de aceptación: 04/06/20

Cómo citar este artículo: Ratti Mendaña, F. (2021). Dimensiones del precedente judicial: una metodología de estudio de la doctrina del precedente. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 11, N° 1 (enero-julio). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 75-107. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566. <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2021-v11n1a05>

Resumen: El artículo propone una metodología de abordaje del precedente que consiste en la delimitación y análisis de diferentes dimensiones en las que el precedente judicial se manifiesta. A las dimensiones delimitadas por Michele Taruffo se adicionan otras creadas por la autora que, en su conjunto, proporcionan el escenario completo de actuación del precedente judicial en un ordenamiento jurídico determinado. El abordaje teórico de cada dimensión se complementa con ejemplos concretos de su despliegue en diferentes ordenamientos. Ello permitirá alcanzar algunas conclusiones relevantes: a) el precedente no es utilizado en todos los sistemas jurídicos del mismo modo y tampoco es utilizado del mismo modo entre los distintos tribunales de un sistema jurídico; b) el estudio comparativo a través de las dimensiones propuestas podría ser fructífero para identificar fortalezas en el manejo del precedente con miras a la seguridad jurídica y a la protección de la igualdad.

Palabras clave: precedente judicial; dimensiones del precedente; doctrina del precedente; metodología; sistemas jurídicos.



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

(1) Este trabajo forma parte de las investigaciones desarrolladas en el marco del proyecto IUS 800 201901 00018 CT: "El precedente judicial en América Latina: análisis comparado", que se lleva a cabo en la Universidad Católica Argentina (UCA). Agradezco a Santiago Legarre y Nicolás Lafferriere por los comentarios efectuados a una versión preliminar. Los errores que persisten son de mi exclusiva responsabilidad.

Dimensions of precedent: a methodology to understand the doctrine of precedent

Abstract: This article evidences multiple ways in which judicial precedent is used in different legal systems. It shows that: a) precedent is currently used, one way or another, in every legal system but its use differs in each legal system and frequently it is used differently even between courts of the same legal system; b) a comparative analysis under the methodology hereby proposed would provide useful tools in order to address how to “treat like cases alike”. The main aim of this research is to set the conceptual framework for an adequate understanding and study of the doctrine of precedent. To do this, some dimensions of the doctrine of precedent will be added to those enumerated by Michele Taruffo and analyzed not only theoretically, but also under concrete examples of how they work in different legal systems —both of common law and civil law.

Key words: judicial precedent; precedent’s dimensions; doctrine of precedent; methodological analysis; legal systems.

Dimensões do precedente judicial: uma metodologia para o estudo da doutrina do precedente

Resumo: O artigo propõe uma metodologia de abordagem do precedente que consiste na delimitação e análise das diferentes dimensões em que o precedente judicial se manifesta. Às dimensões delimitadas por Michele Taruffo somam-se outras criadas pelo autor que, em conjunto, fornecem o cenário completo de atuação do precedente judicial em determinado ordenamento jurídico. A abordagem teórica de cada dimensão é complementada com exemplos concretos de seu desdobramento em diferentes ordenações. Isso permitirá chegar a algumas conclusões relevantes: a) o precedente não é usado em todos os sistemas jurídicos da mesma forma e não é usado da mesma forma entre os diferentes tribunais de um sistema jurídico; b) o estudo comparativo por meio das dimensões propostas pode ser frutífero para identificar os pontos fortes do tratamento do precedente com vistas à segurança jurídica e à proteção da igualdade.

Palavras-chave: precedente judicial; dimensões do precedente; doutrina do precedente; metodologia; sistemas legais.

1. Introducción

El mundo occidental se divide en dos grandes tradiciones jurídicas: el *common law* y el *civil law*.⁽²⁾ Frecuentemente se afirma que, mientras que en el *common law* la fuente primaria del derecho es el precedente, en el *civil law* es la ley (Gottheil, 1960; Bianchi, 2000).⁽³⁾ Tal afirmación encierra algo de verdad —cuanto menos, en el origen histórico de ambas tradiciones jurídicas—, pero ha quedado un poco vetusta: la tendencia al acercamiento se refleja con claridad

(2) “Sistema jurídico” y “tradición jurídica” son conceptos distintos, aunque muchas veces se emplean como sinónimos. Mientras que el sistema jurídico es el “conjunto operativo de reglas, órganos y procedimientos”, la tradición jurídica es el “conjunto de concepciones que subyacen y de actitudes que giran en torno a la naturaleza del derecho, de esas reglas, órganos y procedimientos” (Merryman y Pérez-Perdomo, 2007, p. 2).

(3) Aunque algunos señalan que, en realidad, en el *common law* no existe una teoría de las fuentes del derecho como tal (Bravo Hurtado, 2013, p. 553).

en la cantidad de *statutes* que se han incorporado a los sistemas del *common law* y en el progresivo reconocimiento de cierto valor a la jurisprudencia en los sistemas continentales. Esto último sucede, en especial, en relación con el precedente en materia constitucional, como se verá a través de los diversos ejemplos que se proporcionan en este trabajo.

Por otro lado, han ido surgiendo diferencias entre sistemas jurídicos que pertenecen a una misma tradición jurídica, lo cual dificulta catalogarlos estrictamente en una u otra y, a la vez, disipa el dualismo antagónico que acaso alguna vez existiera entre el *common law* y el *civil law*. En otras palabras, el modo de uso y el valor reconocido al precedente varían incluso entre los países que se ubican dentro del *common law*. Lo mismo sucede con países que pertenecen al *civil law* (MacCormick, 2016).⁽⁴⁾

Lo cierto es que, en la actualidad, los jueces (sin importar a qué sistema jurídico pertenecen) consultan y utilizan la jurisprudencia para tomar sus decisiones y fundarlas. El hábito judicial de revisar qué se ha dicho –e incluso qué han dicho ellos mismos– en casos anteriores que pudieran resultar análogos puede fundarse en múltiples razones: la naturaleza humana, que tiende a mirar hacia el pasado para resolver problemas del futuro; la pereza en analizar la cuestión jurídica de cero; la intención de evitar que la sentencia sea revocada por un tribunal superior; el reconocimiento de la autoridad del juez que ha dictado ese precedente; el convencimiento de que lo dicho anteriormente por otros jueces le obliga; o el cumplimiento de una norma jurídica que impone la obligación de seguir el precedente. Lo cierto es que, más allá de cuál sea la razón concreta que inspire ese hábito judicial, se trata de una práctica verificable tanto en los países del *common law* como en los del *civil law* y que, en virtud de ello, amerita ser reconocida y estudiada.⁽⁵⁾

El precedente es un concepto complejo que genera debates tanto en su significado como en las particularidades de su aplicación. Se vuelve necesario, por ende, examinar las diversas aristas que presenta una doctrina del precedente en cada sistema jurídico que le otorga al precedente judicial un cierto rol. Para alcanzar tal propósito, se utilizará el esquema de dimensiones del precedente identificado por Taruffo (2010), quien emprendió, con solidez, el intento de alcanzar “una relativa unidad de fenómenos que representan múltiples peculiaridades” (p. 7). A tal esquema se adicionarán nuevas dimensiones que lo amplíen, y que, en conjunto, dan lugar a una metodología inédita para abordar el precedente en los confines de un ordenamiento jurídico particular,⁽⁶⁾ a partir de

(4) Sobre la complejidad del término “precedente” y los diversos usos y significados que se le otorgan, incluso dentro de un mismo ordenamiento jurídico, igual sentido puede verse en Taruffo (2010, p. 6).

(5) Como señala Camarena (2019, p. 142), el debate acerca de la naturaleza del precedente o de la jurisprudencia como fuente jurídica en la tradición civilista ha revivido.

(6) Se dejará para futuras investigaciones el precedente emanado de instancias jurisdiccionales supranacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues el análisis del

la cual se podrá sentar las bases para posteriores análisis comparativos de los ordenamientos entre sí.

La metodología consiste, efectivamente, en la delimitación y análisis de las múltiples manifestaciones que el precedente asume en un ordenamiento jurídico determinado, a partir de la explicitación y el desarrollo de las “dimensiones del precedente”. El examen de cada una de estas dimensiones implicará no solo una aproximación terminológica y conceptual necesaria para una adecuada comprensión de la doctrina del precedente, sino también la ejemplificación de cada dimensión en diferentes ordenamientos jurídicos e, incluso, de sus variaciones dentro de un mismo ordenamiento.

2. Las dimensiones y la doctrina del precedente

Taruffo (2010) parte de la hipótesis de que el precedente se define, en cada ordenamiento, en función de la combinación de cuatro factores o como intersección de cuatro dimensiones:

- 1) la dimensión institucional;
- 2) la dimensión objetiva;
- 3) la dimensión estructural; y
- 4) la dimensión de la eficacia.

Le agregaré a esta clasificación cuatro dimensiones más, de mi autoría:

- 5) la dimensión del reconocimiento;
- 6) la dimensión temporal;
- 7) la dimensión de la variación; y
- 8) la dimensión axiológica.

Partiré de la tesis de que todas estas dimensiones, en su manifestación concreta dentro de cada ordenamiento jurídico, conforman una “doctrina del precedente”. Por “doctrina del precedente” se entiende la regla o conjunto de reglas que establece con precisión el valor de los precedentes judiciales en un ordenamiento jurídico determinado (o en una instancia judicial determinada) y el modo en que deben ser aplicados. No se trata solo de una regla de reconocimiento de la relevancia de los precedentes, sino que abarca otros matices, tales como las reglas para la derogación, modificación o interrupción de un precedente, los criterios para resolver sus antinomias y los mecanismos para la determinación de la ratio (Núñez Vaquero, 2018).

modo en que dichas decisiones judiciales se integran a cada ordenamiento nacional (en especial a partir de la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por dicha Corte) excede por mucho el objetivo de este trabajo.

2.1. Dimensión institucional: precedente vertical y precedente horizontal

Esta dimensión se relaciona con la estructura de la organización judicial, es decir, con la jerarquía y relación que existe entre los tribunales e instancias dentro de un sistema de justicia. En función de ella, el precedente se clasifica en vertical y horizontal.

2.1.1. Precedente vertical

La doctrina del precedente vertical se da en una estructura piramidal o jerárquica. Hace alusión al valor del precedente emanado de los órganos que están por encima respecto de aquellos que están por debajo.

En el *common law*, la obligatoriedad del precedente que emana de un tribunal superior es indiscutible,⁽⁷⁾ y se sustenta en la organización jerárquica del Poder Judicial (Curtis, 1978). En los sistemas del *civil law*, en cambio, no existe tal reconocimiento de obligatoriedad al precedente vertical por la mera existencia de jerarquía institucional entre los tribunales (muchas veces, incluso, se pone en duda la existencia de jerarquía dentro del Poder Judicial). Lo común es que, en aquellos casos en los que se otorga algún valor al precedente, se lo haga sobre la base de fundamentos que subyacen al *stare decisis*, tales como la “seguridad jurídica”, la “coordinación” o la “uniformidad en la interpretación”. A veces, hasta se apela al reconocimiento del órgano judicial que se ubica en la cima de la pirámide como una cierta “autoridad institucional”, pero, por lo general, ello no basta para consagrar un verdadero deber jurídico de seguirlo que impida a los jueces inferiores su modificación.

