

**PRECEDENTES JUDICIALES EN EL DERECHO:
QUÉ, CÓMO Y PARA QUÉ**

*Por el Dr. Pedro A. Caminos
Instituto de Metodología de las Ciencias Sociales*

PRECEDENTES JUDICIALES EN EL DERECHO: QUÉ, CÓMO Y PARA QUÉ

Por el Dr. Pedro A. CAMINOS

De manera provisoria, podemos decir que un precedente es una norma *inferida* a partir de una decisión previa que es relevante para la adopción de una decisión en el presente. Cuando hablamos de un precedente *judicial*, la decisión previa es adoptada por un tribunal judicial a través de una sentencia que resuelve un caso o controversia o que califica a determinado planteo como uno en el que existe, o no, un caso o controversia. A su vez, la noción de inferencia es utilizada aquí en un sentido amplio que no se reduce al concepto propio de la lógica. En nuestro contexto, asumimos que las sentencias judiciales están *fundamentadas*. Ello quiere decir que los jueces argumentan a favor de la selección de ciertas premisas, normativas y fácticas, a partir de las cuales derivarán de manera deductiva una solución para el caso. Este último paso se denomina justificación interna de la decisión judicial, mientras que el primero, la argumentación a favor de la selección de ciertas premisas, recibe el nombre de justificación externa.¹ La inferencia

¹ El punto de partida de la distinción entre justificación interna y externa es Jerzy Wróblewski, "Legal Decision and its Justification", *Logique et Analyse*, 14(53-54) (1971): 409-419, 412. Véase, también,

a la que nos referimos es un razonamiento que adopta como premisa a alguno de los elementos de la justificación externa de la sentencia. La conclusión de ese razonamiento es una norma. Para que pueda servir como guía para casos futuros, esa norma debe regular una *clase de acciones*, y no, únicamente, a un caso individual. Se trata, entonces, de una norma general en cuanto a su ámbito material de aplicación.

El estatus jurídico de la norma en cuestión dependerá, entre otras cosas, de que exista una norma jurídica que, a su vez, autorice a considerar como jurídicas a las normas generales inferidas a partir de sentencias judiciales. Cuando ello ocurre, se dice que los precedentes son obligatorios para los jueces. De acuerdo con la tradición, se denomina *staredecisis* a la obligatoriedad de los precedentes. Dado que los poderes judiciales suelen estar organizados de manera jerárquica, a veces se habla de obligatoriedad *vertical* de los precedentes, para hacer alusión al hecho de que los tribunales inferiores deben acatar las decisiones precedentes de sus superiores, y se la distingue de la obligatoriedad *horizontal* de los precedentes, que se refiere a la obligación de un tribunal, incluso uno supremo, de seguir sus propios precedentes.

Sin embargo, la existencia del *staredecisis* puede deberse a otros factores, además de la existencia de una norma jurídica que lo establezca. En efecto, puede tratarse de un elemento que forma parte integrante de una determinada *cultura jurídica*. La noción de cultura jurídica es sumamente compleja y controvertida, y no será objeto de análisis aquí. Sin embargo, el derecho, entendido como práctica social, consiste en un conjunto de acciones que tienen significado y sentido para los agentes que las llevan adelante en la medida en que responden a ciertas convenciones culturales, relativamente compartidas. Entre tales convenciones, hay algunas profundas que permiten identificar a ciertos argumentos como *jurídicamente aceptables* (para cierta cultura). En ocasiones,

Robert Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung* (Frankfurt: Suhrkamp, 1978), 273-284; Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1978), 53-72; Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification* (Dordrecht: D. Reidel, 1987), 119-120.

existen convenciones más poderosas que indican cuál es la *solución correcta* (para cierta cultura) de un determinado problema jurídico. En gran medida, abogados, jueces y juristas se familiarizan con las convenciones constitutivas de su cultura jurídica en la medida en que participan en el proceso formativo de socialización que comienza en la facultad de derecho. Allí, *internalizarán* las convenciones más profundas, que, muchas veces, son utilizadas de manera implícita, y tomarán contacto con las otras, de un modo más explícito, a través de su estudio. El punto relevante es que una cultura jurídica puede incluir una convención profunda que indique la *aceptabilidad jurídica* del uso del *stare decisis* o, incluso, una convención más fuerte según la cual la *solución correcta* de ciertos casos consista en la aplicación del *stare decisis*.²

La adopción del *stare decisis* en el derecho inglés, que dio lugar al *common law* en ese país, parece haber seguido precisamente ese camino, es decir, que lentamente, tras una cierta evolución que tuvo lugar en el siglo diecinueve, los jueces comenzaron a aceptar la obligatoriedad de seguir precedentes como solución aceptable para la decisión de casos.³

Si, como habremos de explicar más adelante, las normas jurídicas son el producto de decisiones interpretativas y si, a su vez, una interpretación en el ámbito del derecho tiene como contexto a determinada cultura jurídica, entonces la primera variante de existencia del *stare decisis*, aquella en la que el sistema jurídico incluye una norma que establece la obligatoriedad de los precedentes, no sería otra cosa que una versión posible de la

² Roger Cotterrell, *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory* (Aldershot: Ashgate, 2006), 88-92; Jack M. Balkin, *Constitutional Redemption, Political Faith in an Unjust World* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011), 178-182. De ese modo, la calificación de un cierto problema jurídico como un “caso fácil” depende más de la cultura jurídica que de las propiedades del caso en sí o de la estructura del lenguaje, pues si existiera una única respuesta jurídicamente admisible para el mismo, (en esa cultura jurídica), los participantes de la práctica no percibirán ninguna dificultad para su resolución. Véase Frederick Schauer, “Easy Cases”, *Southern California Law Review*, 58 (1985): 399-440, 419-420. De manera más general, se ha argumentado que el significado literal de una expresión depende de ciertas asunciones que conforman el contexto en el que ella fue emitida. Véase John R. Searle, “Literal Meaning”, en *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech Acts* (Cambridge: Cambridge University Press, 1979), 117-136. Las convenciones serían esas asunciones y la cultura jurídica, el contexto.

³ Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent* (Nueva York: Cambridge University Press, 2008), 31-37; Jim Evans, “Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century”, en *Precedent in Law*, ed. Laurence Goldstein (Oxford: Clarendon Press, 1987), 35-72.

segunda. De ahí que los expertos en derecho comparado suelen afirmar que la distinción entre la tradición del *common law* y la del derecho civil o continental se explique menos en contenidos normativos diversos que en las diferentes creencias de los participantes en las respectivas prácticas.⁴ Y que, en gran medida, la práctica de los sistemas jurídicos occidentales consista más en la integración entre el derecho legislado y el derecho judicial, que en la exclusividad o primacía de alguno de ellos.⁵

En la práctica jurídica argentina, todos los participantes, es decir, abogados, juristas y jueces, incluyendo a la Corte Suprema, utilizamos precedentes de la misma Corte en materia constitucional, aun cuando no todos explícitamente acepten que ellos son obligatorios.⁶ Es decir que, en nuestro ámbito, existe una convención según la cual invocar un precedente de la Corte cuenta como un argumento jurídicamente aceptable en temas constitucionales. En ese contexto, la Corte Suprema considera que, para cumplir con el deber de fundamentar una sentencia, los jueces de los tribunales inferiores deben aplicar los precedentes de la propia Corte, salvo que hagan explícitas las razones que justificarían un apartamiento.⁷ De modo que, para la Corte, sus propios precedentes son algo más que argumentos aceptables. En gran medida, el debate en la Argentina consiste en determinar qué es ese “algo más”.

⁴ Véase, por ejemplo, John Henry Merryman y Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (3ª ed., Stanford: Stanford University Press, 2007), 39-47: “La diferencia relevante entre los procesos judiciales del derecho civil y del *common law* no está en lo que los tribunales hacen de hecho, sino en lo que el folklore dominante dice que ellos hacen” (47, mi traducción). Véase, también, Genaro R. Carrió, “Sobre las Creencias de los Juristas y la Ciencia del Derecho”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 1(2) (2004): 111-126.

⁵ Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982), 163-166; Peter L. Strauss, “On Resegregating the Worlds of Statute and Common Law”, *Supreme Court Review*, 9 (1994): 429-540; Vincy Fon y Francesc Parisi, “Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis”, *International Review of Law and Economics*, 26 (2006): 519-535; Allen Shoenberger, “Change in the European Civil Law Systems: Infiltration of the Anglo-American Case Law System of Precedent into the Civil Law System”, *Loyola Law Review*, 55 (2009): 5-21

⁶ Genaro R. Carrió, *Cómo Fundar un Recurso. Nuevos Consejos Elementales para Abogados Jóvenes* (2ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005), 80-84; Alberto F. Garay, *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013), 19-29.

⁷ CSJN, “Cerámica San Lorenzo”, 04/07/1985, Fallos 307:1094.

En este trabajo, más que analizar en qué consiste la doctrina de la Corte, queremos identificar en qué consiste construir un razonamiento jurídico con base en un precedente. Para ello, en primer lugar, trazaremos un mapa conceptual del razonamiento jurídico, repasando las formas típicas de argumentar en el derecho. Luego, procuraremos explicar qué es un precedente judicial con cierto nivel de sofisticación. Finalmente, trataremos de dar cuenta cuál es el rol que los precedentes cumplen en el derecho.

Razonamiento Jurídico: un Mapa Conceptual.

