

Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el *civil law*

“La gente quiere dos cosas contradictorias; que el derecho sea cierto, y que sea justo y que cambie con los tiempos. Es nuestra tarea mantener ambos objetivos al alcance. (...) debemos tener una doctrina general del precedente –de otra manera no podemos tener certeza-. Pero debemos encontrar una vía intermedia que prevenga que el precedente sea nuestro dueño.” (Lord Reid)

Juan Monroy Gálvez

1. Estado de la situación

Es imposible abordar el tema del precedente sin dejar constancia inicial de la aún extraordinaria influencia de la legalidad en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en cuya virtud éstos regularmente quedan reducidos a sistemas legales con uno que otro aderezo. Una conversación casual con un hombre de la calle, nos permitiría constatar la gran desconfianza que éste tiene del derecho. Y esto se debe a que aquél tiene muy claro algunas cosas: que derecho y justicia son dos cosas muy distintas, por ejemplo, pero, sobre todo, tiene claro que el derecho es **sólo** la ley. Esta confirmación social generalizada no deja de ser impactante.

En efecto, siguiendo con la tradición forjada en los siglos XVI y XVII, la ley continúa siendo una formulación abstracta y genérica, presupuestada generalmente por quien ejerce el poder, de allí que el monopolio de su producción repose en quienes gobiernan el Estado. Por lo demás, no es extraño confirmar que la ley regularmente se expide para autosatisfacer a su productor, sin que adquieran mayor relevancia los intereses y necesidades de los consumidores legales, a quienes una ley les sobreviene como un aluvión a un campesino, cae encima de ellos y los conmociona o los despedaza¹.

Esta concepción es mítica porque se sostiene en versiones alegóricas de la realidad. Se entiende que la función totalizadora y universal de la ley fue siempre así o, por lo menos, que lo que ahora significa la ley en los estados modernos, es producto de una evolución del derecho. Se trata, como aparece evidente, de afirmaciones absolutamente falsas. En la Edad Media, como describe con

¹ En un pasaje de ‘Fausto’, Goethe le hace decir: ‘Hemos heredado el Derecho y las leyes como un mal eterno’.

agudeza Paolo Grossi, la presencia del derecho es tan intensa como en la Edad Moderna, pero con una diferencia fundamental².

En el Medioevo hay un poder político incompleto, en tanto el señor feudal carece de un proyecto totalizador, es decir, no tiene interés en controlar la sociedad, el derecho 'vive' en la sociedad como una realidad histórica y concreta, allí se gesta, transforma y consolida. También hay leyes pero no son formas puras o abstracciones, sino, como las definió Santo Tomás: "*Ordenación de la razón dirigida al bien común*". En el Medioevo, el derecho surge de la vida y se perfecciona en la razón que es el bien común, y vuelve a la vida para otra vez expresarse en razón.

En el siglo XVII el señor feudal convertido en príncipe, transforma su concepción del poder. Habiendo sido una especie de juez supremo de su pueblo pasa, progresivamente, a ser el productor de normas autoritarias que le aseguran el control de las relaciones entre los miembros de su comunidad. A tal efecto, convierte al derecho en un tejido normativo que invade casi todas las relaciones sociales, estableciendo pautas de conducta que no son, como alguna vez lo fueron, producto de la propia dinámica social, sino imposiciones que aseguran la dominación vertical desde el centro del poder. En sus 'Ensayos', Montaigne ironiza en torno a la forma tan peculiar de crear las leyes³ y también es posible advertir tal

² "Es verdad: la presencia del derecho es intensa en una y en otra, pero se trata de presencias –por decirlo de alguna manera- invertidas: al total e innegable respeto por la dimensión jurídica que circula constantemente por las venas del organismo medieval responde la actitud de completa instrumentalización que domina en el moderno; lo que en el primero aparece entre los fines supremos de la sociedad civil, en el segundo resulta un instrumento, aunque relevante, en manos del poder político contingente." (GROSSI, Paolo. "Mitología jurídica de la modernidad". Madrid: Editorial Trotta S.A. 2003. p.24).

³ "Escasa es la relación que guardan nuestras acciones, las cuales se mantienen en mutación perpetua, con las leyes, fijas y móviles: las más deseables son las más raras, sencillas y generales: y aún me atrevería a decir que sería preferible no tener ninguna que poseerlas en forma tan abundante como las tenemos." (MONTAIGNE, Miguel de. "Ensayos". Buenos Aires: Aguilar. 1962. Tomo II. p. 355)

En el mismo Capítulo cita a Tácito, tan irónico como él: "*Ut olim flagitiis, sic nunc ligibus laboramus*" ("Como en el pasado por causa de las plagas, pensamos ahora por causa de las leyes"): Tácito. *Annal.*, III, 25.

"Ahora bien, éstas se mantienen en crédito, no porque sean justas, sino porque son leyes, tal es la piedra de toque de su autoridad; de ninguna otra disponen que bien las sirva. A veces fueron tontos quienes las hicieron, y con mayor frecuencia gentes que en odio de la igualdad, despliegan falta de equidad; pero siempre fueron hombres, vanos autores e irresueltos. Nada hay tan grave, ni tan ampliamente sujeto a error como en leyes; en ellos caen siempre de continuo. Quien las obedece porque son justas, no lo hace precisamente por donde seguirlas debe." (Ibídem. pp. 359 y 360).

burla en Swift⁴, ambos representantes clásicos del contexto histórico que ahora analizamos.

El dato histórico relevante es que aquí nace la modernidad jurídica. Ésta, entonces, es producto de la separación del derecho respecto de la sociedad; en estricto, esta separación tiene como instrumento la reducción del derecho a la legalidad, con la consecuencia de que aquél se divorcia de los valores sociales. Esta es la mistificación de la ley, es decir, su ascenso a poderoso instrumento jurídico, capaz de convertirse en la más eficaz herramienta de control social, pero sin que para tal fin tome en cuenta a la sociedad en sus relaciones cotidianas, precisamente el medio en donde va a operar.

Sólo después del recurrente uso de la ley como eficaz instrumento de dominación, aparece la fundamentación de su importancia. Todo lo cual ocurre en base a abstracciones que se validan a sí mismas, y que son las que explican su auge aunque no de manera suficiente como para sostener históricamente su trascendencia. En efecto, al identificar al parlamento con la voluntad popular y a la ley como su expresión, empieza la vertiginosa creación de un ordenamiento legal sustentado en presunciones absolutas y verdades axiomáticas⁵. Como se

⁴ *“Amiguito Grildrig, ha hecho Vuesamerced un admirable panegírico de su país. Ha probado claramente que la ignorancia, la pereza y el vicio son los elementos apropiados para designar a un legislador; que las leyes son mejor explicadas, interpretadas y aplicadas por aquellos cuyos intereses y habilidades consisten en pervertirlas, confundirlas y eludirlos.” (SWIFT, Jonathan. “Viajes de Gulliver”. Navarra: Salvat Editores S.A. y Alianza Editorial. 1970. p. 84).*

⁵ *“Qui non é possibile fermarsi su quest’ordine di considerazione, che richiederebbe un lungo esame di non poche teorie che sono fiorite specialmente in Francia, il paese che é forse quello maggiormente incline alle concezioni piú o meno mitologiche delle istituzioni politico-giuridiche. Si puó, ad ogni modo, rilevare, e non é senza importanza, che in esse affiora la tendenza propria dei miti e già da altri (Croce)notata, di immaginare enti che non esistono e di dar vita a cose inanimate o anche a semplici astrazioni. Tale tendenza si riscontra non solo nel campo religioso, ma pure in quello giuridico. Ne é un esempio tipico il mito della volontà generale, che implica una personificazione ora del popolo, ora dello Stato, ora di certe istituzioni di quest’ultimo che avrebbero il compito di costituire o esprimere o rappresentare tale volontà. E a questo punto si rende necessaria una precisazione, senza la quale si potrebbe incorrere in gravi equivoci. Le personificazioni di cui é parola si possono considerare mitiche quando esse restano nel campo dell’immaginazione e della fantasia, cioè quando non hanno fondamento e riscontro in effettivi caratteri delle istituzioni che costituiscono un ordinamento giuridico positivo. Viceversa, possono essere e sono vere realtà giuridiche se e quando determinano la struttura, gli atteggiamenti concreti, il funzionamento delle istituzioni. La sovranità del popolo puó essere un mito, se, per esempio, la effettiva potestá governativa si accentra nelle mani di un principe, cui si imagina che essa sarebbe stata delegata dal popolo. Mito puó anche essere la personalità dello Stato e, infatti, é noto che essa, prima ancora di venire consacrata e tardata in atto negli ordinamenti di certi Stati, si é attribuita a tutti gli Stati, sia da filosofi sia da giuristi, e si continua ad attribuirle anche adesso agli Stati il cui diritto positivo la disconosce o l’ignora. Mitica é pure la concezione della rappresentanza política da parte delle Camere c.d. rappresentative o di altri corpi o di individui, quando essa si configura come rappresentanza di volontà, mentre é semplice rappresentanza di interessi. E cosí via. E si potrebbe ricordare che frequentemente i giuristi parlano persino di una volontà della legge, distinta e*

advierte, estamos ante un hábil y exitoso planteamiento de Política del derecho, como diría Tarello⁶.

Por cierto, la obediencia al mandato superior adquiere contundencia con la teoría kelseniana que, a este efecto y condensando la existencia del Derecho a la consistencia de la norma fundamental⁷, se convierte en una enorme concha acústica que cobija a toda la modernidad jurídica.

Pero, ¿qué se ha perdido en ese tránsito a la modernidad? Probablemente la ocurrencia histórica más trascendente sea que, al convertirse la ley en un acto de voluntad más que un acto de conocimiento, ha ocurrido lo que Grossi describe con precisión inigualable: **la pérdida de la dimensión sabia del derecho**⁸. Las

eventualmente diversa da quella del legislatore. Senonché, non di mito, in questo caso si tratta, ma di espressioni figurate, che si adoperano in senso traslato, per accenare ad alcuni caratter del diritto oggettivo.” **ROMANO, Santi**. “Frammenti di un Dizionario Giuridico”. Milano: Dott. A. Giuffré – Editore. 1947. pp. 132 y 133).

⁶ “La noción de cultura jurídica resulta por ello provechosa en la interpretación historiográfica, porque permite la especificación de los momentos de transformación de las disposiciones normativas –esto es, la determinación de los cambios de ‘paradigmas’ en la ciencia jurídica-, estableciendo un nexo correcto (como lo expresa Tarello) entre datos ‘culturales’ (las actitudes profesionales de los juristas, su manera de tratar las fuentes) y datos ‘estructurales’ (los cambios institucionales en sentido estricto). Además, se recuerda que Tarello utiliza la noción de cultura jurídica también al analizar el derecho vigente, con el fin de reconstruir los condicionamientos ideológicos de los intérpretes y de los órganos de la aplicación, y su capacidad para determinar transformaciones normativas. En otras palabras, la noción de cultura jurídica sirve para poner de relieve las opciones de política del derecho que presiden las operaciones de interpretación y aplicación.” (**GUASTINI, Ricardo y REBUFA, Giorgio**. ‘Introducción’. En: **TARELLO, Giovanni**. “Cultura Jurídica y Política del Derecho”. México: Editorial Fondo de Cultura Económica. 1995. p. 22).

⁷ “La norma fundamental de la Teoría Pura del Derecho no constituye justificación alguna del Derecho positivo. Esta Teoría rehúsa en principio justificar un Derecho positivo como justo o condenarlo como injusto. No tiene nada que comentar o decir acerca de lo justo o injusto del Derecho positivo. Esto no significa que la Teoría Pura del Derecho niegue la posibilidad de valorizar al Derecho positivo como justo o injusto, pero supone que semejante valorización no es materia de la Ciencia del Derecho, y que, si tiene lugar, sólo tiene un carácter relativo y, en último análisis, un carácter subjetivo. También estima que el mismo Derecho positivo, que desde un punto de vista es valorizado o considerado como justo, puede ser considerado, desde otro aspecto, como injusto. En realidad es una valorización absoluta la que tienen en mente los que solicitan un modelo o pauta para la valorización del Derecho positivo. Sin embargo, lo absoluto en general y los valores absolutos en particular, están más allá de cualquier conocimiento científico racional.” (**KELSEN, Hans**. “Introducción a la Teoría Pura del Derecho”. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional. 2001. p. 78).