Por el contrario, en la tradición del *common law* hay incluso quienes sostienen que es erróneo emplear la expresión “*stare decisis* vertical” en referencia a la obligación de los tribunales inferiores de seguir el precedente del tribunal superior, puesto que tal obligación no deriva de fundamentos axiológicos tales como la necesidad de “estar a lo decidido” y “no alterar lo ya resuelto”, sino de la propia jerarquía que existe entre los tribunales y, en tal razón, sería esencialmente diversa del precedente horizontal (Healy, 2001). En esa línea, se utiliza la expresión “*stare decisis*” para referirse a la obligatoriedad del propio precedente (es decir, la dimensión horizontal), y “*hierarchical precedent*”, en alusión a la obligación de seguir el precedente emanado de un tribunal superior (Caminker, 1994).

2.1.2. Precedente horizontal y autoprecedente

La doctrina del precedente horizontal o “lateral” (Cárdenas, 1984, p. 764) alude al valor del precedente dentro de un mismo escalón de la pirámide judicial. Hay

(7) Aun así, en algunos sistemas del *common law*, el precedente vertical se está flexibilizando, como ocurrió en Canadá en materia constitucional, a partir de los precedentes Bedford y Carter, en los que la Suprema Corte autorizó a los tribunales inferiores a dejar de lado el precedente que ella había dictado si hubiera nuevas circunstancias sociales, económicas o políticas que desviarán dramáticamente los parámetros del debate ([2012] O.J. No. 1296, 2012 ONCA 186, 56 (Ont. C.A.) y 2015 SCC 5, [2015] 1 SCR 331).

quienes distinguen el precedente horizontal del “autoprecedente”, en el entendimiento de que el primero proviene de un órgano judicial de jerarquía coordinada, mientras que el último es aquel que proviene del mismo órgano judicial que debe aplicarlo (Gascón Abellán, 2016). Otros agrupan esas dos categorías dentro de la genérica “precedente horizontal”, y definen a este último como el precedente dictado por jueces de jerarquía coordinada –del mismo nivel– **incluidos ellos mismos** (Legarre y Rivera, 2006).

Para ejemplificar cómo funciona el precedente horizontal se tomará la estructura del Poder Judicial de la Nación en Argentina. Se trata de una organización piramidal en cuya cima se encuentra la Corte Suprema, por debajo las cámaras federales de apelaciones y, en la base, los juzgados federales.

En el ámbito de la Corte Suprema de Justicia argentina –tribunal único en su instancia y que actúa en pleno, es decir, no se encuentra dividido en salas o secciones– la doctrina del precedente horizontal estaría reducida al “autoprecedente”, es decir, se limita al valor y uso del precedente de la Corte por ella misma en casos posteriores. En este sentido, una doctrina del precedente horizontal obligatorio vincularía a la Corte exclusivamente consigo misma: implicaría que diera a los casos presentes igual solución jurídica que la que ha dado a los casos pasados semejantes.

En los juzgados federales de primera instancia, el precedente horizontal podría abarcar, por un lado, las decisiones que ese juzgado hubiera tomado en el pasado –el autoprecedente– y, por el otro, las decisiones judiciales que los demás juzgados de primera instancia de la misma jurisdicción hubieran tomado. Un precedente horizontal en sentido amplio podría ser la decisión de un juzgado de primera instancia de otra jurisdicción.

En las cámaras federales de apelaciones argentinas –instancia intermedia– la dimensión horizontal comprende también dos precedentes: por un lado, los precedentes emanados de órganos de jerarquía coordinada (por ejemplo, el valor del precedente de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata para la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata); por el otro, el precedente emanado del propio órgano judicial con anterioridad (que sería el “autoprecedente”, por ejemplo, el valor del precedente de la Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal para cualquiera de las salas de la misma Cámara). Pero, por tratarse de un órgano colegiado dividido en salas que resuelven controversias simultáneamente, ese último precedente se bifurca, a su vez, en dos manifestaciones:

- a) el valor del precedente de una sala para ella misma;
- b) el valor del precedente de una sala para las demás salas.

Aquella arista adicional se configura siempre que un único órgano judicial (en el ejemplo otorgado, la cámara) se componga de distintos grupos de jueces

(en el ejemplo, las salas). De este modo, la obligatoriedad del precedente horizontal en cada cámara –si existiera– podría bifurcarse en tres manifestaciones:

- a) el deber de una cámara de resolver el caso presente tal como otra cámara de apelaciones lo ha hecho en casos pasados;
- b) el deber de una sala de una cámara de resolver el caso presente tal como ella misma lo ha hecho anteriormente en casos pasados;
- c) el deber de una sala de una cámara resolver el caso presente tal como otras salas de la cámara que integra lo han hecho anteriormente en casos pasados.

Lo mismo ocurriría si el máximo tribunal del ordenamiento jurídico se dividiera en salas o secciones, lo cual se da en diversos países. En Chile, por ejemplo, donde la Corte Suprema se encuentra dividida en salas especializadas, si bien la tendencia general es la de un ordenamiento jurídico conservador y reticente a la incorporación del precedente vinculante (Bravo Hurtado, 2013; Accatino, 2002), un estudio jurisprudencial ha probado que, con la incorporación del recurso de unificación en materia laboral, la Sala de la Corte en esa materia ha venido siguiendo y reconociendo fuerza a su precedente horizontal (Díaz García, 2014).

Por principio general, el precedente horizontal posee mayor flexibilidad que el vertical, puesto que es el que se enfrenta con el desafío de asumir la evolución del derecho. Esto hace que tanto la Cámara de los Lores (House of Lords), en su momento, como la Suprema Corte de los Estados Unidos y la de Canadá hayan ido delineando circunstancias específicas que habilitan el apartamiento de su propio precedente.

El valor que se le atribuye al precedente horizontal puede variar de acuerdo con distintos factores, por ejemplo, según la instancia a la que pertenece el tribunal o la materia sobre la que versa. En el caso de Estados Unidos, respecto del precedente emanado de órganos de jerarquía coordinada en segunda instancia –es decir, entre cámaras federales de apelaciones pertenecientes a circuitos distintos–, solo se reconoce un deber de cortesía (*duty of comity*).⁽⁸⁾ En cambio, en relación con el precedente horizontal en sentido estricto, es decir, aquel que emanó de la propia cámara de apelaciones, la vinculatoriedad es prácticamente absoluta a partir de una regla que se conoce como “*law of the circuit*”.⁽⁹⁾

En la primera instancia (*district courts*) no se reconoce valor obligatorio a ningún tipo de precedente horizontal (Garner *et al.* 2016).⁽¹⁰⁾ Por último, en la Su-

(8) Según este deber, los precedentes de otros circuitos deben ser cotejados, valorados y respetados. Ha sido reconocido por la Suprema Corte como un instrumento importante para garantizar la uniformidad del derecho federal en Suprema Corte de Estados Unidos, 177 U.S. 485, 488, 1900.

(9) De acuerdo con esta regla, el precedente dictado por un panel de tres jueces no puede ser dejado de lado por paneles posteriores al momento de decidir casos similares.

(10) En igual sentido, véase 913 F. 2d 1185 (7th Cir. 1990) y 563 U.S. 692 (2011). En este último caso, la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que “... la decisión de una corte federal

prema Corte, el precedente horizontal tampoco goza de la misma fuerza que posee en las cámaras de apelaciones y menos aún en temas constitucionales (Legarre, 2011). Esto evidencia cómo una misma dimensión del precedente puede asumir diferentes manifestaciones dentro de un único ordenamiento jurídico, que hacen que el precedente tenga distinto valor y se aplique de modo diverso en un caso u otro.

2.2. Dimensión objetiva: ratio decidendi y obiter dictum

Esta dimensión se refiere a la delimitación de aquello que verdaderamente tiene valor de precedente dentro de una decisión judicial. En el sistema del *common law*, en donde más se ha desarrollado la práctica del precedente, no todo el pronunciamiento judicial tiene valor vinculante para los casos posteriores, sino solo una parte de él: el *holding* o *ratio decidendi*.⁽¹¹⁾ En los países del *civil law* o derecho continental, en cambio, la práctica de aplicación del precedente refleja, comúnmente, un desinterés o falta de reflexión profunda sobre cuál es la regla de derecho o la norma general que se deriva del precedente que se aplica (MacCormick y Summers, 2016).

2.2.1. Identificación de la ratio

Dentro de una sentencia judicial se puede distinguir el *holding* o *ratio decidendi* del *obiter dictum* (o *dicta*, en plural) (Jones, Kemochan y Murphy, 1980).⁽¹²⁾ La *ratio decidendi* (o *holding*) es la proposición o regla de derecho necesaria para decidir el caso tal como ha sido resuelto, “considerada por el juez como un paso necesario para arribar a su conclusión” (Cross y Harris, 1991, p. 72). La identificación del *holding* o *ratio* ha suscitado los más amplios debates doctrinarios⁽¹³⁾ y el desarrollo de las teorías que se han elaborado para la identificación excede los propósitos de este trabajo.⁽¹⁴⁾

de distrito no es precedente obligatorio ni para el mismo distrito ni para otro, ni siquiera para el mismo juez que la dictó”. Muchas veces se le reconoce al precedente de otro distrito cierto valor persuasivo, mas nunca obligatoriedad (puede verse, sobre esto, 886 F. Supp. 1204, 1211 n. 1 (D.V.I. 1995); 542 F. Supp. 807, 816 (N.D. Ga. 1982); 209 F. Supp. 716, 722 (D.N.J. 1962).

(11) La expresión “*ratio decidendi*” es comúnmente utilizada en el Reino Unido, mientras que “*holding*” es propia del derecho norteamericano. En tanto hacen alusión a un mismo concepto, se utilizarán ambas indistintamente.

(12) En Argentina, Garay (2013, p. 150) hace una distinción entre *holding* y *dicta*, aludiendo a “lo que se resolvió” y “lo que se dijo”.

(13) Goodhart (1930, p. 61) afirmaba que, luego del término “*malice*”, el de “*ratio decidendi*” es el vocablo más equívoco del derecho inglés.

(14) Las opiniones divergen en cuanto a: (i) el método para identificar el *holding*; (ii) la exigencia o no de su formulación explícita de tal proposición por parte del juez; (iii) su relación con las razones o argumentos que contiene la sentencia; y (iv) cómo extraerla en caso de votos plurales y la posibilidad de computar, para su formulación, los votos en disidencia cuando estos coinciden en la fundamentación. Para un análisis exhaustivo, en especial de esta última cuestión, puede consultarse Biddulph y Newman (2015).

Del *obiter dictum*, por su parte, basta aquí una definición residual: todo aquello que no es *ratio*, es *obiter*.⁽¹⁵⁾ El *obiter* refleja, no solo etimológicamente, sino también en su aplicación, el “dicho sea de paso”. Es lo complementario, lo que no es necesario para resolver el caso, lo que se dice “a mayor abundamiento”.⁽¹⁶⁾ Algunos formulan, además, una delgada distinción entre *obiter dicta* y *dicta*, en virtud de la cual *dicta* serían aquellas proposiciones no necesarias para resolver el caso, pero relacionadas con él, mientras que *obiter dicta* serían las proposiciones relacionadas con un caso distinto al que se está resolviendo (Wambough, 1894).

Una diferencia sustancial que existe, en lo que a esta dimensión se refiere, en la aplicación del precedente en el *common law* y en el *civil law* es que, en el primer caso, el que tiene a cargo la identificación de la *ratio* para aplicarla a un caso similar posterior es el juez que debe resolver ese segundo caso, en un proceso dialógico continuo que puede aparejar a una ampliación o reducción de la *ratio* a partir del uso de técnicas específicas de aplicación del precedente, tales como el *distinguishing*.⁽¹⁷⁾ Por el contrario, en la mayoría de los sistemas del *civil law* que han incorporado a su ordenamiento un precedente vinculante, la identificación y determinación de esa *ratio* se coloca a cargo del mismo tribunal del que emana el precedente, en una única oportunidad que, generalmente, coincide con el dictado de la sentencia. Es el caso, por ejemplo, del Tribunal Constitucional de Perú (Ruiz Riquero, 2012), de las súmulas vinculantes de Brasil (art. 103-A, enmienda 45, de la Constitución Federal)⁽¹⁸⁾ o de las tesis jurisprudenciales mexicanas.⁽¹⁹⁾

(15) Como sostiene Cross (Cross y Harry, 1991, p. 75), no hay mejor forma de definirlo ni mucho más para decir. Sin embargo, para un estudio más abarcativo de tipos o ejemplos de *obiter*, se puede consultar la citada obra (pp. 75-84).