Razonando con Reglas

Para explicar cómo es posible elaborar un razonamiento jurídico mediante el uso de precedentes, primero es conveniente ilustrar en qué consisten tales razonamientos. Es que, como sostuvo Neil MacCormick, una teoría del precedente tiene sentido en el contexto de una teoría de la justificación de las decisiones judiciales.⁸ Comencemos por el esquema más sencillo: la aplicación de una regla. Las reglas son normas que correlacionan un caso genérico, o supuesto de hecho, con una solución normativa. Un caso genérico se compone de una o más propiedades. Una solución normativa es la calificación deóntica de una acción, es decir, determinar que ella esté permitida, prohibida o es obligatoria.

Así, por ejemplo, si un productor agropecuario contrata un seguro contra granizo, y paga la prima, entonces entre él y la aseguradora existe una relación jurídica regulada por una regla que estipula lo siguiente: “Si durante la vigencia del contrato de seguro graniza y ello destruye todo o parte de lo sembrado en el campo del productor, es obligatorio para la aseguradora pagarle al productor una indemnización que cubra los daños provocados por el granizo”. En esta hipótesis, el caso genérico se compone de dos propiedades: que caiga granizo sobre el campo del productor durante la vigencia del contrato de seguro y que el granizo destruya todo o parte de lo

⁸ Neil MacCormick, “Why Cases Have Rationes and What These Are”, en *Precedent in Law*, ed. Laurence Goldstein (Oxford: Clarendon Press, 1987), 155-156.

sembrado. La solución normativa es una acción, la de la aseguradora de pagarle la indemnización al productor, calificada deónticamente como obligatoria. Si un día ocurre que, efectivamente, cae granizo durante la vigencia del contrato de seguro, entonces estaremos frente a un evento, que denominamos caso individual.⁹

Ahora bien, para que la regla sea *aplicable* al caso individual o, lo que es lo mismo, para que éste sea *subsumible* en aquélla, se requiere que en el caso individual se instancien las propiedades que configuran el caso genérico. Por ello, a aquéllas se las denomina, en ocasiones, *condiciones de aplicación* de una norma. Si un caso individual satisface las condiciones de aplicación, entonces la regla es aplicable y corresponde seguir, en principio, el contenido de la solución normativa.¹⁰ Dicho de otro modo, que un caso individual sea subsumible en una regla constituye, junto con la propia existencia de la regla, una *razón para actuar* de acuerdo con lo previsto en la solución normativa.¹¹

Ahora bien, imaginemos que un productor contrata un seguro contra granizo y que, un día, se presenta ante un juez y demanda a la aseguradora para que le pague la indemnización respectiva. Asumamos, para simplificar, que la aseguradora reconoce la existencia del contrato, de modo tal que no hay dudas con respecto a la existencia de la regla. El punto, entonces, es si se

⁹Para la distinción entre caso genérico y caso individual, así como también sobre el concepto de solución normativa y la noción de norma, o regla, como correlación entre un caso genérico y una solución normativa, véase Georg Henrik von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry* (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1963), 36 y 168-188; Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems* (Viena: Springer, 1971), 27-30 y 34-43.

¹⁰En el texto nos referimos a la aplicabilidad *interna* de una regla a un caso individual. Sin embargo, ella debe ser distinguida de la aplicabilidad *externa* de una regla a un caso individual, la cual se da si, a su vez, existe una norma que le impone al juez el deber de aplicar la regla a un caso individual. Véase Pablo E. Navaro y José Juan Moreso, "Applicability and Effectiveness of Legal Norms", *Law and Philosophy*, 16(2) (1997): 201-219; Pablo E. Navaro *et al.*, "Applicability of Legal Norms", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 17(2) (2004): 337-359.

¹¹Sobre las características de las reglas y su aplicación, véase von Wright, *Norm and Action*, 70-92; Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *A Theory of Legal Sentences*, trad. Ruth Zimmerling (Dordrecht: Kluwer, 1998), 12-13; Larry Alexander y Emily Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning* (Nueva York: Cambridge University Press, 2008), 31-63; Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009), 13-35; William Twining y David Miers, *How to Do Things with Rules. A Primer of Interpretation* (5ª ed., Nueva York: Cambridge University Press, 2010), 80-87; Cass R. Sunstein, "Problems with Rules", *California Law Review*, 83(4) (1995): 953-1026, 961-962.

produjo un caso individual que sea subsumible en ella. Si no estuviera tampoco en discusión que cayó granizo en el campo del reclamante, éste debería demostrar que la siembra fue dañada como consecuencia de ese hecho. En caso de no poder hacerlo, no se cumpliría con la segunda condición de aplicación y, por esa razón, el juez debería rechazar la demanda. En este caso, el juez debe decidir si cierto hecho ocurrió o no. A ello se lo denomina *cuestión de hecho*. Asumamos, ahora, que, en lugar de granizar, un día cayó aguanieve sobre el campo, y que ella destruyó parte de la siembra. Imaginemos también que la aseguradora no niega que las cosas ocurrieron de ese modo. Pero, alega que, como la aguanieve no es granizo, no se da en el caso la primera condición de aplicación y, por lo tanto, el reclamo debe ser rechazado. Por su parte, el productor sostiene que la aguanieve debe ser considerada como una forma de granizo y, por lo tanto, que el caso individual es subsumible en la regla. Aquí el juez no debe resolver una cuestión de hecho. En cambio, tiene que *calificar jurídicamente un hecho*. Es decir que debe determinar si, a los efectos de la regla, la aguanieve cuenta como granizo. Finalmente, podría ocurrir que el granizo efectivamente destruyó parte de la siembra del productor pero que la aseguradora rechace el reclamo argumentando que no se celebró contrato alguno por lo que no corresponde otorgar cobertura. Es decir que el juez deberá indagar si la regla existió. Para ello, deberá analizar las normas que regulan la celebración de los contratos de seguros, formuladas, en nuestro país, en el Código Civil y Comercial y en la Ley de Seguros. A la decisión respecto del encuadre jurídico de un caso se la denomina *cuestión de derecho*.

Es interesante advertir que, aunque se trate de tres actividades diferenciadas, existen conexiones entre ellas. Una cuestión de hecho presupone la previa identificación de una regla, pues el hecho cuya existencia debe ser determinada es un caso individual que instancie las propiedades que configuran las condiciones de aplicación de aquella. A su vez, para calificar jurídicamente a un hecho, es necesario determinar cuál es la extensión que poseen tales propiedades. Finalmente, establecer la existencia o vigencia de una regla requiere establecer si ocurrieron

ciertos hechos que, a su vez, están regulados o constituidos por otras reglas. En nuestro ejemplo, será necesario determinar qué establece el Código Civil y Comercial en materia de contratos, junto con la normativa específica en materia de seguros. Sólo así el juez podrá determinar si las partes en el juicio efectivamente celebraron un contrato de seguro contra granizo y, en su caso, si el mismo sigue vigente en función de un eventual incumplimiento en el pago por parte del productor agropecuario.

Esta última aclaración es relevante porque nos permite introducir una distinción entre reglas primarias, o de conducta, y reglas secundarias, o institucionales. Las reglas primarias son las que regulan la conducta de las partes, calificando deónticamente acciones. En general, aunque no siempre, ellas son el fundamento de los reclamos que las personas articulan ante los jueces. Las reglas institucionales, en cambio, regulan el modo en que otras reglas pueden ser creadas, modificadas o derogadas. La regla que obliga a la aseguradora a pagarle al productor una indemnización si el granizo destruye todo o parte de su siembra es primaria. Las reglas que establecen cómo se celebra el contrato de seguro son secundarias. Entre tales reglas institucionales, existen algunas que se denominan reglas de adjudicación, o reglas del sistema del juez, que regulan específicamente el modo y las condiciones en las que un juez resuelve un caso.¹²

Un ejemplo de esta clase de reglas son las que disponen los plazos de prescripción liberatoria. Este instituto impide la posibilidad de iniciar un reclamo judicial, pero no extingue la obligación del deudor, de manera tal que la regla primaria sigue vigente. Sin embargo, los jueces tienen prohibido resolver casos que estén prescriptos. Por lo tanto, si la prescripción del reclamo

¹² Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, ed. Leslie Green (3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2012), 79-99; Alchourrón y Bulygin, *Normative Systems*, 151-153. Estas distinciones se corresponden con la más general entre normas regulativas y constitutivas. Véase John Rawls, "Two Concepts of Rules", *Philosophical Review*, 64(1) (1955): 3-32, 18-32; G. E. M. Anscombe, "On Brute Facts", *Analysis*, 18 (3) (1958): 69-72; John R. Searle, "How to Derive 'Ought' from 'Is'", *Philosophical Review*, 73 (1) (1964): 43-58,55; id., *Speech Acts. An Essay on the Philosophy of Language* (Cambridge: Cambridge University Press, 1969), 33-42 y 50-53; id., *The Construction of Social Reality* (Nueva York: Free Press, 1995), 27-29 y 43-53. Una discusión crítica de la formulación estándar de la distinción puede encontrarse en Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 1990), 108-111.

del productor contra la aseguradora fuera de dos años, y aquél promoviera un juicio contra ésta luego de transcurrido un bienio desde la fecha en que habría granizado, entonces el juez no analizará en principio ni la cuestión de hecho, ni la calificación jurídica del hecho ni la cuestión de derecho de fondo. Determinará si el plazo efectivamente transcurrió. Si ese fuera el caso, declarará prescripta la acción y rechazará la demanda. Si no lo fuera, entonces allí comenzará el análisis de las condiciones de aplicación de la regla primaria.

