

EL PRECEDENTE JUDICIAL. ENTRE EL CAOS Y EL ORDEN

THE JUDICIAL PRECEDENT. BETWEEN CHAOS AND ORDER

María del Carmen Piña¹

Resumen: En este ensayo, la autora, atónita por la irrupción desmesurada del Precedente judicial, propone identificar razones teóricas y prácticas sobre entidad y trascendencia del fenómeno. Intenta dimensionar la puesta en valor de la jurisprudencia por parte de los juristas, en cuanto fuente del derecho, ante el supuesto de haberse removido el sistema de fuentes en el Civil Law. Revisar teorías atinentes a los distintos sistemas. Resignificar la importancia de la comparación jurídica. A partir de la tesis de Ross, proyecta sobre Taruffo la actualidad del precedente. Analizar la confrontación de nuevos paradigmas y postular algún orden en un derecho caótico.

Palabras clave: precedente judicial, teorías, jurisprudencia, fuentes, sistemas, derecho comparado, orden, caos.

Abstract: In this essay, the author, stunned by the excessive breakthrough of the judicial precedent, proposes to identify theoretical and practical reasons for the entity and importance of the phenomenon. She tries to estimate how jurists now value case law, as a source of law, in the case of being removed from the source system in Civil Law. She revises theories pertaining to different systems and resignifies the importance of legal comparison. From Ross' thesis, she projects on Taruffo the current state of the precedent. She analyzes the confrontation of new paradigms and attempts to establish some kind of order in a chaotic law.

Key words: judicial precedent, theories, case law, sources, systems, comparative law, order, chaos.

I. Introducción

Es notable observar entre nosotros una cierta adhesión a las modas. Este fenómeno, liminarmente, puede identificarse por ejemplo, con vestimenta, cine, automóviles. Se trata en cada caso de algunos espacios que han logrado brillo estelar. Cuando en el ámbito jurídico se dice que tal o cual tema se ha puesto de moda, puede que el brillo no ilumine lo suficiente.

En la pasada década del 90 y hasta el primer decenio de este nuevo siglo, hubo consenso en cuanto el tema de los principios jurídicos era convocante y apologético. Desde allí,

Artículo recibido el 15-9-2022 – aprobado para su publicación el 17-2-2023.-

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Diplomada en Derecho Comparado (Universidad Atila Josep en Sèged, Hungría). Becaria en Seminario de Derecho Comparado Universidad de Lodz, Polonia y Bordeaux, Francia. Profesora de Derecho Comparado en Especialidades, Maestrías y Carrera de Doctorado (UNC, UCC y Universidad Siglo21). Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ex Juez de la Sala VI de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Co Directora de la carrera Interinstitucional de Derecho Laboral (UNC, UCC y Universidad del Litoral) Directora del Seminario de Metodología de la Investigación de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Contacto: mcpina@hotmail.com.ar

todo jurista siente un fuerte ímpetu al abordar en cualquier ámbito del derecho el debate sobre los mismos. Es claro observar quienes experimentan hasta una sensación de fuerza argumental o de poder intelectual con la mera alusión a esta materia, que en la mayoría de los ejemplos toma un cariz de tópico trascendente.

Hay una constatación inicial en cuanto se vivía una nueva “edad de oro” de los principios en el ambiente teórico de la Filosofía del Derecho² como también en el contexto de los derechos nacionales, del cual por cierto, nuestro país no fue una excepción. Por otra parte, la reivindicación de los principios o de una cierta versión de los mismos, casi siempre ha resultado polémica con la concepción positivista del Derecho. A su turno, la literatura jurídica argentina posterior al Constitucionalismo Social, releva un catálogo de principios constitucionales y es frecuente la invocación de ellos por parte de todas las áreas de la Dogmática.

Se ha dicho que el tema de los principios generales es un concepto borroso, no obstante, que constituye el punto de encuentro inexorable para todo jurista. Ellos no son tan sólo un apartado necesario de una teoría, sino una temática con la que éste se topa inevitablemente en el trabajo jurídico concreto.

Hay innumerables intentos definitorios de los principios, aunque pocos se han considerado relevantes y esclarecedores, así como los estudios respecto a su estructura, formulación y contenido normativo. También frondosa es la literatura en torno a la posición de los principios en el ordenamiento jurídico y otro tanto en cuanto a las fuentes de la cual emanan; a la argumentación en base a principios, a la dicotomía principios y valores, clasificación y conflictos entre principios y normas y entre principios entre sí.

Hoy es notable observar en el ámbito jurídico la irrupción de la figura del precedente judicial, tema que siempre ha sido evaluado como importante y ha adquirido una mayor en estos últimos tiempos e incluso, se ha puesto de moda, como refiere García Amado³. El filósofo español sostiene que hay mucho que hablar, mucho que aprender, mucho que enseñar, mucho que meditar sobre dicho tema en estos tiempos en lo que está por así decir: “agitado el sistema de fuentes del derecho”; tiempo de importantes cambios en la teoría y la práctica de lo jurídico.

Súbitamente se advierte que emergen con fuerza nuevas categorías, nuevos planteamientos, nuevas teorías, entre ellas las relativas al precedente judicial y donde siempre está presente esta polémica que subyace eterna entre positivistas y antipositivistas, o como aquél gusta llamar, *ius positivistas* y *ius moralistas*.

A esta altura son inquietantes los interrogantes: ¿por qué es importante para un teórico y un práctico del derecho este tema de los precedentes judiciales? ¿qué tiene de particular o por qué un buen abogado debería ocuparse y preocuparse de conocer cosas y aprender a argumentar sobre estas cuestiones?

Un relevamiento somero muestra un sinnúmero de operadores jurídicos interesados en la temática y ello podría ser indiciario de que “algo” está sucediendo. Y luego decir que

² PRIETO SANCHIS Luis, Sobre Principios y Normas, Problemas del razonamiento Jurídico. Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, Pág. 17.

³ GARCIA AMADO, Juan Antonio, Curso Precedentes Judiciales. Teoría y Práctica. Seminario Web Gratuito: El precedente Judicial y la Tradición Jurídica Continental. Seminario web gratuito llevado a cabo el día 11 de Marzo de 2022, organizado por Sílex Formación Jurídica e impartido por los profesores del Curso Precedentes judiciales. Teoría y Práctica. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=RgTi4CIZZbE>

lo que sucede, lo es desde varios puntos de vista: ha ocurrido por ejemplo, desde el punto de vista teórico. En este ámbito es donde Núñez Vaquero⁴ se confiesa culpable de haber engrosado la literatura, pero sobre todo afirma, porque desde que se dieron los procesos de constitucionalización de los ordenamientos, desde que caló el nominado *iusmoralismo*, entiende que los tribunales han ido teniendo un rol cada vez más importante dentro de nuestros ordenamientos jurídicos.

El fenómeno esbozado se verifica con claridad en lo ocurrido con muchos de los tribunales constitucionales, tanto europeos como latinoamericanos. Al efecto, cita al Tribunal español, al colombiano, la Corte Suprema mexicana, el Tribunal Federal brasileño y la propia Corte Suprema argentina.

En cuanto a los operadores que abogan diariamente con el derecho, no se interrogan acerca de la relevancia de los precedentes, ya que es algo con lo que se encuentran todos los días. Una simple miscelánea muestra que todos los tribunales o muchísimos de ellos, citan, con mayor o menor frecuencia, decisiones de otros tribunales o las propias, desde la Corte Interamericana citándose a sí misma o citando a la Corte Europea de Derechos Humanos o Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas citando a la Corte Interamericana; jueces de primera instancia citando a la Corte Interamericana en contra de la jurisprudencia de su propia Corte Suprema o de su propio Tribunal Constitucional.

Se afirma que lo sucedido es que, de nuevo, la comunidad de los juristas se ha dado cuenta de un tema que ha estado siempre en la cultura jurídica del Civil Law, cual es el valor de la jurisprudencia, si se quiere en cuanto fuente del derecho. Y sobre esa afirmación, Núñez Vaquero expresa que no es que haya sido moda o casualidad⁵.

En tren de fortalecer su andamiaje discursivo, refiere que no se explican cosas tales como que se paguen costosísimos buscadores de jurisprudencia, que haya despliegue en revistas con comentarios de sentencias, que la mayoría de los países latinoamericanos estén poniendo todas sus sentencias en línea y ejemplifica con Chile, quien tiene todo puesto *on line* todo, salvo algunos pocos casos y concluye: “cuando el río suena es que agua lleva y es bien caudalosa”⁶.

Desde su estamento, García Amado formula una distinción fundamental en cuanto es importante que el buen abogado sepa ante el Tribunal donde actúa, citar sentencias relevantes. Eso tiene una función retórica, de convicción; una función persuasiva, pero se pregunta dónde queda la frontera entre este precedente de uso retórico o como argumento para arrastrar al Tribunal sobre la base de la autoridad de la sentencia dictada por otros tribunales y al que se ha llamado “precedente vinculante”.

La reconstrucción lingüística de la cuestión en análisis alude en primer lugar a la jurisprudencia como fuente del derecho, con toda la construcción tejida en torno a ello. No tenía un lugar propio la jurisprudencia en esa idea de delimitación taxativa de las fuentes. En la actualidad es válido, según lo antes expuesto, aludir a la entidad y valor de los precedentes. Hoy está aceptado decir que nos enlaza con una manera más novedosa, más globalizada de ver el derecho.

Con la noción precedente parece ya traernos aparejada otra noción de la función judicial, con un lugar propio en el derecho, como integradora y creadora del derecho.

⁴ NÚÑEZ VAQUERO, A., Precedente en materia de hechos, Revista de Derecho, XXXI, (1), 2018, p. 51-78

⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ob. cit.

⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ob. cit.

Todo esto a la hora de relacionarlo con la idea de vinculación o no del precedente. Es cuando se habla del precedente vinculante o no, tiene mucho que ver, a veces más bien es cuestión de nominación o cuestión de palabras, pero lo que sí parece importante es establecer algún tipo de distinción entre lo que es la función normativa del precedente y la función de persuasión.

