

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

**COSA JUZGADA
CONSTITUCIONAL**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i>	15
Cosa juzgada constitucional	
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA <i>El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones</i>	23
JUAN MANUEL SOSA SACIO <i>La potestad del Tribunal Constitucional para declarar nulas sus resoluciones con incorrecciones graves, dañosas e insubsanables</i>	59
BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES <i>La cosa juzgada derivada de una sentencia interlocutoria del Tribunal Constitucional</i>	95
JORDI NIEVA FENOLL <i>La cosa juzgada: el fin de un mito</i>	113
EDWIN FIGUEROA GUTARRA <i>La cosa juzgada constitucional. Previsiones y oposiciones en la interpretación constitucional</i>	135
ALFREDO ORLANDO CURACA KONG / LUIS ANDRÉS ROEL ALVA <i>La inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional: ¿se puede anular una sentencia del Tribunal Constitucional?</i>	151

Miscelánea

RAMIRO DE VALDIVIA CANO <i>Chesterton, las demandas frívolas y el Tribunal Constitucional</i>	185
ANÍBAL QUIROGA LEÓN <i>El régimen del recurso de agravio constitucional, los precedentes vinculantes y las sentencias interlocutorias</i>	207
JAVIER TAJADURA TEJADA <i>Valor jurídico y función política de los preámbulos constitucionales</i>	251
LUIS M. SÁNCHEZ <i>Las razones del precedente en las tradiciones del common law y el civil law</i>	275
ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ <i>La defensa de los derechos fundamentales frente a las empresas en el constitucionalismo estatal e internacional</i>	297
BENJAMÍN RIVAYA <i>Sobre el uso del cine en la formación judicial</i>	329
ALAN FELIPE SALAZAR MUJICA <i>La enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales a través del cine</i>	345

Jurisprudencia comentada

ALVARO R. CÓRDOVA FLORES <i>Comentario a la Sentencia Delgamuukw v. British Columbia [1997]</i>	365
SUSANA TÁVARA ESPINOZA <i>Reajuste de pensión de jubilación. Comentario a la STC 00828-2014-PA/TC</i>	373

Reseñas

EDGAR CARPIO MARCOS

*Razonamiento constitucional: críticas al neoconstitucionalismo
desde la argumentación judicial*

377

OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA

*La Constitución inacabada. Ideas y modelos constitucionales en el
momento fundacional del Perú en la primera mitad del siglo XIX*

381

ROGER VILCA APAZA

Ley y justicia en el Oncenio de Leguía

383

Las razones del precedente en las tradiciones del *common law* y el *civil law*

✉ LUIS M. SÁNCHEZ*

Sumario:

I. Introducción. **II.** El precedente en los orígenes del *common law*. **III.** Precedente en el *civil law*. **IV.** Algunas cualidades del uso razonable del precedente. **V.** Precedente e interpretación. **VI.** Precedente y razones para el balanceo. **VII.** Precedente y separación de poderes.

Resumen:

El autor hace un recuento de los orígenes de la institución jurídica del precedente en los sistemas jurídicos del *common law* y *civil law*, para luego analizar algunas de sus características, los problemas derivados de su interpretación, particularmente si se trata de reglas o estándares, y las dificultades que implica para la teoría de la división de poderes.

Palabras clave:

Common law, *civil law*, *stare decisis*, precedente, división de poderes, interpretación jurídica, reglas, estándares.

Abstract:

The author recounts the origins of precedents as legal institutions in both the common law and civil law systems, so that he can then analyze some of its characteristics, the problems arising from its judicial interpretation, particularly if they are rules or standards, and the difficulties it carries for the theory of separation of powers.

Keywords:

Common law, civil law, *stare decisis*, precedent, division of powers, judicial interpretation, rules, standards.

* Abogado, maestro en Gobierno y Asuntos Públicos (FLACSO, México, D.F.); profesor de Derecho y Políticas. Ha publicado artículos en *Isonomía* (México), *Doxa* (Alicante), *Politics and the Life Sciences* (Indiana). Es autor de: *Argumentación jurídica y teoría del derecho* (1988); *Argumentación jurídica, un modelo y varias discusiones sobre los problemas del razonamiento judicial* (2004); y *Después del positivismo. Re-sustantivando el derecho* (2011).

