

¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia?
Un examen desde la teoría analítica del derecho*

IS THE PRECEDENT APPLICATION A NECESSARY CONDITION OF ITS EXISTENCE?
AN EXAMINATION FROM THE ANALYTICAL THEORY OF LAW

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO**

MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA CÁCERES***

RESUMEN

Este trabajo pretende rechazar, desde el punto de vista de la teoría analítica del derecho, la tesis según la cual es necesario que un precedente sea aplicado para existir. Discutiendo algunas tesis de Michelle Taruffo, se analiza qué son los precedentes y en qué sentido se puede decir que existen.

PALABRAS CLAVE

Precedente, decisión jurisdiccional, reiteración, existencia, escepticismo

ABSTRACT

This work aims to reject, from the analytical theory of law point of view, the thesis according to which it is necessary that a precedent be applied to exist. Discussing some thesis of Michelle Taruffo, we analyze what are the precedents and in what sense they can be said to exist.

KEYWORDS

Precedent, jurisdictional decision, reiteration, existence, skepticism

Introducción

El objetivo del presente trabajo es responder, desde el punto de vista de la teoría analítica del derecho¹, a la pregunta sobre si la aplicación de un precedente es condición de su existencia. Se responde rechazando la tesis según la cual, para que exista un precedente, es necesario que sea aplicado por un tribunal posterior. Para ello comenzaremos definiendo qué entendemos por “precedente”, “*ratio decidendi*” y “*stare decisis*”. En segundo lugar, analizaremos en qué sentido existen las sentencias, los precedentes y las *rationes decidendi*. En tercer lugar, someteremos a escrutinio la tesis de Michelle Taruffo según la cual para que exista un precedente es necesario

* El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación Fondecyt Regular (n.º 1180494) “Hacia una teoría del *stare decisis*”, financiado por FONDECYT. La lectura de una versión previa de este trabajo por parte de Riccardo Guastini ha mejorado indudablemente el resultado final. Una versión previa de este trabajo fue presentado en un seminario en la Universidad de Castilla-La Mancha a cuyos participantes agradecemos por sus valiosos comentarios.

** Profesor de Teoría del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Sede Valdivia, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. Correo electrónico: alvaro.nunez.vaquero@gmail.com.

*** Profesora de Teoría del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Correo electrónico: mbeatriz.arriagada@gmail.com.

¹ Para dar cuenta de en qué consiste y cuáles son los instrumentos propios de la teoría analítica del derecho, véase GUASTINI (2017a), pp. 19-26.

que sea empleado por un tribunal posterior. En cuarto lugar, mostraremos cómo exigir la reiteración de decisiones para que una decisión cuente como precedente se basa en un error conceptual. Finalmente, ofreceremos una primera formulación de la tesis de la necesaria no aplicación de los precedentes como condición de su pérdida de existencia.

1. Qué son los precedentes (y la *ratio decidendi* y la regla del *stare decisis*)

1.1. Precedente

En este primer apartado ofreceremos una definición del concepto de precedente que reconstruye algunas de las intuiciones más frecuentemente presentes en la literatura², pero que reformula algunos aspectos con el objetivo de resultar más precisa. Así, por “precedentes” entenderemos decisiones jurisdiccionales de carácter autoritativo que contienen alguna norma dotada de relevancia normativa para decidir casos similares posteriores³. En particular, se atribuye relevancia normativa⁴ a alguna de las normas generales empleadas en la justificación de alguna decisión previa para la justificación de la decisión de algún caso posterior similar⁵. Como veremos enseguida, a tal norma se la suele llamar *ratio decidendi* (o *holding*). No obstante, antes de analizar qué es la *ratio decidendi*, es necesario explicar qué son estas decisiones, qué quiere decir que se le atribuye relevancia normativa y en qué sentido tienen carácter autoritativo.

1.1.1. Una decisión jurisdiccional es aquella resolución que decide la calificación normativa de algún caso genérico⁶ o individual, basándose en normas previas no meramente procedimentales y que es adoptada por un órgano creado por algún ordenamiento jurídico⁷. De este modo pueden constituir precedentes las sentencias judiciales —el caso central o paradigmático de precedente—, pero también otras decisiones, como las que son adoptadas por órganos administrativos, órganos meramente consultivos o árbitros⁸.

1.1.2. Un precedente es además una decisión jurisdiccional que contiene una norma general relevante para decisiones jurisdiccionales posteriores sobre casos similares⁹. Decir que una decisión jurisdiccional contiene una norma general relevante significa que el hecho de que

² Para una reconstrucción y análisis de los conceptos de precedente más frecuentemente empleados en la literatura, puede verse CHIASSONI (2012), pp. 214 y ss.; ITURRALDE (2013), pp. 195 y ss.

³ Véase, por ejemplo, CHIASSONI (2012), pp. 214 y ss.; GARAY (2013), p. 16; GÓMORA (2020), p. 35; LEGARRE (2016), p. 25; MACCORMICK y SUMMERS (2016), pp. 2 y 519; NÚÑEZ (2016a), pp. 128 y ss.; OROZCO (2011), p. 185.

⁴ Preferimos emplear la noción de relevancia normativa y no la de obligatoriedad porque es discutible que se pueda clasificar la norma sobre el uso de precedentes como una norma prescriptiva. Véase NÚÑEZ (2020b), p. 309.

⁵ Al decir “alguna” norma y “alguna” decisión pretendemos señalar que cuáles sean las normas consideradas relevantes y cuáles decisiones sean consideradas como precedentes es contingente y dependiente de cada ordenamiento. Es posible que todas las decisiones pasadas sean consideradas precedentes o solamente algunas de ellas. Del mismo modo, entre las normas empleadas en tales decisiones, una o varias pueden ser consideradas *ratio decidendi*.

⁶ Los casos genéricos a los que nos referimos son aquellos de control de validez de normas con otras normas por razones de contenido. El ejemplo paradigmático sería el control en abstracto de constitucionalidad o legalidad de normas por compatibilidad material.

⁷ De este modo, resulta posible distinguir los precedentes, por un lado, de decisiones de carácter legislativo y, por el otro, de las decisiones que deciden controversias jurídicas (reales o imaginarias) pero cuya resolución no tiene eficacia para el ordenamiento jurídico, como cuando se resuelve un caso en un curso universitario.

⁸ Nuestra definición de órgano jurisdiccional es estipulativa. No pretende resolver la controversia sobre si órganos diferentes de los jueces ejercen jurisdicción entendida como actividad de órganos imparciales e independientes. De este modo, a nuestros fines, consideraremos decisiones jurisdiccionales aquellas de órganos administrativos (DÍEZ (2008), p. 21; HUNTER (2020), pp. 211 y ss.), tribunales arbitrales (KAUFMANN-KOHLER (2007), o incluso en un determinado sentido, órganos legislativos (LUPO (2013), pp. 7 y ss). Como muestra la literatura sobre el tema, tiene perfecto sentido hablar de precedentes jurisdiccionales aun cuando no sean judiciales.

⁹ Cómo entender la similitud necesaria con casos posteriores no es objeto de discusión en este trabajo. Véase, entre otros: DUXBURY (2008), p. 1; GARAY (2013), p. 16; KELSEN (2017), p. 5; NÚÑEZ (2020a), pp. 87-88; LEGARRE (2016), p. 25; OROZCO (2011), p. 185.

dicha norma esté presente o ausente modifica, al menos *prima facie*¹⁰, la calificación normativa de un caso genérico o individual posterior¹¹. Esto, sin embargo, no implica que sea obligatorio aplicar el precedente en casos posteriores. El grado de obligatoriedad o vinculatoriedad¹² de los precedentes es algo diferente y contingente.

La relevancia de los precedentes no implica entonces que su no seguimiento en el caso concreto tenga que producir alguna consecuencia normativa. Implica al menos que, frente a dos decisiones posibles igualmente justificadas para un caso posterior, la decisión que de hecho se considera mejor justificada es aquella que cuenta a su favor con un precedente¹³. Dicho de otro modo: en ausencia de otras razones concurrentes, la presencia de un precedente determina la modificación de la calificación normativa.

La anterior tesis no debe entenderse como un criterio para la identificación de cuáles concretas decisiones son consideradas como precedentes en un ordenamiento jurídico. Por el contrario, como veremos a lo largo de este trabajo (*infra* 2), los ordenamientos jurídicos contienen una serie de criterios que permiten identificar qué decisiones jurisdiccionales cuentan como precedentes. Cuando dichos criterios no han sido establecidos por el legislador en normas expresas, aquellos constituyen normas implícitas que solo pueden ser reconstruidas examinando qué decisiones se considera que expresan normas relevantes para casos posteriores. Sin embargo, como veremos enseguida, no se debe hacer colapsar ambos planos (*infra* 2).

1.1.3. Afirmar que un precedente es una decisión autoritativa puede querer decir dos cosas diferentes. En un sentido fuerte, los precedentes serían autoritativos en la medida en que constituyen razones concluyentes para decisiones posteriores, además de incorporar razones excluyentes de segundo orden¹⁴. Así los precedentes, por un lado, servirían para justificar concluyentemente las decisiones posteriores y, por el otro, para excluir las restantes razones relevantes en el balance de razones¹⁵. Sin embargo, resulta muy discutible que los precedentes funcionen así, al menos en los ordenamientos del *civil law*¹⁶.

En un sentido, débil, los precedentes serían autoritativos cuando la posibilidad de que ingresen en el razonamiento práctico del órgano que juzga el caso posterior está condicionada a un cierto origen. Esto significa que los precedentes constituirían una razón independientemente de su contenido¹⁷. Aquí adoptaremos esta segunda concepción, debido a que sirve para dar cuenta del carácter autoritativo de las decisiones pasadas tanto en los sistemas de *civil* como en aquellos de *common law*.