Esa relevancia normativa puede tener varias maneras de expresarse, no necesariamente quiere decir que el precedente es algo que tiene que usarse para decidir o algo que tiene que ser aplicado, también puede servir como fundamento no necesario pero suficiente para justificar una decisión.

Lo que no está en duda es que se trata en todos los casos de algo que nos sirve para determinar de alguna manera normativamente la decisión que toma el juez.

Hay también otras cuestiones que indudablemente se perciben y puede enunciarse el fárrago de desintelencias en torno al alcance del concepto en análisis, respecto a genuinas diferencias hermenéuticas, disenso en torno a la valoración de cada tipología propuesta. Sobre el espacio delineado, el ensayo que se plantea es primordialmente descriptivo. La propuesta no apunta por cierto a agotar el tema, sino más bien la pretensión es instalar algunos espacios al debate.

Si este intento reconstructivo, de ambición desmesurada, exhibiera una imagen caótica, no es motivo para el desánimo. El caos es un orden aún sin descifrar⁷.

II. De abogados y jueces. ¿Teoría del precedente?

En el Common Law, señala Florencia Ratti⁸ que, por regla general, lo que ha sido resuelto judicialmente debe replicarse en casos análogos posteriores, desde que los tribunales inferiores están obligados a seguir el precedente del tribunal superior en la escala jerárquica, y si bien cada tribunal puede apartarse de su propio precedente, tal apartamiento es excepcional (de modo que solo queda habilitado en circunstancias específicas y exige que el tribunal proporcione fundamentos adecuados para justificarlo). Por su parte, Álvaro Núñez Vaquero⁹ explica que la “doctrina del precedente” se forma por el conjunto de reglas que especifican qué valor tiene y cómo debe ser aplicado el precedente judicial en un ordenamiento jurídico determinado. Incluye los criterios necesarios tanto para el reconocimiento y la invocación de los precedentes, como para su modificación o abandono. Con frecuencia, también señala cómo deben resolverse las posibles contradicciones.

Con agudeza, Garay¹⁰ refiere que muy a pesar nuestro, abogados y jueces tienen mucho en común. Ambos han sido educados en facultades de Derecho y obtenido el mismo título. En el devenir de sendas tareas y funciones, se suelen consultar iguales fuentes normativas, v. gr., leyes, decretos, reglamentos, autores y sentencias judiciales. Sobre

⁷ Como Señala Bolz en otra de sus obras, caos es la apariencia que presentan situaciones de muy alta complejidad. *El caos no es lo contrario del orden*. Conforme GRÜN Ernesto, Una visión sistémica y cibernética del Derecho en el mundo globalizado del siglo XXI, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

⁸ RATTI, Florencia, El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Revista Jurídica Austral, Argentina, 2020, Vol. 1, N 2, p. 587.

⁹ NÚÑEZ Vaquero, A., ob. cit. p. 55.

¹⁰ GARAY, Alberto, F., El precedente judicial en la Corte Suprema, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2, Números 1 y 2, abril de 1997.

las últimas mencionadas, tanto jueces como abogados se sirven permanentemente de decisiones judiciales. Es habitual encontrar sentencias que citan otras sentencias y escritos forenses que mencionan fallos. Esta práctica consuetudinaria, se verifica desde los inicios de la Organización Nacional. La Corte Suprema de Justicia Argentina, apenas instalada, comenzó a citar resoluciones propias (y norteamericanas) anteriores. Y al día de hoy continúa con dicha costumbre¹¹. Señala que pese a ser esta una antigua práctica, no ha sido enseñada de modo sistemático en la facultad, ni en claustro alguno. No sería exagerado afirmar que en ocasiones, es ejecutada, como si fuera algo que nos ha venido dado. Esta última observación no debiera ser minimizada¹².

El primer caso en el que la Corte Suprema cita una sentencia suya anterior, es el registrado en Fallos: 1: 148, 153, 156 (1864), causa XXIV, “Tomás Tomkinson y compañía y el Fiscal, sobre diferencia de aforo entre 'mantas mezcla' e 'imitación Pampas”¹³: *“En dicha oportunidad el juez de sección, Alejandro Heredia, ya se había remitido a lo resuelto por el Alto Tribunal, expresando: “Que además de las consideraciones expuestas, el presente caso se haya decidido por la Suprema Corte de Justicia, pues es enteramente idéntico al de la causa de Thompson y compañía, en la cual se confirmó la resolución de la Junta de Comisos, que condenaba al pago de la diferencia”. En su apelación, Tomkinson cuestionó esa identidad de casos aludida por el juez federal y la Corte reiteró que: “no se deduce que el presente caso sea de distinta naturaleza que el caso de Thompson y Compañía, y deba resolverse por otros principios...”*

Refiere el jurista que es fácil constatar que esta práctica de citar sentencias anteriores también es seguida por numerosos tribunales de distintos fueros. En la Capital Federal, todos los tribunales de todos los fueros citan sentencias anteriores¹⁴.

Con frecuencia se observa que los abogados ejercitan esta práctica por simple conveniencia, cuando la cita de tal o cual precedente les es favorable a sus intereses o, en el caso de los jueces, a la sentencia que se quiere dictar. En otros supuestos, a veces por sensatez o por temor, se ven compelidos a distinguir su caso de los precedentes que cita la contraria, cuando el único recurso disponible a favor de la pretensión del cliente, es distinguir aquellos antecedentes para, de este modo, excluir a su parte de la sanción que éstos contienen.

La razón mencionada también puede inducir a algunos jueces, a fin de correr los obstáculos que se oponen a la solución a la que ellos desean arribar o a la que corresponde arribar, conforme el derecho vigente.

¹¹Al respecto en fecha reciente en autos “Juez, Luis Alfredo y otro c/ Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ amparo ley 16.986,” del 8 de noviembre del presente año, la C.S.J.N. sostuvo: “Lo contrario, que esta Corte renuncie a esa revisión judicial, implica ubicar a otro Poder del Estado por encima de la Constitución y de las leyes. Como se razonó en el precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos “Baker v. Carr”, varias veces invocado por este Tribunal, “el mero hecho de que una demanda persiga la protección de un derecho político, no quiere decir que presente una cuestión política no justiciable” (369 U.S. 186, 209).”

¹² GARAY, Alberto, F., El precedente judicial en la Corte Suprema, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2, Números 1 y 2, abril de 1997.

¹³ GARAY, Alberto, F., ob. cit.

¹⁴ GARAY, Alberto, F., ob. cit.

Se constaba que abogados y jueces se sirven constantemente de la jurisprudencia de los tribunales. Al referirse a jóvenes abogados, Carrió recordaba: *“La jurisprudencia de la Corte, excluida la Constitución, es la fuente principal en que el Alto Tribunal funda sus decisiones. La salvedad relativa a la Constitución no tiene en verdad demasiado peso. En los casi ciento treinta años transcurridos desde la sanción de la Ley Fundamental, prácticamente todas las cláusulas de ella con virtualidad para suscitar litigios relativos a su alcance o sentido han quedado recubiertas, por decirlo así, de sucesivas capas de interpretaciones de la Corte, la que ha ido restringiendo o ampliando los concisos textos originales. A diferencia de lo que ocurría hace medio siglo hoy ya no se puede litigar en el ámbito de ninguna rama del derecho sin estar al tanto de la jurisprudencia vigente en él. Más concretamente, de la que prevalece en el área jurídica específica del litigio de que se trata. Si eso es verdad en general, lo es de manera preeminente en el campo del Derecho Constitucional, donde gravitan con alcance decisivo los criterios de la Corte Suprema”*¹⁵.

En torno a la riqueza de la iluminada obra de Carrió, Garay formula una propuesta en cuanto que merece variaciones sobre alguno de sus temas y en particular, se refiere al estudio del precedente. Ello así, porque gran parte de sus trabajos de análisis jurisprudencial presuponen o tienen como telón de fondo una teoría del precedente. La afirmación precedente halla ratificación en estudios actuales, elaborados por Núñez Vaquero quien recuerda: *“sobre el punto, un estudiante que lo impactara en cuanto le manifestara: “para un abogado hoy en día manejarse con la jurisprudencia es imprescindible, te comen vivo en tribunales o estás completamente perdido en tribunales si no eres capaz de manejarte con la jurisprudencia”*¹⁶.

Como no todos los jueces o tribunales realizan su labor del mismo modo, es presupuesto esclarecedor mostrar los diferentes usos que se hace de los precedentes. También se ha procurado responder a otro interrogante en estos términos: ¿por qué hacen lo que hacen?

Es posible que por las fronteras de este estudio, las preguntas formuladas queden sin respuesta o algunas dadas resulten sólo indiciarias. De cualquier modo, el intento de reconstruir una base identificatoria de ámbitos cenagosos o controvertidos, podría aportar pequeña herramienta metodológica para continuar en la búsqueda de claridad ante un tema de notable vigencia.

La cita de casos anteriores, señala Garay, constituye una actividad practicada con frecuencia por abogados, jueces, doctrinarios, juristas y profesores. Esas menciones pueden responder a variados propósitos y pretender fines diferentes. Comúnmente, los abogados aluden a decisiones tomadas previamente, para apoyar su postura asumida en el debate. Y otro motivo detectable es que, en esa mirada hacia atrás, la búsqueda apunte a evitar la reiteración de lo que se juzga fue un error¹⁷. Son diversos los motivos por los cuales se procede de ese modo y no precisamente son los mismos. Más aún, conforme al objetivo que se busca con su mención, pueden existir buenas razones para no tratar esas instancias del mismo modo.

¹⁵ CARRIÓ, Genaro, Como fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para jóvenes abogados, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 80-83.

¹⁶ GARCÍA Amado, Juan Antonio, ob. cit.