I. Introducción

Se conoce que la doctrina del *precedente judicial* –también llamada doctrina del *stare decisis* es propia del *common law*, lo que no quiere decir que sea extraña a la tradición del *civil law*. En el *civil law*, la autoridad de los casos sentenciados opera usualmente bajo el nombre de *Jurisprudencia constante*, la que tiene singularidades en la manera en que se conforma, pero su fuerza normativa es semejante a la del *precedente* del *common law*. En este ensayo se hace una revisión comparativa de las características sustantivas de ambas tradiciones, lo que constituye un punto de partida necesario para entender mejor la manera en que se configura y se extiende el uso del precedente en el Perú.

II. El precedente en los orígenes del *common law*

Es usual remitir los orígenes del *common law* a los procesos de conquista de Inglaterra por los ejércitos normandos, al inicio del segundo milenio. En la medida de su desplazamiento por los territorios interiores, los reyes normandos y sus funcionarios se veían llamados a atender los conflictos y peticiones de la gente, lo que trataban de hacer siguiendo las costumbres de cada sitio. Sin embargo, no siempre lograban un entendimiento pleno de las usanzas locales y la gente protestaba. Para aplacar los descontentos, los funcionarios dieron en atenerse a la regla «los casos iguales deben resolverse de la misma forma».

Así se fue originando la doctrina del *stare decisis*, que impone al juzgador la tarea inicial de averiguar cómo se han tratado los casos iguales en el pasado¹ y tener en cuenta los juicios emitidos. Siguiendo este criterio se fueron sumando decisiones que la gente tendía a aceptar, porque daban una cierta seguridad del tratamiento a recibir y suscitaban una expectativa de trato igualitario. Eso afirmaba también el interés del rey de mantener la paz y el orden, sin entrar en conflicto con la gente. El resultado iba siendo la formación de un cuerpo de criterios que los administradores usaban como

¹ En su formulación básica la doctrina del *stare decisis* postula tomar en cuenta las decisiones de los antecesores. El *Black's Law Dictionary* se refiere al *stare decisis* como «atenerse a los casos resueltos, respetar los precedentes, mantener las adjudicaciones previas». *The Law Dictionary*, Featuring Black's Law Dictionary Free Online Legal Dictionary, 2nd Ed.

reglas, llamadas poco a poco *common law*², porque se asumían como reglas comunes para el trato entre las diferentes comunidades.

Sin embargo, en la tradición anglosajona el *common law* no agota el derecho. Otro rol importante, y con frecuencia superior al precedente, lo tiene la equidad (*equity*), a cargo en sus orígenes de los cancilleres nombrados por el Rey (*Chancellors*). «Cuando ellos [los cancilleres] confrontan intrincados asuntos de prueba, no miran a la prueba, como hacían sus pares del *common law*. Más bien, ellos basaban sus juicios en preceptos cristianos», expresan Cook y otros³.

Vale destacar las razones por las que la *equidad* se fue haciendo necesaria frente al *common law*, pasando a ser en los hechos una fuente de derecho con mérito propio. El canciller Lord Ellesmere lo explicaba de esta manera: «La causa por la que hay cancelería [léase, *equity*], es porque las acciones de las personas son tan diversas e infinitas, que es imposible hacer alguna ley general que puede adecuarse con propiedad a cada acto particular, y no fallar en algunas circunstancias»⁴.

Las decisiones del *common law* parecían mostrarse rígidas frente a la diversidad de circunstancias a atender, y los procedimientos formales (*writs*) para acceder a la justicia del *common law* se volvían cada vez más complicados. La *equidad* se performa entonces como un sistema de justicia que trata de eludir estas dificultades, basado en cierta discrecionalidad del juzgador. Explica al respecto Cook: «En el *common law*, si uno puede probar ciertas cosas, uno tiene un derecho establecido a algo. En contraste, en la *equidad*, el Canciller retiene una discreción para no otorgar un remedio reclamado si piensa que el demandante moralmente no lo merece»⁵.

Ocurrió entonces que mientras las reglas del *common law* se endurecían, la *equidad* ganaba mayor confianza de la gente. Además, no dejaba de plantearse conflictos entre ambas. De hecho el conflicto más trascendente se dio a comienzos del año 1600 entre el Canciller Lord Ellesmere y el Juez

² Véase, CATRIONA COOK, ROBIN CREYKE, ROBERT GEDDES, IAN HOLLOWAY, *Laying down the Law*, Butterworths, Australia, 1996, 4th edition, p. 9. (Las traducciones corresponden al autor, salvo que se indique de otro modo).

³ *Ibid.* p. 13.

⁴ LORD ELLESMERE, citado por COOK *et. al.*, ed. cit., p. 13.