Por supuesto, el razonamiento en base a reglas no agota la categoría de los argumentos jurídicamente admisibles. Sin embargo, nuestro objetivo no es elaborar un catálogo de éstos, si no explicar cómo los abogados construyen razonamientos utilizando precedentes. Para ello, cobra una importancia especial los argumentos fundados en la analogía entre situaciones. De ese modo, si debemos resolver un problema práctico y no disponemos de una regla que colabore en nuestra tarea, podemos recurrir a otra regla, que regule un problema práctico que sea sustancialmente similar al actual.

Reglas y Razones Subyacentes

De ese modo, supongamos que estuviera prohibido que los clientes de locales gastronómicos ingresen a ellos acompañados de un perro. Asumamos que una persona desea ingresar a un bar con zorro. No hay ninguna regla que prohíba el ingreso con esta clase de animales. Sin embargo, el dueño del bar de todos modos le impide el acceso al propietario del zorro. Argumenta para ello que los zorros son sustancialmente similares a los perros y que, en consecuencia, corresponde aplicar la misma solución que con respecto a éstos. Ahora bien, imaginemos que quien trata de ingresar al bar es una persona ciega, acompañada de un perro lazarillo. En este segundo supuesto, el dueño del bar permite su ingreso, en el entendimiento de que, si bien un perro lazarillo *es* un perro, la regla no debería aplicarse a este supuesto.

¿Cómo explicar esta situación? Es decir, ¿en qué sentido, a los efectos de la solución del problema práctico, la generalidad de los perros y los zorros se parecen, pero, al mismo tiempo, se diferencian de los perros lazarillos? Es evidente que el dueño del bar está utilizando un criterio de (di)similitud que no coincide exactamente con las condiciones de aplicación de la regla. Para entender el punto, debemos señalar que las reglas se elaboran a partir de generalizaciones, las cuales tienen cierta relación con la razón en que se fundó la adopción de la regla. Supongamos que la regla que prohíbe el ingreso de perros fue adoptada por para evitar que los clientes de un local gastronómico se sientan molestos por la presencia de animales en su interior. Evitar dicha molestia es la *razón subyacente* a la regla. Asumamos también que los perros son la mascota más común y que, en general, los perros suelen adoptar el tipo de comportamiento que podría ser molesto para el cliente de un bar o restaurant. A partir de estas generalizaciones, el dueño formula la regla. Una vez que ello ocurre, la generalización contenida en la regla adquiere autonomía respecto de su razón subyacente.¹³ La prohibición de ingresar al local es aplicable siempre que tengamos un perro, pero no un zorro, y aún si el perro no fuera a comportarse de un modo molesto, como ocurre con los perros lazarillos. En síntesis, la regla se aplica casos individuales que no están comprendidos por la razón subyacente, lo que se denomina carácter *supraincluyente* de las reglas, y no se aplica a casos que sí están comprendidos por ella, lo que evidencia el carácter *infraincluyente* de las reglas. Estos tipos de casos se denominan *situaciones recalitrantes*.¹⁴

Reglas y Estándares

Cuando el dueño del bar rechaza el ingreso del cliente que tiene un zorro y admite al cliente ciego con su perro lazarillo no está aplicando la regla, sino que está guiando su conducta de

¹³ Raz, *Practical Reason and Norms*, 73-80; Herbert L. A. Hart, "Commands and Authoritative Reasons", en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 243-268.

¹⁴ Frederick Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford: Clarendon Press, 1991), 17-111.

acuerdo con la razón subyacente a ésta. Lo que hace que un zorro sea sustancialmente similar a un perro es que ambos pueden molestar a los clientes del bar, y lo que diferencia de manera sustancial al perro y al zorro de un perro lazarillo es que éste, por su adiestramiento, no provocará ninguna molestia. En tal supuesto, la propia razón subyacente sería una norma, pero, en lugar de tratarse de una regla, ella tiene la forma de un *estándar*, que podríamos formular de la siguiente manera: “Está prohibido ingresar a locales gastronómicos con animales que puedan molestar a los clientes”. En ocasiones, una autoridad normativa, en lugar de formular una única regla o estándar, enumera diversas razones que deberán ser tenidas en cuenta por el aplicador para, a su vez, elaborar un estándar o regla que resuelva un caso. A los elementos de esas enumeraciones se los llama *factores*.¹⁵

Lo que diferencia a un estándar de una regla es que el encargado de aplicarla debe determinar, en cada caso, si el animal con el que un cliente desea ingresar puede, o no, provocar molestias a otras personas. Con la regla, en cambio, basta con identificar a un animal como un perro para saber que su ingreso al bar está prohibido. Las reglas, entonces, conducen a resultados subóptimos desde el punto de vista de la razón subyacente, porque son opacas en relación con ésta, lo que conduce a los supuestos de infra y suprainclusión, pero, al mismo tiempo, reducen el esfuerzo que debe hacer el encargado de aplicarlas porque la aplicación de reglas es *universalista*: todos los casos individuales subsumibles a ella son tratados del mismo modo. Por el contrario, los estándares, cuando son adecuadamente aplicados, no producen resultados subóptimos en relación con las razones que justifican su adopción pues son relativamente transparentes respecto de éstos, aunque aumentan el trabajo del aplicador pues su aplicación es *particularista*: cada caso individual es tratado de acuerdo con sus características específicas.¹⁶

¹⁵Sunstein, “Problems with Rules”, 963-964.

¹⁶Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, 188-202; Louis Kaplow, “Rules versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal*, 42(3) (1992): 557-629; Sunstein, “Problems with Rules”, 964-965.

Analogía y Generalización

Ahora bien, supongamos que el dueño del bar abre una sucursal, de manera tal que no podrá estar en ambos locales al mismo tiempo. Por lo tanto, deberá delegar la aplicación del estándar en sus empleados. Si, por hipótesis, desconfiara del buen juicio de éstos, entonces querrá formular una directiva con forma de regla, para simplificar la toma de decisiones de éstos. Supongamos que la región en la que se ubican sus bares es una en la que se puso de moda que las personas tengan zorros como mascotas. De ese modo, podrá hacer, con respecto a los zorros, una generalización similar a la hecha con los perros y elaborar una regla que prohíba el ingreso a sus locales con zorros.

Los razonamientos *por analogía*, como el efectuado por el dueño de los bares, incluyen las siguientes premisas.¹⁷ En primer lugar, la identificación de una regla que, entre sus condiciones de aplicación, incluye una propiedad P_1 . En nuestro ejemplo, la propiedad relevante es que un cliente quiera ingresar con un perro. Luego, la identificación de una razón subyacente a aquélla, que permite sostener que los casos individuales que presentan la propiedad P_1 , *en general*, también presentan la propiedad P_2 . En el ejemplo, la generalización es que los perros pueden molestar a los clientes. En tercer lugar, la identificación del caso individual actual como una instancia de un caso genérico que no incluye a la propiedad P_1 y que incluye una propiedad P_3 . En el ejemplo, que el cliente quiere ingresar con un zorro, y no con un perro. Finalmente, la afirmación de que los casos individuales que presentan la propiedad P_3 , *en general*, también presentan la propiedad P_2 . Es decir que, en general, los zorros pueden molestar a los clientes. Es este cuarto paso en el que se afirma la *similitud sustancial* entre el caso regulado por la regla y el problema práctico actual. La conclusión de ese razonamiento es una nueva regla que correlaciona al caso genérico al que pertenece el caso individual actual con la misma solución normativa prevista en la regla original. O sea: Está prohibido ingresar con zorros.

¹⁷Alexander y Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, 68-88; Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, 85-102; Sunstein, "Problems with Rules", 967-968.

El razonamiento por analogía permite formular nuevas reglas de manera *incremental*. Cada nueva especie animal que se presente ante las puertas del bar provocará la necesidad de realizar nuevos razonamientos que conducirán a la elaboración de nuevas reglas, cada una referida a cada especie. Por cierto, si los bares estuvieran en un lugar en el que las personas tuvieran mascotas de lo más variadas, al punto tal que sería muy difícil enumerar de antemano cuáles son las especies en cuestión, entonces, quizás, sería sensato proponer una regla más abstracta. De ese modo, el dueño podría directamente prohibir el ingreso de *animales* a sus bares. Esta forma de razonamiento, a la que se denomina *generalización*, se asemeja a la analogía en que identifica a una regla y a su razón subyacente, y se diferencia en que, luego, afirma que un caso genérico más abstracto (i.e., más fino) que el caso genérico de la regla original, presenta, en general, la propiedad relevante identificada en la razón subyacente. La conclusión de ese razonamiento será la formulación de una regla que correlacionará a ese caso genérico más abstracto con la solución normativa de la regla original. La generalización tiene un resultado *simplificador* con respecto a la analogía, pues hay menos reglas en juego, pero la modificación que produce no es incremental sino amplia, ya que se elabora una regla con un ámbito de aplicación más grande que la original, con el riesgo de que aumente la probabilidad de su aplicación subóptima a casos individuales.

Reglas y Excepciones

Las posibilidades de producción normativa no se agotan en la analogía y la generalización. Más arriba, ofrecimos un ejemplo de ello: si el dueño del bar aplica la razón subyacente a la regla al caso de los perros lazarillo, permitirá su ingreso al local, aun cuando debería impedirlo en función de la regla. En esta hipótesis, el caso individual es subsumible en sus condiciones de aplicación. Sin embargo, la invocación de la razón subyacente lo llevó a no aplicarla en ese caso individual. Es importante entender bien cómo se desarrolla el proceso que conduce a esa decisión.