⁸ “El derecho moderno está tan marcado por su esencial vinculación con el poder político que aparece como el mandato de un superior a un inferior –de arriba abajo-, visión imperativa que lo identifica con una norma, es decir, con una regla autorizada y autoritaria; esta visión, reforzada recientemente al arreciar la ráfaga kelseniana, tiene un costo altísimo en opinión del autor de este pequeño libro: la pérdida de la dimensión sapiencial del derecho.” (**GROSSI, Paolo**. Op. Cit. p. 16).

decisiones ya no son producto del conocimiento de la realidad social y tampoco del razonamiento lúcido y reposado que condensa una experiencia histórica previa, sino el juego de abalorios que lleva a que las mayorías parlamentarias decidan aquello que coyunturalmente les pueda resultar más útil para perpetuar el ejercicio monopólico del poder de aquellos a los cuales sirven. Los parlamentos latinoamericanos son el mejor ejemplo de cómo el empleo del derecho en el ejercicio del poder, convierte la actividad legislativa en una extensa y gruesa capa de alienación social y mediocridad.

No hay manera de persuadir a aquel hombre de la calle que citáramos al inicio, que su anhelo de justicia será satisfecho a partir de las garantías que le ofrecen la legalidad, la certeza del derecho y la división de poderes. Por lo demás, no es posible persuadirlo, sobre todo, respecto de aquello que nosotros mismos, en la práctica, apreciamos como completamente disfuncional. En un trabajo colectivo, casi fundacional sobre estas inquietudes, podemos advertir cómo los juristas más importantes del *civil law* de mediados del siglo XX, expresan sus inquietudes en torno al abuso de la ley⁹.

Si un mito es, fundamentalmente, aquello que se acepta sin crítica, la legalidad llevada a la dimensión de manifestación fundamental del derecho es un mito, el más fabuloso que existe en la modernidad jurídica.

⁹ *“No obstante, debido a una falsa comparación del progreso jurídico con el progreso científico, se ha llegado a considerar que el progreso social debe ser procurado mediante la elaboración de nuevas reglas, y a considerar como un derecho caduco o muerto al derecho que no evoluciona.*

(...)

Hay que creer en el progreso del derecho, pero no en la fatalidad de dicho progreso. Una nueva generación no podría alabarse de realizar el progreso del derecho si presentara como única prueba la abundancia de leyes.

Numerosos signos nos hacen percibir, por el contrario, en el momento presente una decadencia del derecho, y yo he consagrado un libro reciente a hablar de las causas y manifestaciones de la misma.” (RIPERT, Georges. “Evolución y Progreso del Derecho”. En: “La Crisis del Derecho”. Buenos Aires: E.J.E.A. 1961. pp. 27 y 29).

⁺ *“Donde la ley es reconocida como única o fundamental fuente del derecho, sucede que en los momentos de rápidas transformaciones sociales, la misma con frecuencia resulta violada por perder autoridad. Así se ha determinado aquel contraste entre la ley y el hecho, en el cual algunos han visto la característica principal de la crisis del derecho. Se ha tratado entonces de modificar la teoría de la interpretación, dando al juez mayores poderes de aplicaciones equitativas; pero los juristas más penetrantes han visto como el abandono de una rigurosa legalidad constituye un grave peligro para la certeza del derecho y para la misma justicia, y también esto es uno de los aspectos de la crisis del derecho particularmente destacados. Pero el aspecto principal se halla precisamente en la exclusividad de la ley como fuente, lo que da lugar a la superposición de las leyes y a la incapacidad de la legislación a seguir las vicisitudes de las transformaciones sociales.” (RAVÁ, Adolfo. “Crisis del derecho y crisis mundial”. En: *Ibidem*. pp. 134 y 135).*

2. El mito de la legalidad y la doctrina del precedente

La introducción tiene una razón imbricada en la disquisición central del presente trabajo: si el divorcio entre el derecho y la sociedad es en gran medida el elemento histórico responsable de la actual crisis del derecho, ¿no será recomendable gestar un derecho que tenga como punto de partida los fenómenos sociales?, es decir, ¿no habrá llegado el momento de revisar las fuentes del derecho desde una óptica más comprometida socialmente? Finalmente, ¿no habrá llegado el momento arrancarle lo poco bueno que puede darnos la globalización y, en base a la información planetaria y simultánea con que ahora contamos, cotejar experiencias de otras familias jurídicas¹⁰ para resolver nuestros problemas?

Una de las manifestaciones de la crisis del derecho en el *civil law* antes anotada es que el exceso –sobretudo a nivel cuantitativo- de la legalidad ha determinado que se haya perdido la certeza del derecho, probablemente uno de los objetivos más importantes que debe alcanzar un sistema jurídico. En el *civil law* se ha enfrentado el tema de la certeza con la formulación de reglas abstractas que ordenen la vida en sociedad, la ley. En el *common law* el mismo problema ha sido enfrentado con la doctrina del precedente o *stare decisis*, esto es, vinculando al juez a las decisiones expedidas por ellos mismo y, sobre todo, por sus superiores.

A pesar de que en el *civil law* ha adquirido la calidad de valor entendido la tesis de que el juez crea derecho cuando resuelve un caso, queda claro también que la afirmación sobre plenitud del ordenamiento jurídico es sólo un mito que alimenta la eficacia del *civil law*, siempre será necesario que el intérprete –entre

¹⁰ “La agrupación de derechos en familias es el medio propio para facilitar, reduciéndolos a un número estricto de tipos, la presentación y la comprensión de los diferentes derechos del mundo contemporáneo. Por lo demás, no hay concordancia sobre el modo de realizar esta agrupación, y sobre cuáles familias de derechos, por consiguiente, deben ser reconocidas. Algunos basan sus clasificaciones en la estructura conceptual de los derechos o en la importancia reconocida de las diferentes fuentes del derecho. Otros, juzgan que estas diferencias de orden técnico tienen un carácter secundario, poniendo en primer plano las consideraciones de contenido, el tipo de sociedad que se pretende establecer con la ayuda del derecho, o, aún, el lugar que le es reconocido al derecho como factor de orden social.

Estas discusiones hicieron correr bastante tinta; a pesar de ello, no tienen mucho sentido. La noción de ‘familia de derecho’ no corresponde a una realidad biológica; se recurre a ello únicamente para fines didácticos, valorizando las semejanzas y las diferencias que existen entre los diferentes derechos. Siendo así, todas las clasificaciones tienen su mérito. Todo depende del cuadro en que se coloquen y de la preocupación que, para unos y otros, sea la dominante. No se propondrían las mismas clasificaciones si se consideraran las cosas a nivel mundial o a un nivel simplemente europeo. Al considerarse las cosas de un modo diferente si nos colocamos en la perspectiva del sociólogo o del jurista. Otras agrupaciones podrán merecer aceptación, conforme su criterio se centre sobre el derecho público, el derecho privado o el derecho penal.” (DAVID, René. “Os grandes sistemas do direito contemporâneo”. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 17).

ellos el juez de preferencia- cubra los vacíos. Esta función creadora resulta imprescindible reconocerla atendiendo a que la ley no sólo está desvalida de alternativas, sino que regularmente no se desplaza al ritmo del cambio social. Por esa razón, no es excepcional advertir como en muchos sistemas del *civil law* es la jurisprudencia la que incorpora (crea) figuras jurídicas casi en simultáneo con lo que ocurre en el *common law*¹¹.

Por otro lado, no deja de ser curioso el hecho de que a pesar del valor referencial, digamos sólo persuasivo de la jurisprudencia, en muchos sistemas insertos dentro del *civil law* los abogados de foro suelen usar las decisiones de los órganos supremos como alegatos principales de sus posiciones. Puede resultar extraño al sistema, pero es lo que en efecto ocurre; nadie discute que el empleo de las decisiones puede ser un elemento de convicción tanto como puede ser dejado de lado, su grado de vinculación es muy pobre, sin embargo, cada vez suele ser más usado¹².

Inclusive hay ordenamientos del *civil law* que han regulado fórmulas que permiten incorporar el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho. El Código Civil de Suiza permite en su Art. 1 y ante el silencio de la ley, recurrir a '*la doctrina y a la jurisprudencia más autorizadas*'. La ley procesal peruana permite recurrir en casación (Art. 386.2) cuando se ha producido inaplicación '*de la doctrina jurisprudencial*'. En el derecho mexicano cinco decisiones sucesivas en un sentido determinado, confieren el valor de regla vinculante a tal posición jurídica. Finalmente, queda la pregunta a ser respondida al final del trabajo: ¿qué debe ser el precedente en los sistemas del *civil law*, un dato estadístico a tener en cuenta, un valor formal previamente establecido por la norma, un efecto vinculante sobre los jueces inferiores de quien expidió la regla o una técnica que debe ser incorporada con todas las previsiones que un instrumento tan sutil exige?

La extrema necesidad de contar con un derecho que sea previsible para sus usuarios, pero que a su vez tenga la suficiente dinámica como para enfrentar con decisiones justas los nuevos retos de una sociedad en permanente cambio, son los ingredientes que exigen al investigador buscar en otros ámbitos del derecho instituciones que den respuesta a nuestras carencias. Entonces, cuando escurramos en la posibilidad de obtener resultados positivos de la doctrina del precedente, estamos admitiendo que la certeza sigue siendo, a pesar de los

¹¹ Un caso que comenta Galgano es el de la responsabilidad médica por intervención de rutina (*routine*). La jurisprudencia alemana e italiana ha considerado que el hecho de que la operación haya resultado perjudicial para el intervenido hace presumir la culpa del médico, quien como demandado debe probar su falta de culpa. Es exactamente así el tratamiento que se le da al tema en el *common law* (GALGANO, Francesco. Op. Cit. p. 77).

¹² "La necesidad que esta producción satisface es la previsibilidad de las futuras decisiones judiciales; la importancia del material que se suministra a los usuarios tiene un valor estadístico, basado en un cálculo de probabilidades: si los jueces ya han decidido en cierto sentido y con una reiteración determinada, es probable que resuelvan las controversias futuras del mismo modo." (Ibidem. p. 78).

actuales tiempos de borrasca, un valor que debe ser perseguido y obtenido, sin renunciar a un derecho que no se ahogue en dogmas que se respetan sólo por su antigüedad.

De allí que, en la necesidad de intentar un aprovechamiento óptimo de la doctrina del precedente, sea necesario dar algunas respuestas a preguntas puntuales: ¿es posible su uso en un ordenamiento jurídico tan distinto al que le dio origen?; ¿sabemos que tipo de problemas nos va a resolver?; ¿sabemos sobre su evolución y las razones de las nuevas tendencias? ¿se podría, si conociéramos realmente su origen y variaciones actuales, postular una fórmula que asegure su eficacia en nuestros ordenamientos jurídicos? O, finalmente, ¿no estaremos ante otro mito de la modernidad como el de la ley?

Las preguntas y el trabajo surgen, por lo demás, en tiempos en donde las diferencias entre las familias a las que aludimos hace un momento han entrado en crisis. En efecto, desde ambos lados hay tendencias a acoger los rasgos que perfilan a la otra familia. Por un lado se viene insistiendo mucho en el *civil law* a explotar la eficacia persuasiva del precedente judicial y, en el caso del *common law*, se vienen expidiendo normas (*statutory laws*) que regulan la actividad judicial¹³.

3. Aspectos históricos y doctrinales de la doctrina del precedente¹⁴

Como es sabido, probablemente el rasgo que más distingue al *common law* respecto de cualquier otra familia jurídica sea que se trata de un derecho creado por sus jueces (*judge made law*)¹⁵. Esto significa que estamos ante un derecho

¹³ En un reciente trabajo de próxima publicación, se hace referencia a las *Civil Procedure Rules* inglesas, vigentes desde 1998, que tienen los rasgos de un código procesal del *civil law*. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. 'Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo'. Conferencia proferida el 6 de mayo de 2004 en Río de Janeiro, celebrando el centenario de Editora Forense).

¹⁴ No sólo porque es un hecho obvio que la irradiación de la doctrina del precedente tiene como fuente el derecho inglés, sino, y tal vez con mayor razón, porque es el sistema jurídico que mejor mantiene los aspectos clásicos de ésta, nos parece de la mayor importancia precisar que las afirmaciones que aquí se expresen están referidas, preferentemente, al derecho inglés. Sólo en las ocasiones en las que la explicación alcance a otro sistema de la familia del *common law*, haremos la precisión respectiva.