(16) En Argentina, existen estudios que demuestran que los funcionarios judiciales no manejan adecuadamente los conceptos técnicos de *obiter* y *holding*. Muchos desconocen, por ejemplo, que la expresión “a mayor abundamiento” constituye un conector con un significado preciso y unívoco y una función específica, la de introducir un argumento no decisivo o sobreabundante que, en el lenguaje del precedente, significará ausencia de obligatoriedad (véase Cuccato, 2013).

(17) El *distinguishing* es la técnica por la cual un precedente no se aplica en virtud de una disimilitud fáctica relevante entre él y el caso análogo posterior que debe ser resuelto. Sobre este proceso dialógico de construcción de la *ratio* en un intercambio permanente entre los tribunales inferiores y el superior del que emana el precedente, puede verse Perrone Campos Mello (2016, p. 274).

(18) De acuerdo con esta enmienda constitucional, es el Supremo Tribunal Federal quien podrá “luego de reiteradas decisiones en materia constitucional, aprobar súmula que, a partir de su publicación oficial, resultará vinculante para los demás órganos del Poder Judicial y para la administración pública, en las esferas federal, estadual y municipal”.

(19) Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reglamentada por la Ley de Amparo (arts. 215 a 230).

2.3. Dimensión estructural: precedente individual y jurisprudencia constante

La dimensión estructural del precedente hace referencia a una clasificación de tipo cuantitativo, relacionada con el número de decisiones judiciales necesario en un sistema jurídico para que esas decisiones tengan incidencia en la resolución de controversias en casos análogos.

Esta dimensión posee diversas manifestaciones: por un lado, están aquellos ordenamientos en los que una sola decisión judicial es suficiente para tener valor en casos posteriores. Por el otro, aquellos en los que se exige una cantidad determinada de decisiones judiciales o una cierta línea jurisprudencial. Finalmente, existen casos de ordenamientos mixtos, donde en ciertas circunstancias se exige la concurrencia de un número determinado de precedentes, mientras que en otras basta con un único precedente.

El hecho de que un solo precedente sea suficiente o se requiera una jurisprudencia constante no tiene que ver con el valor persuasivo u obligatorio que se les conceda a las decisiones judiciales; esto último se relaciona con otra dimensión del precedente –la de la eficacia– que será analizada en la siguiente sección. Ambas dimensiones (la estructural y la de la eficacia) pueden combinarse de todas las formas posibles. Esto significa que aquellos ordenamientos jurídicos que reconocieran cierto valor al precedente individual podrán concederle un valor obligatorio o uno persuasivo (o, incluso, como suele suceder, valor obligatorio a algunos y persuasivo a otros). Mientras que en aquellos ordenamientos en los que solo una jurisprudencia constante tuviera valor, esa jurisprudencia podrá ser considerada estrictamente vinculante o puede atribuírsele únicamente un cierto valor persuasivo.

A continuación, se desarrollarán brevemente ambas manifestaciones, con la mención de algunos ejemplos que las ilustran.

2.3.1. Precedente individual

Aquí se ubica lo que algunos llaman “doctrina del precedente individual”,⁽²⁰⁾ a partir de la cual un solo precedente, aislado, sin importar su antigüedad, es suficiente para obligar o persuadir, según sea el caso. Es el sistema que rige, a grandes rasgos, en los países del *common law*:⁽²¹⁾ no hace falta una continuidad de precedentes uniformes, no se requiere una cantidad de sentencias en igual sentido; basta una sola sentencia del tribunal superior para que los

(20) Un solo precedente constituye derecho y genera obligación por más que “haya sido dictado el año anterior o un siglo antes, e incluso si la regla que establece ahora parece inapropiada en razón de circunstancias sociales cambiantes o por algún otro motivo” (Goodhart, 1934, p. 41).

(21) No siempre fue así, sino que recién a partir del siglo XVII se originó la doctrina y adquirió preponderancia en el siglo XIX. Anteriormente, el sistema era más parecido al de la jurisprudencia constante persuasiva (cfr. Algero, 2005, p. 784). Por otro lado, existen diferencias incluso entre los países del *common law*, tal como se ha mencionado en varias oportunidades (cfr. McCormick, 2016, p. 4).

jueces inferiores estén obligados a resolver los casos similares posteriores de igual modo en que hubiera sido resuelto aquel precedente. Un único caso de la Suprema Corte es suficiente para que ella misma, en un caso posterior semejante, deba seguirlo o justificar debidamente su apartamiento.

Ello no quita que, en algunas circunstancias, la continuidad o repetición de precedentes también reciba cierta consideración en el *common law*. Así, la Suprema Corte de Estados Unidos, en referencia a la relación entre dos cámaras federales de apelaciones de distinta jurisdicción (entre quienes, *prima facie*, no rige la obligatoriedad del precedente), ha reconocido que el valor de un precedente puede cambiar de acuerdo con la cantidad de cámaras que han resuelto el asunto y la concordancia entre sus opiniones:

La obligación de seguir las decisiones de otras cámaras se acrecienta en proporción al número de cámaras que han decidido sobre el asunto y la concordancia de opinión entre ellas puede ser tan general que se convierta en un precedente obligatorio (“*controlling authority*”). (Suprema Corte de los Estados Unidos, 177 U.S. 485, 488, 1900)

En la misma línea, pero en sentido contrario, se considera a veces que el hecho de que se trate de un precedente aislado podría disminuir su fuerza (Garner, 2016).

El Estado de Louisiana constituye, en algunos casos, una excepción al sistema de precedente de Estados Unidos: mientras que el precedente individual de la Suprema Corte de Louisiana goza de obligatoriedad vertical, la doctrina del precedente individual obligatorio no se aplica en su dimensión horizontal ni respecto del precedente de las cámaras de apelaciones. En estos dos casos se exige la configuración de jurisprudencia constante para reconocer cierta fuerza persuasiva, como se verá más adelante.

2.3.2. *Jurisprudencia constante*

Algunos ordenamientos exigen, para reconocer valor a decisiones judiciales pasadas, que exista más de una decisión judicial en el mismo sentido.⁽²²⁾ Entre ellos, se pueden distinguir aquellos sistemas que determinan con exactitud la cantidad de sentencias necesarias para que la jurisprudencia tenga fuerza, de aquellos en los que se utiliza vagamente la expresión “jurisprudencia constante” –o expresiones afines, tales como “jurisprudencia pacífica”, “jurisprudencia uniforme” o “línea jurisprudencial”– en alusión, generalmente, a su mantenimiento en el tiempo y adopción por varios tribunales.

En Francia, por ejemplo, se reconoce al precedente el carácter de *arrêt de principe*, cuando hubiera sido seguido por una línea continua de precedentes.⁽²³⁾

(22) En este sentido, la doctrina de la jurisprudencia constante ha sido definida como aquella bajo la cual se le exige a un tribunal que tome en consideración las decisiones judiciales pasadas únicamente si hay suficiente uniformidad en la jurisprudencia (Fony Parisi, 2006).

(23) Sin embargo, vale aclarar que hay quienes afirman que una sola decisión de la Corte de Casación puede configurar “jurisprudencia constante” (Troper y Grzegorzcyk, 2016).

Curiosamente, si bien se trata de uno de los pocos países en los que se prohíbe fundar una sentencia a partir de la invocación de un precedente,⁽²⁴⁾ la fuerza de estas reglas que surgen de la *jurisprudence constante* ha sido aceptada (Troper y Grzegorzcyk, 2016).

En Argentina, hay disposiciones sobre la materia a nivel provincial. El art. 208 de la Constitución de la provincia de Río Negro autoriza al Superior Tribunal de Justicia a abrogar la vigencia de una norma con eficacia *erga omnes* siempre que su inconstitucionalidad hubiera sido declarada en tres ocasiones y por unanimidad. El art. 175 de la Constitución de la provincia de Chubut, por su parte, exige que el Superior Tribunal dicte dos precedentes consecutivos o tres alternados en los que declare la inconstitucionalidad de una norma para que esa norma deje de tener vigencia.

En España, el art. 1.6 del Código Civil establece que la jurisprudencia “complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo”. Ese modo reiterado al que alude ha sido interpretado por el propio Tribunal Supremo en el sentido de que, para invocar la jurisprudencia, deben citarse, por lo menos, dos decisiones en el mismo sentido (STS, Sala IV de lo Social, sentencia del 27 de diciembre de 2006).

Por otro lado, también es factible distinguir entre los ordenamientos que reconocen fuerza vinculante a la jurisprudencia constante y aquellos que simplemente le reconocen cierta fuerza, pero no vinculatoriedad. Entre los primeros se encuentra México. El Tribunal Federal alemán (BGH) también reconoce obligatoriedad (aunque no absoluta) a la jurisprudencia constante –a la que denomina *ständige Rechtsprechung*–. Por su parte, el Estado de Louisiana únicamente reconoce, en algunos casos, la fuerza persuasiva de la jurisprudencia constante. No obstante, estos casos son, en rigor, sistemas mixtos, en los que convive el reconocimiento de cierta fuerza a la jurisprudencia constante con algún tipo de precedente individual obligatorio.

2.3.3. Sistemas mixtos

Existen ordenamientos en los que esta dimensión del precedente se manifiesta de modo diferente en los diversos tribunales que conforman la organización judicial o las distintas materias sobre las que puede versar el precedente: así, en algunos casos se reconoce valor a un solo precedente de un tribunal determinado, mientras que en otros se exige una cantidad determinada de precedentes para que estos adquieran valor. Llamaré a estos casos “sistemas mixtos”.

(24) Tienen que acudir, para fundar su decisión, a la ley, la razón, la equidad o la justicia, pero no al precedente judicial (Gomora Juárez, 2017; Troper y Grzegorzcyk, 2016). Otro país en esta línea es Austria, en donde la sección 12 del Código Civil específicamente establece que las reglas y decisiones judiciales tomadas en casos particulares jamás tendrán fuerza de ley ni podrán ser extendidas a otros casos u otras personas.

Un ejemplo de este tipo de sistemas se da en México, donde la jurisprudencia obligatoria puede clasificarse en:

- 1) jurisprudencia por reiteración;
- 2) jurisprudencia por contradicción;
- 3) jurisprudencia en casos constitucionales.

En el primer supuesto –como su nombre lo anticipa– se aplica la noción de jurisprudencia constante (en tanto se exigen cinco sentencias consecutivas); en los otros dos supuestos, basta una sola sentencia para generar obligatoriedad.