¹⁰ Es necesario establecer esta cláusula final, *prima facie*, para no pasar por alto la situación en la que un precedente que ingresa en el razonamiento práctico del órgano decisor que decide un caso no es considerado una razón concluyente para decidir el caso. Véase NÚÑEZ (2020b), p. 309.

¹¹ Este es el segundo de los conceptos de relevancia normativa que proponen ALCHOURRÓN y BULYGIN (2015), pp. 149-151.

¹² El peso, valor jurídico o grado de obligatoriedad de los precedentes es, sin duda, una cuestión importante. Sin embargo, no es preciso ocuparse de ella aquí no solamente por cuanto no afecta directamente a la tesis defendida en este trabajo: la aplicación no es condición de existencia de un precedente. Sobre los diferentes grados de obligatoriedad de los precedentes, véase, por ejemplo, AARNIO (1996), pp. 13-14; CHIASSONI (2012), pp. 235 y ss.; ITURRALDE (2013), pp. 196-197; MAGALONI (2001), p. 73; MACCORMICK y SUMMERS (2016), pp. 555 y ss.; PECZENIK (2003), pp. 57 y ss. Para una discusión sobre la vinculatoriedad como una cuestión de grado, véase NÚÑEZ (2016a), p. 135.

¹³ Algunos autores (como CHIASSONI (2012), pp. 240 y ss.; GARCÍA (2012), pp. 173 y ss.); o MACCORMICK y SUMMERS (2016), p. 555, distinguen entre sistemas de precedentes de relevancia normativa y de relevancia meramente argumentativa. Aquí preferimos prescindir de dicha distinción en la medida en que presupone que la relevancia argumentativa no puede ser, al mismo tiempo, relevancia normativa. Ahora bien, hay casos, como el de ausencia total de argumentación, que claramente tienen relevancia normativa. Véase CROSS y HARRIS (2012), p. 188.

¹⁴ Sobre el carácter autoritativo de los precedentes, véase DUXBURY (2008), pp. 7 y ss.; GÓMORA (2020), p. 53; MORAL (2002), pp. 65 y ss.; y PULIDO (2020), pp. 109 y ss.

¹⁵ RAZ (1985), p. 237

¹⁶ Véase en tal sentido TARUFFO (1996), p. 60; MACCORMICK y SUMMERS (2016), p. 555; y OROZCO (2011), p. 191.

¹⁷ MORAL (2002), p. 132.

1.2. Ratio decidendi

Acabamos de decir que los precedentes son decisiones jurisdiccionales autoritativas que contienen alguna norma a la que el ordenamiento jurídico le reconoce, en el sentido apenas precisado, relevancia normativa. A lo que en concreto se le concede relevancia normativa es a alguna de las normas generales empleadas en la justificación, interna o externa, de la decisión jurisdiccional.

Existen, no obstante, al menos¹⁸, dos formas de entender la *ratio decidendi*. Según una aproximación normativa, la *ratio decidendi* es aquella norma empleada en una decisión previa a la que el ordenamiento le concede relevancia normativa para la justificación de decisiones posteriores. Según una aproximación estructural, la *ratio decidendi* es una determinada norma que juega un papel especialmente importante en la justificación de la decisión previa¹⁹.

Aquí optaremos por la aproximación normativa debido a que cuál sea la norma que ha de ser considerada como *ratio decidendi* es una cuestión que depende de cada ordenamiento²⁰. Esto no implica que la noción de *ratio decidendi* sea contingente o de derecho positivo. Decir que una norma es una *ratio decidendi* significa decir que una norma que tiene su origen en una decisión jurisdiccional es relevante para la decisión de casos posteriores. Cuáles sean las concretas *rationes decidendi* de cada precedente sí es algo que depende de lo dispuesto por cada ordenamiento.

1.3. Stare decisis

Aunque el sintagma “*stare decisis*”²¹ constituye uno de los elementos centrales de la teoría del precedente, se trata de una expresión ambigua.

En un sentido fortísimo, expresaría la obligación de decidir los casos posteriores del mismo modo que en las decisiones pasadas²². Esta forma de entender el *stare decisis* supuestamente sería típica de (algunos) sistemas de *common law*²³, al menos en lo relativo a los precedentes verticales descendentes especialmente provenientes de cortes supremas. Habría entonces una obligación ineludible de decidir el caso posterior del mismo modo en que fue decidido el caso anterior²⁴.

En un sentido fuerte, el sintagma “*stare decisis*” expresaría la obligación de decidir los casos posteriores de la misma manera que fueron decididos casos previos similares salvo que se considere que hay alguna circunstancia del caso concreto no tenida anteriormente en cuenta (*distinguishing*)²⁵ o se considere que el precedente ya no constituye una buena razón para decidir (*overruling*)²⁶.

En un sentido débil, el sintagma “*stare decisis*” expresaría un conjunto de normas, normalmente implícitas, que definen un conjunto de criterios²⁷ para identificar determinadas

¹⁸ Para una reconstrucción de los diferentes conceptos de *ratio decidendi*, véase: CHIASSONI (2012), pp. 2016 y ss.; CROSS y HARRIS (2012), p. 61; MARINONI (2013), p. 257.

¹⁹ Para una reconstrucción del debate acerca de cuál es el método para identificar las *rationes decidendi* véase CROSS y HARRIS (2012), pp. 61 y ss.; ITURRALDE (2015), pp. 245 y ss.; MARINONI (2013), pp. 257 y ss.; NÚÑEZ (2016a), pp. 142 y ss.; PULIDO (2018), pp. 260 y ss.

²⁰ Puede darse el caso de que, además de normas acerca de cómo interpretar las decisiones jurisdiccionales, haya una norma que atribuya competencia a un determinado órgano para interpretar de manera autoritativa los precedentes. Tal sería el caso, por ejemplo, de la *Corte di Cassazione* italiana, que tiene atribuida la competencia para interpretar sus propias decisiones. Sobre este punto véase PASSANANTE (2018), pp. 36 y ss.

²¹ Emplearemos entrecomillada esta expresión cuando no estemos empleando la expresión, sino únicamente mencionándola. Se trata de la forma estándar de distinguir ambos usos del lenguaje en filosofía del derecho y del lenguaje.

²² SCHAUER (2013), pp. 179 y ss.

²³ CROSS y HARRIS (2012), p. 24.

²⁴ CHIASSONI (2012), pp. 235 y ss.; CROSS y HARRIS (2012), p. 24; MAGALONI (2001), p. 12; TARUFFO (1996), p. 60.

²⁵ MARINONI (2015), pp. 375 y ss.

²⁶ MARINONI (2015), pp. 445 y ss.; DUXBURY (2008), pp. 116.

²⁷ Este conjunto de criterios son normas constitutivas que establecen los requisitos que ha de cumplir una decisión jurisdiccional para ser considerada como precedente. PULIDO (2018), pp. 17 y ss.

decisiones como precedentes y que convierten al seguimiento de decisiones pasadas en condición (suficiente, necesaria o contribuyente) de la validez²⁸ de decisiones posteriores de casos similares. A diferencia de los anteriores sentidos, este tercer sentido débil no identifica al *stare decisis* con una concreta forma de obligatoriedad de los precedentes, sino con un conjunto de normas sobre cuándo las normas expresadas en decisiones jurisdiccionales previas son relevantes.

Hay al menos dos razones para descartar los dos primeros sentidos. En primer lugar, ambos asumen que el “*stare decisis*” es una norma prescriptiva que obliga a seguir el precedente y, por tanto, que su no seguimiento produce sanciones²⁹. Lo cierto es que raramente los órganos que no siguen los precedentes son sancionados o bien solamente son sancionados cuando incurrían en prevaricación³⁰. En segundo lugar, considerar que son precedentes únicamente las decisiones cuyo no seguimiento acarrea consecuencias normativas, no permite dar cuenta de todos aquellos ordenamientos del *civil law* en los que, pese a ser considerada relevante su presencia para decisiones posteriores, su no seguimiento no supone la invalidación de la decisión ni sanción alguna para los titulares del órgano³¹.

La última forma de entender el *stare decisis* permite dar cuenta de la práctica del precedente, tanto en el *civil* como en el *common law*. Es capaz de explicar el funcionamiento tanto de aquellos ordenamientos en los que supuestamente sería obligatorio decidir en el mismo sentido de como se hizo en el pasado, constituyendo una condición incluso suficiente para la anulabilidad de la decisión que no sigue el precedente, así como de aquellos ordenamientos en los que su seguimiento constituye una condición meramente contribuyente de la validez de la decisión jurisdiccional posterior, pero su no seguimiento no acarrea consecuencia jurídica alguna.

2. Existencia de precedentes

Una vez establecido qué son los precedentes, resulta necesario aclarar el sentido de la expresión “existencia de precedente”. Cuando hablamos de existencia de precedentes están implicadas, por un lado, la existencia de la decisión jurisdiccional y, por el otro, la existencia de la norma que constituye la *ratio decidendi*.

2.1. Existencia de la decisión jurisdiccional

Para comprender qué quiere decir que una decisión jurisdiccional existe, lo primero que resulta necesario hacer es advertir que la expresión “decisión jurisdiccional” adolece de la clásica ambigüedad proceso-producto³². Aquí reservaremos esta expresión para referirnos al producto o resultado. Una decisión jurisdiccional, en este sentido, no será más que un fragmento lingüístico, expresado normalmente en un texto, que decide la calificación normativa un caso genérico o individual, llevada a cabo por un órgano creado por algún ordenamiento jurídico.

Desde un primer punto de vista, la existencia de la decisión jurisdiccional tiene un carácter empírico: existe una decisión jurisdiccional cuando alguno de los órganos jurisdiccionales haya emanado un fragmento lingüístico cuyo sentido es una norma individual que califica un caso

²⁸ Aquí entendemos “validez” como regularidad de la decisión.