¹⁵ 'Sigue siendo fundamental, en la división entre **civil law y common law**, el diverso modo de elaborar las categorías jurídicas, en función de su diversa fuente, prevalentemente legislativa en el primero, prevalentemente judicial en el segundo. El **civil law**, al menos el producido por las codificaciones, es el "derecho de los profesores", cuyo mérito reside en su carácter científico, entendido como sistematización del material normativo dentro de vastas categorías ordenantes, caracterizadas por su alto grado de abstracción. El **common law**, por el contrario, huye de las generalizaciones, elabora categorías jurídicas bastantes menos extensas, más cercanas a la tipología de la realidad. Se puede decir, en los términos de la filosofía analítica, que el lenguaje jurídico de los **common lawyers** es un

que a través de las decisiones judiciales reivindica las antiguas costumbres de sus pueblos, otorgándoles calidad de principios jurídicos, esto es, consistencia y reconocimiento, precisamente por medio del respeto a sus resoluciones judiciales. Se puede inclusive afirmar que el *common law* es un derecho no escrito, en el sentido de que no está tendencialmente codificado, es decir, que no concibe a la regulación normativa como expresión suprema de su consolidación, tal como ocurrió en casi todos los países de Europa occidental como consecuencia de la Ilustración y los excesos racionalistas que desembocaron en la construcción del mito de la legalidad antes descrito.

Una característica complementaria del *common law* es que, dado el origen casuístico de su derecho, impone para efectos de su elaboración la necesidad de darle consistencia histórica, de lo contrario, el presente dinámico y voluble haría del derecho un instrumento socialmente caótico. Por esa razón los jueces están obligados a seguir las líneas argumentales más significativas de los jueces o tribunales jerárquicamente superiores sobre la base de un conjunto de reglas y principios que configuran lo que hemos dado en llamar la doctrina¹⁶ del precedente¹⁷.

Lo expresado incipientemente en el párrafo anterior es aquello que le ha dado autonomía al *common law*. Sobre su origen hay por lo menos dos teorías. Una de ellas, denominada *declarativa*, considera que el derecho preexiste a las

lenguaje referencial, que tiene por objeto las cosas que conforman el mundo; el lenguaje de los juristas del área romanista es más bien un metalenguaje, que tiene por objeto no cosas, sino otros lenguajes. (GALGANO, Francesco (Coordinador). 'Atlas de Derecho Privado Comparado'. Madrid: Fondo Cultural del Notariado. 2000. p. 22).

¹⁶ Preferimos el concepto 'doctrina' al comúnmente empleado en este caso que es 'teoría'. La razón es la siguiente: precisamente uno de los rasgos del *common law* es que su construcción es producto de los avatares que se presenta en la práctica, sobre los cuales se van gestando opiniones que, progresivamente, empiezan a marcar una tendencia. Pues las opiniones sobre un determinado asunto que tiene un grupo de personas conforman una doctrina. A diferencia de la 'teoría' que constituye un conjunto de conocimientos especulativos sobre un determinado aspecto de la realidad, cuya comprobación fáctica puede o no presentarse sin que ésta pierda su calidad teórica. La 'doctrina', en definitiva, constituye un conjunto de opiniones surgidas de la acción y concretadas en ésta; la 'teoría' es fundamentalmente una especulación científica.

¹⁷ 'Nuestro sistema de **common law** consiste en aplicar a los nuevos supuestos las reglas de derecho que nosotros, jueces, derivamos, de los principios jurídicos y de los precedentes judiciales; y con el fin de garantizar la uniformidad, la coherencia y la certeza del derecho debemos aplicar estas reglas, con tal de que no sean claramente ilógicas o estén fuera de lugar, a todos los casos iguales que se presenten; y no tenemos posibilidad alguna de desatenderlas o de rechazar su aplicación analógica prefiriendo otras no consagradas nunca judicialmente, sólo porque consideremos que tales reglas no sean tan oportunas y ajustadas como deseáramos. Considero de extrema importancia mantener este canon absolutamente firme, no sólo para la resolución del caso en cuestión, sino sobre todo por el interés superior del derecho como sistema científico.' (Mirehouse v. Rennel, 1833, C 1, F 527, 546, 6 R 1015, 1023). (Tomado de GALGANO, Francesco. Op. Cit. p. 29).

decisiones judiciales. Tal teoría debe entenderse en el sentido de que como las costumbres son inmemoriales, en tanto se entretuviera su origen con el inicio de las formaciones sociales, éstas sólo son declaradas por los jueces, quienes reivindican para el presente (y eventualmente para el futuro) una tradición popular originada en el comienzo de los tiempos. Esto explica porque se dice que cuando un precedente deja sin efecto uno anterior, es porque éste jamás existió¹⁸.

La otra teoría, la más reconocida, se le denomina *constitutiva* y considera que los jueces crean el derecho después de ocurrido el hecho, esto es, después de presentada la situación jurídica a ser resuelta. Esta teoría es postulada por Colmes, Cardozo y Pound, entre otros. En estricto, se trata de una reivindicación de la realidad, es curioso como una familia jurídica acostumbrada a discutir el caso concreto puede haber desarrollado una teoría tan preñada de ficción como la declarativa¹⁹.

No se crea que la tendencia a darle carácter obligatorio a las decisiones judiciales anteriores al momento de resolver un caso respecto del cual guarda identidad, ha sido permanente. Hacia el siglo XIV ya se citan los precedentes en el derecho inglés, sin embargo, carecían del efecto vinculante que le reconocemos ahora²⁰. Sin embargo, progresivamente fue incorporándose la práctica de que los

¹⁸ *'Resumiendo podemos decir que para Blackstone el **common law** está constituido por las costumbres prolongadas e inmemoriales del Reino, tal cual han sido declaradas por los jueces en sentencias precedentes. Esas sentencias precedentes son la prueba de esas costumbres, pero esa prueba no puede ser discutida o cuestionada (salvo en dos casos). Blackstone reconoce dos excepciones a la obligación de seguir el precedente: la primera, cuando la sentencia precedente es contraria a la razón de manera evidente y, la segunda, cuando es contraria a la ley divina. Justifica esas excepciones como sigue: 'Aun en tales casos, (cuando las decisiones anteriores son derogadas) los jueces siguientes no pretenden hacer un nuevo Derecho sino reivindicar el viejo Derecho de interpretaciones equivocadas. Puesto que si se encuentra que la primera decisión es manifiestamente absurda e injusta, se declara, no que eso era mal Derecho, sino que no era Derecho; es decir, que no es la costumbre establecida en el reino, pues ha sido determinada erróneamente.' Va a ser sobre estas dos excepciones, sobre las que se erigirá una fuerte crítica a a doctrina declarativa del common law'.*(ITURRALDE SESMA, Victoria. *'El Precedente en el common law'*. Madrid: Editorial Civitas S.A. 1995. p. 27).

¹⁹ *'Buena parte de los defensores de la teoría declarativa sostienen que el Derecho ha existido siempre. Así por ejemplo, Beale señala que el Derecho empieza a existir simultáneamente con el origen de la sociedad como un sistema completo de reglas aptas para resolver cualquier cuestión que pueda surgir y que éstas son alterables por el Poder Legislativo. Pues bien, una respuesta a esto se encuentra en la cuestión formulada por Gray: **¿Cuál era el Derecho en la época de Ricardo Corazón de León sobre la responsabilidad de una compañía de telégrafos respecto de las personas a las que fue enviado un mensaje?** Esta *'reductio ad absurdum'* pone fin a este punto de vista.'* (Ibidem. p. 29).

²⁰ *'El significado que hoy en día tiene el precedente es distinto al que tuvo en sus orígenes. Entonces las decisiones de los tribunales eran consideradas expresiones de opiniones acerca del derecho cuyo peso dependía del juez o jueces que las pronunciaban, pero no obligaban a los jueces a seguirlas. Aunque los casos se decidían por referencia a*

jueces debían resolver los casos futuros atendiendo a la manera cómo se habían decidido casos similares. A esta práctica judicial se le incorporaron dos rasgos adicionales: la importancia social del fallo, esto es, su contenido didáctico y, por otro, empezó a adquirir significación la calidad del tribunal que había expedido la decisión a ser seguida. Este es el punto de partida histórico de lo que ahora se da en llamar *stare decisis* o doctrina del precedente.

Esta doctrina tuvo su momento estelar en el derecho inglés entre 1758 y 1861, en tanto son los años en los que se consolidó la doctrina del precedente. Precisamente en 1861 la Casa de los Lores –el máximo órgano judicial de Inglaterra- elevó el precedente a la calidad de obligatorio. Esto fue precisamente a través de un caso, en *Beamish v. Beamish* se creó un sistema de reglas del precedente en donde la primera era: *“Todo tribunal está obligado por las decisiones de sus superiores y los tribunales superiores están obligados por sus propias decisiones”*.

Durante su proceso formativo han aparecido dos requisitos o condiciones que el sistema debe acoger para asumir la doctrina del precedente: por un lado, la existencia de una jerarquía o estructura claramente establecida de los tribunales y, por otro, una crónica judicial, recopilación o sistema de publicación que sea pasible de otorgar confianza. Estas dos condiciones se incorporaron hacia mediados del siglo XIX.

4. Una definición operativa de la doctrina del precedente

Estamos ante la vigencia de la doctrina del precedente, cuando en un sistema jurídico se conforma un conjunto de reglas y principios –que reciben el nombre de *case law*- que son extraídos de las decisiones que toman los jueces en un contexto histórico determinado y los cuales vinculan –sea de manera persuasiva u obligatoria- a otros jueces del mismo sistema²¹ en casos en donde se presente analogía con el caso ya resuelto.

Se reconocen elementos de ese sistema los siguientes: 1. Una decisión fundamentada de un juez o tribunal respecto de un caso concreto; 2. Una descripción en torno al fundamento asumido por el juez o tribunal respecto de una cuestión de derecho trascendente planteada en el caso concreto; 3. La necesidad

decisiones anteriores, éstas no eran prácticas que se veían como obligatorias, ni como un conjunto que formaba un sistema de leyes. La cita de precedentes era un poderoso instrumento retórico o argumentativo ya desde la mitad del siglo XIV, pero los juristas de este período tenían claro que ‘ningún precedente es tan persuasivo como la razón’. (ITURRALDE SESMA, Victoria. ‘El Precedente...’. Op. Cit. pp. 23 y 24).

²¹ Dado que el *common law* es reconocido como una familia que contiene sistemas integrados, es extraño pero puede ocurrir que un precedente de un determinado sistema o país puede vincular a un juez de otro sistema.

de establecer un principio de autoridad para el mismo tribunal o para otros de igual o inferior rango²², para los siguientes casos en los que se planteé la misma cuestión de derecho y 4. La existencia de un determinado grado de autoridad, el cual va a depender del prestigio del juez o tribunal que expidió la decisión, de su conformidad con el espíritu de los tiempos y del criterio sobre la misma cuestión de otros jueces o tribunales.

Nótese que la vigencia de la doctrina del precedente enmarca el nacimiento de un tejido que entrecruza la producción judicial de todo el sistema. Así, este tejido produce dos tipos de vinculación, una externa y otra interna. Por la primera, llamada también vertical, los órganos judiciales inferiores a aquel que expidió la decisión que contiene el precedente se encuentran obligados a hacerlo suyo; por la vinculación interna, denominada horizontal, cada órgano que propone a través de un caso una regla de derecho o precedente se encuentra sometido a ella.

Sin embargo, la práctica demuestra cómo la sutileza del *common law* está precisamente en la actividad que deben realizar los jueces para no someterse al precedente cuando no comparten el principio allí sostenido o cuando deben reducir la interpretación del precedente de suerte tal que salga de la esfera del nuevo caso. Todo esto último constituye el medio a través del cual se impide que la aplicación de la doctrina del precedente, llevada a ultranza, produzca la esclerotización o anquilosamiento del sistema.

Por lo demás, resulta pertinente advertir que en materia de vinculación interna –esto es, del órgano judicial respecto de sus propias decisiones- su respeto se convirtió en una de las columnas de la doctrina, por lo menos en Inglaterra. Sin embargo, en 1966 un pronunciamiento (**Practice Statement**) efectuado por la propia Casa de los Lores, determinó la facultad de este órgano supremo para apartarse de su propio precedente. Teóricamente sólo el Parlamento puede modificar un precedente, lo que ha ocurrido en muy pocas ocasiones, por esa razón, la facultad descrita, también es conveniente precisar, ha sido usada en ocasiones excepcionales y, nótese, sólo por la Casa de los Lores, como una demostración de la tendencia conservadora del derecho inglés a diferencia del norteamericano en la materia²³.