¹⁷ Véase por ejemplo el caso “Roe vs. Wade” de la Corte Suprema de Estados Unidos, donde el juez Samuel Alito escribe en su opinión mayoritaria que “Roe fue un error garrafal desde el principio”: <https://cnnespanol.cnn.com/2022/06/24/roe-vs-wade-el-caso-que-despenaliza-el-aborto-en-estados-unidos-trax/>

Se propone otra explicación que exhibe una raíz más psicológica. Al estudiar precedentes de la Corte, Garay resalta que muchas veces, se citan precedentes que tienen demasiado poco que ver con aquella substancia que los hace ser precedentes. La constatación de este dato condujo al interrogante respecto a si existía alguna teoría aceptada acerca del precedente. Ello así, ya que era evidente que este jurista, consciente o inconscientemente, estaba utilizando una. Y era obvio también que el tribunal estaba utilizando otra.

El abogado inquieto y avezado, encara con lucidez y valentía este ámbito controversial. En términos amplios, define los precedentes judiciales como normas de carácter general creadas por los jueces al resolver casos concretos y que tienen la capacidad de guiar la acción y decisión de sus destinatarios vgr. jueces, tribunales y autoridades que deben resolver cuestiones similares.

En estudio sobre precedentes judiciales, Pulido Ortiz¹⁸, propone en otro estadio diferenciar tres asuntos. El primero tiene que ver con la creación judicial del derecho (de normas jurídicas positivas), es decir, con las condiciones en las cuales los jueces en sus providencias crean normas jurídicas. El segundo se refiere a la identificación y comprensión del precedente, a la determinación de la norma jurídica que constituye el precedente. El tercer asunto apunta a la función normativa de los precedentes, o sea, la forma como los precedentes guían las decisiones jurídicas. En su propósito, señala la importancia de precisar las diferencias y relaciones entre las cuestiones mencionadas.

Explicita en qué sentido es viable afirmar que los jueces pueden crear derecho y cómo se relaciona esta cuestión con la creación de precedentes judiciales. Y al precisar el concepto de interpretación de precedentes judiciales, lo distingue de la actividad de construirlos. Por último, exhibe el problema de la normatividad de los precedentes judiciales y resalta los casos en que se reconoce el carácter autoritativo de los mismos.

III. Algún dato sobre el origen del precedente y la diferencia entre los dos sistemas

La discusión sobre la creación judicial del derecho ha sido de particular importancia para la práctica y teoría jurídica del último siglo, y ha desarrollado en su entorno diferentes líneas de discusión¹⁹. Esta constatación categórica estimula el análisis de este espacio. Retomar un texto clásico sobre el precedente, siempre validado por los juristas, ilustra y esclarece.

En su obra *Sobre el Derecho y la Justicia*²⁰, Ross daba por sentado, que los precedentes, esto es, las decisiones anteriores, han desempeñado siempre un papel importante en la decisión de una controversia ante un tribunal. El hecho de que en un caso anterior de carácter similar se haya elegido una cierta regla como fundamento de la decisión, constituye un fuerte motivo para que el juez funde la decisión presente en la misma regla. Además que proceder así le ahorra tiempo, dificultades y responsabilidad y ese motivo está estrechamente relacionado con la idea de justicia formal, que en otros tiempos parece haber sido un elemento esencial de la administración de justicia: la

¹⁸ PULIDO ORTIZ, Pablo, E., Apuntes para una teoría de la normatividad del precedente, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, UBA, disponible en http://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsd/collect/adrposgra/index/assoc/HWA_2116.dir/2116.PDF

¹⁹ PULIDO ORTIZ, Pablo, E., ob. cit.

²⁰ ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3º Edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1974.

exigencia de que los casos análogos reciban similar tratamiento, o de que cada decisión concreta esté basada en una regla general.

Pueden también esgrimirse razones de peso para romper con prácticas anteriores. Tal el caso de condiciones sociales cambiantes y en relación con áreas del derecho en que la legislación no ha interferido todavía para actualizar las normas. En tales circunstancias, atribuir demasiado valor al precedente, será considerado como formalismo, como un énfasis excesivo en las exigencias de la justicia formal a expensas de la “equidad” material.

Refiere el filósofo escandinavo que la doctrina de las fuentes del derecho se ocupa de aquellos factores que de hecho influyen en la conducta del juez y puede que solo ellos pueden ayudarnos a predecir sus reacciones futuras. Concluye por tanto que lo único importante para la doctrina de las fuentes del derecho, es el papel motivador que el precedente efectivamente desempeña, y no la doctrina oficial que nos dice si el juez puede tomar en consideración los precedentes y, en caso de que pueda, nos informa si está o no “obligado” por ellos. Esta doctrina ha estado sometida a amplias variaciones en tiempos y sociedades diferentes.

Al revisar las grandes codificaciones se verifica que el legislador, con la ilusión de preservar su obra, a menudo ha prohibido la interpretación de las normas y que la práctica de los tribunales se desarrolle como fuente de derecho. Ya Justiniano había prohibido decidir de acuerdo con los precedentes (*non exemplis, sed legibus judicandum est*).

En el Código Prusiano de 1794 se encuentran preceptos similares. En Dinamarca, después de la aprobación del Código Danés, 1863, se prohibió a los abogados citar precedentes ante la Corte Suprema. Sin embargo tales drásticas prohibiciones fueron ineficaces, y llegó a ser el punto de vista predominante en el continente europeo que, en homenaje a la certeza, las decisiones de los tribunales superiores, en particular las de la Corte Suprema, debían ser respetadas, pero que ellas no poseían “fuerza obligatoria” formal, como derecho legislado.

Señala Ross que la doctrina anglosajona es completamente distinta. Ya en el siglo XIII pasó a ser costumbre general citar precedentes, y en su famoso *Note Book*, Bracton coleccionó dos mil casos, probablemente para fines prácticos.

Al principio no se entendía que el juez estuviera obligado por ellos. La doctrina anglosajona se desarrolló muy gradualmente y adquirió una forma más definida en los siglos XVII y XVIII.

Menciona que la falta de una organización jerárquica homogénea de los tribunales y el estado de las colecciones de fallos (*reports*) impidieron que la doctrina alcanzara pleno desarrollo y menciona que el remedio a estas deficiencias recién aparece en el siglo XIX. La doctrina que hoy es generalmente reconocida, denominada *stare decisis*, es resumida por este filósofo del siguiente modo:

1. Un tribunal está obligado por las decisiones de los tribunales superiores y en Inglaterra, la Cámara de los Lores y el Tribunal de Apelaciones (*Court of Appeal*) están obligados por sus propias decisiones.
2. Toda decisión relevante dictada por cualquier tribunal es un fuerte argumento que tiene títulos para que se lo tome respetuosamente en cuenta.
3. Una decisión sólo es obligatoria respecto de su *ratio decidendi*.

4. Un precedente no pierde vigencia, aunque los precedentes muy viejos no son en principio aplicables a circunstancias modernas.

No es fácil decidir en qué medida los jueces ingleses y norteamericanos- en concordancia con la doctrina de la “fuerza obligatoria”- asignan en realidad mayor importancia al precedente en sus decisiones que sus colegas de Europa continental. Esto no puede darse por supuesto.

Por un lado, es un hecho que los jueces anglo-sajones, sin sentirse trabados por la doctrina de *stare decisis*, dejan con frecuencia a un lado aquellos precedentes que ya no guardan armonía con las nuevas condiciones. La mejor prueba de ello se halla en el hecho de que en el *Common Law* que se ha desarrollado a través de la práctica de los tribunales, no es hoy el mismo que hace cien años. Ha habido cambios y aún se siguen produciendo. Esto no es incompatible con la doctrina del *stare decisis*. Y en tren de aportar alguna clarificación conceptual, se alude a la imperiosa necesidad de responder al interrogante ¿qué es el principio *Stare decisis*?

El nombre completo de la doctrina es *stare decisis et quieta non movere*, que significa en traducción flexible, “*estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto*”.

Lo que decide considerar esta doctrina, no es el problema ideológico de determinar si los precedentes poseen en realidad “fuerza obligatoria” o no, sino saber si la doctrina suministra al respecto criterios objetivos tales, que al apreciar la fuerza motivadora de las decisiones anteriores es posible hablar de una limitación genuina a la libertad del juez. Y esto señala Ross, tiene que ser negado, particularmente por dos razones:

- a) En primer lugar, un precedente solo es considerado obligatorio en cuanto a la *ratio decidendi* del fallo. Esto significa el principio general de derecho que necesariamente hay que introducir como premisa para fundar la decisión. Pero al determinar el principio básico de un caso, el juez no está obligado por las declaraciones hechas por el juez que lo decidió; se considera que el segundo juez tiene derecho a interpretar la decisión a la luz de su propia razón. Pero es obvio que se puede considerar a una decisión como derivada de una gran variedad de reglas generales, todo según que hechos del caso juzguemos relevantes.

Aun cuando muchas de estas interpretaciones posibles están más allá de lo que se piensa, no puede negarse que el juez tiene considerable libertad para interpretar la *ratio decidendi* de tal manera que un precedente invocado no constituya necesariamente un obstáculo a la decisión que, por otros motivos, él desea dictar.

- b) En segundo lugar, aun cuando el juez no desee discutir la *ratio decidendi* de un precedente, le es posible distinguir el caso presente del anterior. Las circunstancias efectivas nunca son idénticas. El propio juez estima cuáles de ellas son relevantes, y puede eludir un precedente invocado si sostiene que en un aspecto u otro el caso en consideración difiere del anterior, de modo que éste no lo obliga.

De lo expuesto, Ross infiere que la doctrina del *stare decisis* es en realidad sólo una ilusión. Es una ideología mantenida por ciertas razones para ocultar a sus propugnadores y a los demás la libre función creadora de derecho que tienen los jueces y para transmitir la impresión engañosa de que éstos solo aplican el derecho ya existente, que puede ser determinado en virtud de un conjunto de reglas objetivas como indica la doctrina del *stare decisis*.

En otro orden, también es un hecho que aun cuando no se suponga que el precedente posee “fuerza obligatoria”, los jueces de Europa continental son influidos en gran medida por decisiones anteriores y sólo rara vez y a disgusto se apartan. No obstante, también aquí es difícil descubrir qué es lo que realmente pasa en la realidad, en parte porque a menudo los considerandos no invocan el precedente y en parte porque con frecuencia las nuevas líneas jurisprudenciales no aparecen como un abandono abiertamente admitido de la práctica anterior²¹.