²⁹ Varios autores consideran el seguimiento de precedentes como obligatorio. Véase, por ejemplo, ARNIO (1996), pp. 13-14; BUSTAMANTE (2014), p. 121; MACCORMICK y SUMMERS (2016), p. 230, 203 y ss.; OROZCO (2011), p. 191.

³⁰ Existen muy pocos casos de sanciones a jueces por no seguir los precedentes. Un ejemplo se encuentra en la sentencia de la Corte Suprema colombiana que considera no seguimiento de precedentes como prevaricación, pero distinguiendo esta sanción de la anulación de las sentencias. Además, considera como la no aplicación cualquier otra violación del derecho válido colombiano. Véase la sentencia 39456 de la Suprema Corte de Justicia de Colombia, n.º 39456. Véase NÚÑEZ (2020b), p. 309.

³¹ Piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en los que el seguimiento del precedente hace que se considere válida (regular) la decisión, pero su no seguimiento no acarrea consecuencia jurídica alguna. Tal es el caso de las decisiones de inadmisión a trámite de recursos fundamentados sobre la propia jurisprudencia. GARAY (2013), pp. 41 y ss.

³² GUASTINI (2017a), p. 237.

genérico o individual³³. Ello no implica que la decisión sea regular, ni que tenga fuerza de cosa juzgada, ni que sea ejecutiva.

Ahora bien, para que una comunidad jurídica reconozca una decisión como existente dentro de un ordenamiento jurídico, no basta únicamente con que aquella haya sido dictada. Es preciso que la decisión sea conforme con al menos algunas de las normas de competencia que disciplinan su creación³⁴. De este modo, resulta posible distinguir una existencia meramente empírica de las decisiones jurisdiccionales (que hayan sido dictadas) de su existencia jurídica (que sean reconocibles por la comunidad jurídica como decisiones jurisdiccionales). A su vez, es posible distinguir la existencia jurídica de la decisión de su regularidad (que haya sido producida de conformidad con todas las normas sobre la competencia que disciplinan su creación). Nada impide que una decisión irregular se convierta en precedente, pero una decisión que fuese dictada al margen de cualquier norma de competencia no podría ser considerada una decisión jurisdiccional y, por tanto, tampoco como un precedente.

2.2. Existencia de precedentes

Normalmente no todas las decisiones son consideradas precedentes en todos los ordenamientos³⁵. Resulta necesario preguntarse qué significa que existe un precedente. Aquí no analizaremos cuáles son los requisitos que ha de cumplir una decisión para contar como precedente en algún determinado ordenamiento, sino que trataremos de explicar qué significa decir que existe un precedente.

La expresión “existencia de precedente” puede querer decir dos cosas diferentes, dependiendo de si adoptamos una perspectiva meramente empírica o una perspectiva normativa.

Desde una perspectiva puramente empírica, afirmar que existe un precedente significa decir que una decisión jurisdiccional es de hecho considerada como tal. Esta forma de identificación de precedentes es normalmente dependiente de la decisión de alguna controversia, y se produce con base en la similitud del caso precedente y el caso que se ha de calificar normativamente³⁶.

Desde una perspectiva normativa, decir que un precedente existe significa afirmar que una decisión jurisdiccional satisface las condiciones necesarias para formar parte del conjunto de los precedentes. Cuáles sean tales condiciones es algo que depende de cada ordenamiento³⁷.

Los requisitos que una decisión jurisdiccional tiene que cumplir para ser considerada como precedente son establecidos en muchas ocasiones en normas implícitas³⁸ de los diferentes

³³ GUASTINI (2013), pp. 145 y ss.

³⁴ GUASTINI (2017a), p. 224.

³⁵ Podría pensarse, como nos observa Riccardo Guastini, que toda decisión jurisdiccional previa constituye un precedente, dependiendo de su aplicabilidad al caso concreto posterior. Sin embargo, todo ordenamiento prevé algunas condiciones o criterios que debe satisfacer una decisión para ser considerada como precedente. Dicho de manera directa: si no consideramos la sentencia del tribunal civil de primera instancia de Kaya (Burkina Faso) es porque tenemos criterios para identificar algunas decisiones como precedentes. MAGALONI (2001), p. 14.

³⁶ No obstante, esta identificación no debe hacer pensar que implica siempre e inmediatamente la aplicación de la *ratio* del caso previo al caso posterior, puesto que es perfectamente posible reconocer la existencia de un precedente y, aun así, no decidir el caso posterior con base en la *ratio* del caso previo.

³⁷ Hay, con todo, algunos criterios que son comunes a varios ordenamientos. Por ejemplo: la publicación de la decisión (DÍEZ SASTRE (2008), p. 150), no puede carecer de justificación (CROSS Y HARRIS (2012), p. 188), que la norma considerada *ratio decidendi* no pueda ser derivada de ninguna otra fuente normativa (OROZCO (2011), p. 67) o que exista mayoría de la mitad más uno de los miembros del órgano jurisdiccional que coincidan en las mismas razones que justifican el *decisum* (LEGARRE (2016), p. 173; MAGALONI (2001), p. 55).

³⁸ Ejemplos de sistemas en los que la identificación de precedentes se fundamenta en normas implícitas son: en primer lugar, el ordenamiento jurídico chileno, donde ha sido aceptado mayoritariamente que, para que una decisión del Tribunal Constitucional cuente como precedente, el voto de mayoría debe ser suscrito por la mitad más uno de los miembros del tribunal, no habiendo norma expresa acerca de tal requisito, pero siendo asumida aquella por la mayoría de la doctrina (a este respecto, CORRAL (2017); MARTÍNEZ Y COVARRUBIAS (2018), pp. 105 y ss.); y, en segundo lugar, el ordenamiento jurídico colombiano que, pese a disponer tanto en su Constitución de 1991 como en su Código Civil que las sentencias no tienen fuerza obligatoria, vienen reconociendo la vinculatoriedad de las decisiones, especialmente de su Corte Constitucional, desde 1995 en adelante. Véase PULIDO (2018), p. 17.

ordenamientos, pero en el ámbito del *civil law* también existen casos en los cuales las condiciones de existencia normativa de precedentes están establecidas en normas expresas³⁹. También puede ocurrir que algunas de estas condiciones sean establecidas en normas explícitas y otras en normas implícitas, o que haya diferentes tipos de precedentes dentro del mismo ordenamiento jurídico.

Podría pensarse que, en los casos en los que todas las normas sobre cuándo una decisión cuenta como precedente son implícitas, la cuestión de cuáles son los criterios empleados en la práctica para la identificación de decisiones como precedentes (existencia normativa) coincide o colapsa con la cuestión de cuáles son las concretas decisiones reconocidas como precedentes (existencia empírica). Pero esto no es correcto. Si bien la única forma de establecer cuáles son las normas implícitas que gobiernan la práctica es observando las decisiones concretas que los órganos jurisdiccionales han reconocido como precedentes para inducir, y luego explicitar, qué normas han empleado, la existencia normativa no debe confundirse con la existencia empírica. A menos que estemos dispuestos a decir que la identificación de decisiones jurisdiccionales como precedentes no depende de normas, sino de los gustos aleatorios de cada juez, es necesario no perder de vista esta distinción⁴⁰.

Evidentemente, es posible que una decisión que no satisface los criterios de identificación de los precedentes de un ordenamiento sea tenida en cuenta como precedente. También puede suceder que decisiones que satisfacen dichos criterios, no sean consideradas como precedentes. Si bien las normas implícitas que gobiernan la identificación de precedentes son difíciles de determinar, cambian (como todas las normas) y ello puede implicar dificultades para saber si se ha producido un cambio o una violación, una vez identificado sincrónicamente un conjunto de criterios para la identificación de precedentes, podemos dar cuenta de si tales normas sobre la identificación de precedentes han sido o no respetadas y de cuándo han cambiado.

Dado que afirmar que existe un precedente en sentido empírico implica únicamente decir que hay un sujeto que lo reconoce como tal, reservaremos la expresión “existencia de precedente” para aquellas decisiones que cumplen con los criterios o condiciones para formar parte de la clase de los precedentes, es decir para la existencia normativa.

2.3. Existencia de la *ratio decidendi*

Como ya sabemos, las *rationes decidendi* son normas generales que, por su relevancia, son empleadas en decisiones jurisdiccionales previas. Decir que una *ratio decidendi* existe implica entonces afirmar que una norma existe. Sin embargo, aquí no se analizará en qué consiste la existencia de normas⁴¹, sino qué se quiere decir normalmente cuando se afirma que existe una *ratio decidendi*.

Del mismo modo que podemos distinguir entre la existencia meramente empírica de una sentencia (*supra* 2.1) —un órgano jurisdiccional ha dictado una decisión— y su existencia normativa —aquella cumple las condiciones mínimas para ser considerada como una sentencia— podemos hacer lo mismo en relación con las *rationes decidendi*. Podemos decir que una *ratio decidendi* existe empíricamente cuando es identificada como tal por algún sujeto y que una *ratio decidendi* existe normativamente cuando satisface las condiciones, propias de cada ordenamiento jurídico, que ha de cumplir una norma —empleada en una decisión jurisdiccional considerada precedente— para ser considerada como *ratio decidendi*.

³⁹ Ejemplos de sistemas en los que tales criterios son normas expresas son: en primer lugar, el sistema peruano, donde el Tribunal Constitucional tiene expresamente atribuida la competencia para dictar precedentes, teniendo que declararlo expresamente e identificar la *ratio* del caso; y, en segundo lugar, el sistema brasileño, donde las súmulas dictadas por el Supremo Tribunal de Justicia tienen valor vinculante. Para el caso peruano, véase GRANDEZ (2007), pp. 82 y ss.; para el brasileño, GONÇALVES (2020), p. 139; ZANETTI (2015), pp. 38 y ss.