²² Si bien es reconocida que la influencia del precedente es de arriba hacia abajo con la cual queda excluida la posibilidad de la ruta invertida, en la práctica esta situación no es categórica. La circunstancia de que los precedentes tengan un valor agregado como producto de la calidad excepcional de los jueces que la expiden, determina que en algunos casos jueces superiores hagan suya una *ratio decidendi* surgida de un juez superior, aunque por cierto no exista ningún grado de vinculación.

²³ *'En cualquier caso, se puede afirmar que la importancia del Practice Statement no reside en la cantidad o en la calidad de las modificaciones aportadas al corpus de los precedentes judiciales, sino en su influencia sobre los mecanismos de razonamiento de los jueces, hasta el punto de desmitificar la absoluta intangibilidad de las decisiones, permaneciendo firme, para la communis opinio inglesa, la validez del sistema en sí.'* (MORETTI, Francesca. 'El precedente judicial en el sistema inglés'. En: GALGANO, Francesco. Op. Cit. p. 34).

En el caso de las Cortes de Apelación, órganos inmediatamente inferiores a la Casa de los Lores, un precedente expedido en 1944 (Young v. Briston Aeroplane Ltd.) estableció el rasgo autovinculante de sus precedentes pero, a su vez, planteó los casos en que esta característica se encontraba exceptuada²⁴.

5. La categoría *ratio decidendi* en la configuración de la doctrina del precedente

Contra lo que comúnmente se cree, los efectos que produce el precedente no se obtienen de la decisión sino de los fundamentos jurídicos de la resolución. Teóricamente, por lo menos, el vértice del precedente está en la identificación de la consideración jurídica indispensable o necesaria que determinó la decisión; es sobre tal elemento que va a extender el precedente su potencialidad vinculante y didáctica.

Esta es la razón por la que uno de los aspectos más sensibles a la doctrina del precedente, pasa por la elección del o de los métodos para identificar la **regla de derecho y sus límites**²⁵. En todo caso, la complejidad se debe a que se trata de obtener una regla general que pueda ser utilizada por otros jueces a casos análogos pero futuros, a partir de una decisión particular, tomada por un juez particular respecto de un caso particular seguido entre particulares²⁶.

Nótese también que la afirmación del precedente autovinculante (o tendencia horizontal de los efectos del precedente) obedece a una razón de Política del derecho. Por medio de ella, el órgano supremo afirma su función nomofiláctica y, por otra, se asegura en el tiempo que los nuevos cuadros de jueces que lleguen a ocupar el órgano supremo no arrasen las posiciones jurídicas asumidas por sus antecesores.

²⁴ La Corte de Apelación puede apartarse de su precedente cuando:

- a. Debe elegir cual aplica entre dos decisiones suyas;
- b. Cuando considera que su precedente contraría una decisión de la Casa de los Lores; y
- c. Cuando considera que su decisión es **per incuriam**, esto es, cuando el precedente contraría una ley o un precedente vinculante para aquel caso.

²⁵ Según la llamada teoría clásica, la *ratio decidendi* no es otra cosa que la premisa mayor del silogismo, de tal suerte que si se produce un cambio en la premisa mayor se modifica la decisión eso significa que aquella contiene, efectivamente, la *ratio decidendi*; de lo contrario, no se trata de ella. Sin duda es una teoría desfasada, ubicar el proceso de formación de la decisión en el ámbito del silogismo clásico es buscar respuestas en la arqueología jurídica. Otra teoría considera que la *ratio decidendi* está dada por el acto creativo que realiza el juzgador cuando elige los hechos fundamentales que van a ser calificados por la norma jurídica.

²⁶ *'Pero sería simplista concebirla como 'razón de decidir' o motivación tout court, siendo normalmente dos los factores de la motivación, uno de hecho y otro de derecho: la ratio decidendi de la sentencia inglesa no coincide con ninguno de éstos, sino que es más bien la resultante del uno y del otro, en una interrelación compleja entre principio de derecho y*

No nos parece casual que no haya un precedente o alguna disposición legal que determine qué es exactamente o cómo se obtiene la *ratio decidendi* de un precedente, en una familia jurídica no dispuesta a incentivar especulaciones agotadoras. Creemos más bien, que la negativa a establecer un criterio uniforme sobre ella, se debe a la necesidad de conceder a los jueces una mayor amplitud en el uso de técnicas de interpretación sobre el precedente. Precisamente, ser refractarios a una rígida fórmula escrita, le concede al sistema y a sus operadores la ventaja de imaginar creativamente ámbitos de aplicación que los condicionantes temporales e históricos –propuestos a velocidad espeluznante por una sociedad tecnológica y fugaz- le pueden exigir al juez con cierta regularidad²⁷.

La *ratio decidendi*, entonces, puede ser tentativamente definida como la regla de derecho establecida por un juez como base de su decisión, la cual contiene sea la justificación explícita de las razones por las que tomó la decisión sea la fundamentación implícita y trascendente que tuvo en consideración para resolver el caso.

Desde un punto de vista descriptivo, puede decirse que es el razonamiento lógico-jurídico realizado por el juez para sustentar su decisión. Sin embargo, ella misma, desde un punto de vista prescriptivo, constituye un juicio normativo realizado luego de obtenida la decisión y tiene por objeto establecer si tal razonamiento debe ser obligatorio para casos posteriores y análogos. Como se advierte, el segundo se trata de un análisis de metalenguaje, en tanto es un examen lógico, jurídico, social y axiológico respecto a si el razonamiento que se empleó para decidir un caso debe ser utilizado posteriormente como modelo.

Por las razones antes expuestas y contra lo que comúnmente se cree, la identificación de una *ratio decidendi* no necesariamente tiene que ser aplicada a casos posteriores. Esto es así porque no existe sobre un determinado tema jurídico **una** *ratio decidendi* en la misma medida en que respecto de un enunciado normativo, no existe **una** sola interpretación correcta, sino tantas como puedan ser obtenidas en función del caso concreto en donde se va a emplear²⁸. Lo que no

aspectos de la controversia que el juez considera cualificantes y esenciales. (MORETTI, Francesca. Op. Cit. p. 38).

²⁷ *'En función de las exigencias, la ratio puede ser identificada con la regla jurídica situada en la base de la sentencia, con la justificación expresa de la decisión, con el principio jurídico implícitamente presente en el proceso justificativo realizado por el juez, o con el concepto normativo a propósito del cual, con mayor o menor fundamento, será sucesivamente citada la propia sentencia. De ésta se puede hacer, pues, un uso bastante articulado; cuál de esas perspectivas prevalecerá luego en concreto depende esencialmente del contexto.'* (Ibidem, p. 39).

²⁸ El señor Donahue tomó una cerveza dentro de cuya botella habían restos descompuestos de un caracol, por lo que le dio gastroenteritis y un shock nervioso. El señor Donahue demandó al fabricante por negligencia y el tema a resolver es si procedía indemnización. En su análisis la Casa de los Lores tuvo en cuenta que se trataba de una botella opaca que imposibilitaba al consumidor conocer el contenido de la botella, por lo que declaró que

significa que la *ratio* cambie con el tiempo, sino que es el tiempo el que genera cambios en el 'cristal jurídico' del juez, propiciando así la innovación del derecho.

6. Las categorías *obiter dicta* y *judicial dicta*

Al describir la *ratio* hicimos referencia a ciertas consideraciones jurídicas presentes en el precedente pero que no tienen, respecto de la decisión tomada, la calidad de determinantes. Éstas reciben el nombre de *obiter dicta* y, como se advierte, se obtienen por descarte de la *ratio* o *rationes*.

procedía una indemnización por negligencia del fabricante. La *ratio decidendi* en *Donahue v. Stevenson* (1932) pareció ser que el fabricante tiene un deber respecto del último consumidor.

Sin embargo, las reglas obtenidas del caso empezaron a desagregarse en número considerable ('Los fabricantes de cerveza en botellas opacas tienen el deber de impedir que ingresen caracoles muertos a sus envases'; 'Los fabricantes de cerveza en botellas opacas tienen el deber de impedir que ingresen caracoles a sus envases'; 'Los fabricantes de productos de comida y bebida tienen un deber de cuidado de que ningún cuerpo extraño y nocivo entre a su producto'; 'Los fabricantes de productos, cuya venta deja al consumidor sin posibilidad de un examen razonable del producto, tienen respecto de éste el deber de diligencia razonable').

Cuatro años después, en 1936, se debió resolver el siguiente caso: El señor Grant contrajo dermatitis porque había adquirido unos calzoncillos que tenían un exceso de sulfatos por lo que demandó al productor. La demanda sustentada en el caso *Donahue* fue rechazada porque el tribunal decidió que éste precedente no le era aplicable. La razón para ello es que el señor Grant no le compró al fabricante (*Australian Knitting*) sino a un intermediario, con lo que no había contrato entre demandante y demandado. Pero fundamentalmente se tuvo en cuenta que en *Donahue* fue muy importante el análisis que se hizo para determinar si existió alguna posibilidad de que el demandante pudiera descubrir el daño antes de que se concretara. En *Grant v. Australian Knitting*, en cambio, se admitió que el objeto que produjo el daño pudo ser previamente probado y, en consecuencia, éste pudo ser advertido por el perjudicado.

Unos años después, en *Haseldine v. Daw* (1942), se resolvió un caso originado en que el dueño de un edificio contrató a una empresa especialista para que arreglara un ascensor. Sin embargo, el ascensor se cayó por negligencia de los obreros de la empresa. En este caso se declaró fundada la demanda, utilizándose el precedente de *Donahue v. Stevenson*, atendiendo a que no era practicable una inspección intermedia por parte del demandante. Es curioso advertir como se usó *Donahue* a pesar de que se trataba de hechos diferentes (era una empresa que reparaba y no fabricaba) y de que, finalmente, resulta muy discutible la afirmación de que el ascensor no pudo ser inspeccionado al momento de entregarse el trabajo.

Como se advierte, estamos ante opciones abiertas en materia de interpretaciones sobre la identificación, contenido y alcances de la *ratio decidendi*. Inclusive no suele resultar extraño que en los casos de tribunales colegiados la *ratio decidendi* sea obtenida por mayoría.

Como es previsible de su descripción, su identificación y determinación constituye también un análisis jurídico de considerable complejidad, probablemente igual o mayor que para identificar la *ratio*.

Dentro de la gama de posibilidades de identificar el *obiter*, está la consideración por parte de la doctrina de que son aquellas consideraciones jurídicas hechas de pasada acerca de cuestiones que no son objeto de discusión respecto de la sentencia definitiva, aunque corresponde a decisiones sobre elementos materiales de la controversia. Como resulta evidente, un *obiter* -en atención a su origen- no puede tener efecto vinculante, aunque sin duda puede tener eficacia persuasiva atendiendo al órgano del cual proviene

Nótese que al describir las *obiter* no hemos hecho referencia al razonamiento jurídico empleado para decidir cuestiones colaterales que han sido considerablemente debatidas y que estuvieran muy cerca de ser parte de la *ratio*. Estos pronunciamientos reciben el nombre de *judicial dicta* y tienen un prestigio propio que los acerca mucho al de la *ratio*. Inclusive existen algunas decisiones que adquieren relevancia no por la *ratio* precisamente sino por los *judicial dicta* que, en algunas ocasiones y en atención a la manera como han sido elaboradas son anticipaciones de próximas *rationes*.

Por otro lado, en ese juego de incluir y excluir que suelen hacer los jueces inferiores cuando quieren aprovecharse o no ser afectados en su decisión por la influencia de un precedente, no es extraño que le otorguen la calidad de *obiter* a una parte de la *ratio*, con lo cual restringen los alcances de ésta dejándola fuera del caso a decidir.

7. La categoría de las *disenting opinion*

Cuando se suscita una discusión entre los jueces para identificar la *ratio*, puede alguno de ellos tener una posición lo suficientemente discrepante –nos referimos a la fundamentación- como para confeccionar una redacción alternativa a la sentencia que acoge la *ratio*. Esto que en el *civil law* se conoce con el nombre de **voto dirimente**, se denomina en el *common law* una *disenting opinion*.

Inclusive puede haber más de un juez alrededor de una *disenting opinión*, las que, en determinadas circunstancias, pero sobre todo por la posibilidad de ser asumida por un juez hábil y con autoridad académica, produce una gran influencia.