Observa que en el continente europeo no ha prevalecido una ideología correspondiente a la anglo-americana, presumiblemente en razón del papel mucho más sustancial que desempeña aquí la legislación como fuente del derecho. El deseo de ver al juez obligado por un derecho objetivamente determinado, establecido de antemano, es satisfecho aquí por la doctrina de la absoluta “fuerza obligatoria de la ley”.

En la obra analizada, Ross concluye en el imperioso reconocimiento de que no existen puntos de comparación directa entre los dos sistemas vinculados al papel que de hecho desempeña el precedente como factor de motivación en la práctica judicial. De lo afirmado infiere que sobre lo único sobre lo que es posible pronunciarse con alguna certeza es acerca de la ideología proclamada, pero esta ideología no indica cómo son efectivamente las cosas²².

Apunta no obstante varias circunstancias de hecho que en mayor medida que la ideología pueden explicar la diferencia entre los dos sistemas y mostrar porqué el precedente y la legislación desempeñan un papel diferente en cada uno de ellos.

En primer lugar se encuentra el papel tradicionalmente desempeñado en la evolución del derecho por el jurista académico y la legislación sistemática. La diferencia fundamental entre los dos sistemas habrá que buscarla en este punto. En la tradición de Europa continental, el derecho es en gran parte un producto académico y por eso lleva el sello del pensamiento académico y su tendencia al análisis sistemático y a la racionalidad.

Con fundamento firme en la tradición del derecho y mediante el pensamiento racional, se intenta llegar a principios generales que sirvan de guía y sistematizar las normas jurídicas conforme a esos principios. Expresa que sin la tradición académica y sin los estudiosos del derecho, quienes desempeñaran su rol desde época de los glosadores, hasta hoy, las codificaciones de Europa continental no serían concebibles.

En Inglaterra en cambio, fue el jurista práctico —el juez— quien influyó preponderantemente en el desarrollo del derecho, el que evolucionó así siguiendo las líneas de un método experimental. Mediante un proceso gradual de ensayo error desde un caso a otro, se intentó formular una “doctrina” para expresar el derecho que rige una cierta esfera de la vida.

Recién en tiempos modernos se observa una tendencia a sistematizar y generalizar el material jurídico desarrollado de aquella manera. Bajo la presión del abrumador número de precedentes que amenazan con hacer estallar las bibliotecas, los norteamericanos han producido los *restatements*, codificaciones a la manera europea, pero desprovistos de autoridad oficial. Los mencionados *restatements* son el resultado de vastos trabajos colectivos realizados por estudiosos del derecho. También en Inglaterra los trabajos

²¹ ROSS, A., ob. cit. p. 86.

²² ROSS, A., ob. cit. p. 87.

doctrinarios de sistematización desempeñan un papel cada vez mayor. El próximo paso en el desarrollo sería, dice Ross, una codificación, dotada de autoridad por vía de legislación. De ese modo, desaparecería la diferencia real entre el derecho de Europa continental y el anglo-americano, aunque la doctrina de *stare decisis* permanezca inalterada.

Es comprensible que la concepción del precedente como una fuente del derecho “dotada de autoridad” haya tenido origen en un sistema en el que el derecho se desarrolló a través de la práctica de los tribunales y en el que la legislación ha cumplido un papel secundario. Sin embargo, no puede darse por admitido que la doctrina del *stare decisis* refleja una situación efectiva, en el sentido que los jueces anglo-americanos se sienten obligados por el precedente un grado mayor que sus colegas de Europa continental. Es posible en contrario, suponer que los jueces de Europa continental no se sienten responsables de la evolución del derecho en la misma medida que sus colegas angloamericanos, sino que tienden a dejar en manos del legislador cualquier intento de reforma, al menos en aquellas esferas jurídicas que tradicional y regularmente regular estén sometidas a la legislación. Si esto fuera así, resultaría que, en contra de lo que proclama la ideología oficial, el juez estaría en los hechos menos dispuesto a apartarse del precedente.

En otro orden, Ross refiere que el modo tradicional de redactar las decisiones tiene una importante influencia en el peso que en la práctica se atribuye al precedente. Destaca en los fallos de los jueces ingleses su amplio examen de los puntos de vista jurídicos que fundamentan la decisión. Pese a que según la doctrina oficial tales razonamientos no son obligatorios para interpretar la *ratio decidendi* de la decisión, es obvio que en los hechos tienen gran importancia. Ellos ofrecen al nuevo juez una abundante riqueza de material para su guía. La práctica en Europa continental sigue líneas diferentes. Y cita el ejemplo de Dinamarca, donde existe la tendencia a expresar el razonamiento de los fallos en los términos más concretos y no comprometedores posibles. El resultado natural es que las decisiones pierden valor como precedentes orientadores.

Observa la cantidad y accesibilidad de los precedentes. El hábito de invocar precedentes en los escritos y peticiones de los abogados exige colecciones de repertorios analíticos con resúmenes de decisiones en una escala desconocida en países de Europa continental.

La reivindicación conceptual sobre el precedente elaborada por Ross, puede ser hoy válidamente contrastada con otra reconstrucción demostrativa de novedosas y diferentes aristas²³.

La doctrina refiere que en su libro *La formación de la tradición jurídica de occidente*, Harold J. Berman expone una manifiesta atenuación de las diferencias que tradicionalmente han dividido los ordenamientos o familias jurídicas del Common Law y del Civil Law o romano-germánica, todo ello aunado a esa matriz cultural común que permite hablar de una tradición jurídica de occidente que engloba a ambas familias. Dicha matriz se refiere a la concepción que distingue justamente al derecho occidental de los derechos no occidentales²⁴.

²³ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera edición: Nostra Ediciones, México, 2010.

²⁴ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, ob. cit. p. 57.

Advierte que cuando René David reflexiona en torno a las propuestas clasificatorias de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, indica que como criterio crucial debe tomarse la “unidad cultural”. Que la base primordial de clasificación de los sistemas la proporcione las coincidencias de civilización y cultura, y con ello da fuerte carga argumental para corroborar que entre las familias jurídicas clasificadas en la actualidad, las diferencias cada vez son menos notorias, dada la necesidad, en el mundo contemporáneo, de adecuar mecanismos jurídicos que hagan posible la interacción entre bloques políticos y/o económicos²⁵.

Concentrado en una de las familias jurídicas que comprende la tradición jurídica occidental, el Common Law, es inevitable estudiarla distinguiendo entre derecho inglés y Common Law propiamente dicho, (es decir, el derecho dado en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y en los Estados Unidos de América) como sistemas que desde la “unidad cultural”, tienen una historia o tradición común y una filosofía como concepción de valores comunes.

En lo que concierne al orden de prelación de las fuentes del derecho entre Inglaterra y los Estados Unidos de América, cada vez se distancian más o, dicho en otros términos, cada vez se adecuan más a los requerimientos y/o realidades del lugar donde se implementan.

En referencia al tema de la tradición jurídica de occidente y su concepción como una familia jurídica por sí misma sin distingo entre Common Law y Civil Law, es necesario agregar que como expresa Castán Tobeñas: *El grupo del Common Law (los derechos del grupo angloamericano según la denominación de Castán), frente a los otros sistemas occidentales, muestra una oposición ideológica de concepción de la vida y de la organización social y económica. Se trata de una oposición más bien técnica, de construcción jurídica, de método y de interpretación*²⁶.

El derecho anglo-americano tiende, con procedimientos técnicos distintos, a obtener los mismos resultados que los otros Derechos occidentales. En forma similar opina Lévy-Ullmann al decir que “*la distancia que separa el sistema del derecho anglosajón del sistema continental o Civil Law afecta mucho más a la forma que al fondo*”²⁷.

En torno al derecho inglés y a su contexto histórico, tradicionalmente se ha dicho que el régimen constitucional inglés se define por sus peculiaridades respecto a otros, especialmente por sus diferencias con los sistemas del continente europeo, pero al efecto se ha detectado que hay una manifiesta atenuación de las diferencias entre Common Law y Civil Law o romano-germánico. Sánchez Agesta en España, expresa que no existe una frontal oposición entre el constitucionalismo inglés y el constitucionalismo del continente europeo²⁸. Por otra parte, la historia de Inglaterra se caracteriza por su continuidad histórica no interrumpida por una recepción en bloque, fundamentalmente, del derecho romano; el derecho inglés se desarrolló de manera autónoma, a lo largo de una evolución ininterrumpida y apegada invariablemente a los principios del Common Law y la Equity, como auténticas fuentes del derecho.

Es pertinente la referencia a la historia inglesa, jalonada por la aparición de determinados documentos que con carácter vinculante y obligatorio invocaron

²⁵ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, ob. cit. p. 57.

²⁶ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, ob. cit. p. 58.

²⁷ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, ob. cit. p. 58.

²⁸ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, ob. cit. p. 59.

principios, establecieron reglas o reiteraron tradiciones, con el fin de resolver cuestiones políticas en litigio; según una doctrina mayoritaria, leyes constitucionales en sentido material pero no formal²⁹.

La fusión de los diversos elementos que intervinieron en la formación del derecho inglés constituyó un todo muy homogéneo en razón que esos elementos componentes presentaban entre sí muchos puntos de contacto.

Roscoe Pound expresaba: Los primeros jueces del Common Law aplicaron materiales germánicos [...] La conquista en cambio, aportó a nuestro derecho muy poca cosa que fuera romano. Inglaterra mantuvo siempre un derecho general, unificado y armonioso. Es por ello que en Inglaterra el derecho germánico se conservó gracias a un sistema judicial fuerte y centralizado; pero también por efecto de la tradición docente de los Inns of Court, gracias a la cual el derecho manifestaba la tenacidad de que participa todo lo aprendido por tradición³⁰.