⁴⁰ Ello, por supuesto, no obsta para que la identificación de precedentes se encuentre infradeterminada, lo que normalmente sucede en dos sentidos diferentes. En primer lugar, existen dificultades para determinar el contenido de tales normas. En segundo lugar, la práctica del precedente está regida por normas incompatibles.

⁴¹ CARACCILO (1997), pp. 159 y ss.; GUASTINI (2013), pp. 145 y ss.

Lo anterior presupone, desde luego, que —no solo la identificación de decisiones como precedentes está regida por normas, sino también que— la interpretación de decisiones jurisdiccionales es una actividad regida por normas⁴². Por supuesto, tales normas pueden estar infradeterminadas, siendo posible identificar más de una norma como la *ratio decidendi* de un precedente⁴³, pero ello no autoriza a concluir que se trate de una actividad azarosa o completamente discrecional. Sostener lo contrario conduce a importantes problemas (*infra* 3.1).

3. ¿Quién crea el precedente? La(s) tesis de Taruffo

Una vez que sabemos qué son los precedentes y qué significa decir que existe un precedente, se analizará la difundida tesis según la cual para que exista un precedente es necesario que un órgano jurisdiccional posterior aplique su *ratio decidendi*. Desde esta perspectiva, no es el primer órgano el que crea el precedente, sino el segundo que emplea la *ratio decidendi* de la decisión previa.

Para ello analizaremos las tesis de Michelle Taruffo⁴⁴: uno de los autores que mayor importancia ha tenido en mostrar cómo operarían los precedentes en nuestros ordenamientos. En particular, nos detendremos en (3.1) su escepticismo sobre la interpretación de precedentes (determinación de la *ratio decidendi*) y en (3.2) su forma de particularismo jurídico.

Antes de comenzar, resulta necesario hacer algunas advertencias. La primera es que, sin pretender realizar una exégesis de la obra de Taruffo, lo que interesa aquí es dar cuenta de una concreta tesis que se ha convertido en parte de su vulgata y del conjunto de tesis consideradas generalizadamente como correctas: es el segundo tribunal el que crea el precedente. Dicho de otro modo: si nadie usa un precedente, entonces tal decisión previa no constituye un precedente.

La segunda advertencia es que la tesis según la cual es el segundo tribunal quien crea el precedente puede ser entendida de dos maneras diferentes: bien como una tesis de carácter ontológico acerca de la existencia de precedentes, bien como una tesis de carácter epistémico acerca del conocimiento de la existencia de precedentes. Dado que la tesis epistémica parece poco discutible⁴⁵, es la tesis ontológica la que resulta más interesante de rechazar⁴⁶.

La tercera advertencia es que la tesis de Taruffo se puede interpretar como una tesis contingente de derecho positivo o como una tesis de carácter conceptual. Si se trata de una tesis sobre derecho positivo, la necesidad de reiteración para que una decisión cuente como precedente dependerá de lo dispuesto por el ordenamiento de referencia. Si se trata de una tesis de carácter conceptual, entonces la reiteración sería algo necesario para poder considerar una decisión como precedente. Nos ocuparemos específicamente de esta cuestión más adelante (*infra* 4).

Como bien ha mostrado Jordi Ferrer⁴⁷, mientras que Taruffo mantiene posiciones radicalmente escépticas en relación con la interpretación de decisiones jurisdiccionales, no es ni mucho menos un escéptico radical en otros contextos. En particular, Taruffo sostiene dos tesis

⁴² ITURRALDE (2015), pp. 250 y ss.; MARINONI (2015), pp. 257 y ss.; NÚÑEZ (2016a), pp. 142 y ss.

⁴³ Véase el paradigmático análisis de Karl Llewellyn al respecto. LLEWELLYN (1950), p. 401.

⁴⁴ Nos concentraremos especialmente en TARUFFO (1996), TARUFFO (2014), y en los trabajos compilados en TARUFFO (2009).

⁴⁵ Sobre la indeterminación de las normas sobre la interpretación de sentencias véase LLEWELLYN (1950), p. 401; NÚÑEZ (2016a), pp. 142 y ss. Ahora bien, tal indeterminación de las normas sobre interpretación de decisiones no permite concluir —como hace SOROCKINAS (2020), pp. 61, 69 y 71— que el precedente nace al momento de la interpretación de la decisión pasada. Adoptar una tesis de este tipo presupone una suerte de escepticismo interpretativo radical en el que es el acto interpretativo el que crea la norma. Sin embargo, esta tesis resulta exagerada: a lo sumo, el intérprete elige entre las diferentes interpretaciones posibles de un texto, y solo excepcionalmente crea una norma nueva (pero en este último caso, ya no hablamos de interpretación, sino de construcción) (GUASTINI (2017a), pp. 355 y ss.).

⁴⁶ La misma tesis ha sido defendida, entre otros, por Aulis Aarnio: “Cuando se considera que una decisión jurídica es un precedente siempre se hace desde el punto de vista de una decisión judicial *posterior* [...] Dentro del sistema del Common Law no es concebible que el órgano judicial tenga autoridad para decidir si sus propias decisiones tendrán, o no, el estatus de precedente. Dicha decisión corresponde a la jurisdicción posterior”. AARNIO (2008), p. 83.

⁴⁷ FERRER (2016), pp. 183 y ss.

en favor de la idea de que es el segundo tribunal el que crea, al aplicarlo, el precedente: (i) cuál sea la *ratio decidendi* de la decisión previa depende del juez posterior⁴⁸; y (ii) los precedentes se aplican caso por caso, dependiendo de la similitud entre las circunstancias particulares del caso precedente y del caso posterior⁴⁹.

La combinación de ambas tesis determina que la aplicación de la *ratio decidendi* del precedente sea considerada una condición necesaria y suficiente de la existencia del precedente. Se trataría, como veremos enseguida, de una condición necesaria en la medida en que, para Taruffo, no cabe hablar de precedente, si no hasta que se produce algún acto de aplicación de su *ratio*. Además, dado que Taruffo es un escéptico radical en materia de interpretación de decisiones jurisdiccionales, la sola aplicación de un precedente —al no haber reglas que gobiernen la interpretación de decisiones jurisdiccionales— se considera una condición suficiente para el surgimiento de cualquier *ratio*.

3.1. El taruffiano escepticismo interpretativo radical

El primer problema que analizar, con relación al escepticismo interpretativo radical es que, según Taruffo, resulta imposible determinar objetivamente cuál es la *ratio decidendi* de una decisión porque el juez posterior es completamente libre para atribuir cualquier significado a la decisión previa, es decir, para identificar su *ratio decidendi*⁵⁰. Y solo una vez identificada, y aplicada dicha *ratio*, surge el precedente⁵¹. Ello se debe a que Taruffo suscribe una teoría escéptica radical de la interpretación⁵² de decisiones jurisdiccionales: aquella según la cual el juez posterior que dota de sentido a la decisión previa identificando su *ratio decidendi* puede atribuir cualquier sentido a la decisión, identificando como *ratio* cualquier norma. Solo en este momento posterior de aplicación surgiría el precedente.

No le falta razón a Taruffo al llamar la atención sobre los problemas derivados de la interpretación de las decisiones jurisdiccionales, sobre los cuales aún no ha habido suficiente discusión⁵³. Sin embargo, la tesis escéptica radical en materia de interpretación de decisiones jurisdiccionales tiene dos problemas. El primero de ellos es que no está claro qué significa, al menos en este contexto, que un tribunal puede atribuir cualquier significado a una decisión previa. El segundo problema es que es una tesis *self-defeating*.

El primer problema tiene lugar porque la tesis de que un tribunal puede atribuir cualquier significado a una decisión previa puede ser entendida de dos maneras diferentes, ninguna de las cuales resulta plausible. Desde una óptica empírica (o alética), un órgano “puede” atribuir cualquier sentido a una decisión jurisdiccional previa. Esto es tan cierto como trivial, puesto que nadie puede físicamente impedir a los órganos jurisdiccionales interpretar como quieran las decisiones previas. Desde una óptica normativa, afirmar que un órgano “puede” atribuir cualquier sentido a una decisión previa significa que tiene competencia para ello. Esto es evidentemente falso porque no hay norma expresa que otorgue competencia a los tribunales para dotar de cualquier sentido a decisiones previas y porque un acto de atribución de sentido

⁴⁸ “[E]s entonces el juez del caso siguiente quien establece si existe o no el precedente y por tanto —por decirlo así— ‘crea’ el precedente [...]. Debe considerarse que la determinación de la *ratio decidendi* depende en buena medida de la interpretación del precedente que le da el juez del caso posterior”. Véase TARUFFO (2009), pp. 447 y 559.

⁴⁹ “Un precedente es realmente vinculante solo cuando un tribunal decide considerarse vinculado por aquel”. Véase TARUFFO (1996), p. 56.

⁵⁰ Aunque la identificación de la *ratio decidendi* presupone la atribución de sentido al texto de la sentencia, no toda actividad de interpretación de decisiones jurisdiccionales implica la identificación de la *ratio decidendi*. La interpretación de la decisión jurisdiccional puede tener otros objetivos diferentes de la identificación de la *ratio*, como establecer qué ha decidido el tribunal (*decisum*), dar cuenta de la reconstrucción de los hechos realizada por el órgano jurisdiccional, o dar cuenta de los argumentos del voto de minoría. TARUFFO (2009), p. 559; FERRER (2016), p. 183.

⁵¹ TARUFFO (2009), p. 447; MARINONI (2013), pp. 277 ss.

⁵² GUASTINI (2014), pp. 351-352.