Interesa tener en cuenta que la fundamentación de algunos jueces puede ser distinta pero compatible con la realizada por la mayoría, por lo que en ese caso se abre el abanico de la interpretación a los jueces que van a emplear ese precedente. Sin embargo, cuando las motivaciones son incompatibles se pierde la posibilidad de identificar una *ratio*, afirmándose que se tiene una sentencia con *discoverable ratio* y por tanto, no vinculante.

Las *disenting opinions*, atendiendo a la solvencia académica y moral de quienes la suscriben, suelen tener una considerable importancia en esta concepción dinámica del derecho en el *common law*, en tanto sirven para sustentar cambios de tendencia.

8. Tipos de precedente atendiendo a su vinculación e influencia futura

Por la intensidad de la influencia que produce en otros órganos jurisdiccionales se puede afirmar que los precedentes pueden ser **obligatorios y persuasivos**. Ahora bien, este criterio clasificatorio, arbitrario como suelen ser las clasificaciones, obedece a una tendencia: procurar que la eficacia vinculante del precedente no sea absoluta ni rígida por un lado y, por otro, permitir que el juez vinculado pueda apartarse del precedente cuando hayan razones de considerable importancia que así lo determinen.

Aún dentro del precedente obligatorio es posible distinguir, como se anotó anteriormente, el **alcance horizontal o vertical** de éste. El primero tiene que ver con la obligación impuesta al propio tribunal de seguir sus precedentes y, el segundo, tiene que ver con la obligación recaída en un tribunal jerárquicamente inferior, de conformidad con la estructura judicial previamente establecida²⁹. Esta clasificación se emplea preferentemente para la actuación sólo de los órganos supremos del sistema, en tanto el alcance horizontal, como se dijo anteriormente, está ligado a la función nomofiláctica que éstos cumplen o deben cumplir.

9. El precedente obligatorio

Como su nombre lo anticipa, los **obligatorios** son precedentes que los jueces deben de seguir, sea que lo aprueben o no. La fórmula que determina la vinculación es como sigue: Una proposición afirmada en el caso **A** es obligatoria en el caso **B** si: 1. Se trata de una fundamentación jurídica; 2. Esta proposición tiene la calidad o es parte de la *ratio decidendi* del caso **A**; 3. El juez o tribunal que estableció el caso **A** tiene vinculación de obligatoriedad (es decir, hay en el plano jurídico una relación vertical) con el juez o tribunal que está por decidir el caso **B** y 4. No existe diferencia relevante que permita considerar que el caso **A** pueda ser declarado un caso 'distinguible'.

²⁹

El **alcance horizontal** del precedente permite marcar claramente las tendencias que existen alrededor del *stare decisis* en cuanto a su acogida. Puede afirmarse que hay una tendencia rígida y otra elástica, y que cada cual está marcada por el derecho inglés y el norteamericano, respectivamente. Precisamente el ámbito de influencia de estos países ha determinado que los otros se afilien a una de las dos tendencias. De hecho, el precedente horizontal prácticamente no ha tenido reconocimiento en Estados Unidos, no así en Inglaterra en donde sólo la *Practice Statement* de 1966 permitió a la Casa de los Lores apartarse de su precedente, acto que había ocurrido antes sólo de manera excepcional y en base a una serie de sutilezas.

Para que un precedente obligue (**binding**) son necesarios por lo menos dos presupuestos. Por un lado, es indispensable contar con una **estructura judicial definida**, la que permitirá identificar con claridad los criterios de vinculación intraórganos. La estructura judicial inglesa, por ejemplo, se encuentra conformada por la Casa de los Lores (equivalente a la Corte Suprema del *civil law*), las Cortes de Apelación, las Altas Cortes o Cortes de la Corona (en sede penal), Cortes del Condado y Cortes de la Magistratura. Con esta estructura queda establecido que los precedentes de la Casa de los Lores vinculan a todos, inclusive a ella misma³⁰.

Un segundo presupuesto, probablemente el más dispuesto a ser discutido de todos, es el referido a la identificación que debe haber entre las circunstancias que rodean al precedente y al nuevo caso. Como se describirá más adelante, encontrar razones para descubrir una diferencia entre uno y otro, o razones para argumentar que esa diferencia no es determinante, es una de las experiencias más enriquecedoras de la doctrina del precedente. Se dice que un precedente es *in point* cuando sus circunstancias encajan con aquél en donde va a ser utilizado. La Corte de Apelación, por ejemplo, se encuentra vinculada por las decisiones de la Casa de los Lores por razones de estructura, pero se puede apartar del precedente si en base a técnicas que serán analizadas más adelante, llega a la conclusión que el precedente no es *in point*. Sin embargo, en el caso del derecho inglés, mucho más rígido, en las oportunidades en que la Corte de Apelación ha decidido apartarse de una decisión vinculante, la Casa de los Lores no se lo ha permitido³¹.

³⁰ Por décadas se afirmó lo imprescindible que era que la Casa de los Lores no deba apartarse de sus precedentes, en tanto si ello ocurría no se sabría a cuál seguir y, por cierto, los abogados no sabrían qué aconsejar. Pero en 1966, más de cien años después, una ley (Practice Statement) permitió a la Casa de los Lores apartarse de su precedente. La promulgación de esta norma no ha significado que haya sido usada comúnmente sino, muy por el contrario, este empleo se da de manera excepcional (si no se puede prever sus consecuencias; si el cambio debe ser normativo; cuando se tenga certeza de una mejora en el derecho, etc.).

³¹ - En 1971, la Corte de Apelaciones debió seguir el precedente marcado por la Casa de los Lores en *Rookes v. Barnard* (1964). Sin embargo, la Corte, enfrentada con la calidad del precedente mencionado, afirmó lo siguiente: *‘Creo que las dificultades presentadas por Rookes v. Barnard son tan grandes que los jueces tendrían que dirigirse al jurado según el derecho como fue entendido antes de Rookes v. Barnard. Cualquier intento de seguir obligatoriamente Rookes v. Barnard lleva obligatoriamente a confusión.’* Esta afirmación la hizo la Corte de Apelación en *Broome v. Cassell* (1971). Sin embargo, cuando este caso llegó a la Casa de los Lores, ésta anuló el apartamiento y le llamó la atención de la siguiente manera: *‘Estoy llegando a la conclusión de que cuando la Corte de Apelación describió la decisión en Rookes v. Barnard como decidida ‘per incuriam’ o ‘impracticable’ realmente sólo quisieron decir que no estaban de acuerdo con ella. Pero, desde mi punto de vista, incluso si esto no fuera así, no está permitido a la Corte de Apelación dar consejos gratuitos a los jueces de primera instancia en el sentido de ignorar decisiones de la Casa de los Lores de esa manera... . El hecho es, y espero que no sea necesario decirlo otra vez, que en el sistema jerárquico de tribunales que existe en este país, es necesario, para cada escalón inferior, incluyendo la Corte de Apelación, aceptar fielmente las decisiones de los escalones superiores.’*

En un sistema judicial las decisiones son naturalmente discursivas o dialécticas, por lo que no debe sonar extraño que más allá del cuidado que se tenga en proteger al sistema de contradicciones, éstas aparezcan. Esto ocurre inclusive dentro de los precedentes y no necesariamente como un hecho casual, algunas veces los órganos supremos son renuentes a expresar el fin de los efectos de un precedente de manera categórica, con lo cual sobreviven posiciones jurídicas implicantes que con el tiempo devienen en contradictorias. En *Miliangos v. George Frank*, un juez de la Alta Corte debió resolver el caso teniendo como instrumentos de análisis dos precedentes contradictorios, uno de la Casa de los Lores (*Havana Railways*.1961) y otro de la Corte de Apelación (*Schorch*.1975). El Juez siguió el precedente marcado por la Casa de los Lores. Cuando llegó a ese tribunal, un juez miembro de ella dijo: *‘Es el deber de un tribunal inferior dar crédito y efecto a la decisión de un tribunal inmediatamente superior, a pesar de que pueda parecer estar en conflicto con las decisiones de tribunales más superiores ...’*. El caso es interesante no sólo porque permite advertir que las contradicciones se presentan, sino porque la forma de resolverlas no necesariamente pasa por privilegiar la jerarquía de la estructura judicial.

10 ¿Es posible apartarse del precedente vinculante?

Así y todo, uno de los grandes temas que enfrenta la doctrina del precedente es cómo escapar del inmovilismo que le impone la necesidad de vinculación por un lado y el eventual caos de la solución abierta, por el otro. De allí la célebre frase de Lord Reid con que se inicia este trabajo.

Sea por considerar al *common law* como un organismo vivo que crece y evoluciona conforme lo hace la sociedad -por lo que se debe permitir su desarrollo aunque dentro de límites en de los cuales se pueda concretar esta capacidad de maniobra-, sea por considerar que siendo los precedentes sólo la aplicación de principios que subyacen en el espíritu del pueblo, cuando éste deviene en contrario al principio, debe dejar de ser obligatorio, lo trascendente es que la evolución contemporánea de la doctrina del precedente está íntimamente ligada a

- En *Cantiff v. Jenkins* (1978) la Corte de Apelación dijo lo siguiente: *‘En principio, me parece que, mientras que este tribunal tendría que considerarse normalmente obligado por una previa decisión del tribunal, sin embargo tendría que tener libertad para apartarse de ella si está convencido de que la decisión previa estaba equivocada. ¿Cuál es el argumento para mantener lo contrario? Se dice que si ha habido un error, este tribunal no tiene otra opción que continuar en el error y dejar que sea corregido por la Casa de los Lores. La respuesta es ésta: la Casa de los Lores puede no tener nunca oportunidad de corregir el error; y por tanto éste puede ser perpetuado indefinidamente, quizá para siempre.’ ... ‘En mi opinión este tribunal tendría que aplicar pautas similares a las adoptadas por la Casa de los Lores en 1966. Siempre que a este tribunal le parezca que una previa decisión estaba equivocada, tendríamos que tener libertad para apartarnos de ella si pensamos que es correcto hacerlo ...’.*

Llegado este caso a la Casa de los Lores, éste tribunal le negó tal facultad.

las posibilidades técnicas de que se produzcan apartamientos de las *ratios* sin afectar sustancialmente el *stare decisis*.

Esta es la razón por la que contemporáneamente, aunque con más incidencia en el derecho norteamericano que en el inglés, la doctrina del precedente ha entrado en un período de **flexibilidad**, que se manifiesta en la posibilidad que tienen los jueces de apartarse de un precedente³². Aun cuando es necesario tener en consideración que, desde hace considerable tiempo, la tendencia en el derecho norteamericano ha sido reducir el rigor del efecto vinculatorio del precedente³³. Stone, un destacado presidente de la Suprema Corte, solía afirmar que la estabilidad propiciada por el precedente en una época de cambios era contradictoria. Otro juez y jurista de singular valía, Brandeis, dijo en *Burnett v. Colorado Oil*: *'El stare decisis no es, como la regla res iudicata, un mandato universal, inexorable. Aun cuando tiende a la consistencia y uniformidad, no es inflexible. Si debe ser seguida o apartarse de ella es una cuestión enteramente a discreción del tribunal que es llamado de nuevo a considerar la cuestión'*.

En síntesis, existe una regla no escrita pero reconocida de que un precedente debe seguirse, salvo que criterios de utilidad o necesidad social exijan su apartamiento en atención al interés público³⁴.

³² La tendencia del derecho norteamericano a ser más flexible en materia del *stare decisis* hay que entenderlo en el contexto de la ausencia de una estructura judicial unitaria, las pirámides judiciales son múltiples en Estados Unidos, podemos referirnos de hecho a decenas de estructuras distintas. Aún cuando sólo se trate de un ejemplo, es curioso que en el Estado de Nueva York la instancia suprema se llama *Court of Appeals*, mientras que el primer grado es conocido por *Supreme Court*.

También debe destacarse la notable influencia que significa en la cultura jurídica del pueblo su Constitución, esto determina que las cortes (sobre todo la Suprema Corte) estén más dispuestas a acoger temas de política pública (*public policy*) y, además, a actualizarlas de manera permanente. Finalmente, no puede descartarse la influencia académica de los centros de formación jurídica universitaria que, por naturaleza, suelen tender a un respeto menos rígido a la regla del precedente y, sin duda, una cultura jurídica crítica permitirá al juez estar en mejor aptitud de enfrentar pasivamente la verticalidad de una regla de precedente.

³³ Aun cuando sea un ejemplo extremo, en *Alferitz v. Bordwardt* (1899), el tribunal se derogó a sí mismo y, lo que es insólito, declaró que su decisión era tan mala que todos tendrían que haber anticipado que sería derogada; inclusive afirmó que un abogado que hubiera confiado en ella al aconsejar a su cliente, habría demostrado claramente su incompetencia.