La jurisprudencia por reiteración se da, en los casos de amparo, ante la existencia de una serie de cinco fallos ininterrumpidos, dictados en diferentes sesiones, que resuelven un asunto de la misma forma (arts. 222 a 224 de la Ley de Amparo, 2013). Esta jurisprudencia obligatoria puede ser creada por la Corte Suprema en pleno, una de las salas de la Corte Suprema o los tribunales colegiados de circuito. En el primer caso, se requiere el voto de 9 jueces sobre 11 para generar obligatoriedad. Y la jurisprudencia solo puede ser dejada sin efecto por un voto unánime de la Corte Suprema (arts. 222-224 de la Ley de Amparo). El pronunciamiento dictado en una única ocasión es llamado “tesis aislada” y, como regla general, carece de obligatoriedad, aunque el juez puede citarlo si está de acuerdo con él (Tondopó, 2007). En el caso de que la jurisprudencia por reiteración provenga de una de las Salas de la Corte, se requiere una mayoría de 4 jueces sobre 5 (art. 223 de la Ley de Amparo). Por otra parte, los tribunales colegiados de circuito⁽²⁵⁾ también pueden generar jurisprudencia obligatoria por reiteración, cuando emitiesen cinco sentencias ininterrumpidas que hubieran sido dictadas de manera unánime (art. 224 de la Ley de Amparo).

En cambio, en el caso de “jurisprudencia por contradicción”, una única sentencia puede constituir “jurisprudencia” y, en consecuencia, tener obligatoriedad: aquella que resuelve conflictos entre los grupos de tribunales colegiados (sea que se trate de contradicciones entre las salas de la Suprema Corte, entre tribunales colegiados de un mismo circuito o entre los plenos de circuito de distintos circuitos o entre tribunales colegiados de diferentes circuitos) (art. 225 de la Ley de Amparo). Tanto la jurisprudencia por reiteración como la jurisprudencia por contradicción constituyen jurisprudencia obligatoria, en la dimensión vertical y horizontal (art. 217 de la Ley de Amparo).

Por último, existe otro caso, también excepcional, en el que un único precedente puede adquirir el carácter de norma jurisprudencial, sin necesidad de ser ratificado en otra ocasión (Estrada Romero, 2005). Se trata del sistema de integración jurisprudencial en materia de “controversias constitucionales” y “acciones

(25) Estos tribunales tienen a cargo la revisión de las decisiones judiciales de tribunales tanto federales como estatales, en un proceso similar al de la casación francesa (Serna de la Garza, 2008).

de inconstitucionalidad”, que establece que las sentencias dictadas en dichos procesos que hubieran sido aprobadas por al menos ocho votos serán obligatorias para las salas de la Corte Suprema, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, así como los tribunales administrativos y del trabajo, federales y locales.⁽²⁶⁾

El caso del Tribunal Constitucional de Perú es otro ejemplo del sistema mixto. Dicho Tribunal está facultado por el art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional para crear un precedente vinculante mediante una simple manifestación en tal sentido en el texto de la sentencia y la precisión de su efecto normativo. Hasta aquí se trata de la aplicación de la doctrina del precedente individual obligatorio (aunque con alguna diferencia respecto del *common law*, pues no todo precedente es vinculante, sino que se exige la manifestación expresa de dicho carácter en la sentencia). No obstante, en un reciente caso, el Tribunal Constitucional ha dotado de obligatoriedad a la jurisprudencia constante o “doctrina jurisprudencial vinculante”, como él mismo la ha denominado (Tribunal Constitucional, 2017).⁽²⁷⁾

El Estado de Louisiana también posee un sistema mixto, puesto que el precedente individual de la Suprema Corte tiene obligatoriedad para los jueces inferiores, pero no para sí misma (es decir, no en su dimensión horizontal). Tampoco es obligatorio el precedente individual de las cámaras de apelaciones estatales en ninguna de las dos dimensiones. Pero sí lo es, en ambos casos, la jurisprudencia constante; es decir que la dimensión horizontal del precedente de la Suprema Corte y del precedente de tribunales inferiores del Estado de Louisiana se rige por la doctrina de la jurisprudencia constante, que:

... no contempla la adhesión a un principio de derecho anunciado y aplicado en una única ocasión en el pasado. Sin embargo, cuando en virtud de repetidas decisiones en una larga línea de casos una regla de derecho ha sido aceptada y aplicada por los tribunales, estas adjudicaciones asumen la dignidad de *jurisprudence constante*; y la regla de derecho sobre la que están basadas merece gran consideración en decisiones subsiguientes (236So. 2d216 (1970), del voto en disidencia del Justice Summers).

En Alemania, como se adelantó, respecto de aquellas cuestiones en las que el Tribunal Federal alemán (BGH) hubiera fijado doctrina a través de una “jurisprudencia constante” (*ständige Rechtsprechung*), los tribunales inferiores solo pueden desviarse si “razones claramente preponderantes o incluso absolutamente imperiosas juegan a favor de ello” –BGHZ 85, 64 (66); BGHZ 87, 150 (155);

(26) Ver art. 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

(27) Es interesante ver cómo, en esta sentencia, el Tribunal reconoce explícitamente el carácter de fuente del derecho de la jurisprudencia y afirma que “es inherente a la función jurisdiccional la creación de Derecho a través de la jurisprudencia”. Esto no solo es una prueba firme del acercamiento y fusión de sistemas jurídicos que eran otrora considerados antagónicos, sino que es la superación manifiesta de la tesis de negación de la jurisprudencia como creadora de derecho en los países del *civil law*.

BGHZ 125, 218 (222)- (Alexy y Dreier, 2016). Además, siempre que un tribunal se aparta del precedente, tiene la obligación de conceder cualquier recurso que se presente contra su sentencia. En materia penal, si el tribunal se aparta del precedente, él mismo debe enviar la causa al tribunal superior sin necesidad de que la parte agraviada recurra (Couso y Mera, 2007). En cambio, el precedente de la Corte Constitucional Federal es obligatorio (Alexy y Dreier, 2016).

Por último, Colombia también constituye un caso mixto, en la aplicación de la doctrina del precedente individual o de la jurisprudencia constante varía de acuerdo al tribunal del que emana el precedente. Por un lado, a partir de la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho del art. 4º de la ley 169 de 1896 (Sentencia C-836 de 2001, Expediente D-3374 (2001), tres sentencias uniformes de la Corte Suprema o del Consejo de Estado forman “doctrina probable” y son obligatorias para los jueces inferiores, quienes deben, si pretenden apartarse de ella, fundamentar con claridad. Esta “doctrina probable”, en un principio, se consideraba únicamente persuasiva, a partir de una interpretación literal de la norma. Jurisprudencialmente, sin embargo, adquirió carácter vinculante. Por su parte, la obligatoriedad del precedente individual es indiscutible cuando se trata del precedente emanado de la Corte Constitucional (Sentencia C-104 de 1993, Expediente D-164 (1993).

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho, al pasar, algunas menciones del precedente aislado y de la jurisprudencia constante de las que podría inducirse cierto reconocimiento de una mayor fuerza a esta última.⁽²⁸⁾ Sin embargo, al igual que sucede con la doctrina acerca de la dimensión de la eficacia del precedente, como se verá, la posición de la Corte al respecto no es clara ni definida.

2.4 Dimensión de la eficacia: obligatoriedad, persuasividad, valor ilustrativo

La dimensión de la eficacia del precedente se refiere a la intensidad con la que ese precedente influye en la decisión judicial posterior (Taruffo, 2010). Es, probablemente, la dimensión más troncal de la doctrina del precedente y, a su vez, la más compleja.

La influencia que un precedente puede tener en la toma de decisiones judiciales posteriores en casos similares admite diversos grados o escalas de intensidad.

(28) “Que, por lo demás, la sentencia en el caso “Barrios Altos” no constituye un precedente aislado, sino que señala una línea jurisprudencial constante” (CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros”, Fallos: 328:2056, 2005, consid. 29 del voto de Petracchi). En este caso la Corte se refería a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre su propia jurisprudencia, la Corte ha dicho “Que la pretensión de un jubilado de que se apliquen las pautas de movilidad fijadas en la citada causa ‘Badaro’ basada en una interpretación extensiva de **un fallo aislado de esta Corte que carece de valor de precedente**, debe ser rechazada pues excede el estrecho marco del juicio de ejecución...” (CSJN, 2012, Fallos: 335:344, consid. 4º). El resaltado me pertenece.

Esos grados pueden clasificarse en las siguientes categorías que se desarrollarán a continuación.⁽²⁹⁾

2.4.1. Vinculatoriedad (formal bindingness)

En un sistema que reconoce la vinculatoriedad del precedente, por lo que aquella decisión judicial que no aplique el precedente no es válida, no es conforme a derecho, y debería ser (y, normalmente, lo será, de hecho) revocada en caso de que se apele. Dentro de esta categoría, a su vez, se distingue:

a) Vinculatoriedad formal sin posibilidad de *overruling* o modificación del precedente. Puede tratarse de:

- *Obligatoriedad absoluta*: el precedente debe ser aplicado siempre, sin excepciones. Este es el modelo rígido que adoptaron las cortes inglesas en el siglo xix y que fue mantenido hasta la segunda mitad del siglo xx (Healy, 2008).
- *Obligatoriedad relativa*: el precedente debe ser aplicado, a menos que se configuren ciertas excepciones, que pueden estar o no definidas en el ordenamiento. Las excepciones a que se refiere esta categoría están relacionadas con excepciones a la regla de derecho que surge del *holding* o con excepciones que eliminan el precedente del sistema (por ejemplo, el hecho de haber sido dictado *per incuriam*).⁽³⁰⁾

b) Vinculatoriedad formal con posibilidad de *overruling* o modificación del precedente: en estos casos el precedente se reconoce como obligatorio, pero se admiten ciertas circunstancias que justifican su modificación o eliminación del sistema. Este es el modelo que en la actualidad adoptan la mayoría de los sistemas jurídicos que se enmarcan en el *common law*, respecto del precedente horizontal de sus tribunales supremos: las supremas cortes aceptan el deber de seguir sus precedentes como principio general y reconocen su vinculatoriedad, pero han ido delineando circunstancias en las que quedaría habilitado el apartamiento (v. gr., su inviabilidad o la confusión que el precedente ha generado en tribunales inferiores, los cambios de circunstancias políticas, sociales o económicas, el dictado de legislación sobreviniente). Se volverá sobre esto al abordar la dimensión de variación.

2.4.2. Reconocimiento de cierta fuerza

En este caso el precedente no es obligatorio, sin perjuicio de lo cual aquella decisión judicial que no respeta el precedente, aunque válida, está sujeta a crítica por esa razón y podría llegar a ser revocada.

(29) Esta clasificación fue desarrollada en Peczenik (2016).

(30) Las decisiones *per incuriam* son aquellas que fueron tomadas “en ignorancia u olvido de una norma o precedente obligatorio, de modo que en tales casos algún aspecto de la decisión o algún paso en el razonamiento en que se basa la decisión es demostrablemente errado” (Morrille Ltd. v. Wakeling [1955] 2QB 389, pág. 406, del voto de Lord Evershed MR).

En otras palabras, si el precedente no es aplicado, ello no implica *per se* que la sentencia sea contraria a derecho, pero el hecho de que un precedente no haya sido aplicado da motivos para una revisión y podrá dar lugar a la revocación (y, de hecho, a veces se da).

Un precedente podría tener, al mismo tiempo, fuerza relativa (por estar sujeto a ciertas excepciones) y fuerza superable (por poder ser dejado de lado cuando existan razones que lo justifiquen) (Peczenik, 2016, p. 475):

- a) **Fuerza relativa:** el precedente debería ser aplicado –o la decisión podría ser pasible de revisión si no lo aplicara– a menos que se configurasen ciertas excepciones (que podrán o no estar delimitadas en el ordenamiento). Las excepciones a que se refiere esta categoría están relacionadas con excepciones a la regla de derecho que surge del *holding* o con excepciones que eliminan el precedente del sistema (por ejemplo, el hecho de ser dictado *per incuriam*).
- b) **Fuerza superable:** el precedente debería ser aplicado –o la decisión podría ser revisada si no lo aplicara– a menos que existiesen razones que justificasen el apartamiento.