⁵³ No se trata, no obstante, de que no haya literatura al respecto. Véase, por ejemplo, GARAY (2013), pp. 124 y ss.; ITURRALDE (2015), pp. 245 y ss.; LLEWELLYN (1950), pp. 401 y ss.; MARINONI (2013), pp. 257 y ss.; NÚÑEZ (2016a), pp. 142 y ss.

que violase todas las reglas lingüístico-interpretativas no sería considerado un acto de identificación de la *ratio*.

El segundo problema es que, si fuese imposible determinar cuál es la *ratio decidendi* de un caso previo porque se puede atribuir cualquier sentido al texto de la sentencia⁵⁴, entonces también es imposible establecer si una decisión posterior ha aplicado la *ratio* de una decisión previa o ha creado una nueva norma no expresada en la decisión previa⁵⁵. De este modo, nunca podremos establecer si la decisión posterior ha aplicado la *ratio* del caso precedente o si ha mencionado el caso previo, pero ha aplicado una norma diferente, creando un nuevo precedente. Esto produce un regreso al infinito: para saber si estamos frente a un precedente siempre tendremos que buscar otra decisión posterior que determine si se ha aplicado la *ratio decidendi* del caso previo o si se ha creado un nuevo precedente. Es una tesis *self-defeating*.

Para resultar plausible, la tesis escéptica sobre la interpretación tendría que restringirse únicamente a la decisión jurisdiccional previa, es decir, a aquella que supuestamente sería reconocida como precedente. En caso contrario, tal escepticismo también se aplicaría respecto de la sentencia posterior que supuestamente aplicaría el precedente, pero no parece haber ninguna razón que justifique tal restricción.

3.2. El taruffiano particularismo jurídico

El segundo problema que afronta la tesis de Taruffo es que, aunque nos deshagamos de su tesis escéptica radical en materia de interpretación, Taruffo presupone una forma de particularismo jurídico en lo que al seguimiento de precedentes se refiere⁵⁶. Para Taruffo los precedentes se aplican caso a caso, dependiendo de las condiciones particulares del caso. Dicho de otro modo: no es suficiente con que el supuesto de hecho de la *ratio* del caso precedente se verifique en el caso posterior, sino que además debe haber una ulterior y sustancial identidad entre los casos⁵⁷. En qué consista esta ulterior identidad entre los casos, más allá de que las condiciones previstas en el antecedente de la *ratio decidendi* se den en el caso posterior, es algo que no queda claro en la obra de Taruffo⁵⁸.

Si combinamos la anterior tesis particularista sobre cuándo son aplicables los precedentes, con aquella según la cual el precedente solo existe cuando es aplicado por un órgano jurisdiccional posterior, la posición de Taruffo incurre, alternativa o conjuntamente, en los dos siguientes errores. El primero de ellos es que no es capaz de distinguir entre la existencia de un precedente de su aplicabilidad en un determinado caso: confunde qué significa decir que un precedente existe con cuándo aquel resulta aplicable. El segundo problema es que presupone que la aplicación es condición de existencia del precedente.

(i) En primer lugar, ignorar la distinción entre la existencia del precedente y su aplicabilidad⁵⁹, implica no poder dar cuenta de la posibilidad de que una norma general contenida en una decisión previa regule un caso muy específico, no dándose oportunidad para su posterior aplicación. Si surge muy posteriormente un caso para el que la *ratio* resulta aplicable, siguiendo las tesis de Taruffo, habría que afirmar que el precedente no surgió al momento de la primera decisión, sino solo con el segundo caso. Ello implicaría afirmar que, pese a existir un texto previo en el que se menciona o emplea la norma, su aplicación sería retroactiva⁶⁰.

⁵⁴ ITURRALDE (2015), pp. 247 y ss.

⁵⁵ GUASTINI (2014), p. 362.

⁵⁶ TARUFFO (2014), pp. 13 y ss.

⁵⁷ Para una reconstrucción de otros autores que han sostenido dicha tesis, así como un análisis crítico de la misma, véase NÚÑEZ (2020a), pp. 91 y ss.

⁵⁸ TARUFFO (2014), p. 12.

⁵⁹ MORESO y NAVARRO (1996), p. 125.

⁶⁰ Si trasladamos el argumento a las normas de origen legislativo —y afirmamos que toda aplicación de una norma, al ser producto de la interpretación, es retroactiva— la tesis se vuelve más claramente implausible.

Esto implica aceptar que la existencia de los precedentes es relativa a los casos en los que resultarían aplicables. Ahora bien, para que una decisión pueda ser considerada como “un precedente para el caso” es necesario que dicha decisión satisfaga algunas condiciones. Dicho claramente: la decisión de un tribunal civil de primera instancia de Erdenet (Mongolia) no va a ser considerada como precedente en nuestro ordenamiento, por mucho que trate de la misma materia o sea idéntico, porque no satisface los requisitos que prevén nuestros ordenamientos de *civil* y *common law*. La satisfacción de determinadas condiciones hace plausible afirmar que el precedente existe, con independencia de cualquier caso posterior al que resulte aplicable la misma norma. La existencia de precedentes y su aplicabilidad son cuestiones diferentes.

(ii) En segundo lugar, Taruffo parece incurrir en un error al considerar que la aplicación⁶¹ del precedente —i.e. la aplicación de su *ratio decidendi* en un caso— es una condición de su existencia (*supra* 2.2). Pero de la falta de aplicación en un caso posterior, incluso aunque sea aplicable⁶², no puede concluirse que un precedente no existe normativamente.

Detrás de esta tesis se esconde una ambigüedad sobre lo que quiere decir “aplicación”. Este término puede querer decir, al menos, dos cosas diferentes. En primer lugar, puede significar que una norma es usada para calificar un caso, es decir, que es empleada en un razonamiento de carácter subsuntivo (aplicación en sentido amplio). Se debe notar que el hecho de que una norma sea aplicada en este sentido no implica que aquella forme parte de la cadena de argumentos que justifican la decisión. Es posible que una norma sea empleada en un razonamiento cuyas conclusiones sean finalmente rechazadas.

En segundo lugar, “aplicación” puede significar que una norma constituye una premisa para justificar la decisión jurisdiccional finalmente adoptada, es decir, que aquella es una norma que determina el *decisum* de la sentencia (aplicación en sentido estricto o aplicación eficaz). En este sentido, una norma puede ser “aplicada” en el primer sentido, pero no ser “aplicada” en el segundo, si se produce una antinomia entre dos normas (o entre dos precedentes), o si se considera que hay razones concurrentes que aconsejan desechar la conclusión obtenida de la aplicación (en el primer sentido) de la norma.

La anterior distinción resulta clave en el contexto de los precedentes jurisdiccionales⁶³. Aunque la no aplicación no puede ser considerada, en ninguno de los dos sentidos, como un criterio para afirmar que un precedente ha sido creado (existencia normativa), ambos tipos de aplicación deben ser distinguidos para determinar las condiciones por las que un precedente puede dejar de existir normativamente (*infra* 5.2).

La aplicación (en ambos sentidos) no puede, en primer lugar, ser considerada una condición suficiente para que una decisión cuente como precedente, porque en tal caso no sería posible distinguir entre aquellos casos en los que se aplica la *ratio* de una decisión previa que no satisface los requisitos del ordenamiento jurídico para ser considerada como precedente, por un lado, de aquellos casos en los que sí se satisfacen dichos requisitos, por el otro. Resulta importante mantener esta diferencia porque una decisión que emplea, dentro de su justificación, la *ratio* de una decisión previa que no satisface los requisitos del ordenamiento para contar como precedente, puede ser considerada como una decisión defectuosa y, en último término, ser anulada.

La aplicación, ahora solo en el segundo sentido de aplicación en sentido estricto o eficaz, no puede, en segundo lugar, ser considerada una condición necesaria de la existencia del precedente dado que es perfectamente posible reconocer tal existencia y, pese a ello, considerar que existen razones concurrentes que hacen que no deba ser aplicado⁶⁴, o que hay

⁶¹ PINO (2011), p. 799.

⁶² NÚÑEZ (2020a), pp. 98 y ss.

⁶³ De hecho, se podría diferenciar el seguimiento del *stare decisis*, por un lado, como consideración como relevantes de las *rationes decidendi*, y por el otro, de la efectiva aplicación de aquella. En este sentido, afirma Moral Soriano que “seguir los precedentes no consiste solo en reiterar la jurisprudencia, sino en apartarse, motivadamente, de ella”. Véase MORAL (2002), p. 186.

⁶⁴ Sobre las razones para no aplicar precedentes, véase PULIDO (2018), pp. 143 y ss; DUXBURY (2008), p. 117.

dos precedentes diferentes que llevan a decidir los casos de maneras incompatibles⁶⁵. Es perfectamente posible aceptar la existencia de un precedente, aplicarlo en el primer sentido (aplicación en sentido amplio), pero no emplearlo como premisa que justifica el *decisum* (aplicación en sentido estricto o eficaz).

4. La necesidad de reiteración como requisito para la existencia del precedente: una imposibilidad conceptual

Más allá del particularismo y el escepticismo interpretativo de Taruffo en materia de decisiones jurisdiccionales, la reiteración de decisiones no puede, por razones conceptuales, ser considerada un criterio para que una decisión cuente como precedente. Como ya se ha mencionado, es perfectamente posible —y de hecho sucede— que algunos ordenamientos consideren la reiteración como un requisito para que una decisión cuente como precedente⁶⁶. No obstante, trataremos de mostrar que considerar la reiteración como un requisito de la existencia de los precedentes es un error conceptual.

El requisito de la reiteración puede ser reconstruido de dos formas diferentes. La primera requiere que se haga referencia a la decisión previa en una decisión posterior, al menos en una ocasión. La segunda, considerada la forma típica de la jurisprudencia constante en los ordenamientos del *civil law*, requiere que la *ratio* sea aplicada (aplicación en sentido estricto o eficaz) más de una vez para que una norma (una *ratio decidendi*) cuente como jurisprudencia constante⁶⁷. La diferencia consiste en que en el primer caso es necesaria la referencia expresa a la decisión pasada, mientras que en el segundo caso se requiere que una misma norma sea empleada en diferentes ocasiones, con independencia de que se mencione la decisión pasada en la que ha sido empleada. Analizaremos los problemas de cada reconstrucción por separado.