³⁴ En *Adam v. Beckwith* la Suprema Corte dijo: *'Un caso decidido vale tanto como valga su razonamiento y corrección, y no más. No es suficiente decir 'así dijo el tribunal'. Se debe probar su idoneidad para regular cada situación en base al grado en que justifica la violación de los derechos de una de las partes y sirve a la justicia respecto a todas las partes afectadas.'*

Las técnicas para establecer excepciones al efecto vinculante se pueden agrupar en dos: la de identificación de defectos *ab origine* y la del *overruling*.

a) Las primeras se caracterizan porque a través de ellas se descubre la existencia de algún vicio objetivo que es intrínseco a la decisión que le hace perder su efecto vinculante. Este vicio puede consistir, entre otras hipótesis³⁵, en que la *ratio* contraría una norma imperativa o un precedente vinculante sobre el tema a decidir³⁶; o que en sus mismos fundamentos el precedente a emplearse se contradice en un punto importante o cualquier otra forma de defecto en su estructura, o que la *ratio* es oscura tanto que impide precisar el principio que enuncia. Nótese que en estos casos el juez lo que hace sólo es constatar la existencia del defecto que, como se advierte, ya estaba en el precedente. Nótese que un defecto de este tipo no inhabilita íntegramente el precedente, sino sólo aquella parte de su estructura que es oscura, poco explicitada o contradictoria.

b) La segunda técnica, el *overruling*, es un acto de derogación por sustitución que ejecuta un tribunal de grado superior a aquel que emitió una decisión, específicamente respecto de la *ratio* de dicha decisión, sustituyéndola por otra *ratio* con otro contenido. Como se advierte, en esta excepción la actuación del juez es mucho más importante que en la anterior, inclusive para su aplicación es necesario un juicio de razonabilidad por parte de éste. La consecuencia de la derogación de un precedente es que éste deja de tener autoridad por lo que ya no puede ser citado. Esta cancelación definitiva de una determinada *ratio* tiene el efecto equivalente a la derogación de una ley en el *civil law*, aunque el *overruling* tiene el agregado de la sustitución.

Probablemente el tema más difícil de definir en materia de *overruling* está ligado a la fecha de inicio de la vigencia de la nueva *ratio*. Y aquí la analogía con la norma derogada no sirve de mucho como sabemos, la derogación de ésta no ocurre jamás hacia el pasado, en cambio, en el *overruling* la manifestación más contundente de su efecto retroactivo es su aplicación al caso concreto. La

³⁵ Se considera un vicio que lleva a la inaplicación de la *ratio* cuando ésta expresa un principio que de la sentencia y sus considerandos no aparece debidamente discutido, a estas decisiones se dice que están afectadas de *sub silentio*.

También se ubica en este grupo de excepciones una técnica de uso relativamente reciente que consiste en eludir el uso vinculante del precedente atendiendo a que éste ha perdido su fundamento lógico al haber variado las circunstancias que la propiciaron. Se trata de una de las técnicas más usadas en la actualidad, en tanto permite a los jueces atender a los contextos históricos cambiantes, aún cuando se suele usar con mucho cuidado en Inglaterra precisamente para evitar alteraciones severas de la estructura judicial. Esta técnica es conocida como *cesante ratiōe ceta ipsa lex*.

³⁶ A estos dos vicios se les denomina también *per incuriam*, el cual se presenta cuando: a) Existe en el sistema una norma o un precedente vinculante que, de haber sido tomado en cuenta, habría modificado el sentido de la *ratio*; b) la ignorancia o el olvido por el tribunal del principio aplicable y c) el manifiesto error en la *ratio* como consecuencia de los dos factores antes citados.

ocurrencia de una derogación del precedente es de considerable importancia para el sistema, como también lo es precisar el momento en que el nuevo precedente se impuso, en tanto, la nueva orientación marca una tendencia distinta en el modo de entender el derecho respectivo³⁷.

11. **El *Anticipatory overruling* o *Anticipatory stare decisis***

Aquí estamos ante un verdadero atentado a la doctrina del precedente, en tanto se trata de la posibilidad que tiene un juez o tribunal inferior de inobservar un precedente que lo vincula. Por cierto, el uso de este instituto ocurre de manera preferente en el derecho norteamericano, en donde si bien hay una actitud más concesiva con la vinculación del precedente, tampoco es posible afirmar que estos apartamientos ocurren continuamente, sino en contextos muy especiales.

Consiste en el razonamiento que realiza un tribunal inferior, al momento de apreciar si sigue o no un precedente, en torno a considerar que el tribunal supremo –que expidió el precedente- ya no lo seguirá. Si concluye que el tribunal supremo no va a continuar con la tesis acogida en el precedente, entonces el tribunal inferior lo rechaza y no lo aplica. Como se aprecia, se trata de una anticipación razonable en torno a las posibilidades de mantenerse del precedente. Para realizar tal estimación, el tribunal inferior tomará en cuenta las *dissenting opinions*, las *questioning* o las *criticizing* presentadas alrededor de la *ratio*.

Por otro lado, otro elemento que contribuye al uso del *Anticipatory overruling* está ligado al hecho que el tribunal supremo en no muy pocas ocasiones produce *overrulings* explícitos, con lo cual, empiezan a coexistir precedentes que se contradicen entre sí³⁸. Esta es una situación particularmente

³⁷ Una persona había arrendado una habitación con ventanas a la calle para el paso de una procesión. Resulta que la procesión no pasó por allí por lo que el arrendatario solicitó la devolución del dinero pagado por el arrendamiento. La Casa de los Lores -Chandler v. Webster (1904)- consideró que el hecho de que la ejecución de un contrato quede frustrado, no da lugar a la devolución de lo pagado.

Antes de iniciarse la Segunda Guerra Mundial, la empresa Fairban se comprometió a enviar ciertas mercancías la empresa Fibrosa Spolka en Polonia. Lamentablemente la guerra empezó y el envío ya no pudo hacerse, aunque se había pagado la mercancía. La empresa polaca demandó la devolución del dinero por incumplimiento de contrato. En este caso –Fibrosa Spolka v. Fairban (1943)- la Casa de los Lores declaró: ‘*Si el punto de vista que ha prevalecido hasta ahora en esta cuestión está basado en una equivocación de los principios jurídicos, es de gran importancia que estos principios sean definitivamente corregidos, pues sino existe el peligro de que el error se pueda expandir en otras direcciones, y una parte de nuestro derecho pueda erigirse en un principio falso.*’ La nueva regla quedó expresada así: ‘*La persona que pagó dinero por adelantado en base a un contrato que se frustra y no recibe nada por su pago, está autorizada a recobrarlo.*’

³⁸ Un médico del ejército norteamericano llevó a su esclavo, un negro, a un estado en donde se había abolido la esclavitud. Posteriormente regresó con él al estado esclavista. Al haber vivido en calidad de libre y haber perdido tal calidad por el retorno, el negro

favorable para que el tribunal inferior decida no someterse al precedente, en tanto, con una elevada dosis de buena fe puede considerar que el precedente que lo vincula ha sido *overruled*. La justificación para un acto así es la siguiente: ¿porqué un tribunal inferior tiene que seguir un precedente existiendo fundadas razones para considerar que en la apelación su decisión será revocada?

Una conclusión adicional que se puede obtener de esta institución, tan desacralizadora del *stare decisis*, es que la diferencia entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* ha quedado por lo menos reducida a una expresión poco significativa, en tanto son las *obiter* las que empujan el cambio desde una vertiente distinta a la regla establecida.

12. *Overruling* retroactivo y *overruling* prospectivo

En los casos en que se emplea el ***overruling* retroactivo**, éste pasa a regular las conductas anteriores a su declaración y, por cierto, también las posteriores a ésta, incluyendo su aplicación al caso mismo. Como se advierte, los efectos de la derogación son tan extensos y categóricos que el precedente derogado es considerado como si nunca hubiera existido. El fundamento de este *overruling* hay que encontrarlo en la teoría declarativa a la que se hizo referencia antes y es como se entiende el efecto derogatorio en Inglaterra.

demandó su libertad y el caso llegó a la Suprema Corte. Esta, la llamada en esa época 'Corte Taney', resolvió luego de once años que *'una ley del Congreso que despoja a un ciudadano de Estados Unidos de su libertad o propiedad, simplemente porque trajo su propiedad dentro de un territorio particular de los Estados Unidos, no habiendo cometido ofensa legal, puede ser difícilmente dignificada con el nombre de 'debido proceso legal'*'. (1857, Dred Scott v. Sandford).

Luego de esta sentencia, incisivamente racista, la Suprema Corte mantuvo tal posición hasta fines del siglo XIX, cuando consideró que no era inconstitucional que en los ferrocarriles hayan compartimentos separados para blancos y negros, siempre que el servicio que en ellos se prestaba no fuera distinto. Esto ocurrió en 'Plessy v. Fergusson', con la cual se consagró la *separate but equals doctrine* (la doctrina de separados pero iguales).

Este precedente se mantuvo hasta Brown v. Board of Education en 1954, en donde se estableció la ilegitimidad de la separación racial en las escuelas públicas. La duda que quedó en el ámbito de los jueces es si Brown constituyó un *overruling* respecto de Plessy. En todo caso, la respuesta desde un punto de vista formal es que no, por ello, los años siguientes a Brown no fueron definitivos respecto de los derechos civiles de los negros como se hubiera estimado de una lectura más cuidadosa de Brown. Esto ocurrió, sin duda, por la decisión de la Corte Warren de no afirmar explícitamente el *overruling* de Plessy en Brown. Situaciones como la descrita son las que permiten el uso del *Anticipatory*, ámbitos de duda razonable en donde el tribunal inferior tiene la libertad de interpretar y emplear el precedente que mejor se acoja, atendiendo el contexto histórico social en el cual desempeña su función.

Por las razones expresadas anteriormente a propósito del precedente en el derecho norteamericano, en éste es excepcional el uso de este tipo de *overruling*.

El **overruling prospectivo** es una institución de origen y uso predominantemente del derecho norteamericano. Según Mattei: “*Dicha técnica se configura como la posibilidad de un juez de modificar un precedente, considerado inadecuado para regular cierto supuesto con relación a todos los casos que se presenten en el futuro, decidiendo, sin embargo, el caso en examen aplicando la regla superada*”³⁹. En consecuencia, se caracteriza porque determina que todas las controversias anteriores al caso e inclusive aquella en la que se expidió el precedente derogatorio no soportan los efectos de éste, en tanto van a ser resueltos atendiendo a lo previsto en el precedente derogado. Esta fórmula ha recibido muchas críticas, entre ellas que es invasiva del ámbito legislativo; también se le imputa que crea un nuevo derecho pero sin aplicarlo al caso concreto (muy parecido al recurso de casación en interés de la ley) y, finalmente, que se perturba la seguridad jurídica, con lo que contraría uno de los fines de la doctrina del precedente.

El propósito de esta técnica no es otro que asegurar los derechos que tuvo una persona que **confió plenamente** en la regla del precedente que estuvo vigente en el momento que actuó. Como se nota es un quiebre en aspectos centrales del *stare decisis*, en tanto ataca la tesis del *common law* clásico según el cual el juez jamás crea nuevo derecho (teoría declarativa de Blackstone). El juez que la introdujo a la Suprema Corte el *overruling* prospectivo fue Benjamín Cardozo, en tanto la concibió como un medio para advertir a los ciudadanos del inminente cambio en la regla vigente.

La tendencia en el derecho norteamericano es a utilizar una variante de esta forma de *overruling* conocido como **derogación prospectiva prospectiva**. Esta consiste en hacer surtir (en estricto posponer) los efectos de la nueva regla a una fecha futura determinada, la que casi siempre es correspondiente con la época de sesiones del Congreso.

Otra especie utilizada es la **derogación cuasi-prospectiva**, según la cual la nueva regla se aplica al caso en el que fue dada y a los casos futuros, atendiendo a la necesidad de dar una señal clara de la tendencia y, de paso, gratificar a los que propusieron el recurso.