Imaginemos que el dueño del bar estuviera casado con una mujer que adora a los perros, y que piensa que siempre debe permitirse su entrada. Por lo tanto, le dice a su marido: “Permití que los perros entren siempre”. En un supuesto así, hay dos reglas que tienen las mismas condiciones de aplicación, es decir, un cliente que desea ingresar al bar con un perro. Sin embargo, cada regla correlaciona ese caso genérico con diferentes soluciones normativas, las cuales son inconsistentes. En un caso, está prohibido ingresar con el perro, mientras que, en el otro, ello está permitido. La inconsistencia entre ambas reglas es, entonces, *total-total*, pues sus ámbitos de aplicación coinciden totalmente, y ello conduce a que el encargado de aplicarlas deba, forzosamente, elegir una de ellas.¹⁸ Si el dueño del bar decide dejarse influir por su esposa de modo definitivo, entonces, privará de efecto a la regla prohibitiva, y a partir de entonces siempre permitirá el ingreso de perros. En el supuesto contrario, ignorará a la regla sugerida por su esposa, y continuará prohibiendo el ingreso de canes. También podría ocurrir que, en lugar de elegir una de las reglas definitivamente, decida utilizar una *metaregla*: “Si mi mujer está en el bar, entonces aplicar la regla permisiva; si no lo está, aplicar la regla prohibitiva”.¹⁹

En cualquier caso, la situación recién descrita se refiere a la aplicabilidad de la regla para todos los casos individuales subsumibles en sus condiciones de aplicación. Sin embargo, lo que ocurrió en el caso de los perros lazarillo es diferente. En efecto, los perros lazarillo son una subclase de la categoría más general de los perros. Permitir la entrada de aquéllos no significa que se permita también la entrada de éstos, cuando no sean perros lazarillo. Por esa razón, lo que el dueño del bar hizo fue introducir una *excepción* a la regla.²⁰ El razonamiento por el que se adopta una excepción a una regla puede adoptar diferentes formas. Una primera posibilidad consistiría en sostener que la razón subyacente a la regla siempre justifica la adopción de excepciones *implícitas* a la regla. Ahora bien, de ser así las cosas, en cada caso de aplicación de la regla el

¹⁸Alf Ross, *On Law and Justice* (Londres: Stevens & Sons, 1958), 128-129.

¹⁹Sobre el uso de metareglas, véase Ross, *On Law and Justice*, 130-132.

²⁰Twining y Miers, *How to Do Things with Rules*, 92-94; Sunstein, “Problems with Rules”, 962-963.

encargado de aplicarla debería determinar si el perro en cuestión efectivamente resultará molesto para los clientes. En tal supuesto, sostener que la razón subyacente a una regla siempre puede justificar la adopción de excepciones implícitas equivale a adoptar un estándar, en lugar de una regla. Lo mismo ocurriría si la regla original fuera reformulada de la siguiente manera: “Está prohibido ingresar con perros, salvo que éstos no provoquen molestias a los clientes”. Una regla que prevea una excepción explícita que, a su vez, se refiere a la razón subyacente a la regla, es un estándar y no una regla.

La segunda forma de introducir una excepción puede reconstruirse de la siguiente manera. Supongamos que el dueño del bar piensa que existe una regla según la cual está permitido el ingreso de perros lazarillo a locales gastronómicos. Asumamos que la razón subyacente a la regla es evitar la discriminación de personas ciegas. Como no podía ser de otro modo, la regla se basa en una generalización: en general, son las personas ciegas las que usan perros lazarillo para que las asistan. También es evidente que la regla tendrá instancias de aplicación subóptimas: puede darse el caso de que una persona que no es ciega esté circunstancialmente con un perro lazarillo y quiera entrar a un bar, y también que una persona ciega sea asistida por otro tipo de animal, por ejemplo, un zorro lazarillo. De modo tal que la regla permitirá el ingreso de la persona que no es ciega, a pesar de que es un supuesto no comprendido por la razón subyacente, e impedirá el ingreso de la persona ciega, a pesar de que se trata de un caso que sí está comprendido por la razón subyacente. En cualquier caso, esta regla plantea una inconsistencia *total-parcial* con la regla original, pues el caso genérico regulado por la regla permisiva está completamente incluido en, pero no es coextensivo con, el caso genérico regulado por la regla prohibitiva.²¹ Nuevamente, el dueño del bar podría optar por aplicar una regla o la otra. Sin embargo, si decide aplicar la regla que permite el ingreso de perros lazarillo, la regla prohibitiva perderá aplicabilidad únicamente en ese supuesto específico, pero seguirá siendo aplicable a todos los demás casos. De ese modo, el dueño del bar podría reformular ambas reglas en

²¹Ross, *On Law and Justice*, 129.

una única regla, con una excepción: “Está prohibido ingresar con perros, salvo que se trate de perros lazarillo”. Es interesante señalar que la tanto la regla como la excepción pueden presentar casos recalcitrantes: por ejemplo, un perro bien entrenado, aun cuando no sea lazarillo, no podrá ingresar al local, y un perro lazarillo mal entrenado y potencialmente molesto, sí podrá ingresar.

Principios, Razones Subyacentes y Reglas

En la presentación de los elementos que integran el ámbito de lo normativo faltan los principales protagonistas de los debates contemporáneos, a saber, los *principios*. Existen muchísimas definiciones respecto de qué son, cuál es su estructura y cómo deben ser aplicados. Aquí sólo nos interesará ofrecer una caracterización rápida para completar nuestro mapa conceptual. Los seres humanos *evaluamos* el resultado de las acciones utilizando diversos parámetros. Entre ellos se incluyen los *valores*. Un valor nos permite calificar al resultado de una acción, o de una clase de acciones, como *bueno* o *malo*, así como también comparar a dos o más acciones, o clases de acciones, según sus resultados, y elaborar una escala que vaya *del mejor* al *peor*. No todos los valores poseen una dimensión normativa o práctica. Los valores estéticos, por ejemplo, pueden ser la razón por la cual consideramos que una obra de arte es mejor que otra, y, por ello, la consideramos más bella. Sin embargo, algunos valores, a los que llamaremos principios, sí poseen tal dimensión. Esta última consiste en que la evaluación puede servir para justificar, o reprochar, una acción ocurrida en el pasado, o para prescribir la realización de una acción en el presente o el futuro.²²

Si el principio se refiere al resultado de una clase de acciones, entonces él forma parte de una razón para la adopción de una regla, es decir que el principio es parte de una razón

²² Georg Henrik von Wright, *The Varieties of Goodness* (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1963), 114-135; Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers (Oxford: Oxford University Press, 2002), 86-110; Atienza y Ruiz Manero, *A Theory of Legal Sentences*, 120-140; para una visión crítica, véase Alexander y Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, 88-103.

subyacente.²³El razonamiento que conduce de un principio a una regla se denomina *concretización*, y consiste en identificar el resultado de una clase de acciones y evaluar cierta propiedad P_1 , presente en él, como buena o mala. Si la propiedad P_1 es buena, entonces existe una razón para realizar la clase de acciones que conduce al estado de cosas que incluye a P_1 . Si la propiedad P_1 es mala, entonces existe una razón para omitir la realización de la clase de acciones cuyo resultado incluye a P_1 . Si bien algunos principios pueden ser formulados de manera categórica, en el sentido de que las acciones recomendadas por ellos deben ser realizadas con independencia total del contexto en el que se encuentre el agente, en muchas ocasiones la posibilidad de razonar con principios requiere de la identificación de los contextos en los que su uso resulte *apropiado*.²⁴Para ello, se debe identificar un caso genérico. Si el caso genérico incluye a la propiedad P_1 , y ella es buena, entonces será obligatorio mantener el estado de cosas en el que el que P_1 es el caso; si la propiedad P_1 es mala, en cambio, será obligatorio alcanzar un estado de cosas en el que P_1 no sea el caso. En tal caso, la norma concretizada será un *estándar* el cual, como vemos, es transparente respecto del principio.

Si, por ejemplo, existiera un valor que calificara como mala a la clase de acciones mediante las cuales un sujeto molesta a otro, entonces tal principio sería apropiado para la situación en la que los clientes de locales gastronómicos podrían sentirse molestos. Por lo tanto, si un animal puede molestar a los clientes de un local gastronómico, debe impedirse su ingreso. Como vemos, hemos partido de un principio para llegar al estándar de nuestro ejemplo.

Ahora bien, el caso genérico que utilizamos para concretizar al principio podría no incluir la propiedad P_1 . Obviamente, para poder justificar ese paso, debemos establecer alguna conexión entre el principio y el caso genérico. Para ello, se recurre a una generalización. Se afirmará que, en general, la realización (u

²³Sobre la relación argumentativa entre principios y reglas, véase Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 59-60; Twining y Miers, *How to Do Things with Rules*, 87-89; Henry S. Richardson, "Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems", *Philosophy & Public Affairs*, 19(4) (1990): 279-310; Sunstein, "Problems with Rules", 966-967.

²⁴Klaus Günther, *The Sense of Appropriateness. Application Discourses in Morality and Law*, trad. John Farrell (Albany: State University of New York Press, 1993).

omisión) de una clase de acciones en un contexto definido por cierto caso genérico, en el que no está incluida la propiedad P_1 , contribuirá a alcanzar un resultado que la incluya, si es buena, o que la excluya, si es mala. De ese modo, si la presencia de un perro en un local gastronómico puede hacer, en general, que los clientes se molesten, entonces tenemos una razón para prohibir el ingreso de perros en el local. Estamos ahora, como es evidente, frente a una regla.