Es un dato importantes a retener que el derecho inglés surge tras la búsqueda y comparación de los elementos comunes de los diferentes derechos de los reinos sajones, entre otros, Guillermo el Conquistador quien ordenó que se hicieran, después de la conquista de Inglaterra y como resultado se constituyó lo que los normandos llamaron la *comune ley*, o sea, el derecho común que los tribunales reales deberían aplicar en todo el territorio. El mencionado rey, más guerrero que jurista, respetó el sistema judicial inglés, logró colocarse a la cabeza del reino y propició un gobierno y una justicia centralizada, uno de los caracteres más significativos del derecho inglés, y como base de la unidad nacional necesitaba lograr la unidad de la administración de justicia y la unidad del derecho. Así las cosas, respetó la justicia local que estaba dividida en dos tribunales locales y los tres tribunales reales. Los tribunales locales fueron perdiendo con el tiempo su importancia y adquieren competencia universal los tres tribunales reales, también denominados tribunales del Common Law. Los tres tribunales reales debían buscar lo “común” en las costumbres locales y así crear, una vez más, un derecho unificado. De esta manera surge la institución inglesa del Common Law³¹.

IV. ¿Cómo comparar los sistemas jurídicos?

Al interrogarse sobre ¿cómo comparar los sistemas jurídicos? Pier Giuseppe Monateri³² indica: “El estudio habitual que se dirige hacia la comparación de los sistemas jurídicos se basa en el planteamiento de René David. Esta posición se fundamenta en el vínculo histórico de descendencia de los sistemas jurídicos clasificándolos en “familias”, exactamente como es utilizada en la lingüística comparada, la cual reagrupa los diversos lenguajes humanos en árboles genealógicos familiares (indo-europeo, semítico etc.). No obstante, diversos estudiosos han redefinido las familia jurídicas, especialmente Zweigert - Kötz, y Schlesinger, este enfoque es sustancialmente estable, por cuanto identifica dos principales familias modernas, que en base a sus derivaciones históricas son, precisamente la familia romanista (Europa continental) y la familia del Common

²⁹ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, ob. cit. p. 59.

³⁰ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, ob. cit. p. 59.

³¹ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, ob, cit. p. 60.

³² MONATERI, Pier Giuseppe, Los límites de la interpretación jurídica, Ediciones Olejnik, Chile, 2016., p. 119 y ss.

Law (Inglaterra, Estados Unidos). Se advierte sin embargo, que en una misma área geográfica, aún en un mismo Estado, pueden coexistir sistemas de diversas familias, o sistemas mixtos. En Canadá el Derecho es de Common law, sin embargo, convive con el sistema de Quebec que es un derivado de Francia, y, por ende, es un modelo romanista.

En los Estados Unidos, se considera mixto el sistema de Luisiana, donde coexisten rasgos del Common Law y rasgos romanistas, siempre a causa de la antigua influencia francesa. Este enfoque, considera al Derecho como un “cuadro normativo”, un legal framework (estructura legal), donde lo que importa es el mundo en el cual son construidos e interrelacionados, en especial las fuentes del Derecho, las reglas de interpretación, y la organización de las Cortes. Estos tres aspectos son considerados los benchmarks (puntos de referencia), necesarios para identificar la pertenencia de un sistema a una familia jurídica determinada.

Refiere el citado autor, que si la fuente principal del Derecho es un código, las reglas de interpretación hacen referencia al texto interpretado en modo amplio, con la posibilidad de recurrir a la analogía, y las Cortes son organizadas en el territorio en una escala jerárquica de tribunales, cortes de apelaciones, corte de casación. Estas cortes deciden numerosos casos y siempre son compuestas por muchos jueces, por lo cual, el sistema pertenecerá a la familia romanista. En cambio, si no existe un código, la fuente principal del Derecho son los precedentes jurisprudenciales, las reglas de interpretación de la ley son cerradas, ya que no permiten el uso de la analogía, las Cortes son muy centralizadas, son compuestas de pocos jueces y deciden pocos casos, el sistema pertenecerá, como se puede apreciar fácilmente conforme lo ya expresado, a la familia del Common Law.

Este planteamiento decide la pertenencia del sistema a una familia jurídica en base de los referidos benchmarks que prescinden del contenido sustancial de las reglas jurídicas, por ello se trata de un enfoque del Derecho como “cuadro normativo”. En efecto, los sistemas romanistas como los países del este europeo han podido convivir por largo tiempo con soluciones socialistas sin cambiar su naturaleza general. La misma legislación inglesa ha tenido por mucho tiempo un fuerte contenido social sin que por eso atacase la naturaleza del Common Law de estos sistemas.

Una afirmación importante es verificar que perjudica mucho más a la naturaleza de un sistema jurídico, el criterio de selección de jueces, o sus tipos de educación, más que el contenido de las leyes.

El análisis más sofisticado, continua en el pensamiento el autor, se basa en el método de los formantes desarrollado por Rodolfo Sacco. Este jurista busca diferenciar las “categorías” utilizadas en todo sistema (damagesdomamage, Schadener-satz) de las “reglas operativas” puestas en movimiento, utilizando las mencionadas categorías. De este modo, se busca las semejanzas o las diferencias escondidas. En la actualidad, un estudio científico al derecho comparado prescinde de la identificación y de la promoción del “mejor modelo”: considera al Derecho como un hecho histórico por comprobar, y es indiferente respecto a las esperanzas de unificación o uniformización del Derecho. En este sentido, el planteamiento comparatista estándar difiere, ya sea del pensamiento político clásico como es presentado por Strauss, así como del enfoque del análisis económico del derecho representado sobre todo por Richard Posner³³. Tanto el enfoque político clásico, como el análisis económico parten, en efecto, de posturas antihistóricas, y asumen la posibilidad de un “mejor modelo” que, evidentemente debe

³³ POSNER, R., Como deciden los jueces, Filosofía y Derecho, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011.

ser implementado frente a peores soluciones. En base al planteamiento estándar no es, por ello, posible establecer las “clasificaciones” de los sistemas jurídicos: en base a los otros enfoques, en cambio, estas clasificaciones son necesarias y son constantemente producidas. Incluso, el planteamiento estándar es obviamente “cualitativo”: considera variables como los métodos de interpretación o la selección de los jueces, que son difícilmente esquematizados en modelos, teniendo que relacionarse con los fenómenos complejos, en los cuales los modelos utilizados pueden ser igual o más complejos que los fenómenos que éstos pretenden explicar³⁴.

V. Algunas consideraciones sobre el Precedente

V. a. Propuestas clasificatorias

A los fines expositivos se extrae de la obra de Taruffo³⁵ tres líneas desarrolladas sobre el tema en análisis: a) Propuestas clasificatorias; b) El precedente supranacional y c) ¿Qué no es un precedente?

Magistralmente el jurista italiano se ha ocupado del precedente y sus características, así como su papel en el Derecho. Expresa que desde el momento en que se tuvo conciencia del hecho de que también en los sistemas del Civil Law se equiparan a veces las decisiones de casos posteriores a decisiones de casos anteriores, sobre todo cuando estos últimos provienen de cortes supremas, la invocación al precedente se ha convertido en una especie de mantra repetidamente recitado por la doctrina, la jurisprudencia y también por algún legislador³⁶.

Muchas son las razones de este fenómeno y revisten aristas diferentes en distintos contextos. Una de ellas se impone por encima de todas las otras: se trata de la uniformidad en la interpretación y en la aplicación del derecho, la cual desde hace tiempo constituye un valor fundamental, una suerte de objeto de deseo por quienes se ocupan de la administración de justicia. Nada nuevo en ello. En alusión a Italia, cita a Calamandrei de la *Cassazione Civile*, cuando dice: “*La Corte de Casación asegura la observancia exacta y la interpretación uniforme de la ley*”, además de garantizar “*la unidad del derecho objetivo nacional*”.

Sostiene que esa es la razón por la que la uniformidad debe ser considerada como un fin que debería ser tendencialmente obtenido por todo sistema jurídico y encuentra diversas justificaciones que van desde la necesaria igualdad de trato a todos los ciudadanos con ocasión a la resolución de casos iguales (o mejor, de casos similares) hasta la conveniencia de que las resoluciones judiciales sean previsibles (a la espera de que ello reduzca el número de conflictos), pasando por la necesidad de garantizar la certeza al derecho a través de la continuidad de las orientaciones interpretativas.

Es por esa razón que el precedente es generalmente considerado como el instrumento fundamental para asegurar la realización de ciertos valores o principios que son considerados esenciales por el ordenamiento jurídico y para su coherente aplicación a

³⁴ MONATERI, Pier Giuseppe, ob. cit.

³⁵ TARUFFO, M., Consideraciones sobre el precedente, Revista ius Et Veritas, N 53, Perú, Diciembre 2016.

³⁶ TARUFFO, M., ob. cit. p. 331.

través de la jurisprudencia, no sólo en los sistemas del Common Law, sino también en los del Civil Law.

En revisión del complejo panorama doctrinal, jurisprudencial y normativo concerniente al precedente, muestra sin embargo que afloran problemas importantes que caracterizan este tema. Advierte que uno se topará con una serie de equívocos que hacen vagos, imprecisos e inatendibles muchos de los discursos que vienen realizándose en torno al precedente. Esta constatación, indudablemente, corrobora la visión cenagosa del espacio discursivo.

Congruente en su condición de jurista analítico, se interroga ab initio sobre ¿qué es un precedente? Y de inmediato señala que un primer error, bastante relevante se vincula con aquello de lo que se habla cuando se hace referencia al precedente. El error nace del hecho de que la palabra precedente es empleada para indicar objetos muy distintos entre sí, alguno de los cuales no tienen nada que ver con el precedente en sentido propio.