En nuestra opinión, la opción por la derogación prospectiva debe ser apreciada en sus considerables efectos positivos. Así, a través de ella se puede reconocer la considerable trascendencia de diseñar nuevas políticas sociales desde la óptica del derecho judicial. Ello, en nuestra opinión, tiene considerable trascendencia, en tanto constituye uno de los aprendizajes más importantes que

³⁹ **MATTEI, Ugo.** ‘*Stare decisis en los Estados Unidos*’. En: **GALGANO, Francesco.** Op. Cit. p. 60.

se debe asumir del *common law*. Lo que se debe evitar es concederle al efecto derogatorio alcance retroactivo, porque de lo contrario, se convierte en pernicioso el significado progresista del precedente⁴⁰.

13. La técnica del *distinguishing*

Al igual que las dos técnicas anteriores, tiene por sentido permitir al juez del *common law* escapar de los rígidos márgenes conceptuales en los que suele encasillarlo una *ratio*. No la ubicamos como excepción porque esta categoría hace referencia a la existencia de reglas que aplicadas por el juez permiten huir de los límites del precedente. En cambio, en el caso del *distinguishing* la labor del juez es mucho más refinada y exquisita, en tanto ingresa a analizar los elementos constitutivos del precedente a fin de encontrar en él elementos que determinan su inaplicación al caso *sub materia*. Es un juego de análisis lógico y funcional de los conceptos y su correspondencia con los hechos, actividad que la convierte en una técnica sofisticada, de allí que se le denomine también *fascinating game*.

⁴⁰ En Ohio se produjo un atentado y una llamada anónima alertó a la policía informándole que el presunto autor de éste se encontraba escondido en la casa de la señora Dollree Mapp. Lo policía montó vigilancia alrededor de la casa y luego tocó la puerta pretendiendo entrar. Dado que la señora Mapp no lo permitió por no tener autorización, se fueron y regresaron con una. Cuando regresaron, tampoco la señora Mapp les permitió entrar por lo que ingresaron a la fuerza. El sospechoso no se encontraba en la casa, pero la policía encontró material obsceno cuya posesión, según las leyes de Ohio vigentes a la fecha, constituía delito. La señora Mapp fue procesada y condenada.

La Suprema Corte anuló la decisión. Consideró que las pruebas contra Dollree Mapp habían sido obtenidas sin autorización por lo que tenían que ser excluidas. Afirmó que la cláusula de exclusión de uso de prueba que estaba empleando en su decisión es la que permite que la Cuarta Enmienda no sea sólo una fórmula vacía.

El caso es importante para el tema tratado porque Mapp v. Ohio (1961) fue aplicado con efecto retroactivo, por lo que derogó Wolf v. Colorado (1949). Como este caso validaba el uso de pruebas, sin distinguir su método de obtención, dio lugar a una presentación masiva de demandas de habeas corpus, en tanto muchas personas estaban detenidas al haberseles comprobado su participación en un delito usando prueba ilícita según Mapp v. Ohio. Para evitar una situación que podría devenir en caótica, la Suprema Corte en Linketter v. Walker (1965) se rectificó y precisó que el empleo de la regla obtenida en Mapp v. Ohio era sólo prospectiva.

“Cuarta Enmienda: No podrá violarse el derecho del pueblo a tener seguridad en sus personas, sus viviendas, sus documentos y sus efectos contra investigaciones y arrestos indiscriminados, y no se expedirán órdenes de registro a menos que se basen en una causa probable, apoyada por juramento o afirmación, y que describan de un modo particular el lugar que se registrará y las personas o cosas que van a capturarse.”

Esta cláusula de exclusión en el uso de material probatorio no obtenido de manera lícita también ha tenido acogida en el *civil law* con el nombre de la doctrina del ‘fruto del árbol envenenado’

Moretti define así el *distinguishing*: “... es la operación por la cual el juez del caso concreto declara que no considera aplicable un determinado precedente, vinculante respecto de la situación en examen, porque no concurren los mismos presupuestos de hecho que han justificado la adopción de la regla que estaría obligado a aplicar.”⁴¹

Como ya se ha descrito, un precedente será vinculante respecto de un caso concreto, si responde a la estructura jerárquica del sistema judicial (se dice que es **binding**) y, además, si encajan los hechos de uno en el otro caso a ser resuelto (se dice **in point**). En el caso inglés el **binding** no es importante en tanto su estructura es unitaria y monolítica convierte el tema en elemental, lo que no ocurre en Norteamérica en donde la organización federal ha determinado la existencia de decenas de estructuras judiciales distintas.

El elemento **in point** es el que permite al juez realizar la estrategia más adecuada para sacar del juego al precedente, por medio de la identificación de elementos fácticos considerados trascendentes pero que no son correspondientes entre uno y otro caso, lo que permite concluir que el primero no puede ser utilizado para resolver el segundo. Al llegar a tal conclusión se dice que el precedente ha sido *distinguished*. La principal consecuencia de una calificación de ese tipo es que el precedente pasa –respecto del caso concreto- de ser vinculante a ser únicamente persuasivo, es decir, de *binding precedent* a *persuasive precedent*.

Como ocurre con todas las vueltas de tuerca (cambios trascendentes que tienen las instituciones), el uso del *distinguishing* ha dado lugar a críticas en el sentido de que su empleo le hace perder calidad y autoridad a la doctrina del precedente (*stare decisis*) en tanto las decisiones son cada vez menos coercitivas, afectando también la seguridad jurídica. Pero, por otro lado, sus defensores consideran que es la técnica más adecuada para evitar que el derecho se anquilese y siga dando respuestas tradicionales y muchas veces absolutamente extemporáneas respecto de una realidad que se transforma a velocidades inimaginables.

Una tesis intermedia pasa por reconocer que precisamente gracias al *distinguishing* es posible advertir el rol vinculante del precedente en tanto sólo pueden apartarse en base a elaboraciones sofisticadas. Por lo demás, se afirma también y en nuestra opinión con mucha razón, que el *distinguishing* permite que la doctrina del precedente mantenga su rigor al mismo tiempo que concede ámbitos de actuación al rol creador de los jueces. Así, el juez puede reconocer el efecto vinculante del precedente que tiene ante sí y además que fue decidido correctamente, a pesar de lo cual puede no aplicarlo al advertir que la decisión tiene un defecto que lo hace significativamente diferente al caso a ser resuelto. Nótese que esto ocurre sin afectar la *ratio*; a este acto se le denomina *non restrictive distinguishing* o *genuine distinguishing*.

⁴¹ MORETTI, Francesca. Op. Cit. p. 45.

Una situación distinta se produce cuando el juez considera que el precedente contiene una regla muy amplia respecto del supuesto que le dio origen, por lo que propone reducir la aplicación de la *ratio* al nuevo caso. Esta restricción del ámbito de aplicación del precedente, determina que por vía indirecta éste quede en considerable medida inaplicado, a este acto se denomina *restrictive distinguishing* o *limited*.

No es exagerado admitir que casi cualquier precedente puede quedar inaplicado con la técnica del *distinguishing*⁴². En estricto todo queda supeditado al interés del juez y por cierto a las razones que estarán presentes o no para convertir una diferencia en una razón esencial para producir el apartamiento⁴³.

14. Otras técnicas empleadas en el tratamiento del precedente

En una línea exactamente contraria al *distinguishing*, el juez puede considerar que el precedente es plenamente aplicable al caso, a pesar de que hay algunos aspectos que lo diferencian. A tal efecto, puede realizar un trabajo destinado a hacer desaparecer tales diferencias, esta actividad se le denomina *harmonizing*.

Por otro lado, el juez puede igualmente considerarse vinculado al precedente a pesar de lo cual considera necesario expresar algunas ideas complementarias o de esclarecimiento de la regla que está asumiendo. Este es un caso de *criticizing*. Se agrava la posición crítica del juez cuando no sólo encuentra razones para criticar la regla, sino para discrepar abiertamente de sus fundamentos, en tanto no admite el cuidado y el talento de los jueces que expidieron el precedente. Este es un caso de *questioning*.

En estricto estas modalidades suelen convertirse en la práctica en presupuestos que, progresivamente, van a ir creando las condiciones para que el órgano supremo proceda al *overruling*.

⁴² “El hecho de que un precedente sea o no ‘distinguido’ no depende sólo de la existencia de las condiciones para hacerlo: es necesario que el tribunal advierta una buena razón para actuar, y como dichas razones se encuentran en la propia naturaleza de los casos controvertidos, incorporadas en valores que cambian con el tiempo, existe sólo bastante probabilidad, pero ninguna clase de certeza, sobre el comportamiento que los jueces adoptarán en concreto.” (MORETTI, Francesca. *Ibidem*. p. 47).

⁴³ “Un precedente será obligatorio si el juez lo reconoce como precedente, o, lo que es lo mismo, el precedente no lo obliga si el juez no se siente socialmente obligado a reconocer que el caso es similar.” (RUSSO, Eduardo. *Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1995. pp. 238-239).

15. Los precedentes persuasivos

Los precedentes **persuasivos** se presentan en aquellos casos en que los jueces o tribunales no están vinculados estructuralmente con los jueces o tribunales que los expidieron, a pesar de lo cual los primeros pueden tomarlos en consideración y aplicarlos en atención a circunstancias particulares como, por ejemplo, el prestigio del órgano que resolvió el caso, la fecha en que éste se decidió, el tipo de decisión, el hecho de si hubieron votos singulares (*opinions*) o si se admitieron informes ilustrativos de abogados (hipótesis no muy frecuente en el *common law*).

Precisamente la apertura del precedente persuasivo permite que su empleo no esté delimitado por la estructura de la organización judicial. En tal sentido la Casa de los Lores, por ejemplo, puede seguir un precedente de una Corte de Apelación o ésta una decisión de una Alta Corte. Son también ejemplos de precedentes persuasivos el que se tome en consideración un precedente perteneciente al *common law* pero de una nación distinta.

16. La relación entre los statute law y la doctrina del precedente

En el *common law* el precedente es una fuente de derecho **subordinada** a la legislación. Esta es una verdad incontrovertible pero que, producto del mito del precedente, aparece regularmente encubierta. Es decir, se exalta tanto el rol diferenciador del precedente que se tiende a considerar que la legislación no cumple ningún rol relevante en el *common law*, y esa es una afirmación inexacta. La legislación es fuente superior respecto del precedente, inclusive, si se presentara una contradicción entre una y otra, prevalece la legislación. Probablemente una de las razones para esta confusión sean las afirmaciones de Coke (siglo XVII) en el sentido mítico que hemos desarrollado⁴⁴. Sin embargo, lo real es que la tendencia a privilegiar la legislación empezó a afirmarse desde el siglo XVIII.

Inclusive la legislación tiene una manera muy peculiar de ser clasificada en Inglaterra en atención a su origen. Se denomina **legislación primaria** a aquella que es surgida del Parlamento; **legislación delegada** es aquella expedida por el ejecutivo, la administración u otros órganos autónomos, puede ser secundaria, subsidiaria o subordinada. Por otro lado, existe también la llamada **legislación comunitaria** que está referida a la normatividad que regula las relaciones entre Inglaterra y los países de la Comunidad Económica Europea o la Comunidad

⁴⁴ 'Y aparece en nuestros libros, que en muchos casos el **Common law** controlará Actas del Parlamento y algunas veces las juzgará como totalmente inválidas: porque, cuando un Acta (Ley) del Parlamento va contra el sentido común y la razón, o es repugnante o imposible de poner en práctica, el **Common law** la controlará y juzgará que tal Acta es inválida.' (Caso Bonham (1610). Citado por: **ALLEN, Carleton Kemp**. 'Las fuentes del Derecho inglés'. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1969. p. 646).

misma como ente autónomo. Toda la legislación delegada es lo que se conoce comúnmente como Derecho Administrativo en el *civil law*.

En el derecho inglés hay un precedente que estableció de manera clara y contundente, la regla que ya había venido rigiendo las relaciones entre el precedente y la ley. La regla se puede sintetizar más o menos así: *El precedente puede ser modificado por una ley; en cambio, jamás una ley puede ser sustituida por un precedente*⁴⁵.

Cabe precisar que en el caso del funcionamiento del *common law* en los Estados Unidos de Norteamérica, existe una variación en torno a la relación entre el sistema legislativo y el precedente que parece oportuno destacar: la diferencia central es que en el derecho norteamericano la Constitución es fuente primaria de todo el sistema y prevalece, inclusive, sobre cualquier ley del Congreso. En cambio, en el caso del derecho inglés, el poder que tiene el Parlamento es ilimitado.