Entre los estándares y las reglas, por un lado, y los principios, por el otro, existe una relación de tipo argumentativo. De ese modo, así como podemos concretizar una regla o un estándar a partir de un principio, llevando adelante determinada argumentación, también es posible *abstraer* un principio desde una regla o un estándar, invirtiendo el razonamiento respectivo. Ahora bien, junto con los principios *sustantivos*, que son los que forman parte de una razón subyacente para adoptar un estándar o una regla, también tenemos a los principios *institucionales*.²⁵ Estos principios no se refieren a los méritos del contenido de cierta norma, sino a cuestiones vinculadas con la eficiencia, la eficacia y la legitimidad de las normas. Si, por ejemplo, quien diseña cierta norma a partir de la concretización de un principio piensa que la persona encargada de aplicarla cometerá numerosos errores de juicio, entonces tiene una razón para elaborar una regla en lugar de un estándar. Esa razón está constituida, en parte, por un principio institucional que ordena adoptar el tipo de normas que resulte más eficiente a la luz de sus fines. La razón por la cual llamamos institucionales a estos principios es que ellos inciden en el diseño que tendrá la institución encargada de aplicar normas. En efecto, la actividad que realiza el aplicador de reglas no es la misma que realiza el aplicador de estándares. El diseño de la institución de aplicación varía en cada supuesto, y dependerá de razones institucionales.

²⁵Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 414-425; *id.*, “Formal Principles: Some Replies to Critics”, *International Journal of Constitutional Law*, 12(3) (2014): 511-524.

La peculiaridad que presenta el uso de principios es que las reglas dejan de tener un carácter *concluyente* y pasan a ser, meramente, normas *prima facie*. En virtud de ciertos principios institucionales, podría ocurrir que los encargados de aplicar una regla no deban apartarse de ella ni siquiera frente a supuestos recalcitrantes. Se denomina *formalismo* a la posición que sostiene que las reglas no deben ser objeto de excepciones implícitas, esto es, que ellas siempre tienen carácter concluyente. En general, la introducción de los principios en la aplicación de normas busca, cuando no eliminar, al menos sí atenuar los efectos del formalismo. Parafraseando la célebre expresión de Gustav Radbruch, si la aplicación de una regla a un caso produce un resultado que es extremadamente injusto, entonces debe omitirse la aplicación de la regla. ¿Cómo es ello posible?

Retomemos el ejemplo inicial. El dueño del bar tiene que decidir si una persona ciega con un perro lazarillo puede ingresar a su establecimiento, pese a la regla que prohíbe que los perros entren a locales gastronómicos. Cuando se dice que una regla tiene un carácter concluyente, lo que se quiere decir es que ella es *inderrotable*: no importa la razón subyacente a su adopción, ni tampoco los principios que forman parte de esa razón.²⁶ El aplicador sólo debe tener en cuenta las condiciones de aplicación. Si ellas se dan, aplicará la regla. En nuestro ejemplo, al pertenecer el perro lazarillo a la clase de los perros, deberá impedir el ingreso de la persona ciega al local.

Pero, si los principios son relevantes para el aplicador, entonces deberá abstraer cuál es el principio que forma parte de la razón que subyace a la regla. Así, podrá identificar al principio que tiende a disminuir las molestias que una persona puede provocar a otras. Por supuesto, una vez que el aplicador avanza en ese sentido, también debería identificar otros principios que resulten apropiados a la situación. De ese modo, podría considerar relevante a un principio que tienda a disminuir la discriminación contra personas no videntes. Si realizara un ejercicio de concretización de este

²⁶ Para una síntesis de las discusiones sobre la derrotabilidad de las normas, véase Jorge Luis Rodríguez, *Lógica de los Sistemas Jurídicos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), 353-362.

nuevo principio, seguramente concluirá en que debe permitir el ingreso de una persona ciega al bar, aun si la acompaña un perro lazarillo. Cada uno de los principios, entonces, dirige la acción del dueño del bar en sentidos inconsistentes.

El escenario del párrafo anterior describe un conflicto entre principios. De acuerdo con la concepción estándar sobre el tema, tales conflictos se resuelven recurriendo al *juicio de ponderación*, según el cual cuanto mayor sea el grado de restricción de un principio, tanto mayor debe ser el grado de satisfacción del otro.²⁷ Si el dueño del bar adoptara la solución prohibitiva, entonces estaría restringiendo de modo grave el principio que veda la discriminación contra los ciegos, al tiempo que, en lo esencial, no estaría favoreciendo al principio que promueve el no molestar a otras personas, pues los perros lazarillos en general, y supongamos que también el de nuestro caso individual, no molestarán a los otros clientes. Por el contrario, si adopta la norma permisiva, el principio que prohíbe la discriminación será satisfecho, sin que se afecte el otro principio. De ahí que la solución *proporcional* al problema sea la de permitir el ingreso de la persona ciega y su perro lazarillo. En síntesis, la ponderación exige mensurar el grado de satisfacción y restricción de los principios en conflicto, a fin de efectuar una comparación entre ellos.

La razón por la cual la aparición de los principios en el contexto de aplicación de normas es un obstáculo para el carácter concluyente de las reglas es doble. En primer lugar, en el camino de la abstracción, que conduce de la regla al principio, el aplicador identificará a la razón subyacente y podrá invocarla para argumentar que la regla está sujeta a excepciones implícitas, transformándola así en un estándar.

En segundo lugar, el aplicador puede identificar otros principios que resulten apropiados a la situación y que indiquen un curso de acción inconsistente con el previsto en la regla. De ese modo, deberá ponderar cuál de los principios en juego tiene más peso para, luego, resolver el caso del modo por él indicado. En la

²⁷Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977), 22-28; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 48-56.

literatura especializada, se discute si la cantidad de principios apropiados para una situación determinada es o no infinita. Una manera un poco distinta, pero quizás más fructífera, de plantear el problema es si un ser humano, o una institución humana, está en condiciones de conocer, de antemano, todos los principios que resultarían apropiados para una situación que pretende regular.²⁸ Basta con sostener que los seres humanos siempre operan en un marco de incertidumbre para sostener que no es posible para un ser humano tener un conocimiento tal.²⁹ Por lo tanto, toda regla creada por seres humanos siempre dejará sin contemplar situaciones en las que resulten apropiados determinados principios. La consecuencia es que, si el aplicador debe tener en cuenta a los principios, entonces nunca podrá considerar a las reglas como concluyentes, porque siempre deberá, cuanto menos, formular la abstracción, con el consiguiente riesgo de considerar que la razón subyacente a la regla introduce excepciones implícitas, así como también identificar principios en conflicto con el principio que justifica la regla, debiendo realizar el consiguiente juicio de ponderación. En síntesis, cuando los aplicadores deben utilizar principios, las reglas siempre son *prima facie*, es decir, que son *derrotables*.

Si las reglas siempre son derrotables, entonces, en definitiva, nunca tenemos reglas, en sentido estricto, si no únicamente estándares. Sin embargo, dada la posibilidad siempre presente de identificar nuevos principios en conflicto, que sean parte de otras razones para decidir un caso en sentido contrario a la regla *prima facie*, entonces, más que estándares, tendremos, a lo sumo, varios factores para la decisión que deberán ser tenidos en cuenta por el aplicador en cada caso para formular una norma que resuelva el caso. Este escenario suele conducir a los críticos de los principios a señalar que la instancia de aplicación tan sólo sería una reedición del momento de creación de normas. Para dar una respuesta a esa observación, los defensores del uso de principios sostienen que, mediante los principios institucionales, podría

²⁸Éste es el fundamento del particularismo moral. Véase Jonathan Dancy, *Ethics Without Principles* (Nueva York: Oxford University Press, 2004).

²⁹Frank H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit* (reimpresión, Nueva York: August M. Kelley, 1964); Friedrich Waismann, “Verifiability”, en *Logic and Language*, ed. Anthony Flew (Oxford: BasilBlackwell, 1951).

reducirse el margen de derrotabilidad de las reglas, otorgándoles más peso frente a posibles principios que conduzcan a soluciones inconsistentes con ellas. Sin embargo, como habíamos anticipado, todo el punto de tener en cuenta a los principios en la aplicación de normas es evitar el formalismo, al menos en sus variantes extremas. Por ello es que la introducción de los principios institucionales no evitará la ponderación para todos los casos, y dejará siempre abierta la puerta para que un principio derrote a una regla.

La Interpretación en el Derecho

Nuestro mapa conceptual sobre el razonamiento jurídico no puede concluir sin decir algo sobre la interpretación. En toda cultura jurídica se atribuye a ciertos hechos la propiedad de crear, modificar o extinguir normas jurídicas. A tales hechos se los denomina *fuentes*.³⁰ Si bien algunas fuentes son *informales* y, en cuanto tales, carecen de regulación jurídica, otras son *formales*, precisamente por estar sujetas a lo dispuesto por normas jurídicas. En general, el resultado de una fuente formal es una enunciación lingüística, a la que llamaremos *disposición*.³¹ Una disposición puede tener uno o más significados. Llamaremos *interpretación* al acto de atribuir un significado a una disposición.³² Se denominará *norma expresa* a la disposición junto con el significado atribuido.³³

³⁰ Riccardo Guastini, *La Sintassi del Diritto* (2ª ed., Turín: Giappichelli, 2014), 109-114.

³¹ Guastini, *La Sintassi del Diritto*, 387.

³² De acuerdo con esta perspectiva, el objeto de la interpretación son las disposiciones que resultan de la fuente del derecho. Véase Guastini, *La Sintassi del Diritto*, 375; Alexander y Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, 131-219; Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, 148-167; Twining y Miers, *How to Do Things with Rules*, 123.