La diferenciación más compleja es la que existe entre “vinculatoriedad formal” y “reconocimiento de cierta fuerza”. Se trata de la sutil diferencia entre *must* y *should*. Así, mientras en el primer caso, si una sentencia no sigue el precedente, no es conforme a derecho (*unlawful*) –y será necesariamente revocada en una instancia ulterior–, en el segundo caso, si una sentencia no sigue el precedente, es conforme a derecho, pero es pasible de crítica y **podrá** ser revocada en la apelación con motivo de dicho apartamiento (Peczenik, 2016). Sin embargo, no queda del todo clara esta distinción, en especial en relación a la posibilidad de revocar el pronunciamiento en función de que no ha sido respetado el precedente al que se le reconoce “cierta fuerza”: sería incorrecto afirmar, por un lado, que no hay obligación jurídica de seguir el precedente (pues únicamente tiene cierta fuerza), y que, por tanto, la sentencia que no sigue el precedente es conforme a derecho; pero, por otro, que podrá ser sujeta a revisión sobre la base de que no siguió el precedente. No es posible revocar una sentencia por el incumplimiento de un deber que no existe.

Para echar algo de luz a la cuestión, quizás pueda decirse que en el primer caso la sentencia es nula por el solo hecho de haberse apartado del precedente –el solo apartamiento es causal de nulidad, siempre que no se den las excepciones, claro está–, mientras que en el segundo caso la sentencia es anulable, debiéndose estudiar si el apartamiento de dicho precedente –que, en principio, no es obligatorio– configura un vicio suficiente para decretar su invalidez. Es decir que en el reconocimiento de cierta fuerza, la sentencia que no sigue el precedente es presumiblemente conforme a derecho (por cuanto no hay obligación jurídica de seguir el precedente), pero tal presunción admite prueba en contrario y esa prueba podría ocasionar su nulidad. De cualquier

modo, la nulidad en tal caso no sería por el solo hecho de no seguir el precedente –pues no hay deber jurídico de hacerlo–, sino por algún vicio que ese “no seguimiento” trae aparejado en la sentencia (como, por ejemplo, su arbitrariedad).

2.4.3. *Ni vinculatoriedad ni reconocimiento de fuerza (further support)*

El precedente constituye, en estos casos, un mero argumento de apoyo a la decisión, que puede o no estar. Aquella decisión judicial que se aparta del precedente es válida y estará fundamentada, aunque no tan bien fundamentada como lo estaría si el precedente hubiera sido citado para demostrar que la decisión alcanzada no lo contraría o que la decisión, que podría ser endeble por sí sola,⁽³¹⁾ descansa en decisiones anteriores. Incluso, la sentencia estaría mejor fundamentada si explicara que el precedente ha sido adecuadamente considerado y reconocido y, no obstante, dejado de lado.

Sobre esto último, en *Hart v. Massanari*, la Cámara Federal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos sostuvo que, incluso en aquellos casos en los que el precedente no es obligatorio, conocerlo y tomarlo en consideración –aunque luego se decida contrariamente– es cumplir con las responsabilidades judiciales del *common law*. Se considera, en efecto, “de mal gusto” ignorar por completo la existencia de un precedente contrario aun cuando no tenga fuerza obligatoria (como podría ser el precedente de una cámara de otro circuito o el precedente de un tribunal inferior).⁽³²⁾

En esta categoría –*further support*– encuadrarían también los casos de precedentes no publicados (*unpublished precedents* o *unpublished opinions*) a los que no se les reconoce fuerza obligatoria. En aquellos circuitos en los que su cita no está prohibida, se entiende que el hecho de que un panel de una cámara de apelaciones haya decidido no publicar una decisión es una señal, para el panel posterior, de que los jueces anteriores no querían aplicar la doctrina del “*law of the circuit*” en ese caso y que, incluso cuando el nuevo caso no pudiera distinguirse del que dio lugar a la *unpublished opinion*, el panel posterior no estaría obligado a seguirla (Boggs y Brooks, 2000). No obstante, en algunos circuitos las *unpublished opinions* ni siquiera encuadran en esta categoría, debido a que directamente se encuentra prohibido citarlas.

(31) Este sería el caso de Chile (Bravo Hurtado, 2013).

(32) “While we would consider it bad form to ignore contrary authority by failing even to acknowledge its existence, it is well understood that –in the absence of binding precedent– courts may forge a different path than suggested by prior authorities that have considered the issue. So long as the earlier authority is acknowledged and considered, courts are deemed to have complied with their common law responsibilities” (Ignorar un precedente sin siquiera reconocer su existencia está mal visto. En cambio, si el precedente anterior fuera reconocido y considerado, es entendible que, en ausencia de obligatoriedad de ese precedente, los tribunales puedan forjar un camino distinto del sugerido por el precedente anterior. En este último caso, al reconocer el precedente y tomarlo en consideración, los tribunales habrían cumplido con sus responsabilidades dentro del *common law*) (266 F.3d 1155, section II (9th Cir. 2001).

2.4.4. Precedente ilustrativo (*mere illustrativeness*)

En este caso, hay una absoluta discrecionalidad del juez en el uso del precedente; toma su decisión y luego cita precedentes como ejemplos de la decisión que ya ha tomado. Si no encuentra precedentes o si los precedentes que encuentra son contrarios a su decisión, simplemente no cita nada. El precedente no es razón –ni suficiente ni considerable– para fundar la sentencia.

2.5. Dimensión de reconocimiento

La dimensión de reconocimiento del precedente tiene que ver con el modo en que la doctrina del precedente es receptada en cada ordenamiento jurídico: si existen normas constitucionales o infraconstitucionales (incluso, en algunos casos, procedimentales) que establecen el valor del precedente o si, por el contrario, este ha sido reconocido y ha ido evolucionando a partir de las propias sentencias de los tribunales.

Mientras que en los sistemas jurídicos anclados en la tradición del *common law* la doctrina del precedente se manifiesta, justamente, a partir de los precedentes, que reconocen, a su vez, un deber jurídico sustentado en una costumbre ancestral, en el civil law, la recepción de la doctrina del precedente asumió formas más afines a la codificación y al derecho legislado.

2.5.1. El reconocimiento del precedente en el *common law*

En los sistemas de *common law*, de donde es originaria la doctrina del precedente obligatorio, esta constituye una verdadera práctica jurisprudencial: el deber jurídico de aplicar los precedentes a casos similares posteriores nació a partir de la propia jurisprudencia y no fue necesario que lo consagrara ninguna norma escrita⁽³³⁾ para que fuera cabalmente cumplido y respetado.

En aquellos países no existe ley o *statute* destinada a obligar a los jueces a seguir los precedentes de sus superiores o los propios. Se trata, más bien, de un deber jurídico de origen jurisprudencial, con carácter de costumbre ancestral, que constituyó el núcleo del desenvolvimiento del derecho en esa tradición jurídica y que los jueces respetan “como una práctica correcta, como una norma” (Duxbury, 2008).

Esa costumbre o práctica jurisprudencial, por la cual se ha consagrado la obligatoriedad del precedente, surgió paulatinamente y se sustentó en las prácticas de la época y en las características no codificadas del sistema legal.⁽³⁴⁾

(33) Salvo contadas excepciones, como el “derecho del circuito”, que, a pesar de tener origen jurisprudencial, fue más tarde regulado por normas o reglamentos internos de las cámaras de apelaciones. No obstante, incluso en estos casos, es sabido que el *statute* simplemente codifica las reglas jurisprudenciales. Se trata de reglas hechas por los tribunales mismos, no por un fiat legislativo (Sloan, 2009). En contra (es decir, afirmando que la doctrina del “*law of the circuit*” deriva de la legislación), véase 87 F.3d 1389, 1395 (D.C. Cir. 1996).

(34) La práctica es de origen medieval y tuvo su evolución y afianzamiento en el siglo XVIII (Healy, 2001).

De ningún modo fue una imposición jurisprudencial de dicha obligatoriedad, sino que fue una práctica ínsitamente originada por las propias características del sistema judicial y en atendimento de las necesidades de los justiciables.

El surgimiento de este deber jurídico a partir de una costumbre judicial puede explicarse perfectamente desde la teoría de la formación de “*customary rules*” desarrollada por Finnis (1980), que se resume en los siguientes pasos:

- a) la aceptación de que en un campo determinado dentro de los actos humanos es deseable que exista un criterio preciso y estable de conducta y, en consecuencia, una regla jurídica que requiera ese criterio de conducta;
- b) el reconocimiento de que determinado criterio (x) es apropiado.

Estos dos primeros son juicios prácticos. Luego vienen los empíricos, que afirman que:

- c) hay concurrencia y reconocimiento de ese patrón de conducta (x) de parte de los actores jurídicos;
- d) hay reconocimiento de la *opinio juris* (la noción de obligatoriedad o deber jurídico). Así, se da un nuevo juicio práctico, por el que se afirma que la difusión empírica de los juicios prácticos (a) y (b) y la concurrencia, también empírica, de la práctica y la generalidad del reconocimiento garantizan la existencia de una costumbre como un deber jurídico válido.

Aquellos pasos prácticos y empíricos son identificables en el surgimiento del deber jurídico de aplicar el precedente judicial en los sistemas del *common law*. De allí que se afirme que tal deber jurídico ha surgido de una “*customary rule*” o costumbre judicial. Esa costumbre –de reconocer obligatoriedad al precedente judicial– sería luego escrita, explicitada, en la propia letra de los precedentes (sin que esta escritura, mera manifestación, agregue ni quite nada al deber jurídico, que preexiste y es independiente de su recepción escrita). Los jueces del *common law*, al seguir el precedente obligatorio, están cumpliendo con un deber derivado de una costumbre jurídica y, a su vez, están manifestando la propia existencia de esa costumbre al escribir en sus sentencias que el precedente es obligatorio.

La concepción de la obligatoriedad del precedente como una costumbre jurídica permite descartar las críticas a la circularidad que existiría si esa obligatoriedad se derivara únicamente de su reconocimiento en un precedente. Los autores de esas críticas alegan que el hecho de que un primer precedente establezca que los precedentes son obligatorios es circular y carente de sentido, pues a quienes niegan o se oponen a la obligatoriedad del precedente les bastaría desconocer la obligatoriedad de ese primer precedente. Sin embargo, al reconocer una costumbre jurídica que origina y sustenta el deber jurídico de seguir el precedente, la circularidad desaparece.

2.5.2. El reconocimiento del precedente en el civil law

El reconocimiento de cierta fuerza u obligatoriedad del precedente en los sistemas de *civil law* difiere de lo que sucedió en el *common law*. No es extraño que así sea: a diferencia del *common law*, donde el precedente es utilizado primordialmente para extraer la norma jurídica aplicable, el *civil law* fue más permeable a la idea de que la norma positiva (los códigos) era la fuente principal, y la jurisprudencia quedaba relegada a un segundo plano (en parte, a raíz de la desconfianza que los revolucionarios franceses tenían hacia el poder judicial, en el contexto de la doctrina de la separación de poderes).⁽³⁵⁾ En la tradición continental, por lo menos durante gran parte del siglo xix, se defendía la concepción de que los jueces no creaban derecho, sino que se limitaban a aplicar estrictamente la letra de la ley. Se pretendía que fueran, como afirmaba Montesquieu, la boca inanimada que pronunciaba las palabras de la ley (Montesquieu, 1748).

De allí que cuando la jurisprudencia comenzó, *de facto*, a adquirir importancia –a raíz del fracaso del positivismo y de las limitaciones de la norma escrita para dar respuesta a todas las controversias jurídicas–, eso significó conmover las bases de sistemas jurídicos edificados sobre códigos escritos, por lo que fue necesario que el reconocimiento de valor a la jurisprudencia quedara plasmado en leyes escritas que avalaran su función y regularan su aplicación.