Tal vez esta sea la razón por la cual los jueces norteamericanos, sobre todo los de la Suprema Corte, suelen acometer más temas de políticas públicas, de derechos fundamentales y de políticas sobre la vigencia del estado social (discriminación, aborto, acceso a la justicia, derechos del consumidor o del medio ambiente, pensiones, etc.). Esto determina que la doctrina del precedente no sea particularmente importante en estas materias, en tanto los continuos cambios les imponen a los jueces la elección de nuevas tendencias que se acomoden a las evoluciones trascendentes que se suceden. Por otro lado, tratándose de temas con base constitucional, la legislación es menos flexible, de hecho en 200 años no se han expedido mucho más de veinte enmiendas.

17. Conclusiones preliminares

El siglo XXI alcanza a la doctrina del precedente soportando los efectos del cambio. En el *common law* se ha producido una considerable reducción de su importancia. Y esto se debe a que hay grandes sectores del derecho que vienen

⁴⁵

En *British Railways v. Pickin* (1974), el demandante afirmó que el demandado había omitido informar al Parlamento en forma plena, lo que había determinado que éste expidiera una ley que en su ejecución iba a hacerle perder su propiedad, por lo que pedía su nulidad. La Casa de los Lores declaró que la demanda era frívola, vejatoria y comportaba un abuso del proceso. (*‘La cuestión de fundamental importancia que surge aquí es si el tribunal tendría que tomar en consideración la propuesta de que una Ley del Parlamento puede ser impugnada ante los tribunales, de tal manera que las cuestiones tendrían que tramitarse como si la ley o una parte de ella nunca hubiera sido aprobada. Yo considero que dicha doctrina sería peligrosa e inadmisibile... . Cuando una ley es aprobada es definitiva, a menos que y hasta que sea modificada o derogada por el Parlamento. En los tribunales pueden haber argumentos acerca de la correcta interpretación de la ley: no debe haber nada en absoluto acerca de si tendría que estar en el Statute Book.’*)

siendo, progresivamente, tomados por la legislación⁴⁶, como tuvimos oportunidad de expresarlo anteriormente, lo que supone, como ya se explicó, una exclusión de la presencia del *stare decisis* en tales ámbitos.

Correlativamente a lo descrito, en el *civil law* existe desde hace mucho un renovado interés por la doctrina del precedente, considerada como la técnica más idónea para darle consistencia y solidez a una fuente de derecho –nos estamos refiriendo a la Jurisprudencia- que a la fecha se manifiesta vasta, ambigua y muy poco útil.

El grave problema es que, desde hace mucho, varios ordenamientos latinoamericanos han introducido en sus sistemas judiciales la doctrina del precedente, pero de una manera muy peculiar: han tomado de ella aquello que consideran resulta más ventajoso, sin advertir que están incorporando sólo la parte visible del iceberg, desconociendo las consecuencias que puede producir asumir una visión estrecha y reducida de la institución.

Esto es muy peligroso en tanto crea la sensación de que nos estamos subiendo a un vehículo en marcha, presumiendo que pasa por nuestro destino. El vehículo es bueno, ahora, el problema está en que nuestras carreteras son particulares como lo son también nuestros puertos de arribo. Así por ejemplo, no puede constituir una decisión razonable convertir en precedente obligatorio todos los actos de tal o cual órgano, sin que tal opción responda, previamente, a un desarrollo estructural y funcional de la doctrina del precedente en donde disposiciones legales describan con precisión los tipos de precedente, las fórmulas distintas de derogación, alguna técnica para identificar la *ratio* y otros aspectos, como el nivel de la cultura jurídica de esa sociedad, que aseguren una asimilación adecuada de la doctrina en función de nuestras particulares necesidades.

Postular la incorporación de la doctrina del precedente sin un elaborado análisis en torno a la elección del tipo de función que debe cumplir la corte suprema en un país y en un contexto histórico determinado -análisis que tiene como presupuesto la existencia de una determinada calidad de cultura jurídica en esa sociedad, un determinado grado de confianza de la sociedad en su sistema de justicia y una concepción en torno a cuáles son las relaciones que existen entre el poder judicial y los otros poderes-, bien puede determinar que se conduzca al fracaso una experiencia que, con un grado pertinente de información y responsabilidad, podría ser considerablemente positiva.

Consideramos, finalmente, que la incorporación de la doctrina del precedente a un ordenamiento civil en sede sudamericana, puede constituir un

⁴⁶

“O processo civil está atravessando período de intensa atividade reformadora. Só nos últimos oito anos surgiram três novos códigos importantes: o japonês, de 1996, em vigor desde 1998 (e já emendado em 2003), as **Civil Procedure Rules** inglesas de 1998 (na verdade um código processual de tracos próximos, em certa medida, aos códigos da Europa continental)...” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit. p. 1).

aporte de inestimable importancia para producir una reforma de su sistema de justicia. Sin embargo, tal incorporación tiene que ocurrir de manera integral por un lado y, por otro, considerando una serie de variables externas del sistema que permitirán consolidar su uso y la obtención de sus beneficios sin el temor de que el entusiasmo y superficialidad conduzcan su incorporación al fracaso.

18. Algunas sugerencias en torno a requisitos para incorporar la doctrina del precedente al *civil law*

El presupuesto para sugerir los requisitos que a continuación se detallan, no es otro que la ratificación de lo antes expuesto en el sentido que la doctrina del precedente puede ser extraordinariamente útil en los sistemas judiciales del *civil law*, y no sólo para asegurar la certeza del derecho que, como tal, bien puede ser en la sociedad contemporánea un valor discutible⁴⁷, sino para otorgarle márgenes aceptables de predecibilidad a la función judicial, rasgo tan venido a menos en sedes como las nuestras. También para obtener economía procesal, y nos referimos a economía de gasto, tiempo y esfuerzo en la actividad judicial. Igualmente un empleo adecuado de la doctrina investigada permite una revalorización de la función social del judicial, en tanto sus decisiones van a marcar una pauta trascendente del comportamiento social en la sociedad donde se inserte.

A continuación describiremos un conjunto de sugerencias en torno a requisitos que, nos parece, deberían ser tomadas en cuenta si se quisiera incorporar la doctrina del precedente en un sistema judicial del *civil law*. Vamos a separarlas en estructurales y funcionales, según tengan que ver con los elementos configurantes para una adecuada incorporación de la doctrina o con la técnica a ser empleada para su adecuado funcionamiento, respectivamente.

19. Sugerencias estructurales

- a) Es imprescindible contar con una estructura judicial definida e indiscutida. Y en realidad tal exigencia no es difícil de obtener en los sistemas judiciales del *civil law*, en donde la influencia de una organización napoleónica de comienzos del siglo XIX ha determinado la presencia de estructuras judiciales verticales, claramente diferenciadas (digamos excesivamente) que aseguren un tránsito fluido de la regla sin objeciones en torno a su ámbito de irradiación.

⁴⁷ “(...) incerteza por incerteza, se puede pensar que a la causada por la amplitud, por la confusión y por la movilidad de la legislación sea preferible la que deriva de la imprevisibilidad de la decisión del juez, que al menos tiene el valor de la adherencia al caso concreto, y por tanto, una mayor ‘justicia’.” (FASSÓ, Guido. Citado por GALGANO, Francesco. Op. Cit. p. 79).

- b) Tan importante como el requisito anterior, el sistema judicial que pretenda incorporar la doctrina del precedente debe contar con un medio de información público, nacional y bajo su control y supervisión. La solidez y uniformidad con que se comunique a la comunidad jurídica y al público interesado en general las tendencias o reglas jurídicas que se propongan, asegurará los efectos sociales de aquello que se decida.
- c) Más allá de los escauceos con que algunos sistemas judiciales del *civil law* vienen intentando, con relativa fortuna, incorporar la doctrina del precedente, nos parece que, en un primer momento, el único órgano que debe expedir precedentes con la calidad de vinculante, por cierto atendiendo a ciertos requisitos que luego se desarrollarán, debe ser la corte suprema. Incorporar esa calidad a otros órganos jurisdiccionales, como ocurre habitualmente en los sistemas del *common law*, no habituados a una actuación judicial de ese tipo, puede ser contraproducente.
- d) La tradición de la organización judicial napoleónica afincada en el *civil law*, ha impuesto la presencia de una corte suprema con diversas salas atendiendo a criterios de especialidad. Consideramos que una modificación tan importante de la función del órgano supremo debe estar ligada también a una modificación de su estructura. Creemos que, como en el *common law*, se debe contar con una corte suprema única a nivel nacional.
- e) Los sistemas judiciales del *civil law* tienen como instrumento de acceso a su órgano supremo el recurso de casación, muy excepcionalmente hay sistemas que mantienen a éste como tribunal de tercera instancia, como en las organizaciones judiciales germánicas del Alto Medioevo. La propuesta de incorporar orgánicamente la técnica del precedente es compatible con un sistema casatorio, siempre que se regule con precisión los requisitos de procedencia, a fin de impedir que la 'inflación' de casos ahogue las posibilidades de actuación del órgano supremo.
- f) Si bien la propuesta final será que estas sugerencias en torno a requisitos se enmarquen en una propuesta legislativa, la que sigue debe ser difícil convertirla en una prescripción escrita, situación que en ningún modo desmerece su importancia. La sugerencia consiste en conseguir que el órgano supremo tome conciencia de que sus decisiones deben tener una consistencia considerable en el tiempo, esto es, que no pueden ser variadas continuamente porque entonces los objetivos a ser logrados con la aplicación de la doctrina se desmerecen por acto propio. Sin embargo, una declaración de este tipo debe ser contextualizada atendiendo al caso concreto, es decir, lo expresado no puede significar que un error gravísimo de una corte suprema, por ejemplo, se mantenga en el tiempo a fin de no afectar su imagen, ello sería cambiar algo malo por algo peor.

- g) Todo aquello que se considere como elementos configurantes de la incorporación de la doctrina del precedente, debe de tener reconocimiento legislativo. Hay tradiciones seculares que no pueden ser descartadas en base a técnicas de integración. Por lo demás, se trata de concretar normativamente el reconocimiento a una actividad que se ha desarrollado por siglos y cuyos rasgos se han ido decantando con el tiempo; se trata, desde nuestra perspectiva, de aprovechar lo mejor de la evolución de la doctrina del precedente en el *common law*. Por lo demás, no nos apartaremos de nuestra tradición si incorporamos un estatuto que regule sistemáticamente la técnica del precedente a ser empleada.

20. Sugerencias funcionales

- a) Dado que una propuesta inicial anterior considera que sólo la Corte Suprema debe tener la posibilidad de fijar reglas de derecho por medio del precedente, entonces debe encargársela a ésta que cumpla algunas funciones complementarias a su trascendente deber, así:
- a.1.) Debe autoregularse el método a emplear para obtener reglas que tengan la calidad de vinculantes.
- a.2.) Debe estar regulado, también por la propia corte suprema, la fórmula a emplearse para identificar un precedente persuasivo, un voto singular, una crítica sin apartamiento de la regla y otras técnicas factibles de enriquecer los resultados a obtenerse. Usando el esquema clásico de la casación, podría emplearse el concepto de **doctrina jurisprudencial** para aquellos casos en los que el interés de la corte es únicamente establecer un precedente persuasivo y el de **sentencia normativa** para aquellas que contienen una regla de derecho que la corte tenga interés en que sea vinculante.
- b) También debe ser el propio órgano supremo quien desarrolle y proponga la regla de derecho vinculante extraída del caso que ha resuelto. Ya habrá tiempos en los que esta facultad sea más elástica y permita una actuación más protagónica de los órganos inferiores a efectos de su identificación. Probablemente se pierda en riqueza y diversidad jurídica lo que con este planteamiento se gana en seguridad y afianzamiento de la técnica incorporada.
- c) Se deben regular los términos de eficacia temporal de la derogación de un precedente vinculante. Es decir, el procedimiento que se debe seguir para cuando el órgano supremo decida abandonar la regla establecida en un precedente y proceda a fijar otra. Es de considerable importancia definir

desde cuándo surte efecto la nueva regla e inclusive precisar si ésta se aplica al caso en que ha sido creada.

- d) Al margen de los casos en que se emplea el precedente vinculante, debe precisarse en qué supuestos la cita de un precedente persuasivo o de alguna otra técnica derivada de la doctrina, constituye un sustituto de la exigencia de motivar las resoluciones.
- e) Deben plantearse los rigurosos niveles de exigencia en la motivación que deben tener aquellos casos, excepcionales, en los cuales el órgano inferior se aparta de un precedente vinculante. Situación debe conducir el caso de retorno al órgano supremo en tanto, teóricamente por lo menos, se estaría presentando una hipótesis en la que parece pertinente apartarse de la regla fijada con carácter vinculante.