La primera reconstrucción entiende a los precedentes como decisiones previas que son al menos mencionadas por decisiones posteriores. Ahora bien, esta tesis desconoce que, para poder mencionar D1, el órgano que pronuncia D2 tiene que contar con algún criterio para considerar que D1 es una decisión que expresa una norma relevante para decidir casos similares posteriores. De este modo, la mención de D1 por parte de D2 nos puede decir algo sobre la mayor o menor vinculatoriedad del precedente o de la *ratio* de D1, pero D1 ya es considerada una decisión que satisface los criterios del ordenamiento para poder ser considerada como un precedente. Nadie, dicho de otro modo, mencionará en nuestro contexto una decisión del juzgado de primera instancia de Kaya (Burkina Faso), por mucho que regule exactamente el mismo caso. Si no se menciona tal decisión es porque tenemos un conjunto de criterios previos que nos permiten, antes de su aplicación, identificar determinadas decisiones como precedentes.

La segunda reconstrucción requiere que la misma norma sea aplicada (aplicación en sentido estricto o eficaz) en diferentes decisiones para contar como precedente. Ella incurre en un error similar al de la reconstrucción anterior porque, para saber si la decisión que ha aplicado una norma en el pasado cuenta como jurisprudencia vinculante, se requiere de algún criterio. Si bien al momento de la primera aplicación del precedente puede que aquella no sea obligatoria, igualmente se considera tal decisión como precedente porque satisface los criterios de existencia normativa⁶⁸. De nuevo, la necesidad de aplicación (en sentido estricto o eficaz) nos dice algo acerca del grado de vinculatoriedad de las decisiones pasadas, no sobre su existencia.

⁶⁵ OLIPHANT (1928), pp. 72 y ss.; FRANK (1970), pp. 163 y ss.

⁶⁶ Por ejemplo, la Codificación de Ley de Casación ecuatoriana de 2004 (RO-S 299: 24-mar-2004) exigía que para convertirse en precedente era necesario que aquella se reiterase en tres decisiones. El artículo 1.6 del Código Civil español define, por su parte, la jurisprudencia como doctrina reiterada.

⁶⁷ TARUFFO (2009), p. 559.

⁶⁸ Según Clemente de Diego, la tesis de necesaria reiteración tiene su origen en presentar a la jurisprudencia como una norma de origen consuetudinario, lo que en su opinión constituiría un error. CLEMENTE DE DIEGO (2016), p. 34.

5. La no aplicación como condición de existencia de los precedentes

Si bien la tesis según la cual para que una decisión D1 sea considerada como precedente, su *ratio* ha de ser aplicada por una decisión D2 no parece ser sostenible, la intuición que está detrás no es incorrecta. Bien visto, raramente una decisión que es ignorada por el resto de los órganos jurisdiccionales o incluso por el mismo órgano que la dictó suele ser considerada como un precedente. Ahora bien, del hecho de que una decisión D1 no haya sido aún siquiera mencionada por ningún órgano posterior, no podemos inferir que aquella no sea todavía un precedente. Las cosas son un poco más complejas.

Lo que sí parece plausible es que una decisión que es sistemáticamente ignorada puede perder la condición de precedente por falta de aplicación, aunque satisfaga las condiciones para ser considerada precedente. Para contar como precedente, la *ratio decidendi* ha de ser aplicada. No obstante, para dotar de un sentido más preciso y plausible a esta tesis, es necesario realizar algunas distinciones.

(i) Es necesario precisar a qué se refiere la expresión “aplicación eficaz”. Ello debido a que la eficacia se suele predicar de normas, en tres sentidos diferentes⁶⁹: como seguimiento por parte de los destinatarios⁷⁰, como efectiva aplicación por parte de los jueces⁷¹ y como consecución de los objetivos perseguidos por la norma⁷². Aquí las que nos interesan son las dos primeras nociones, especialmente la segunda.

Pues bien, es posible que una norma sea eficaz en el sentido de que es empleada en un razonamiento jurisdiccional y forma parte de una cadena argumentativa que justifica la decisión del tribunal finalmente adoptada. Esto es lo que hemos llamado aplicación en sentido estricto o eficaz. Podemos entonces decir que una norma que es aplicada en este sentido es una norma eficaz. Por el contrario, para que una norma sea aplicada en sentido amplio es suficiente con que aquella sea empleada como premisa de un razonamiento dentro de la justificación de la decisión jurisdiccional, aunque se rechace la conclusión que se sigue de su aplicación⁷³.

(ii) Hay que precisar si la eficacia se predica en términos individuales o en términos generales⁷⁴. En particular, es indispensable distinguir la tesis según la cual una norma no es eficaz respecto de algún concreto órgano jurisdiccional de aquella según la cual la ineficacia se predica de la totalidad de los órganos jurisdiccionales.

(iii) Hay que distinguir dos formas en las que la eficacia puede ser entendida como condición de existencia de una norma: como condición para adquirir existencia y como condición para perderla⁷⁵. Esta distinción es importante en la medida en que una norma no puede ser eficaz al momento de su emanación, por razones meramente lógicas: no ha habido ocasión en que haya podido ser empleada aún por nadie.

(iv) Es necesario distinguir si la aplicación eficaz es una condición necesaria o si es una condición suficiente para que la norma empleada o mencionada por el órgano previo cuente como precedente.

Con estas precisiones estamos en mejor disposición de reconstruir la tesis según la cual para que una decisión cuente como precedente aquella debe ser aplicada por un órgano jurisdiccional posterior.

⁶⁹ HIERRO (2003), p. 71.

⁷⁰ HIERRO (2003), p. 75.

⁷¹ KELSEN (2005), p. 25.

⁷² GREPPI (2013), p. 154.

⁷³ Sobre las razones para que un precedente pueda ser tenido en cuenta (aplicado en el primero sentido), pero no aplicado (en el segundo sentido), véase PULIDO (2018), pp. 143 y ss.

⁷⁴ HIERRO (2003), p. 78; CALVO (2007), p. 180.

⁷⁵ No se trata de dos categorías complementarias, en el sentido de que cada uno de los tipos de condiciones no puede ser definida como la negación de la otra. Por el contrario, es perfectamente posible que una misma condición sea, al mismo tiempo, condición de adquisición de existencia y también de condición negativa para perderla como, por ejemplo, la no incompatibilidad con normas jerárquicamente superiores en sentido material.

5.1. La aplicación efectiva por parte de algún concreto órgano jurisdiccional como condición necesaria (suficiente o no) para la existencia (creación) del precedente

El objetivo de este apartado es mostrar cómo, a la luz de las distinciones que acabamos de introducir, la tesis analizada resulta claramente implausible.

La tesis en cuestión afirmaría que la aplicación efectiva por parte de algún concreto órgano es condición necesaria (y/o suficiente) para la existencia normativa de la *ratio* y, por tanto, para que haya precedente. Sin embargo, formulada de esta manera, la tesis presta el flanco a diferentes críticas.

En primer lugar, resulta problemático que la aplicación en sentido estricto (o eficaz) como condición de creación (existencia) de los precedentes sea predicada solo respecto de los órganos jurisdiccionales (o solo de los ciudadanos). La razón es que, si nos encontramos con una *ratio decidendi* que es sistemáticamente empleada por los ciudadanos sin que, por tanto, se produzca litigiosidad alguna, esta tesis —al fijarse solo en la aplicación de los órganos jurisdiccionales— tendría problemas para dar cuenta de normas que nadie dudaría de calificar como precedentes existentes, aunque no sean judicialmente aplicadas (aplicación eficaz)⁷⁶.

En segundo lugar, esta tesis presupone que la aplicación eficaz es condición de existencia del precedente. Sin embargo, es perfectamente posible afirmar que un precedente existe, pero no es aplicable⁷⁷, que existen varios precedentes aplicables incompatibles para un mismo caso, o que existe un determinado precedente aplicable pero que aquel cede frente a otras razones⁷⁸. Es más, para poder anular (derogar) un precedente es necesario que la decisión previa sea considerada, justamente, como precedente⁷⁹. Es posible, por tanto, reconocer la existencia de un precedente, incluso aplicarlo en sentido amplio y que, sin embargo, aquel no sea aplicado en sentido estricto, como sucede cuando se distinguen precedentes.

En tercer lugar, ningún (cualquier) órgano jurisdiccional tiene individualmente la capacidad de establecer que una decisión sea considerada como precedente, al menos si la identificación de precedentes no está basada en normas puramente procedimentales. Por el contrario, la aplicación como condición de existencia de precedentes solo tiene sentido cuando es predicada de la colectividad de jueces⁸⁰.

En cuarto lugar, y de manera similar a lo que sucede con algunas tesis sobre la costumbre en el derecho⁸¹, esta tesis presupone un error por parte del órgano jurisdiccional que sigue por primera vez la decisión pasada. En efecto, quien primero aplica la *ratio* de una decisión pasada D1 en un caso posterior D2 incurriría en un error al justificar su decisión con base en la decisión anterior, puesto que aquella no es todavía un precedente.

En quinto lugar, esta tesis vuelve opacos los criterios empleados por los órganos jurisdiccionales para identificar una decisión como precedente. Si bien los órganos jurisdiccionales pueden tener un poder discrecional amplio para considerar (o no) una decisión

⁷⁶ KELSEN (2005), pp. 25, 223.

⁷⁷ GARAY (2013), pp. 235 y ss.; PULIDO (2018), p. 146.