Propone una primera diferenciación consistente a tener en cuenta y es la que se impone entre *precedente* y *jurisprudencia*. En efecto, afirma, el verdadero precedente, se encuentra o puede estar constituido por una decisión que posteriormente es considerada como una regla que también se aplica a los casos siguientes. La jurisprudencia en cambio se encuentra constituida por un conjunto de decisiones que incluso puede ser numeroso y pueden incluir cientos o miles de sentencias sobre las mismas cuestiones de derecho. Sobre esta constatación no es extraño que la jurisprudencia pueda ser (y a menudo lo es) redundante, variable, ambigua y contradictoria, ya que sobre la misma cuestión de derecho se pueden verificar orientaciones interpretativas distintas y variables. Más aún, se puede radicalizar el discurso y decir que una jurisprudencia como aquella producida por la Corte de Casación italiana resultaría equiparable a una especie de inmenso supermercado donde, con la debida paciencia, todos pueden encontrar lo que quieren (y también lo opuesto)³⁷.

Ante la necesidad de asumir la cuestión conceptual, refiere que en cuanto al precedente en sentido propio, este se define esencialmente en función a dos factores:

El primero deriva del hecho que lo que constituye precedente no es todo lo que se dice en la decisión en cuestión, sino la *ratio decidendi*, es decir, la regla de derecho a la cual el juez ha hecho referencia para calificar jurídicamente los hechos jurídicos concretos controvertidos en la decisión y precisamente, para decidir sobre estos.

En cambio, aclara, no constituyen precedentes los *obiter dicta*, es decir, todos los argumentos y consideraciones que la sentencia contiene pero que no son directamente relevantes para la decisión del caso. No hay impedimento que un juez posterior haga referencia a un *obiter dictum*, aunque en ese caso, no se trataría de un precedente en sentido propio.

El segundo factor esencial lo constituye la *necesaria analogía entre los hechos* del primer caso y los hechos del caso posterior. Para que en este último se pueda aplicar la misma *ratio decidendi* que ha determinado la decisión en el primer caso, es necesario que los hechos de los dos casos sean suficientemente similares, resultando obvio, en el caso de divergencias entre las situaciones de hecho, que no se justificaría una decisión según aquella *ratio decidendi*. En esta situación, el segundo juez recurrirá al denominado *distinguishing*, es decir, a la demostración de tales diferencias, justificando con ello la inaplicación del precedente.

³⁷ TARUFFO, M., ob. cit. p. 332.

Desde esta perspectiva, observa que a primera vista podría parecer paradójica, que en realidad es el segundo juez el que, por así decir, crea el precedente mediante la adopción de la misma *ratio decidendi* del caso anterior. Concluye entonces, que sólo en esta hipótesis, se puede decir propiamente que la primera decisión tiene eficacia de precedente respecto a la segunda. Es evidente que el primer juez puede adoptar un *ratio decidendi* hipotéticamente universalizable, y por ende, potencialmente aplicable también a los casos posteriores, pero el éxito de esta predicción, depende en cualquier caso de lo que decidirán los jueces de estos casos ulteriores. Advierte que el *distinguishing* no es la única técnica de la que dispone el segundo juez para evitar seguir el precedente y por consiguiente, para justificar su ineficacia: de hecho el juez inglés dispone de un vasto repertorio de maneras por las cuales puede liberarse del precedente., Se detecta que sobre estos conceptos fundamentales y en la teoría del precedente existe una vastísima literatura y en su caso, cualquier cita sería casual e incompleta.

Concluye en que de todas formas, la referencia a los hechos permanece como el factor determinante para la aplicación o inaplicación del precedente en los casos posteriores. De ello deriva una consecuencia importante en la perspectiva de la definición del precedente en sentido propio. Esta consiste en que no existe precedente en sentido propio siempre que el segundo juez no razone en torno a los hechos de su caso, más aun estando advertidos que semejante actividad no ha sido realizada por el primer juez. Esto sucede siempre que la decisión que se asume como hipotético precedente no se ocupe, en realidad, de los hechos, sino que se limita a enunciar una regla de derecho sin que aflore alguna conexión con los hechos de aquel caso.

Pese a ello, es necesario tener en cuenta que se encuentra ampliamente difundido el hábito de usar la palabra precedente no tanto en su sentido propio y original, sino en un sentido genérico, impreciso, no riguroso y sustancialmente distinto. Básicamente, se habla de precedente a propósito de cada decisión, cualquiera sea su forma y contenido. Sin embargo, la referencia más frecuente lo es a las sentencias de las cortes superiores o supremas, que influyen o pueden influenciar de algún modo la decisión de casos posteriores.

V.b. El precedente supranacional

¿Cuánto están de moda los precedentes aludidos? es una pregunta que exhibe una verdad de Perogrullo. Una primera certeza es que en este ensayo, sólo es posible identificar algunas tipologías y validar el recurso a la autoridad de sus reconocidos hacedores.

Hasta ahora las consideraciones se han basado en la premisa de que el fenómeno del precedente surge dentro de específicos ordenamientos jurídicos nacionales. Vale sin embargo tener en cuenta la compleja realidad constituida, por la existencia de cortes supranacionales de distinta naturaleza y las consecuencias que pueden relacionarse a sus pronunciamientos y en otro orden, el importante aspecto de la globalización jurídica representada por la circulación supranacional de precedentes, especialmente cuando se trata de decisiones de las cortes supremas.

Advierte Taruffo que el tema es demasiado amplio y complejo para encararlo con profundidad necesaria. No obstante, dentro del ámbito del discurso sobre el precedente, propicia, por su particular importancia, hacer referencia sintética a estos dos fenómenos: el primero se refiere a los efectos de las decisiones de las cortes instituidas por

convenios o tratados internacionales y cita que los ejemplos más importantes están dados por la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en muchos aspectos, también la Corte de Justicia de la Unión Europea y las cortes penales internacionales. Las decisiones de estas Cortes es sabido tienen una eficacia que puede definirse como directa en relación a la controversia específica que ha sido resuelta y respecto de los Estados involucrados en la controversia.

Por otra parte, concerniente a estas decisiones, resalta que un aspecto importante es que constituyen precedentes respecto a todos los jueces de los Estados que en cada caso se encuentran involucrados en la controversia, pero también respecto a los jueces de los Estados que se han adherido a la respectiva convención o al respectivo tratado, los cuales deben considerarse como pertenecientes a un sistema judicial para ciertos aspectos uniformes. Considera al respecto, que es posible hablar de precedentes en sentido propio, ya sea porque estos presentan una dimensión vertical, estando dirigidos a los jueces en cierto sentido inferiores pertenecientes a aquel sistema, ya sea porque su aplicación a casos posteriores se funda frecuentemente en la analogía de situaciones de hecho a las cuales se refiere la decisión anterior y los casos posteriores.

El segundo fenómeno a destacar lleva desde hace algún tiempo el nombre de *judicial globalization*. Se trata de la tendencia, que en los últimos años ha recibido un número creciente de manifestaciones, a hacer referencia a decisiones dictadas por cortes pertenecientes a otros ordenamientos. Aquel fenómeno se manifiesta principalmente a nivel de las cortes superiores y de las cortes constitucionales que adoptan argumentaciones utilizadas por otras cortes del mismo nivel, sobre todo en decisiones relativas a la interpretación y a las garantías de los derechos fundamentales³⁸. Aclara que aquí no se está frente a precedentes en sentido propio, ni verticales ni horizontales, ya que se trata de referencias a decisiones tomadas en ordenamientos distintos. No obstante, se impone conocer la importancia de este fenómeno, del cual emerge la tendencia globalizadora a hacer referencia a principios comunes (entendidos como universales), para crear una jurisprudencia posiblemente constante y coherente en la protección de los derechos fundamentales.

V.c. ¿Qué no es un precedente?

Responder a una pregunta negativa muestra de nuevo la dimensión de los desencuentros. La uniformidad para interpretar y aplicar el derecho se persigue con diversas técnicas. Algunos basan en el precedente, entendido en sentido propio o en sentido amplio, mientras que otras técnicas no deben ser confundidas con el precedente. Una técnica peculiar de esta categoría que está teniendo cierto éxito en algunos ordenamientos se asienta en los enunciados formulados por los tribunales o cortes supremas con el fin de determinar la interpretación de las disposiciones legislativas, eliminando eventuales dudas que hayan surgido o puedan surgir al respecto. Estas enunciaciones tienen eficacia vinculante para todos los jueces posteriores (y, por lo general, también para todos los organismos públicos) para cada caso que recaiga en el campo de aplicación de las normas interpretadas.

Las directivas citadas no se derivan de las decisiones sobre casos específicos, sino de las decisiones en sentido lato normativas, las cuales están destinadas a establecer cómo

³⁸ TARUFFO, M., ob. cit. p. 337.

debe interpretarse ciertas disposiciones. Aquellas decisiones, por tanto, no podrían ser tratadas como precedentes.

Exhibe una técnica sorprendentemente análoga (no se evidencia, de hecho, que el legislador brasileño se haya inspirado en el modelo soviético) es aquella que hoy (después de la reforma constitucional de 2004) se basa en *súmulas* vinculantes. Se trata de máximas que el Supremo Tribunal de Justicia enuncia luego de una reunión de sus miembros, quienes votan sobre el particular (con una mayoría de dos tercios) cuando se trata de resolver interpretaciones contrastantes a las surgidas en la jurisprudencia de los tribunales inferiores. Aquellas máximas son vinculantes para todos los jueces, y también para otros organismos públicos. Las *súmulas brasileiras* tienen naturaleza de actos en el sentido lato normativos y no son enunciadas con ocasión a la resolución de casos específicos. Por consiguiente, en este caso tampoco parece apropiado referirse al concepto de precedente, ni siquiera en sentido muy amplio.