En algunos casos, incluso, tuvo lugar la incorporación del precedente al propio texto constitucional, con el objeto de paliar la resistencia al reconocimiento de valor a la jurisprudencia. En México, por ejemplo, cuando la Ley de Amparo estableció la obligatoriedad de la jurisprudencia por reiteración (el caso de cinco precedentes consecutivos y uniformes), surgieron dudas acerca de la constitucionalidad de esa obligatoriedad en tanto la Constitución no mencionaba la jurisprudencia en ningún precepto. Fue necesaria, entonces, una reforma constitucional al por entonces artículo 107, que asumió la siguiente redacción: “La ley determinará los términos y casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como los requisitos para su modificación”. Hoy en día es el art. 94 de la Constitución el que posee una redacción similar (Estrada, 2005). Algo similar sucedió en Argentina, cuando la Constitución de 1949 –que luego sería derogada– estableció la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, en el art. 95 *in fine*. En Brasil, por otra parte, el concepto de *súmulas vinculantes* también fue incorporado al ordenamiento jurídico mediante una reforma constitucional⁽³⁶⁾. Asimismo,

(35) La teoría de fuentes del derecho surge como mecanismo para neutralizar a los jueces afines al mantenimiento del antiguo régimen de los que se desconfiaba (Bravo Hurtado, 2013). Más adelante, el autor examina cómo esto impactó en la estructura de fuentes del derecho consagrada en el Código Civil chileno (p. 557). Por su parte, acerca de la influencia que la concepción francesa tuvo en los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición del *civil law*, puede verse Bankowski *et al.* (2016, p. 482-483).

(36) La Emenda Constitucional 03/1993 y la Emenda Constitucional 45/2004 incorporaron al texto de la Constitución la vinculatoriedad de la súpula. Antes de estas reformas, solo existía una súpula persuasiva creada por vía jurisprudencial (De Santa Cruz Oliveira, 2006).

la Constitución de Bolivia ha incorporado a su texto la vinculatoriedad del precedente del Tribunal Constitucional Plurinacional (art. 203), al igual que la Constitución de la República Dominicana de 2010, que establece que las decisiones del Tribunal Constitucional son “precedentes vinculantes para todos los poderes públicos y todos los órganos del Estado” (art. 184).

En Alemania, por su parte, es la Ley del Tribunal Constitucional Federal la que establece que las decisiones de aquel son vinculantes (art. 7º). Lo mismo sucede en Perú, donde la Ley Orgánica del Poder Judicial establece, en su art. 22, que aquellos principios jurisprudenciales que las salas especializadas de la Corte Suprema determinen serán precedentes de obligatoria aplicación para las instancias inferiores, y el Código Procesal Constitucional, por su parte, dispone que el Tribunal Constitucional puede transformar una sentencia en precedente vinculante cuando así lo exprese en su texto (Título Preliminar VII). Finalmente, en Chile, los cambios en la cultura jurídica hacia el mayor reconocimiento del precedente –o, cuanto menos, de la importancia de la uniformidad de la jurisprudencia– exigieron también reformas procesales (la reforma de 1995 al recurso de casación civil, la de nulidad penal del año 2000 y el recurso de unificación de jurisprudencia laboral incorporado al Código de Trabajo, que han recibido el nombre de “modernización de la justicia” (Bravo Hurtado, 2013), a los que se suman los proyectos de reforma al código procesal civil de los años 2009 y 2012) y, sin embargo, esto tampoco fue suficiente para acallar las voces que se oponen al reconocimiento del precedente como fuente (Díaz, 2015; Bravo Hurtado, 2013).

Sin embargo, existen ejemplos de creación jurisprudencial de una doctrina del precedente obligatorio en sistemas de *civil law*, como el de la Corte Constitucional colombiana. El caso de Colombia es interesante, pues la Constitución de 1991 incorporó expresamente una cláusula en virtud de la cual la jurisprudencia quedaba reducida a un mero criterio auxiliar de interpretación. En efecto, el art. 230 estableció que: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Para poder sortear este obstáculo, ante una nueva tendencia jurisprudencial en favor del precedente vinculante, la Corte Constitucional abandonó la primigenia interpretación literal de dicho precepto y la reemplazó por otra según la cual ese “imperio de la ley” abarcaba ciertos precedentes de la Corte Suprema y del Consejo de Estado.⁽³⁷⁾

En Argentina, el valor del precedente de la Corte Suprema también ha sido delineado por vía jurisprudencial. No existe norma alguna que lo establezca, sino que ha sido la Corte quien, a través de sus sentencias, ha ido fijando una suerte

(37) Asimismo, la Corte debió alinear ciertos textos legales, como el art. 4º de la ley 169 de 1896, para lograr su coherencia con la doctrina del precedente que estaba creando (López Medina, 2015; Montoya Vallejo, 2017).

de doctrina del precedente (aunque, desafortunadamente, esa doctrina es algo errática y confusa).⁽³⁸⁾

2.6. Dimensión temporal

La dimensión temporal del precedente se relaciona con el período de tiempo durante el cual el precedente conserva su influencia sobre decisiones judiciales futuras. Comprende dos manifestaciones: una, en la que el precedente no pierde valor por el mero transcurso del tiempo y otra, en la que el precedente tiene un valor temporalmente limitado. En este último supuesto, puede suceder que el plazo de validez esté delimitado con exactitud o que, en la práctica, hubiera una tendencia a desconocer la fuerza de un precedente que posee cierta antigüedad o que hubiera sido dictado por una integración pasada (en cuyo caso, la fuerza del precedente se mantendría únicamente mientras subsistiera la composición del tribunal).

En función de lo dicho, es posible desarrollar la siguiente clasificación.

2.6.1. Precedente atemporal

La fuerza del precedente, en este caso, no pierde vigencia por el paso del tiempo ni por el cambio de integración del personal que conforma el tribunal.⁽³⁹⁾ Así, tiene igual obligatoriedad, en principio, el precedente que fue dictado la semana anterior que el que ha sido dictado hace diez años.

En general, esto es lo que sucede en los sistemas de *common law*, lo que no quiere decir que la antigüedad del precedente sea ignorada por completo al momento de ponderar su aplicación o juzgar su abandono: en principio, goza de la misma obligatoriedad el precedente independientemente de cuándo ha sido dictado. Se podrá argumentar, en algún caso, que este último ha perdido valor (por ejemplo, por un importante cambio en las circunstancias sociales o económicas) y se utilizará el tiempo transcurrido para demostrar esa pérdida de valor, pero jamás se aceptará tal pérdida por el mero transcurso del tiempo.

Curiosamente, el paso del tiempo puede tener influencia sobre la fuerza del precedente en sentidos contrapuestos. Así, en ocasiones se reconoce una fuerza mayor a aquellos precedentes muy antiguos que han sido mantenidos durante mucho tiempo. Algunos llaman a este tipo de precedentes “*ancient decisions*” (Garner, 2016). Por el contrario, otras veces, el paso de una considerable cantidad de tiempo desde que el precedente fue dictado apoya la argumentación de que ha quedado obsoleto o sirve para acreditar que se ha producido un cambio de circunstancias, lo cual, como se mencionó, puede ser un motivo que justifique la

(38) Para un análisis detallado del tema, véase Garay (2013); Legarre (2016); Bianchi (2000).

(39) Si bien la regla del *stare decisis* no habilita, en la teoría, un cambio de integración del tribunal como justificativo del cambio jurisprudencial, en la práctica esto suele darse. En tal sentido, el estudio de Ulmer (1959) prueba que 64 de los 81 rechazos que halló en el período bajo estudio tuvieron lugar dentro de los primeros cinco años de la incorporación de un nuevo juez.

revisión del precedente. Sea como fuere, es necesario repetir que, en el *common law*, no basta el mero transcurso del tiempo desde que el precedente hubiera sido dictado para habilitar su revisión.

2.6.2. Precedente temporal

En estos casos, la fuerza del precedente queda limitada o restringida (es decir, se pierde definitiva o presuntamente) por el mero transcurso del tiempo. Existe, en Argentina, un caso en el que el legislador ha considerado que el precedente pierde su fuerza o valor una vez que ha transcurrido cierto tiempo: cuando se prohíbe invocar, a los efectos de interponer el recurso de inaplicabilidad de ley, un precedente de antigüedad mayor a diez años.⁽⁴⁰⁾ El recurso de inaplicabilidad de ley es aquel que se interpone frente a la contradicción entre dos sentencias de una misma cámara de apelaciones. De acuerdo con el art. 288 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el precedente que se invoca para mostrar la contradicción que genera la sentencia impugnada debe haber sido dictado en los diez años anteriores. El legislador ha entendido que, con el paso de diez años, el valor del precedente se diluye y la contradicción no debe ser evitada.

En México se reconoce una división en dos períodos constitucionales de las tesis de jurisprudencia publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación*: antes y después de 1917. Las tesis anteriores a 1917 se consideran inaplicables, que no tienen vigencia, al punto que han recibido la denominación de “jurisprudencia histórica” (Rivas Saavedra, 2010). En Polonia suele afirmarse que el valor que se otorga al precedente varía según este sea anterior o posterior a la caída del comunismo (Peczenik, 2016).

2.7. Dimensión de variación: cambios de jurisprudencia

Se trata de una dimensión que se refiere a:

- (i) las circunstancias concretas que habilitan el abandono o el cambio de un precedente judicial en un ordenamiento jurídico determinado;
- (ii) los tribunales específicos que pueden llevar a cabo ese abandono o ese cambio;
- (iii) los procedimientos o requisitos necesarios para que se produzca esa modificación (por ejemplo, un quórum o mayoría calificados, una mayor carga de la argumentación); y
- (iv) los efectos (retroactivos o prospectivos) que ese cambio jurisprudencial posea.

Existió una época en que, en ciertos sistemas pertenecientes a la tradición jurídica del *common law*, el precedente horizontal nunca podía ser dejado sin efecto:

(40) Vale aclarar que el precedente invocado para interponer el recurso no es reconocido como obligatorio, sino que se le reconoce un cierto valor que justificaría su potencial comparación respecto de la sentencia que se está recurriendo, con el fin de eliminar una posible contradicción.

su obligatoriedad era absoluta y no admitía excepciones de ningún tipo. Así fue aplicada la doctrina del *stare decisis* en el Reino Unido durante gran parte del siglo pasado (Cross & Harris, 1991).

El *Practice Statement*⁽⁴¹⁾ de la Cámara de los Lores, de 1966, flexibilizaría aquella práctica. En ese documento, los Lores afirmaron que si bien el precedente constituía una base indispensable para decidir qué es el derecho y cómo debe ser aplicado a los casos individuales, una adhesión demasiado rígida podría ocasionar injusticia en un caso particular o restringir la evolución del derecho. A raíz de eso, propusieron modificar la práctica hasta entonces vigente y mantener la obligatoriedad horizontal del precedente, pero admitiendo que pudiera ser dejado de lado (*overruled*) cuando pareciera correcto hacerlo.

Estados Unidos, en cambio, jamás adhirió a una versión tan estricta de la doctrina del precedente horizontal (Healy, 2001), sin perjuicio de lo cual, a través de su jurisprudencia, la estabilidad del precedente iría haciéndose considerablemente fuerte en algunos casos –como el de los precedentes que interpretan *statutes*– y flexibilizándose en otros –como los casos de interpretación constitucional–.