⁷⁸ Th. Marshall ofrece una lista de cosas que se pueden hacer con precedentes, que constituye una ingeniosa lista de formas de evitar su aplicación. Ninguna de ellas niega la condición de precedente a aquel que no es aplicado. MARSHALL (1996), pp. 29 y ss.

⁷⁹ Por ejemplo, el Tribunal Constitucional chileno, en una reciente sentencia acerca de la despenalización del aborto (Tribunal Constitucional, Rol N° 3729-17, de 28 de agosto de 2017), ha considerado como relevantes dos decisiones previas suyas (Tribunal Constitucional, Rol N° 220-95, de 13 de agosto de 1995 y Tribunal Constitucional, Rol N° 740-08, de 18 de abril de 2008) —discutiendo ambas, considerando que eran entre sí contradictorias— pero ha decidido modificar explícitamente su criterio, empleando una norma distinta para decidir. Para un análisis de la derogación de precedentes (*overruling*), véase MARINONI (2013), pp. 445 y ss.

⁸⁰ Cuando, no obstante ello, son los órganos de cierre del ordenamiento quienes señalan que una determinada decisión cuenta como precedente aún no satisfaciendo los criterios para contar como tal, es posible afirmar que aquellos están modificando los criterios de identificación de los precedentes. Pero de ahí no se sigue que la actividad de los órganos de cierre no esté gobernada por normas (FERRER (2010), p. 177). Véase, en específico sobre el aspecto colectivo en el reconocimiento de los precedentes, MAGALONI (2001), p. 23.

⁸¹ BOBBIO (2010), p. 53.

previa como precedente⁸², dicha decisión está sujeta a normas. La identificación puntual de una decisión jurisdiccional previa como precedente en violación de dichos criterios no supone todavía un cambio de los criterios de identificación de los precedentes. Antes bien, en la medida en que muchas veces se trata de normas implícitas cuya conformación no está atribuida a ningún órgano en particular, tal norma no se ve modificada por singulares actos de identificación de concretas decisiones jurisdiccionales como precedentes.

Parece, por tanto, que podemos descartar definitivamente la tesis según la cual para que una decisión cuente como precedente es necesaria su previa aplicación eficaz. Como veremos enseguida, la no aplicación (en ambos sentidos) sí constituye una condición suficiente para que una decisión jurisdiccional deje de ser considerada un precedente.

5.2. La no aplicación jurisdiccional generalizada como condición suficiente de la pérdida de existencia de los precedentes

Aunque no se puede considerar que la aplicación eficaz por parte solo de los jueces, y menos aún de un solo órgano jurisdiccional, sea condición necesaria ni suficiente para establecer la existencia de precedentes, sí es plausible afirmar que un precedente que sea completamente ignorado —del mismo modo que una norma de origen legislativo— deja de existir como precedente. Dicho de otro modo: los precedentes pueden caer en *desuetudo*⁸³ si nunca son aplicados de manera eficaz y son sistemáticamente no tenidos en cuenta (aplicados en sentido amplio). Con las distinciones anteriormente introducidas, ahora es posible ofrecer una primera versión⁸⁴ más plausible de esta tesis.

En primer lugar, para que la aplicación eficaz del precedente sea relevante para determinar su pérdida de existencia, aquella debe ser predicada conjuntamente tanto por parte de jueces como por parte de los ciudadanos⁸⁵. En caso contrario, si se prescindiera de cualquiera de las dos, podría considerarse que una decisión jurisdiccional ha dejado de existir como precedente pese a ser empleada, alternativamente, bien por los jueces bien por los ciudadanos⁸⁶.

En segundo lugar, y limitándonos por simplicidad solo a los órganos jurisdiccionales, tal ausencia de aplicación eficaz debe ser predicada de la globalidad de los jueces, no solo de un determinado órgano. Aunque esta propiedad es problemática, pues vuelve a la ineficacia una propiedad vaga⁸⁷, no resulta plausible considerar que basta la no aplicación puntual por parte de un solo (cualquier) órgano para que el precedente deje de existir por falta de aplicación eficaz. Desde luego, la no aplicación eficaz de un precedente por parte de una corte de cierre puede hacer que también dejen de aplicarlo los demás tribunales. De un acto puntual de no aplicación no podemos concluir que un precedente deja de existir porque se estaría infiriendo la misma consecuencia a la desviación puntual que a la pérdida generalizada de eficacia⁸⁸.

En tercer lugar, la ineficacia puede constituir condición suficiente para que un precedente pierda su existencia, pero no para que adquiera existencia⁸⁹. La razón es sencilla: para que un órgano jurisdiccional posterior pueda emplear una decisión precedente en su justificación, ha de disponer de algún criterio que permita identificarla como un precedente.

Sin embargo, no basta la falta de aplicación eficaz para que podamos afirmar que un precedente ha dejado de existir. Es además necesario que el precedente tampoco sea aplicado en sentido amplio ya que, en caso contrario, no seríamos capaces de dar cuenta del caso de

⁸² LLEWELLYN (1950), p. 401; NÚÑEZ (2016a), pp. 142 y ss.

⁸³ KELSEN (2005), p. 224.

⁸⁴ Se trata de una primera versión debido a que no afrontamos los problemas que ha señalado, entre otros CALVO (2007), pp. 179 y ss., acerca de si la desuetudo en Kelsen debe ser reconstruida como un problema de sucesión de normas o como una antinomia.

⁸⁵ KELSEN (2005), p. 224.

⁸⁶ CALVO (2007), p. 174.

⁸⁷ HIERRO (2003), pp. 75 y ss.

⁸⁸ CALVO (2007), p. 180.

⁸⁹ KELSEN (2005), pp. 220 y ss.

precedentes de cuya existencia nadie duda pero que regulan un tipo de caso muy específico. Tal sería el caso de aquellos precedentes que han sido distinguidos, limitando su ámbito de aplicación a casos inusuales, pero que son aplicados (en sentido amplio) en decisiones jurisdiccionales, aunque sea solo para descartar su aplicación eficaz⁹⁰.

6. Una breve conclusión

El objetivo del presente trabajo ha sido modesto: descartar la tesis según la cual, para que un precedente exista, es necesario que haya sido aplicado. Para ello hemos partido analizando, en primer lugar, qué podemos entender por precedente, *ratio decidendi* y *stare decisis*. Por “precedente” hemos entendido aquella decisión jurisdiccional que contiene una norma relevante para la decisión de casos posteriores, lo que implica que modifica, al menos *prima facie*, la calificación normativa de un comportamiento. Por “*ratio decidendi*” hemos entendido aquella norma dotada de relevancia normativa para casos posteriores. Por último, hemos definido “*stare decisis*” como un conjunto de normas que establecen, entre otras cosas, el grado de relevancia de los precedentes y los criterios para identificar qué decisiones cuentan como precedentes.

En el segundo apartado, hemos presentado una tesis acerca de qué significa afirmar que existe una decisión jurisdiccional, un precedente y una *ratio decidendi*. Para ello hemos distinguido entre existencia empírica y existencia normativa de cada una de estas entidades. Hemos sostenido que la identificación de decisiones, precedentes y *rationes decidendi* son actividades basadas en normas. También hemos argumentado que decir que existe un precedente es afirmar que un órgano ha dictado una resolución que satisface algunos requisitos para ser considerado una decisión jurisdiccional, y que dicha decisión satisface los criterios de identificación de precedentes.

En el tercer apartado, hemos analizado la tesis de Taruffo según la cual los precedentes son creados por los órganos que consideran una decisión previa como precedente. Hemos mostrado como, en el caso de Taruffo, esta tesis se apoya en otras dos: el escepticismo radical en interpretación de sentencias y el particularismo jurídico. Ninguna de ambas tesis resulta plausible, al menos en relación con los precedentes.

En el cuarto apartado, hemos sostenido que, incluso allá donde el ordenamiento jurídico prevé la aplicación como condición de existencia de los precedentes, aquello se debe a un malentendido conceptual. Si la reiteración es en aquellos ordenamientos relevante, lo es en relación con grado de vinculatoriedad de los precedentes, no a su existencia.

Finalmente, hemos mostrado que la eficacia de un precedente no puede ser condición necesaria ni suficiente de su existencia. No obstante, es posible reconstruir la intuición según la cual los precedentes ignorados dejan de ser precedentes a través de la *desuetudo*, como pérdida de existencia normativa por falta de aplicación en los dos sentidos precisados.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AARNIO, AULIS (1996): “I precedenti e la loro validità”, en: *Ragion Pratica* (Nº 6), pp. 9-18.
- _____ (2008): *Derecho, racionalidad y comunicación social* (México, Fontamara).
- ALCHOURRÓN, CARLOS Y BULYGIN, EUGENIO (2013): *Sistemas normativos* (Buenos Aires, Astrea).
- BERNAL PULIDO, CARLOS (2008): “El precedente en Colombia”, en: *Revista Derecho del Estado* (Nº 21, 1), pp. 81-94.
- BOBBIO, NORBERTO (2010): *La consuetudine come fatto normativo* (Torino, Giappichelli).

⁹⁰ MARSHALL (1996), p. 30; MARINONI (2013), p. 368; NÚÑEZ (2016a), p. 148.

BUSTAMANTE, THOMAS (2014): “La interpretación y la fuerza gravitacional de los precedentes”, en: Benavides, José Luis (Comp.), *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencia y administrativo* (Bogotá, Universidad del Externado).

CALVO, RAÚL (2007): “La ineficacia de las normas jurídicas en la Teoría Pura del Derecho”, en: *Isonomía* (Nº 27), pp. 171-191.

CARACCILO, RICARDO (1997): “Existencia de normas”, en: *Isonomía* (Nº 7), pp. 159-178.