³³ Bajo esta definición, adoptamos una concepción sobre las normas que parece ocupar un lugar intermedio entre las concepciones semántica y sintáctica, análoga a la utilizada en Alchourrón y Bulygin, *Normative Systems*, 91-94: es decir, que las normas son formulaciones normativas interpretadas. Para las distintas concepciones sobre normas, véase Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, "The Expressive Conception of Norms", en *New Studies in Deontic Logic. Norms, Actions and the Foundations of Ethics*, ed. Risto Hilpinen (Dordrecht: D. Reidel, 1981), 95-124. De acuerdo con ciertos análisis de la cuestión, este enfoque no es otra cosa que una versión sofisticada de la concepción semántica de las normas. Véase Pablo E. Navarro y Jorge L. Rodríguez, *Deontic Logic and Legal Systems* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 69, n. 102. Sin embargo, desde otra perspectiva, las diversas concepciones se complementan. En efecto, la concepción pragmática se concentraría en el acto de habla de prescribir, es decir, de formular una norma o, si se prefiere, de enunciar una disposición. La concepción semántica daría cuenta del resultado de dicho acto, es decir, la norma formulada a través del enunciado. Véase Riccardo Guastini, "Dos Concepciones de las

Cuando la atribución es efectuada por un juez, estaremos frente a una interpretación judicial, en tanto que si es realizada por un jurista será una interpretación dogmática o doctrinaria.

En el ámbito de las fuentes formales, podemos distinguir a una disposición *válida*, que es aquella cuya enunciación cumplió con *todas* las condiciones de competencia, procedimiento y materia que regulan su producción, de una disposición *jurídicamente existente*, que es aquella cuya enunciación sólo cumplió con *algunas* de tales condiciones. Una disposición creada en infracción a tan sólo una de las condiciones es *inválida*. Una disposición es jurídicamente existente si ni siquiera cumplió con al menos una de las condiciones mínimas necesarias para considerarla jurídicamente existente. Cuáles son tales condiciones mínimas es algo que varía según las épocas y las tradiciones.

La identificación de disposiciones presupone la interpretación de dos formas. En primer lugar, dado que su creación está regulada jurídicamente, será necesario recurrir a otras fuentes, e interpretarlas, para determinar si ellas son válidas o, en su caso, jurídicamente existentes. En segundo lugar, si las normas sobre fuentes formales también incluyen regulaciones materiales, entonces será necesario interpretar a las disposiciones para determinar su contenido y, así, establecer si satisfacen las condiciones materiales. Por ejemplo: supongamos que una constitución de un estado federal les prohíbe a sus provincias que dicten normas sobre aduanas exteriores. Se trata de un límite respecto de las materias que pueden ser reguladas por las provincias. Asumamos, por ejemplo, que una provincia sanciona una ley con el siguiente texto: “El ingreso de productos manufacturados a la provincia será gravado con un tributo equivalente al cinco por ciento de su valor declarado”. Para saber si esa disposición cumple o no con el límite material impuesto por la constitución, será necesario interpretarla, precisamente para establecer su contenido.

En general, se afirma que el derecho está doblemente indeterminado. Por un lado, las disposiciones pueden ser *equívocas*.³⁴ Luego, en el derecho existen diversos *cánones de interpretación*, que proponen métodos para interpretar las disposiciones. Por ejemplo, el intérprete puede recurrir al significado habitual de las palabras, o a la intención del legislador, o a una determinada *ratio legis*, o a un análisis de las consecuencias.³⁵ Finalmente, la *dogmática jurídica*, al elaborar diversas interpretaciones doctrinales de una disposición, también puede aumentar la indeterminación. La indeterminación de significados se soluciona mediante la interpretación *en abstracto*.

Pero, además, por otro lado, las propias normas también son indeterminadas, pues el significado atribuido a una disposición siempre padecerá el problema de la *vaguedad*, esto es, que siempre existen casos claros de aplicación de un concepto, así como casos claros en los que no se aplica, pero también hay casos en los que está indeterminado si el concepto es o no aplicable.³⁶ La indeterminación provocada por la vaguedad se soluciona mediante la interpretación *en concreto*, que consiste en calificar a un caso particular como una instancia de un caso genérico.

Cabe destacar, por último, que jueces y juristas también efectúan otras operaciones, además de la interpretación, que, en forma conjunta, se denominan *construcción jurídica*.³⁷ Tales operaciones se realizan frente a la existencia de *lagunas, normativas y axiológicas*.³⁸ Una laguna normativa consiste en un caso genérico, considerado jurídicamente relevante, que no es correlacionado con ninguna solución normativa. Se trata, entonces, de un caso para el cual no está prevista una regla, aunque puede

³⁴ Guastini, *La Sintassi del Diritto*, 385-387.

³⁵ Sobre los diferentes métodos o cánones de interpretación, véase Philip Bobbitt, *Constitutional Fate. Theory of the Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 1982), 3-119; Giovanni Tarello, *La Interpretación de la Ley*, trad. Diego Dei Vecchi (Lima: Palestra, 2013), 309-353; Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, 167-170.

³⁶ Genaro R. Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (4ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990), 31-36; Timothy A. O. Endicott, *Vagueness in Law* (Oxford: Oxford University Press, 2000); Guastini, *La Sintassi del Diritto*, 390-391.

³⁷ Guastini, *La Sintassi del Diritto*, 382-383.

³⁸ Alchourrón y Bulygin, *Normative Systems*, 17, 106-116; Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare* (Milán: Giuffrè, 2011), 128-153.

haber normas de otra clase que resulten apropiadas, principalmente, principios. Una laguna axiológica consiste en un caso genérico que está correlacionado con una solución normativa, pero la solución se considera insatisfactoria desde algún criterio de relevancia distinto al adoptado por la regla. Básicamente, aquí se dan los casos de una regla que se aplica a un caso que no está contemplado por su razón subyacente o, de modo más general, siempre que exista un principio que indique una solución inconsistente con la contemplada en la regla. Frente a estos supuestos, los jueces realizarán las operaciones que describimos anteriormente con cierto detalle (analogía, generalización, construcción de excepciones implícitas, concretización y abstracción de principios, ponderación, etcétera). El resultado de las operaciones de construcción es la producción de normas.³⁹ En la medida en que ellas sean presentadas como el significado de disposiciones de fuentes formales, entonces serán normas expresas. Si no lo son, serán consideradas *normas implícitas*.

Precedentes Judiciales

Un precedente es una norma jurídica inferida a partir de una sentencia que resolvió un caso anterior y que es aplicable para la resolución de un caso actual. Típicamente, las sentencias incluyen una parte resolutive, en la que se formula una norma individual, dirigida a las partes en el proceso, y otra parte en la que se explicitan los *fundamentos* de aquella. Como se recordará, la fundamentación de una sentencia incluye una justificación interna, que, a partir de un razonamiento deductivo, deriva la solución recogida en la parte resolutive desde ciertas premisas, una normativa, una regla, y otra fáctica, la aserción de que los hechos previstos en las condiciones de aplicación de la regla ocurrieron, o no. A su vez, la fundamentación de la sentencia también comprende una justificación externa, en la cual el juez explicita las razones por las que eligió determinada regla como premisa de la justificación interna.

³⁹ Riccardo Guastini, "Production of Rules by Means of Rules", *Rechtstheorie*, 17 (1986): 285-309.

De acuerdo con la visión convencional, el elemento normativo en el precedente es el que es *necesario* para resolver el caso de la forma en que fue efectivamente decidido. Dado que la justificación interna consiste en un razonamiento deductivo, cuya conclusión es, precisamente, la solución del caso, entonces sus premisas son necesarias para la solución. De ahí que la regla utilizada en la justificación externa podría ser concebida como la genuina *ratio decidendi* del caso.⁴⁰ Esta sugerencia se complementa con el hecho de que los aspectos normativos no son los únicos relevantes para la identificación de la *ratio decidendi*. En efecto, la regla que constituirá la conclusión de la justificación externa se refiere a ciertos hechos que son tenidos en cuenta por el juez a la hora de llevar adelante su razonamiento. Por lo tanto, es importante distinguir los hechos significativos de un caso particular de los hechos que carecen de relevancia para la decisión.⁴¹

Precedentes Persuasivos y Vinculantes

En ocasiones, se diferencia a los precedentes *vinculantes* de los *persuasivos*. En estos últimos, la normatividad de la decisión anterior recae en un juicio sobre la corrección de lo decidido. El caso actual es resuelto de conformidad con el precedente porque quien debe tomar la decisión está de acuerdo *sustantivamente* con aquel. En otras palabras, el encargado de decidir el caso actual comparó la justificación externa de la decisión del precedente con la solución que, para él, sería la mejor para el problema práctico

⁴⁰ Véase, por ejemplo, MacCormick, "Why Cases Have Rationes and What These Are", 170-171: "Una *ratio decidendi* es una regla expresa o implícita utilizada por un juez que es suficiente para resolver una cuestión de derecho planteada por los argumentos de las partes en un caso, y tal cuestión necesita una solución para su justificación (o una de sus justificaciones posibles) de la decisión del caso. Los argumentos sobre principios jurídicos o que evalúen otras fuentes o evalúen las consecuencias de la regla elegida y sus alternativas, aun cuando puedan ser necesarios para justificar la decisión, y aun si fueran los únicos argumentos proporcionados para justificar la sentencia, pertenecen a la categoría de *obiter dicta*" (mi traducción).