Thomas Bustamante señala que otra cuestión controvertida en la jurisprudencia brasileña es ¿qué cuenta como precedente? La práctica de los tribunales y la forma en que los abogados manejan los argumentos cuando presentan un caso parecen implicar una respuesta diferente a la de los teóricos del derecho cuando exponen las fuentes del derecho o cuando hablan de la práctica de los sistemas jurídicos del *Common law*. Existe incertidumbre sobre la *ratio decidendi* o sobre el *holding* de un caso. El jurista brasileño efectúa una distinción: los precedentes no son las *súmulas* del Supremo Tribunal Federal³⁹, “El sistema jurídico brasileño tiene una larga tradición de pronunciamientos jurídicos promulgados por el Supremo para sistematizar y organizar el cuerpo general del derecho. A partir de una enmienda constitucional del año 2004, los pronunciamientos conocidos como *súmulas* tienen un efecto formalmente vinculante. Las *súmulas* solamente son editadas después de que se han efectuado en conjunto de decisiones repetidas, y su promulgación es precedida por el voto del pleno de un tribunal. Casi todos los tribunales de Brasil tienen un repertorio de sus *súmulas*, y por razones evidentes los juristas tienden a reconocerles una gran autoridad. Pero las *súmulas* no son precedentes, puesto que carecen de una descripción completa del caso y no son pronunciadas como respuesta a un hecho jurídico particular”⁴⁰.

Otra dificultad señalada que conduce a graves consecuencias prácticas, es que los altos jueces, especialmente en el Tribunal Supremo, tienden a pensar que sólo los jueces inferiores están obligados por sus precedentes. Los precedentes horizontales o autoprecedentes no siempre se tratan como autoritativos. Los ministros del STF se apartan del precedente sin someter sus propias decisiones al mismo proceso que se observó para establecer el precedente.

VI. Eficacia del precedente

Un aspecto muy importante del precedente judicial mencionado por Taruffo, es el referido a su eficacia, esto es, a la capacidad que tiene para influir en, o incluso de determinar, la decisión de casos posteriores. A menudo se dice que el precedente tiene eficacia vinculante, pero esta definición parece impropia, además de producir confusiones con pronunciamientos que no son precedentes, como los ya mencionados.

³⁹ BUSTAMANTE, T., “El precedente constitucional en Brasil: un panorama” en Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica, coordinado por Alejandra Martínez Verástegui, Centro de Estudios Constitucionales SCJN.

⁴⁰ BUSTAMANTE, T., ob. cit.

Existen múltiples razones para negar que el precedente, correctamente entendido, tiene en realidad una eficacia vinculante respecto a los jueces de los casos similares posteriores. Una de estas razones se deriva de la teoría de las fuentes. En efecto sostiene Taruffo, con ejemplo en el ordenamiento italiano, que la Constitución niega que los precedentes sean vinculantes, es decir, que los jueces tengan un verdadero y propio deber de seguirlos; sería más bien inconstitucional una norma ordinaria que pretenda introducir en su derecho la regla del precedente vinculante. Ello no niega que la uniformidad en la interpretación y en la aplicación del derecho sea considerada como un valor que debe ser perseguido en el aludido ordenamiento, pero eso no implica en absoluto que con ese fin se pueda o se deba considerar el precedente como vinculante. Otro argumento importante que resalta el jurista, es de carácter comparatístico y deriva de la consideración de que el precedente no es realmente vinculante ni siquiera en los ordenamientos que típicamente se basan en aquel, es decir, Inglaterra y Estados Unidos. En cuanto a Inglaterra, ha visto que el juez dispone de un amplio repertorio de instrumentos de los cuales se puede servir para apartarse del precedente, y el Practice Statement de 1966, con el cual la House of Lords afirmó que desde ese momento ya no se consideraría vinculada a sus precedentes, es aplicable también a la Supreme Court que en los últimos años ha tomado el lugar de la House of Lords en la cúspide del ordenamiento jurídico inglés. Por las razones referidas, el juez inglés desatiende el precedente cuando considera apropiado hacerlo con el fin de lograr una decisión más justa.

En cuanto a los Estados Unidos, no solo la Corte Suprema ejerce el poder de apartarse de sus precedentes tantas veces como lo considere oportuno, sino que todos los jueces en todos los niveles tienen la posibilidad de no adherirse al precedente cuando se considere que ello llevaría a una decisión injusta e inaceptable en el caso específico.

Señala en otro orden que en múltiples ordenamientos del Civil Law como regla, no se atribuye al precedente ninguna eficacia vinculante, aunque se reconoce que los precedentes pueden influir en las decisiones posteriores. Sin embargo, resulta claro que negar de manera general que el precedente tiene eficacia vinculante no significa decir que no tiene ninguna eficacia. Por el contrario, es necesario reconocer que aquel puede tener una fuerza propia respecto a los jueces posteriores. O sea, se trata de admitir que el precedente puede influir, pero no determinar formalmente las decisiones de estos jueces.

Refiere con énfasis que hablar de fuerza del precedente significa reconocer que el precedente tiene una eficacia puramente persuasiva, y por ende, considerar que esta eficacia puede subsistir en grados muy diferentes según cómo operen diversos factores, como por ejemplo, la estructura del ordenamiento jurisdiccional, la función realizada por diversas cortes y, en particular, por las cortes supremas, la autoridad de estas cortes, la calidad de las argumentaciones con las que se justifica la decisión del precedente, la compatibilidad de esta decisión con los valores que inspiran el ordenamiento jurídico de un país y en el momento en el cual la decisión es tomada, la posibilidad de que aquella induzca a los jueces posteriores a tomar decisiones justas. De ello infiere que, a manera de máxima, el juez posterior no se encuentra jamás verdaderamente obligado a someterse al precedente. Y en cambio, sostiene que más bien, aquel se encuentra obligado a justificar adecuadamente su decisión cuando elige no adherirse al precedente, explicando las razones por las cuales realiza esta elección.

Este deber puede tener mayor o menor intensidad en los diversos ordenamientos, y se verifica con mayor intensidad en los sistemas en los cuales rige el *stare decisis* y en los cuales existen verdaderas y propias cortes del precedente, mientras que es advertido de

manera más débil y flexible en los sistemas en los cuales, en vez de precedentes en sentido propio, se tiene una jurisprudencia que, como sucede en Italia, es abundante y a menudo contradictoria. Por un lado, es necesario observar que la fuerza persuasiva de una decisión, o sea su capacidad de influir en decisiones posteriores, puede existir también respecto a decisiones que pueden no considerarse precedentes en sentido propio (y quizás ni siquiera en sentido lato). Por otro lado, es posible distinguir, respecto a las decisiones que de algún modo constituyen precedentes, otras decisiones que sin embargo pueden constituir puntos de referencia para decisiones posteriores porque pueden ser ejemplo para tales decisiones.

Por cierto que su función no es indicar una regla que debería ser seguida en otros casos, sino simplemente indicar que cierta norma fue aplicada de cierto modo en aquel caso. Ejemplifica con el caso de la *judicial globalization* al que considera el más importante, y por distintas razones el más interesante. En efecto, es claro que si la corte suprema de un país hace referencia a una decisión pronunciada por una corte suprema de otro país, esto no tiene nada que ver con el precedente. No obstante, precisamente este fenómeno hace evidente cómo pueden haber ejemplos que en realidad manifiestan una importante fuerza persuasiva sobre las decisiones posteriores.

VII. Paradigmas confrontados y el orden en un derecho caótico

Existe una perspectiva ampliamente prevaleciente, y es aquella según la cual la uniformidad en las interpretaciones y en la aplicación del derecho constituye un valor fundamental, y la función principal que se adjudica a las cortes supremas es la de asegurar que tal valor sea conseguido a través de la producción y la gestión de precedentes que deberían condicionar la decisión de los casos posteriores. Se observa que esta perspectiva es común a diversos ordenamientos, y que se funda de modo más o menos explícito, en una imagen ideal del ordenamiento jurídico según la cual este debe ser sincrónicamente coherente, uniforme y estático, y también debería asegurar que todas las controversias que surjan en el mismo sean resueltas en la mayor medida posible de manera unitaria. Permanece al margen del horizonte conceptual que caracteriza a esta perspectiva, la eventualidad de que en el ordenamiento existan excepciones y variaciones, y se acepta, ligeramente, la posibilidad de que el sistema evolucione, y por ende se modifique en el tiempo. Se trata de la imagen de “un ordenamiento jurídico perfectamente homogéneo, unitario. Y esto “no existe más que en las abstracciones de los juristas formalistas, pero no pertenece al mundo real de la experiencia jurídica”. En la función que en esta imagen se asigna a las cortes supremas, aflora también una dimensión especialmente burocrática y autoritaria del funcionamiento del sistema. Ciertamente las cortes supremas ocupan las cumbres de las respectivas pirámides judiciales y todo el verdadero poder se coloca en la cima, y desde allí desciende condicionando el comportamiento de los sujetos, en este caso, los jueces que, posicionados en los niveles inferiores, se hallan subordinados a lo que dice la cúspide. Con esta estructura, la Corte Suprema termina siendo más importante que el mismo legislador: este último produce normas generales y abstractas, pero es la Corte la que establece el verdadero sentido y alcance de estas normas y lo impone tendencialmente a todos los jueces inferiores. Esta imagen representa un caso específico y, no obstante, ello, muy importante de lo que la teoría general del derecho se suele llamar universalismo jurídico. Este fenómeno refiere la concepción según la cual el Derecho estaría constituido por normas generales y abstractas, normas que además,

deberían ser aplicadas de manera uniforme por los jueces a través de la subsunción, en aquellas, de los singulares casos particulares.

Desde hace tiempo, el universalismo ha sido fuertemente criticado, en especial, bajo la premisa de que nunca la decisión judicial es solo fruto de la aplicación mecánica de normas generales, en tanto su interpretación y aplicación depende directamente de la complejidad del caso específico sujeto a decisión. Y es suficiente considerar que como regla, son los hechos sobre los cuales el juez debe decidir los que condicionan y determinan la interpretación y la aplicación de las normas que regulan el caso. Por las razones apuntadas emergen perspectivas diversas y alternativas en relación al universalismo identificadas con la denominación general de particularismo jurídico.

La idea fundamental del particularismo estriba en que la decisión judicial debe tener en cuenta sobre todo las circunstancias específicas, los denominados *particulars*, del caso concreto. En las versiones más moderadas del particularismo no se descarta que de algún modo la decisión también tenga en cuenta las normas relativas al caso, permaneciendo incólume la idea de que sobre todo son las circunstancias del caso las que determinan la interpretación de las normas.