CHIASSONI, PIERLUIGI (2012): “¿Son vinculantes los precedentes judiciales civiles?”, en: Chiassoni, Pierluigi, *Desencantos para abogados realistas* (Bogotá, U. del Externado), pp. 211-265.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN (2017): “El estatus del embrión humano en la sentencia sobre aborto del Tribunal Constitucional”, en: *Diario Constitucional.cl*, 4-9-2017. Disponible en: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-estatus-del-embrion-humano-en-la-sentencia-sobre-aborto-del-tribunal-constitucional> [visitado: 2 de agosto de 2019].

CROSS, RUPERT Y HARRIS, JAMES W. (2012): *El precedente en el derecho inglés* (Madrid, Marcial Pons).

DÍEZ SASTRE, SILVIA (2008): *El precedente administrativo* (Madrid, Marcial Pons).

DUXBURY, NEIL (2008): *The Nature and Authority of Precedent* (Cambridge, Cambridge University Press).

FERRER BELTRÁN, JORDI (2010): “Sobre la posibilidad del error y desacuerdos irrecusables en el Derecho”, en: Moreso, José Juan; Prieto Sanchís, Luis y Ferrer Beltrán, Jordi, *Los desacuerdos en el derecho* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo), pp. 147-184.

_____ (2016): “El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial”, en: Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez, Carmen (Comps.), *Debatiendo con Taruffo* (Madrid, Marcial Pons), pp. 177-192.

FRANK, JEROME (1970): *Law and the Modern Mind* (Gloucester, Peter Smith).

GARAY, ALBERTO (2013): *La doctrina del precedente en la Corte Suprema* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO (2012): “Sobre el precedente judicial como argumento y como norma”, en: Otero, Milagros María y Puy, Francisco (Eds.), *Tópica, retórica y dialéctica en la jurisprudencia* (Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela), pp. 163-176.

GÓMORA JUÁREZ, SANDRA (2020): *Un análisis conceptual del precedente judicial* (Ciudad de México, UNAM).

GONÇALVES, RODRIGO (2020): “La regla del precedente en el sistema de justicia civil brasileño. Un modelo sui generis”, en: Gascón Abellán, Marina y Núñez Vaquero, Álvaro (Eds.), *La construcción del precedente en el civil law* (Barcelona, Atelier), pp. 55-82.

GRÁNDEZ, PEDRO (2017): “Las peculiaridades del precedente constitucional en el Perú”, en: Grández, Pedro y Carpio, Edgard (Comps.), *Estudios al precedente constitucional* (Lima, Palestra), pp. 79-106.

GREPPI, ANDREA (2013): “Eficacia”, en: *Eunomía* (Nº 3), pp. 150-159.

GUASTINI, RICCARDO (2013): *Distinguendo ancora* (Madrid, Marcial Pons).

_____ (2017A): *La sintaxis del derecho* (Madrid, Marcial Pons).

_____ (2017B): *Saggi scettici sull'interpretazione* (Torino, Giappichelli).

HIERRO, LIBORIO (2003): *La eficacia de las normas jurídicas* (Barcelona, Ariel).

HUNTER AMPUERO, IVÁN (2020): "Precedentes administrativos", en: Núñez Vaquero, Álvaro; Arriagada Cáceres, María Beatriz y Hunter Ampuero, Iván (Coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica* (Valencia, Tirant lo Blanch) (en prensa).

ITURRALDE, VICTORIA (2013): "Precedente judicial", en: *Eunomía* (Nº 4), pp. 194-201.

_____ (2015): "El precedente como fuente de interpretación (perspectiva desde el derecho continental)", en: Bustamante, Thomas y Bernal Pulido, Carlos (Comps.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (Bogotá, Universidad del Externado), pp. 231-262.

KAUFMANN-KHOLER, GABRIELLE (2007): "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?", en: *Arbitration International* (Vol. 23, Nº 3), pp. 357-378.

KELSEN, HANS (2005): *Teoría pura del derecho* (México, Porrúa).

_____ (2017): "¿Se convertirá la sentencia del juicio de Núremeberg en un precedente para el derecho internacional? (Bogotá, Universidad del Externado).

LEGARRE, SANTIAGO (2016): *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación* (Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma).

LEITER, BRIAN (2012): *Naturalismo y teoría del derecho* (Madrid, Marcial Pons).

LLEWELYN, KARL (1950): "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes are to Be Construed", en: *Vanderbilt Law Review* (Vol. 3, Nº 3), pp. 395-406.

LUPO, NICOLA (2003): *Il precedente parlamentare tra diritto e politica* (Bologna, Il Mulino).

MACCORMICK, NEIL Y SUMMERS, ROBERT (2016): *Interpreting Precedents* (London, Routledge)

MAGALONI KERPEL, ANA LAURA (2001): *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano* (Madrid, MacGraw-Hill).

MARINONI, LUIZ (2013): *Precedentes obligatorios* (Lima, Palestra).

MARSHALL, TH. (1996): "Trentatré cose che si possono fare con un precedente", en: *Ragion Pratica* (Nº 6), pp. 29-34

MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ Y COVARRUBIAS CUEVAS, IGNACIO (2018): "La ley "protege" la vida del que está por nacer: ¿En qué situación ha quedado el concebido, pero no nacido a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional?", en: Casas, Lidia y Maira Vargas, Gloria (Comps.), *Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 N.º 1 de la Constitución Política: Reflexiones sobre la constitucionalidad de la ley de despenalización del aborto en tres causales* (Santiago de Chile, UDP), pp. 105-116.

MORAL SORIANO, LEONOR (2002): *El precedente judicial* (Madrid, Marcial Pons).

MORESO, JOSÉ JUAN Y NAVARRO, PABLO (1996): "Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas", en: *Isonomía* (Nº 5, octubre), pp. 119-139.

NÚÑEZ VAQUERO, ÁLVARO (2016A): "Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis", en: *Doxa*, (Nº 39), pp. 127-156.

_____ (2016B): "Regulación de la interpretación", en: *Eunomía* (Nº 11), pp. 163-175.

_____ (2018): "Precedente en materia de hechos", en: *Revista de Derecho* (Valdivia) (Vol. 31, Nº 1), pp. 51-78.

_____ (2020A): "La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes", en: Gascón Abellán, Marina y Núñez Vaquero, Álvaro (Eds.), *La construcción del precedente en el civil law* (Barcelona, Atelier), pp. 81-106.

_____ (2020B): “¿Violan los precedentes la independencia judicial interna?”, en: Revista de Derecho PUCP (Nº 84), en prensa.

OROZCO MUÑOZ, MARTÍN (2011): La creación judicial del derecho y el precedente vinculante (Navarra, Aranzadi).

OLIPHANT, HERMAN (1928): “A return to stare decisis”, en: American Bar Association Journal (Vol. 14, Nº 2), pp. 71-76.

PASSANANTE, LUCA (2018): Il precedente impossibile. Contributo allo studio di diritto giurisprudenziale nel processo civile (Torino, Giappichelli).

PECZENIK, ALEKSANDER (2003): Derecho y razón (México, Fontamara).

PINO, GIORGO (2011): “L’applicabilità delle norme gurdiche”, en: Diritto e Questioni Pubbliche (Nº 11), pp. 797-87.

PULIDO ORTIZ, FABIO (2018): Jueces y reglas (Bogotá, Universidad de La Sabana).

RAZ, JOSEPH (1985): La autoridad del derecho (México, UNAM).

ROMERO SEGUÉL, ALEJANDRO (2012): “La sentencia como medio de prueba”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 39, Nº 2), pp. 251-276.

SCHAUER, FREDERICK (2013): Pensar como un abogado (Madrid, Marcial Pons).

SOROCKINAS, DAVID (2020): “Un análisis sobre la formación del precedente”, en: Gascón Abellán, Marina y Núñez Vaquero, Álvaro (Eds.), La construcción del precedente en el civil law (Barcelona, Atelier), pp. 55-82.

TARUFFO, MICHELE (1996): “Per un’analisi comparata del precedente giudiziario”, en: Ragion Pratica (Nº 6), pp. 55-64.

_____ (2009): Páginas sobre jurisprudencia civil (Madrid, Marcial Pons).

_____ (2014): “La jurisprudencia entre casuística y uniformidad”, en: Revista de Derecho (Valdivia) (Vol. 27, Nº 2), pp. 9-19.

TROPER, MICHEL (1999): “Una teoria realista dell’interpretazione”, en: Materiali per una storia della cultura giuridica (XXIX, Nº 2), pp. 473-494.

ZANETTI JR., HERMES (2015): El valor vinculante de los precedentes (Lima, Raguel).

JURISPRUDENCIA CITADA

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE SENADORES RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 7º, 10 Y 11 DEL PROYECTO DE LEY SOBRE TRASPLANTES DE ÓRGANOS (1995): Tribunal Constitucional 13 agosto 1995 (Requerimiento de inconstitucionalidad) en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/>.

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO EN CONTRA DE ALGUNAS DISPOSICIONES DE LAS “NORMAS NACIONALES SOBRE REGULACIÓN DE LA FERTILIDAD”, APROBADAS POR EL DECRETO SUPREMO Nº 48, DE 2007, DEL MINISTERIO DE SALUD (2008): Tribunal Constitucional 18 abril 2008 (Requerimiento de inconstitucionalidad) en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/>.

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE SENADORES, QUE REPRESENTAN MÁS DE LA CUARTA PARTE DE LOS MIEMBROS EN EJERCICIO, RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE REGULA LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES, CORRESPONDIENTE AL

BOLETÍN N° 9895-11 (2017): Tribunal Constitucional 28 agosto 2018 (Requerimiento de inconstitucionalidad) en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/>.

COLOMBIA:

SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE COLOMBIA (SALA PENAL), 10 de abril de 2013, 39456, Acta n.º 106.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

CODIFICACIÓN DE LEY DE CASACIÓN ECUATORIANA. RO-S 299, 24 de marzo de 2004.

CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA. 1889.