⁴¹ Arthur L. Goodhart, "Determining the Ratio Decidendi of a Case", *Yale Law Journal*, 40(2) (1930): 161-183.

que tiene frente así y, en la medida en que ambas coinciden, invoca a la decisión anterior.⁴²

Un precedente vinculante, en cambio, implica que quien debe decidir el caso actual deberá seguir la decisión anterior aun si ella no coincide, y especialmente si no coincide, con la solución que, para él, es la mejor para ese caso.⁴³ En otros términos, para seguir un precedente no es *obligatorio*, aunque tampoco está prohibido, que quien debe decidir el caso actual efectúe un juicio sobre la manera sustantivamente correcta de resolverlo. Los precedentes de interés para este trabajo son los precedentes vinculantes.

La Ratio Decidendi: ¿Regla o Estándar?

La caracterización anterior parece reforzar la idea de que es la regla utilizada en la sentencia precedente la que conforma su *ratio decidendi*, pues, de ese modo quien debe decidir el caso actual podrá utilizar una norma que es opaca respecto de su justificación y, de ese modo, evitar el análisis sustantivo.⁴⁴ Sin embargo, esta descripción de la *ratio decidendi* plantea el problema de hasta qué punto quien debe resolver el caso actual realmente puede prescindir de la evaluación sustantiva.⁴⁵ En primer lugar, para aplicar el precedente deberá identificar las razones sustantivas utilizadas en la solución del caso anterior, como medio para, a su vez, determinar cuál es la regla en cuestión. De ese modo, *el alcance* del precedente, su ámbito de aplicación material, depende de tales razones. A ello, se agrega que la pretensión de usar precedentes sin efectuar consideraciones sustantivas puede

⁴²Para un análisis sofisticado sobre los precedentes persuasivos, véase Richard Bronaugh, “Persuasive Precedent”, en *Precedent in Law*, ed. Laurence Goldstein (Oxford: Clarendon Press, 1987), 217-247.

⁴³Frederick Schauer, “Precedent”, *Stanford Law Review*, 39(3) (1987): 571-605, 575-576; Lewis A. Kornhauser, “An Economic Perspective on Stare Decisis”, *Chicago-Kent Law Review*, 65 (1989): 63-92, 66-67; Larry Alexander, “Constrained by Precedent”, *Southern California Law Review*, 63 (1989): 1-64, 48-53.

⁴⁴Alexander, “Constrained by Precedent”, 17-28.

⁴⁵Robert S. Summers, “Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification”, *Cornell Law Review*, 63(5) (1978): 707-788, 730-735; Caleb Nelson, “Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents”, *Virginia Law Review*, 87(1) (2001): 1-84.

conducir a que una *ratio decidendi* que es, en general, correcta, sea aplicada a un caso recalcitrante. Por otra parte, puede ocurrir que la *ratio decidendi* del precedente sea errónea, es decir, una mala solución para un problema práctico, de manera tal que la evaluación de sus méritos sustantivos podría colaborar con la tarea de corregirla.

Precisamente por estas clases de problemas es que incluso quienes postulan que la *ratio decidendi* de un precedente es una regla, sostienen que la misma debe tener un carácter revisable.⁴⁶ En nuestra terminología, se trata de una regla derrotable. El punto, entonces, es identificar qué la hace derrotable. Para que tenga sentido seguir hablando de precedente, lo que derrota a la regla tiene que pertenecer también a la sentencia. Excluida la justificación interna, sólo quedan disponibles los elementos que integran la justificación externa. En el desarrollo de la justificación externa, el juez puede sugerir argumentos que, finalmente, no adoptará. También puede ocurrir que analice cuestiones conexas con la que debe decidir, pero que no se refieren estrictamente al punto. En ocasiones, esos desarrollos paralelos o alternativos tienen únicamente una función docente o expresiva. En cualquier caso, las premisas de la argumentación que conforman la justificación externa, *junto con la regla que es su conclusión*, son la *ratio decidendi* de la sentencia, la que debe ser distinguida de aquellas otras aseveraciones dichas al pasar, que se denominan *obiter dicta*.⁴⁷ La *ratio*, entonces, es la regla más las razones que la justifican en la sentencia.⁴⁸ Su naturaleza está en un lugar intermedio entre las reglas y los estándares.

Esta descripción del concepto de la *ratio decidendi*, así presentada, requiere de ulteriores especificaciones. Para ello,

⁴⁶MacCormick, "Why Cases Have Rationes and What These Are", 158, 182.

⁴⁷Existen diferentes maneras de trazar la distinción entre la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*, las que responden a diferentes modelos o ideologías sobre el *stare decisis*. La variante por la que nos inclinamos se asemeja a la que Raimo Siltala denominó *exégesis judicial*, según la cual la *ratio decidendi* es el resultado de una *reconstrucción racional* de la decisión anterior. Raimo Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law* (Oxford: Hart, 2000), 65-108.

⁴⁸Earl Maltz, "The Nature of Precedent", *North Carolina Law Review*, 66 (1988): 367-393, 372-383; Grant Lamond, "Do Precedents Create Rules?", *Legal Theory*, 11 (2005): 1-26.

introduciremos *consideraciones institucionales* en el análisis.⁴⁹ Retomando la tradicional distinción entre *stare decisis* horizontal y vertical, podemos afirmar que un precedente no tiene por qué operar del mismo modo según la jerarquía y la jurisdicción de los tribunales respectivos.⁵⁰ De ese modo, las sentencias que provienen de tribunales de una jurisdicción distinta a la del tribunal que debe resolver el caso actual, sólo tendrán, eventualmente, carácter persuasivo, pero no vinculante.

A su vez, cuando se trate de tribunales de una misma jurisdicción, la relación jerárquica entre ellos adquirirá relevancia. Si uno de los tribunales tiene competencia para *revisar* la decisión del otro, entonces éste tiene una razón para considerar a las decisiones anteriores del primero como vinculantes, *en un sentido fuerte*, es decir, a tratar a sus precedentes como reglas. En cambio, si un tribunal, preferentemente uno superior o supremo, debe resolver un caso que es análogo a uno que ya resolvió en el pasado, lo considerará vinculante, pero un sentido *más débil*, es decir, que lo tratará como un estándar.⁵¹ La *ratio* se desliza en un sentido u otro según el tribunal que deba aplicar el precedente.

Interpretando Precedentes

Una segunda especificación es consecuencia del hecho de que, a partir de una única sentencia, es sumamente complejo identificar una única *ratio decidendi*.⁵² En efecto, tanto la regla como las premisas de la justificación externa pueden ser objeto de

⁴⁹Michele Taruffo, “Institutional Factors Influencing Precedents”, en *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, eds. D. Neil MacCormick y Robert S. Summers (Londres: Routledge, 1997), 437-460.

⁵⁰Evan H. Caminker, “Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?”, *Stanford Law Review*, 46 (1994): 817-873, 832-834; Michael C. Dorf, “Dicta and Article III”, *University of Pennsylvania Law Review*, 142 (1998): 1997-2069, 2024-2025; Jeffrey C. Dobbins, “Structure and Precedent”, *Michigan Law Review*, 108(8) (2010): 1453-1496.

⁵¹Amy Coney Barrett, “Precedent and Jurisprudential Disagreement”, *Texas Law Review*, 91 (2013): 1711-1737; Steven J. Burton, “The Conflict Between Stare Decisis and Overruling in Constitutional Adjudication”, *Cardozo Law Review*, 35 (2014): 1687-1713.

⁵²Julius Stone, “The Ratio of the Ratio Decidendi”, *Modern Law Review*, 22(6) (1959): 597-620; Pierluigi Chiassoni, “Il Precedente Giudiziale: Tre Esercizi di Disincanto”, *Analisi e Diritto* 2004 (2005): 75-101.

generalizaciones, especificaciones, abstracciones y concretizaciones.

Lo anterior quedará claro adoptando un ejemplo conocido. Asumamos que una persona compra, en un supermercado, una lata de atún. En su interior, encuentra un insecto muerto. Una vez superado el estupor inicial, decide promover una demanda no contra la empresa que procesó y envasó el atún, sino contra el supermercado. Asumamos que nunca se había planteado una demanda de este tipo en contra del comercializador, en lugar del fabricante.

Supongamos, para avanzar con el ejemplo, que los tribunales le reconocen al cliente el derecho a que el supermercado lo indemnice por vender la lata de atún con el insecto, pese a que no podía controlar su contenido. Esa es la regla. Imaginemos que la sentencia proporciona dos razones para justificarla. Por un lado, sostiene que el cliente puede demandar a cualquiera de las empresas que participan en la cadena de comercialización dados los elevados costos de información que implicarían averiguar quién fue efectivamente el responsable de que hubiera un insecto dentro de la lata. Tales costos podrían ser lo suficientemente elevados como para constituir un incentivo negativo al litigio, dejando al cliente sin la posibilidad de reclamar y obtener una indemnización. Por otro lado, la sentencia alega que los integrantes de la cadena de comercialización enfrentan costos de información más reducidos para efectuar tal averiguación, de modo tal que si quien resulta condenado no fuera el responsable material, de todos modos podrá iniciar una acción posterior contra éste.

Pues bien, si nos atenemos a la regla del precedente, quien fue demandado y condenado fue el supermercado. ¿Se aplica el precedente a otros vendedores minoristas, como almacenes? ¿Puede extenderse lo decidido a otras empresas que participan en la cadena de comercialización, pero que no son los minoristas, tales como los distribuidores y transportadores? Del mismo modo, los hechos el caso se refieren a un insecto dentro de una lata de atún. ¿Se aplica siempre que se encuentre un insecto, o también cualquier objeto extraño, aun cuando no se trate de un insecto? ¿Es

posible invocar el precedente para otros productos enlatados que no sean atún? ¿Se refiere sólo a pescados enlatados? ¿O a alimentos enlatados en general? ¿Es necesario que el empaque sea una lata, o pueden incluirse botellas o cajas?