De la visión particularística de la decisión judicial, se derivan al menos dos consecuencias importantes atinentes a este discurso. La primera, es que, en el momento en que se insiste en la relevancia esencial que revisten los hechos como *particulars* del caso concreto y como factores determinantes para la interpretación y la aplicación de las normas que el juez toma como criterio de decisión, surge una clara conexión con la concepción originaria y rigurosa del precedente en sentido propio. Y afirma que, si la aplicación del precedente por parte del segundo juez se funda esencialmente en la analogía que aquel realiza entre los hechos del caso que debe decidir y los hechos que fueron objeto de la decisión anterior, surge con claridad que el precedente en sentido propio implica necesariamente el examen y la consideración de los *particulars* de los dos casos. La segunda consecuencia importante concierne a la forma en que se configura la estructura del ordenamiento jurídico.

Con claridad meridiana se verifica la existencia de dos modelos o paradigmas divergentes. Por un lado, el paradigma universalístico se asemeja a un modelo piramidal en el cual es tendencialmente una sola cúspide la que pronunciará el derecho de manera vinculante para todos y *once and forever*. Por tanto, el derecho viene pronunciado enunciando fórmulas con alto grado de abstracción, sin considerar una cosa obvia, que mientras más se extiende hacia lo alto en la escala de las abstracciones, más se pierde de vista la realidad concreta.

El paradigma particularista en cambio, no supone un sistema piramidal duramente gobernado por cortes supremas, sino que refiere a los niveles inferiores de la administración de justicia, sobre todo los jueces de primer grado, en la medida que son estos jueces los que típicamente deben ocuparse de los hechos, y, por lo tanto, de los *particulars*.

Concluye el jurista italiano en que se trata de paradigmas divergentes, aunque no necesariamente contradictorios. Es probable que coexistan, aunque generando una tensión relevante dentro del mismo sistema jurídico. Nada niega que exista cierta correlación entre los dos paradigmas, si se acepta que la atención necesaria a los *particulars* se conjuga con la determinación de reglas tendencialmente universales aplicables a una pluralidad de casos. Por otra parte, la situación predominante en cada ordenamiento jurídico particular, se posiciona en el espacio existente entre los dos

paradigmas, y según sea el caso puede ser más cercana al paradigma universalístico o al paradigma particularístico.

VIII. Un punto de vista distinto

Promueve Taruffo en la obra señalada, la existencia de un punto de vista distinto, en cuanto la consideración que debe ser adjudicada al paradigma particularístico. Es evidente que cuando uno se refiere al derecho, no es posible limitarse a lo que de aquel se dice por parte de quienes siguen rígidamente el paradigma universalístico, a riesgo de perder de vista el “mundo real de la experiencia jurídica”.

Pese a lo afirmado, consiente en que esto puede ser tomado como un primer paso hacia una consideración más realista de lo que denomina “mundo real” y de la naturaleza que el precedente asume en esta “experiencia”. Estima que una consideración similar puede concretarse en la adopción de un paradigma distinto, que tenga adecuadamente en cuenta el desorden que caracteriza el ordenamiento jurídico en su integridad.

El tema del desorden del ordenamiento no es ciertamente nuevo en la teoría del derecho, y se centra en la consideración de que el derecho no está constituido solo por normas (y menos aún, solo por un sistema de conceptos), sino también por decisiones, actos administrativos, contratos, laudos arbitrales, convenciones y tratados internacionales, y así sucesivamente, y por ende, es irreduciblemente heterogéneo.

Derecho y caos parecen a primera vista, dos cosas antitéticas, inconciliables. Ernesto Grün sin embargo, trata de mostrar que las modernas investigaciones y teorías sobre el caos pueden contribuir a entender y plasmar la evolución de éste, nuestro más importante sistema de control social.

El derecho posmoderno, agrega, es sin duda, un sistema altamente complejo, sea que se considere al sistema jurídico de una nación, de una región, de una comunidad o al sistema de derecho internacional que, como metasistema, contiene los otros como subsistemas⁴¹.

En su escrito, si bien Taruffo toma en cuenta solo el nivel de las normas, señala la presencia de factores opuestos relevantes de complejidad y de desorden. Postula ejemplos al analizar un sistema de fuentes donde emerge con evidencia meridiana que uno se encuentra frente a una situación de inmenso desorden en claro contraste con cualquier idea de orden y coherencia.

Efectivamente, *si se puede aceptar que esta idea es válida y plausible, aspiración de todo ordenamiento jurídico, no se puede perder de vista la constatación de que en la realidad los ordenamientos jurídicos se encuentran dominados por el desorden.* Propone como la mejor manera de afrontar el problema, la de evitar exorcizar el desorden del derecho con conceptos o paradigmas abstractos como aquellas ofertas del universalismo jurídico. Para él, una propuesta más saludable es pensar en algún paradigma distinto que permita conocer mejor la realidad. Entre las múltiples

⁴¹ GRÜN, Ernesto, p. 97. Ese sistema (o esos subsistemas) es a su vez, un mecanismo de control social e indirectamente de control de nuestros sistemas ecológicos. La sociedad que controla y el sistema ecológico sobre el que de esa forma indirecta influyen se han vuelto extraordinariamente complejos en los últimos decenios, particularmente por el aumento de las interrelaciones producto de los extraordinarios avances en materia de comunicaciones (radio, televisión, computación, Internet, etc.) y en tecnología.

posibilidades, una opción que parece razonable consiste en hacer referencia a las teorías del caos (o de los sistemas complejos).

Afirma su origen científico y matemático, y señala que también se hace referencia a estas teorías para el análisis de fenómenos sociales, puesto que los sistemas complejos se encuentran en numerosas áreas de la vida social, económica, política y cultural. Y considera posible verificar con facilidad que el derecho, tal como ha sido descrito, presenta las características propias y fundamentales de un sistema caótico.

Se trata por cierto de un sistema complejo en sentido propio, compuesto por diversas partes que interactúan de distintos modos, pero en cualquier caso de forma no simple y cambiante en el tiempo.

Como se ha dicho, del mar del caos surgen islas de orden,⁴² de modo que el equilibrio entre orden y desorden se ubica “*at the edge of the chaos*”. Un aspecto esencial es que el sistema es dinámico, se mueve y se desarrolla según la flecha del tiempo, y entonces la formación de las islas de orden resulta casual, móvil, jamás definitiva y abierta al cambio: lo que determina la evolución del sistema.

La idea de que en el sistema caótico se verifican áreas de orden puede quizás hacer menos preocupante el espectro de un sistema en constante desorden dominado por la entropía, espectro que atemoriza a juristas, jueces y legisladores y los incita, a conseguir la uniformidad de la interpretación y de la aplicación del derecho como valor fundamental del ordenamiento jurídico, aunque, como también se verifica, este valor es, en el mejor de los casos, difícilmente conseguible.

Bolz afirma que debemos tener en claro que *cuanto más complejo es un sistema, tanto más resulta imposible su conducción consciente*. Pero esto quiere decir que cuanto más complejo es un sistema, tanto más posible es una decisión fallida.

Todos los días observamos agrega, que legisladores y funcionarios se encuentran frente a la posibilidad de que sus decisiones, cuya intención fue establecer un mejor equilibrio social, de hecho conduzcan a salvajes e imprevisibles fluctuaciones, posiblemente con consecuencias bastante nefastas. Bolz⁴³.

Concluyo este espacio parafraseando a Taruffo quien con una pluma literaria exquisita, refiere al tema en análisis de un modo estético y esperanzador. Y si fuese posible indicar con una metáfora literaria qué son los precedentes en el ámbito de un derecho que fluye en creciente desorden a través de la flecha del tiempo, se podría decir que estos son islas en la corriente. Islas inestables, provisionales, limitadas en el espacio y que sin embargo representan todo el orden que se puede crear en un derecho caótico.

IX. Bibliografía

BUSTAMANTE, Thomas, El precedente constitucional en Brasil: un panorama, en Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica, coordinado por Alejandra Martínez Verástegui, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, México, 2022.

⁴² TARUFFO, M., Consideraciones sobre el precedente, Revista Ius Et Veritas, N 53, Perú, Diciembre 2016, p. 341.

⁴³ Cit. por GRÜN Ernesto, ob. cit. p. 98.

- CARRIÓ, Genaro, Como fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para jóvenes abogados, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.
- GARAY, Alberto, F., El precedente judicial en la Corte Suprema, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2, Números 1 y 2, abril de 1997.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, Curso Precedentes Judiciales. Teoría y Práctica. Seminario Web Gratuito: El precedente Judicial y la Tradición Jurídica Continental. Seminario web gratuito llevado a cabo el día 11 de Marzo de 2022, organizado por Sílex Formación Jurídica e impartido por los profesores del Curso Precedentes judiciales. Teoría y Práctica. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=RgTi4CIZZbE>
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Sistemas jurídicos contemporáneos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera edición: Nostra Ediciones, México, 2010.
- GRÜN Ernesto, Una visión sistémica y cibernética del Derecho en el mundo globalizado del siglo XXI, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- MONATERI, Pier Giuseppe, Los límites de la interpretación jurídica, Ediciones Olejnik, Chile, 2016.
- NUÑEZ VAQUERO, A., Precedente en materia de hechos, Revista de Derecho, XXXI, (1), 2018.
- PRIETO SANCHIS, Luis, Sobre Principios y Normas, Problemas del razonamiento Jurídico. Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- POSNER, R., Como deciden los jueces, Filosofía y Derecho, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011.
- PULIDO ORTIZ, Pablo, E., Apuntes para una teoría de la normatividad del precedente, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, UBA, disponible en http://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsd/collect/adrposgra/index/assoc/HWA_2116.dir/2116.PDF
- RATTI, Florencia, El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Revista Jurídica Austral, Vol. 1, N 2, Argentina, 2020.
- ROSS, Alf, Sobre el Derecho y la Justicia, 3º Edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1974.
- TARUFFO, M., Consideraciones sobre el precedente, Revista Ius Et Veritas, N 53, Perú, Diciembre, 2016.