Hoy en día, ni siquiera en los sistemas legales que reconocen una fuerte obligatoriedad del precedente se niega la posibilidad de que se lleve a cabo un cambio, de que el derecho mute, varíe, se transforme.⁽⁴²⁾ No obstante, esta posibilidad viene acompañada, al menos en los sistemas de *common law*, por el reconocimiento de algunos parámetros generales acerca de cómo, a través de quién y en qué circunstancias es posible que la jurisprudencia sea modificada. Habitualmente, el precedente vertical no puede ser dejado de lado, pero se tienen en cuenta ciertos factores que habilitan un cambio en el precedente horizontal (es decir, que el tribunal abandone o modifique su propio precedente). Esos factores son: su viabilidad (si ha sido dificultoso para la sociedad o para los jueces extraer de él una *ratio*), la confianza en él (cómo quedaría afectada la sociedad si el precedente fuera dejado sin efecto), la crítica severa o la disconformidad que ese precedente pudo haber generado, un cambio legislativo o una modificación sustancial de circunstancias políticas, económicas o sociales.⁽⁴³⁾ Es importante destacar, de cualquier modo, que ninguno de estos factores es determinante, y deben evaluarse prudencialmente en cada caso concreto y de acuerdo con la doctrina del precedente del ordenamiento jurídico en cuestión.

El ordenamiento jurídico mexicano, por su parte, es un caso en que la norma establece explícitamente (por mandato constitucional) cuándo se puede modificar el precedente judicial vinculante. Se trata del art. 194 de la Ley de Amparo, que dispone cuándo se interrumpe la jurisprudencia y establece los requisitos

(41) Véase [1966] 3 All E.R. 77 (H.L.) (U.K.).

(42) “Si la primera regla del precedente es que las decisiones pasadas merecen respeto, la segunda es que ninguna decisión es intocable” (Kozel, 2017, p. 60). La traducción me pertenece.

(43) La mayoría de estos elementos fueron descriptos y analizados –aunque ese análisis merece ciertos reparos– por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 505 U.S. 833, 856 (1992).

necesarios para su modificación (en esto último, remite a los requisitos necesarios para la formación de jurisprudencia).

En cuanto a Chile, los proyectos de reforma al Código Procesal Civil también contenían previsiones en torno a esta dimensión del precedente: mientras que en el del año 2009 se preveía la posibilidad de modificar la jurisprudencia cuando “nuevos contextos históricos, sociales o culturales” lo justificasen, en el del 2012 se eliminaron las causales y únicamente se indicó que el recurso extraordinario ante la Corte Suprema procedería cuando fuera necesario modificar una tendencia jurisprudencial. Otra diferencia relevante entre uno y otro proyecto es que el primero sujetaba el cambio a la Sala Civil de la Corte, mientras que el segundo se lo atribuía al Pleno.

En Argentina y Colombia, fueron los tribunales, a partir de su jurisprudencia, los que han delineado esta dimensión de la doctrina del precedente. En Argentina, por su parte, la Corte Suprema ha delineado ciertos parámetros: en primer lugar, que el apartamiento de un precedente suyo por parte de un tribunal inferior requiere proporcionar nuevos fundamentos que lo justifiquen (CSJN, 1988, Fallos: 311-2453); en segundo lugar, que el respeto por la Corte como intérprete último de la Constitución (y de las leyes que se dictan en consecuencia) exigen que el apartamiento de sus precedentes, tanto de parte de los tribunales inferiores, como de la propia Corte, requiera la advertencia del error o la inconveniencia del precedente, es decir, una causa grave que torne **ineludible** el abandono del precedente (CSJN, Fallos: 183:409).⁽⁴⁴⁾ A esto se le suma, recientemente, la pauta de la “carga argumentativa calificada” a cargo de la parte que pretenda una modificación del precedente de la Corte en materia constitucional, carga que, curiosamente, se profundiza (según lo indica la propia Corte) cuando la parte que solicita la modificación del precedente intervino en la causa en la que el precedente hubiera sido dictado (CSJN, 2014, Fallos: 337:47, considerando 7° *in fine*). Finalmente, en lo que hace al cambio de jurisprudencia por cambio de composición del tribunal, la Corte argentina ha afirmado que frente a situaciones sustancialmente idénticas los justiciables tienen legítimo derecho a esperar que las decisiones judiciales tengan continuidad y correspondencia con la jurisprudencia existente, aun frente a ocasionales modificaciones en la integración del órgano jurisdiccional (CSJN, 1939, Fallos: 183:409; 1948, Fallos: 212:325; 2000, Fallos: 323:555), y que la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional, sin que resulte por ende admisible que dos sentencias emanadas del mismo tribunal resuelvan la cuestión de modo diverso, aunque hayan cambiado sus integrantes”, si no medió circunstancia sobreviviente o que no hubie-

(44) En Arte Radiotelevisivo, la Corte señaló que “quien pretenda del Tribunal un nuevo examen sobre la cuestión constitucional de que se trata 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” (CSJN, Fallos: 337:47, 2014, considerando 7°).

se podido ser apreciada en el fallo anterior (CSJN, 1969, Fallos: 273:312; 1979, Fallos: 301:762). De cualquier modo, esta jurisprudencia no ha sido constante.

En Colombia, por su parte, fue la sentencia C-836 del Tribunal Constitucional la que estableció las pautas para modificar el precedente al señalar que un cambio en la situación política, social o económica podría imponer la necesidad de modificar la jurisprudencia existente. Pero indicó, expresamente, que ello no justifica el cambio arbitrario de la jurisprudencia mediante la simple invocación del cambio de situación social, económica o política, sino que es necesario “que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes involucrados en el caso particular”. Posteriormente, las causales de modificación del precedente fueron materia de diferentes proyectos de reformas a la Constitución colombiana. Sin embargo, ninguna de estas prosperó. Así, el gobierno de Uribe Vélez propuso una reforma al art. 230, en 2002,⁽⁴⁵⁾ que exigía, para la modificación de jurisprudencia, “mayorías calificadas” y “precisa motivación”. Otro proyecto de reforma, del año 2004, establecía una dimensión de variación mucho más estricta, pues preveía que solo podría modificarse, con expresa indicación de los motivos y del alcance del cambio introducido, cuando fuera contraria a las normas vigentes, a raíz de una modificación legislativa o cuando no era aplicable al caso concreto (en rigor de verdad, esto último no constituye un cambio de jurisprudencia, sino el mero ejercicio del *distinguishing*, técnica a partir de la cual, en el *common law*, se deja de lado un precedente bajo el argumento de que no se trata de un caso relevantemente análogo). Un nuevo proyecto de reforma, presentado en 2010, establecía que los cambios jurisprudenciales únicamente tendrían efectos prospectivos. Este proyecto tampoco prosperó.

2.8. Dimensión axiológica

Esta dimensión comprende aquellos valores o fundamentos en virtud de los cuales se justifica el reconocimiento de cierto respeto o fuerza al precedente (pueden estar contenidos en las normas que consagran la doctrina del precedente o consagrarse en la jurisprudencia referida al precedente).

El fundamento del reconocimiento del precedente no es el mismo en todos los ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en el *common law*, siempre estuvo subyacente a la aplicación de precedentes judiciales la noción de “igualdad”. Ella se encuentra en la esencia misma del *stare decisis*: “*treat like cases alike*”. En ordenamientos jurídicos del *civil law*, en cambio, el reconocimiento de cierto valor a determinados precedentes no estaba relacionado con la igualdad, sino con la casación como mecanismo de neutralización de jueces de los que se desconfiaba (cfr. Bravo, 2013, especialmente, p. 556).⁽⁴⁶⁾ Por otro lado, la filosofía jurídica

(45) Proyecto de acto legislativo 10 de 2002, publicado en la *Gaceta del Congreso*, (484).

(46) López (2010) afirma que este habría sido el caso de España, donde no se buscaba “que los jueces tuvieran la obligación de decidir el caso de la misma manera como se habían decidido

occidental es más propensa al análisis del precedente desde la perspectiva de la racionalidad del discurso jurídico o de la argumentación jurídica. En este sentido, son conocidas las defensas al precedente mediante la apelación a principios de universalidad o coherencia en el sistema jurídico (Gascón Abellán, 1993).⁽⁴⁷⁾ Incluso, hay quienes sostienen que la justificación del precedente varía de acuerdo con el precedente de que se trate: Gascón Abellán señala, por ejemplo, que el respeto por el autoprecedente es una defensa contra la arbitrariedad, un elemento de la racionalidad del discurso, un “criterio de racionalidad”. Mientras que el respeto por el precedente vertical, es decir, el establecido por un órgano de jerarquía superior, tiene su fundamento en su naturaleza de mecanismo de unificación de la jurisprudencia y, en este sentido, se transforma en una “pauta sustantiva”, que se encuadra en el respeto por el Estado de derecho y el gobierno de las normas y no de los hombres. En este último supuesto, obedecer el precedente es como obedecer la ley.⁽⁴⁸⁾

En Colombia y Chile se da la particularidad de que el mismo fundamento o valor, a saber, la independencia judicial, se utiliza para abrazar o para repeler al precedente judicial, respectivamente. Así, mientras que en el primer caso un proyecto de reforma a la Constitución⁽⁴⁹⁾ expresamente invocaba la independencia judicial como valor a proteger mediante la instauración de un precedente vinculante, en Chile este es usualmente el argumento de mayor peso para negar toda fuerza o valor al precedente judicial.

Por otro lado, en Colombia, un tópico argumentativo común de defensa del precedente es la garantía constitucional de igualdad ante la ley. La sentencia C-836/01 es un claro ejemplo de defensa del respeto al precedente judicial articulada sobre la base de la igualdad, en especial, en su faceta de igualdad de trato por parte de las autoridades. Por el contrario, la Corte Suprema argentina ha sido reacia a reconocer que la igualdad ante la ley abarca también la garantía de igual trato por parte de los tribunales, aunque aisladamente así lo ha señalado (CSJN, 2007, Fallos: 330:3160).

casos anteriores [sino que se] trataba más bien de obligar a los jueces inferiores el respetar el sentido o significado abstracto (...) que la Corte de Casación había dado a una disposición legal” (p. 111).

(47) La teoría del precedente como garantía de universalización ha surgido de la obra de Alexy (1989; MacCormick, 1978).

(48) “[P]odría decirse que la vinculación al precedente vertical cumple la misma función que la vinculación a la ley: hacer que los casos se resuelvan conforme a un parámetro jurídico preconstituido; o sea, el principio del *rule of law and not of men*, o del estado de derecho. El autoprecedente, por el contrario, equivale a la observancia del principio de universalidad por cada juez o tribunal concreto, y lo que exige a estos no es tanto seguir un criterio anterior (que puede no existir) cuanto que dicten una resolución basada en un criterio generalizable, un criterio que en principio estarían dispuestos a seguir siempre y desearían que siguiesen los demás” (Gascón Abellán, 2016, p. 245).

(49) Se trató del Acto legislativo 11 de 2011.

3. Conclusión

A lo largo del presente trabajo se han explicitado las diversas dimensiones o aristas que adopta el precedente judicial al ser utilizado en diversos ordenamientos para resolver casos análogos. La conjunción de aquellas dimensiones conforma la doctrina del precedente propia de cada sistema jurídico.

La explicitación de estas dimensiones constituye un punto de partida inédito para el estudio de la doctrina del precedente en cualquier ordenamiento jurídico, tanto del *common law* como del *civil law*.