En lo que respecta a los elementos de la ratio que no se refieren a la regla, también surgen interrogantes. ¿Podría alguna de las empresas de la cadena de comercialización oponer una defensa válida basada en el hecho de que ella también enfrenta elevados costos de información para determinar quién es el responsable material, lo cual le impediría iniciar una acción contra éste? ¿El precedente también podría aplicarse a otros casos en los que los costos de información de quien reclama el pago de una indemnización sean elevados, pero que no se refieran a la comercialización de productos, como sería un caso de daño ambiental?

Líneas y árboles de precedentes.

Estas complicaciones demuestran la complejidad de sostener que *una* norma surja de un único precedente. Existen dos posibles soluciones para este problema, las cuales no son en absoluto incompatibles. En primer lugar, en la medida en que sólo dispongamos un único precedente sobre cierta materia, parece sensato que recurramos a directivas para su interpretación. Dado que las sentencias resuelven casos particulares, una directiva relativamente sensata es aquella que indica que la *ratio decidendi* debe ser reconstruida con especial aplicación a los hechos del caso. Es decir que, en principio, se debe evitar generalizar y abstraer más allá de lo que sea necesario para formular una regla o un estándar judicialmente operable. En segundo lugar, si tenemos varios precedentes sobre una materia, dictados secuencialmente por un mismo tribunal, y que se citan uno a otro, entonces se debe reconstruir la *ratio decidendi* que permita dar cuenta de todos ellos. En este supuesto se interpretará no ya una única sentencia, sino una *línea de precedentes*. Lo interesante es que las sentencias posteriores en la línea ofrecerán interpretaciones sobre la

anteriores, de modo tal que la reconstrucción de la *ratio* podrá fundarse, aunque sea parcialmente, en esas interpretaciones.

La última especificación que efectuaremos se desprende de la anterior. La posibilidad de identificar una línea de precedentes es el resultado, en verdad, de que podamos imputarles a todos ellos que usan una misma *regla*. Los cambios de regla pueden implicar un *error*, o la introducción de una *distinción*, con lo que se modifica la regla, pero se mantienen las razones de la justificación externa (i.e., la *ratio dedicensi* se modifica parcialmente) o un supuesto de *overruling*, es decir, dejar sin efecto el precedente (i.e., la *ratio decidendi* es totalmente cambiada por otra). Cuando al caso actual le es aplicable la *ratio* de un precedente en su totalidad, entonces estamos frente a un *precedente en punto* respecto del caso actual.

Pero la aplicabilidad de un precedente sólo requiere que las razones que conforman las premisas de la justificación externa sean apropiadas al caso actual. De ese modo, la introducción de distinciones puede generar dos resultados distintos. Uno es que la regla se convierte en una *regla con una excepción*, con lo cual la línea de precedentes se mantiene, aunque reformulada. El segundo resultado posible es que, a partir de las razones de la justificación externa, surja una nueva regla cuyo ámbito de aplicación es distinto al de la regla original. De ese modo, hay dos *holdings* diferentes, pero que están emparentados pues comparten su justificación. Si la nueva regla da lugar a otra línea de casos, entonces comenzará a desarrollarse un *árbol de precedentes*, en el que cada línea es una rama. Para poder identificar a varias líneas como pertenecientes a un mismo árbol, podemos emplear una directiva similar a las que mencionamos antes: cada una de las reglas respectivas deberá fundarse en razones que estén lo más cerca posible de cada una de esas reglas en particular.

Precedentes “muertos”.

El concepto de árbol de precedentes permite ilustrar un punto interesante que es el de los “precedentes muertos”.⁵³ Supongamos que tenemos un árbol de precedentes de un tribunal supremo. Asumamos también que una de sus líneas está compuesta por sentencias dictadas hace más de cincuenta años. Y, finalmente, imaginemos que el tribunal supremo fue dejando sin efecto varias de las otras líneas del árbol a través del *overruling* en los últimos quince años. En este contexto, un tribunal inferior debe resolver un caso con respecto al cual línea de decisiones de más de cincuenta años de antigüedad es un precedente en punto. Frente a ese escenario, el tribunal inferior podría argumentar que esa línea de casos anteriores constituye *un precedente muerto* pues, si bien el tribunal superior no lo dejó formalmente sin efecto, sí aplicó el *overruling* para dejar sin efecto a otras líneas de casos que pertenecen al mismo árbol que aquella. Es interesante advertir que esta es una forma en la que un tribunal inferior puede apartarse de un precedente de un tribunal superior, *invocando precedentes de ese mismo tribunal*. A través del ejercicio de sus poderes de revisión, el tribunal superior podrá determinar si aquella línea de casos debe también ser dejada sin efecto, como sugiere el tribunal inferior.

Conclusión: La Función de los Precedentes

El mapa conceptual que trazamos en la primera parte de este trabajo deja en claro que, a través de la interpretación y la construcción jurídicas, los jueces tienen una gran cantidad de opciones para determinar que normas aplicarán en la resolución de casos. Si los precedentes se enfocan, ante todo, en la justificación externa de las sentencias, entonces la función que cumple el *stare decisis* es, precisamente, reducir el menú de posibilidades

⁵³Margaret N. Kniffen, “Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions by United States Courts of Appeals”, *Fordham Law Review*, 51(1) (1982): 53-89; C. Steven Bradford, “Following Dead Precedent: The Supreme Court’s Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling”, *Fordham Law Review*, 59 (1990): 39-90; Riley T. Svikhart, “Dead Precedents”, *Notre Dame Law Review Online*, 93 (2017): 1-16.

interpretativas. Así, por ejemplo, si un tribunal efectúa una interpretación extensiva de una disposición en un caso, entonces ese mismo tribunal, o uno de inferior jerarquía, tendrá que realizar también una interpretación extensiva de esa disposición en un caso posterior. En otras palabras, los precedentes no eliminan la indeterminación, sino que le dan *saliencia* a una de las alternativas posibles a través de una decisión autoritativa. Y, de ese modo, contribuyen a *fijar* el contenido del derecho.⁵⁴

La forma en que los precedentes pueden cumplir esa función se explica en que ellos favorecen los acuerdos incompletamente teorizados.⁵⁵ Aunque la analogía y el razonamiento en base a precedentes tienen cierta similitud, en tanto que ambos asumen la existencia de semejanzas entre el caso resuelto con anterioridad y el actual, lo cierto es que existe una gran diferencia entre ellos. En efecto, en el caso de la analogía, es el decisor el que elige el caso anterior a partir del cual trazará la analogía. Es decir que la premisa es el resultado de su propia elección. En el precedente, en cambio, y sobre todo si existe una línea o, incluso, un árbol de precedentes, no tendrá el mismo espacio para efectuar una elección de ese tipo.⁵⁶

En otras palabras, es menos costoso determinar las premisas de las que debe partir la justificación externa de una sentencia si se recurre a precedentes que si se debe establecer cuál es la mejor solución para un caso, consideradas todas las cosas. Ello tiene claras ventajas no sólo para facilitar la coordinación, sino también para reducir los conflictos. En síntesis, al fijar el contenido del

⁵⁴Frank H. Easterbrook, "Stability and Reliability in Judicial Decisions", *Cornell Law Review*, 73 (1988): 422-433; Larry Alexander y Frederick Schauer, "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", *Harvard Law Review*, 110(7) (1997): 1359-1387; Thomas R. Lee, "Stare Decisis in Economic Perspective: An Economic Analysis of the Supreme Court's Doctrine of Precedent", *North Carolina Law Review*, 78(3) (2000): 643-706; Brian C. Kalt, "Three Levels of Stare Decisis: Distinguishing Common-Law, Constitutional, and Statutory Cases", *Texas Review of Law and Politics*, 8(2) (2004): 277-281; Daniel A. Farber, "The Rule of Law and the Law of Precedents", *Minnesota Law Review*, 90 (2006): 1173-1203. Para una discusión, véase Randy J. Kozel, "Settled versus Right: Constitutional Method and the Path of Precedent", *Texas Law Review*, 91 (2013): 1843-1896; *id.*, "The Rule of Law and the Perils of Precedent", *Michigan Law Review*, 111 (2013): 37-45.

⁵⁵Cass R. Sunstein, "Incompletely Theorized Agreements", *Harvard Law Review*, 108 (1995): 1733-1772; *id.*, "Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law", *Social Research*, 74(1) (2007): 1-24.

⁵⁶Frederick Schauer, "Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy", *Perspectives on Psychological Science*, 3(6) (2008): 454-460.

derecho, el *staredecisis* crea las condiciones para que el derecho sea efectivamente obedecido es decir que adoptar *explícitamente* alguna forma de *staredecisis* contribuirá a la promoción del estado de derecho.⁵⁷

⁵⁷Sobre las características del estado de derecho, ver Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, pp. 183-205, 10th ed., Macmillan, Londres, 1979; Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, pp. 49-61, rev. ed., Yale University Press, New Haven, 1969; Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty. The Definitive Edition*, pp. 308-328, ed. Ronald Hamowy, University of Chicago Press, Chicago, 2011; Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, pp. 114-126, Cambridge University Press, Cambridge, 2004; Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, en *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, pp. 214-218, Oxford University Press, Oxford, 1979; Robert S. Summers, “The Principles of the Rule of Law”, *Notre Dame Law Review*, 74(5) (1999):1691-1712.