A su vez, a partir del análisis de cada una de las dimensiones y de los múltiples ejemplos proporcionados a lo largo de este trabajo, pueden extraerse dos conclusiones:

- i. en todos los ordenamientos jurídicos abordados el precedente es utilizado de un modo u otro, sin distinguir si el sistema pertenece al *common law* o al *civil law*;
- ii. en cada ordenamiento, la utilización del precedente asume peculiaridades tales que vuelven fructífero un estudio tendiente a identificar las fortalezas y debilidades de cada doctrina del precedente. Este estudio podrá servir, a su vez, de base para un análisis comparativo que permita dilucidar qué métodos son más eficaces en cada dimensión del precedente para que el respeto por lo resuelto en el pasado cumpla con la finalidad a la que se orienta: la consagración de la seguridad jurídica y de la igualdad.

4. Referencias bibliográficas

- Accatino, D. (2002). El precedente judicial en la cultura jurídica chilena. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, pp. 559-582.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. I. Espejo y M. Atienza (Trad.). CEC.
- Alexy, R. y Dreier, R. (2016). Precedent in the Federal Republic of Germany. En N. MacCormick, R. Summers, A. L. Goodhart (Eds.) *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Routledge
- Algero, M. G. (2005). The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. *Louisiana Law Review*, 65(2), pp. 775-822.
- Bankowski, Z., MacCormick, D. N., Morawski, L. y Ruiz Miguel, A. (2016). Rationales for Precedent. En D. N. MacCormick, R. Summers y A. L. Goodhart (Eds.) *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (pp. 481-501). Routledge.
- Bianchi, A. (2001). De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*). *El Derecho. Serie especial de Derecho Constitucional*, pp. 335-347
- Boggs, D. J. y Brooks, B. P. (2000). Unpublished Opinions & the Nature of Precedent. *Green Bag*, (4), pp. 18-26.

- Bravo Hurtado, P.** (2013). Hacia los precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y Fuentes del Derecho. *Revista Chilena de Derecho*, 40(2), pp. 549-576.
- Camarena González, R.** (2019). Ni rebelión ni autoritarismo judicial. Una defensa del control de la constitucionalidad de la jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, (2), año 17, pp. 141-162.
- Caminker, E. H.** (1994). Why must inferior courts obey Supreme Court precedents. *Stanford Law Review*, 46(4), pp. 817-873.
- Cárdenas, E. J.** (1984). El sistema del *stare decisis* y su búsqueda de flexibilidad. *La Ley*, 1984-B, pp. 762-766.
- Couso, J. y Mera, J.** (2007). El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: anatomía de un fracaso. *Revista de Derecho*, XX (2), pp. 147-172.
- Cross, R. y Harris, J. W.** (1991). *Precedent in English Law* (4ª ed.). Clarendon Press.
- Cucatto, M.** (2013). El lenguaje jurídico y su “desconexión” con el lector especialista. El caso de *a mayor abundamiento*. *Letras de Hoje*, pp. 127-138.
- Cueto Rúa, J.** (1982). *Fuentes del derecho*. AbeledoPerrot.
- Curtis, G. F.** (1978). Stare Decisis at Common Law in Canada. *University of British Columbia Law Review*, 12(1), pp. 1-14.
- De Santa Cruz Oliveira, M. A. J.** (2006). Reforming the Brazilian Supreme Federal Court: A Comparative Approach. *Washington University Global Studies Law Review*, 5(1), pp. 138-45.
- de Secondat, Charles - Louis, Baron de la Brède et de Montesquieu.** (1987). *Del espíritu de las leyes*. Tecnos.
- Díaz, I. L.** (2015). Diez razones para incorporar el seguimiento del precedente en Chile. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, (2), año 22, pp. 139-171.
- Dragich, M. J.** (2004). Citation of unpublished opinions as precedent. *Hastings Law Journal*, 55, pp. 1235-1308.
- Duxbury, N.** (2008). *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press.
- Estrada Romero, M.** (2005). Reflexiones en torno a la jurisprudencia en México. En D. Cienfuegos Salgado y M. A. López Olivera (Coords.) *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. IJ-UNAM.
- Finnis, J.** (1980). *Natural law and natural rights*. Clarendon Press.
- Fon, V. y Parisi, F.** (2006). Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis. *International Review of Law and Economics*, 26(4), pp. 519-535.
- Garay, A. F.** (2013). *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*. AbeledoPerrot.
- Gascón Abellán, M.** (1993). Igualdad y respeto al precedente. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, (2), año 1, pp. 211-228.
- Garner, B. A. et. al.** (2016). *The law of judicial precedent*. Thomson Reuters.

- Gómora Juárez, S.** (2017). La posibilidad conceptual y el argumento histórico en torno al estudio del precedente. *Precedente. Revista Jurídica*, (11), pp. 137-185.
- Goodhart, A. L.** (1930). Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, XL(2), pp. 161-183.
- Goodhart, A. L.** (1934). Precedent in english and continental law. *Law Quarterly Review*, (50), pp. 40-65.
- Gottheil, J.** (1960). *Common law and civil law*. AbeledoPerrot.
- Healy, T.** (2001). Stare Decisis as a Constitutional Requirement. *West Virginia Law Review*, (104), pp. 43-122.
- Healy, T.** (2008). Stare decisis and the Constitution: four questions and answers. *Notre Dame Law Review*, 38(3), pp. 1173-1226.
- Jones, H. W., Kernochan, J. M. y Murphy, A. W.** (1980). *Legal method: cases and materials*. The Foundation Press.
- Kozel, R. J.** (2017). *Settled versus Right. A theory of precedent*. Cambridge University Press.
- Legarre, S.** (2016). *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma
- Legarre, S. y Rivera, J. C. (h).** (2006). Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), pp. 109-124.
- Legarre, S.** (2011). Precedent in argentine law. *Loyola Law Review*, 57, pp. 781-791.
- Londoño S., N. R.** (2007). La obligatoriedad de los principios del derecho en el common law de los Estados Unidos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 36(106), pp. 55-88.
- López Medina, D. E. P.** (2010). Tres caminos históricos en la formación de la jurisprudencia en América Latina: recepción y vicisitudes del concepto de “doctrina legal” en la región. En A. González y J. del Río (Comps.) *Discusión jurídica contemporánea desde Michoacán*. Tribunal Electoral del Estado de Michoacán/ Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán.
- López Medina, D.** (2015). Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. *Precedente. Revista Jurídica*, (7), pp. 9-42.
- MacCormick, N.** (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Clarendon Press.
- MacCormick, D. N. y Summers, R. S.** (2016). Further general reflections and conclusions. En N. MacCormick, R. Summers y A. L. Goodhart (Eds.) *Interpreting precedents. A comparative study*. Routledge.
- Merryman, J. H. y Pérez-Perdomo, R.** (2007). *The civil law tradition. An introduction to the legal systems in Europe and Latin America*. (3ª ed). Standford University Press.
- Montoya Vallejo, S. A.** (2017). Análisis comparado de la formación de la jurisprudencia en México y del precedente judicial en Colombia. *Revista CES Derecho*, (8), pp. 71-99.
- Núñez Vaquero, A.** (2018). Precedente en materia de hechos. *Revista de Derecho*, XXXI(1), pp. 51-78.

- Peczenik, A.** (2016). The binding force of precedent. En N. MacCormick, R. Summers y A. L. Goodhart (Eds.) *Interpreting precedents. A comparative study*. Routledge.
- Perrone Campos Mello, P.** (2016). Precedentes vinculantes nos estados unidos da américa e no direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, 13(3), pp. 263-285.
- Pulido Ortiz, F. E.** (2018). *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*. Universidad de la Sabana, Colección Investigación.
- Rivas Saavedra, V. R.** (2010). El desacato y el carácter obligatorio de la jurisprudencia. *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, (3), pp. 1-42.
- Ruiz Miguel, A.** (2016). Rationales for precedent. En N. MacCormick R. Summers y A. L. Goodhart (Eds.) *Interpreting precedents. A comparative study*. Routledge.
- Serna de la Garza, J. M.** (2008). The concept of jurisprudencia in mexican law. *Mexican Law Review*, 1(2), pp. 132-145.
- Sloan, A. E.** (2007). If you can't beat 'em, join 'em: a pragmatic approach to nonprecedential opinions in the federal appellate courts. *Nebraska Law Review*, (86), pp. 895-954.
- Sloan, A. E.** (2009). The dog that didn't bark: stealth procedures and the erosion of stare decisis in the federal courts of appeals. *Fordham Law Review*, (74), pp. 718-791.
- Taruffo, M.** (2010). Dimensiones del precedente judicial. En S. Castañeda Otsu, S. (Dir.), F. Velezmoro (Coord.) *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. J. F. Monroy Gálvez (Trad.). Grijley.
- Taruffo, M.** (2016). Institutional factors influencing precedents. En N. MacCormick, R. Summers y A. L. Goodhart (Eds.) *Interpreting precedents. A comparative study*. Routledge.
- Tondopó Hernández, C. H.** (2007). La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano. Necesidad de aplicación retroactiva y ampliación en su alcance. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, (9), pp. 193-221.
- Troper, M. y Grzegorzcyk, C.** (2016). Precedent in France. En N. MacCormick, R. Summers y A. L. Goodhart (Eds.) *Interpreting precedents. A comparative study*. Routledge.
- Ulmer, S. S.** (1959). An empirical analysis of selected aspects of lawmaking of the United States Supreme Court. *Journal of Public Law*, (8), pp. 414-436.
- Wambaugh, E.** (1894). *The study of cases. A course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities and compiling digests* (2ª ed.). Little, Brown, and Co.

5. Referencias jurisprudenciales

Alemania

Bundesgerichtshof, 85, 64, 4/10/1982.

-----, 87, 150, 25/03/1983.

-----, 125, 218, 1994.

Argentina

CSJN, “González, Herminia del Carmen c/ANSeS s/reajustes por movilidad”, 21/03/2000, Fallos: 323:555.

-----, “Simón, Julio Héctor y otros”, 14/06/2005, Fallos: 328:2056.

-----, “Bussi, Antonio Domingo c/Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados”, 13/07/2007, Fallos: 330:3160.

-----, “Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/EN - JGM - SMC s/ amparo ley 16.986”, 11/02/2014, Fallos: 337:47.

-----, “Nación c/Muzaber, Rafik”, 1969, Fallos: 273:312.

-----, “Rodríguez Gómez, Eugenio c/Municipalidad de Chascomús”, 1979, Fallos: 301:762.

Canadá

Supreme Court of Canada, “Carter v. Canada”, 06/02/2015.

Colombia

Corte Constitucional, Expediente D-3374 (2001), sentencia C-836, 2001.

-----, Expediente D-164 (1993), sentencia C-104, 1993.

España

Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, Rec. 4881/00, 28/11/2007.

Estados Unidos

Supreme Court of Louisiana, “Johnson v. St. Paul Mercury”, 30/03/1970.

Supreme Court of the United States, “Mast, Foos & Co. v. Stover Manufacturing Co.”, 23/04/1900.

-----, “Planned Parenthood v. Casey”, 29/06/1992.

-----, “Camreta v. Greene”, 26/05/2011.

US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, “LaShawn A. v. Barry”, 08/05/1996.

US Court of Appeals for the Ninth Circuit, “Hart v. Massanari”, 24/09/2001.

US Court of Appeals for the Seventh Circuit, “Tmf Tool Co. v. Muller”, 16/10/1990.

US District Court for the District of N. D. Georgia, “State Farm v. Bates”, 30/06/1982.

US District Court for the District of New Jersey, “White v. Baltic”, 15/10/1962.

US District Court for the District of Virgin Islands, “St. Thomas and St. John, Bluebeard’s Castle v. Delmar”, 31/03/1995.

Reino Unido

Court of Appeal, “Morrelle Ltd. v. Wakeling”, 1955.

House of Lords, Practice Statement, 3 All E.R. 77 (H.L.) (U.K.), 1966.