⁵ *Ibid.*, p. 14.

superior del Tribunal del Rey, finalmente resuelto en una conferencia de los magistrados más antiguos. «La conferencia recomendó –dice Cook– que en caso de conflicto entre los dos, la *equidad* debe prevalecer. Esta es la regla hasta hoy»⁶.

La *equidad* se mantiene, entonces, como un criterio que, en la tradición anglosajona, todas las cortes pueden utilizar. Los jueces pueden aplicar las reglas del *common law* o la *equity*, o ambas, según juzguen apropiado para el caso⁷, Independientemente de cuál sea su nivel o ubicación.

Más adelante, con la formación del parlamento, en el siglo XIII, surgieron las leyes (*statutes* o *acts*), aunque originariamente este tipo de normas se conformaban con los decretos del rey, y con el surgimiento del parlamento se plantea el problema crucial de la separación de poderes. Se plantea, por consiguiente, la cuestión del interjuego que tendría que haber ante todo entre *statutes* y *common law*.

La primera consecuencia de ello es que los jueces del *common law* empiezan a usar las reglas aprobadas por el Congreso, además de las reglas del *stare decisis*⁸. Eso no lleva, sin embargo, a que las reglas estatutarias reemplacen –ni deban reemplazar– al *common law*, entre otras cosas porque una norma general nunca agota la infinidad de casos particulares. El *common law* sigue operando como norma de justicia para los casos específicos. A juicio de Sunstein, esto le da al *common law* una cierta superioridad como medio de adjudicación del derecho: «si las fragilidades humanas y necesidades institucionales son dejadas de lado, los juicios particularizados, basados en las características relevantes de cada caso, representan la más alta forma de justicia»⁹.

Nótese que el reconocimiento de la necesidad y la alta cualidad imperativa de las normas que construyen los jueces con sus decisiones, no equivale a decir que los jueces aprueben normas que tienen la característica de «leyes» generales en el sentido de los *statutes*.

⁶ Ídem.

⁷ *Ibid.*, p. 21.

⁸ A propósito de las reglas, SUNSTEIN subraya que «El hecho que el *common law* opera por analogía, no significa que no tiene reglas. Más bien está invadido por estas, no menos que los sistemas del *civil law*». Cass R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 78.

⁹ *Ibid.*, p. 135.

Importa observar también, de acuerdo con lo reseñado, que las innovaciones en el derecho del *common law* se fueron produciendo en conexión con las demandas prácticas de la gente y los criterios que construían los jueces, no tanto por migración o importación de instituciones de la experiencia de otros países. Incluso cuando la tradición del *common law* se extiende a los países colonizados por Inglaterra –conformantes del *Commonwealth* en su gran parte–, esa forma de progreso endógeno del *common law* sufre variantes pero no se altera de modo radical.

Cook resume los rasgos generales del funcionamiento del *precedente* en el *common law* del modo siguiente:

- Cada tribunal está obligado por la decisión de los tribunales superiores en su jerarquía¹⁰;
- La decisión de una corte en una diferente jerarquía puede ser de considerable peso pero no es obligatoria fuera de esa jerarquía;
- Sólo la *ratio decidendi* (la decisión del juez sobre los hechos materiales) de un caso es obligatoria;
- Cualquier decisión relevante, aunque no obligatoria, puede ser considerada y seguida;
- Los precedentes no son necesariamente abrogados por el paso del tiempo¹¹, así como tampoco el paso del tiempo determina de por sí la autoridad del precedente¹².

De manera que cuando los jueces del *common law* expresan que se están adhiriendo al principio del *stare decisis*, lo que están diciendo simplemente es que han decidido mantener las razones de la decisión en casos anteriores¹³.

¹⁰ En el derecho anglosajón pueden haber jerarquías separadas. No toda la administración de la justicia conforma una sola jerarquía. Por ejemplo, en el caso de Australia hay las jurisdicciones de las Cortes temáticas como las de familia, relaciones industriales, equivalente en posición a las Cortes Federales. *Cook et al*, ed. cit. p. 362

¹¹ *Ibíd*, p. 63.

¹² *Ibíd*, p. 75.

¹³ *Ibíd*. p. 63.

Esto no implica que los jueces deban decidir basándose sólo en el *stare decisis*, ni que no puedan apartarse de él ni cambiarlo. Como se sabe, el estilo de pensamiento del *common law* tolera la disensión judicial, tan luego como puedan concurrir ciertas circunstancias de justificación que le toca al propio juez evaluar. En Inglaterra, por ejemplo, Garvey Algero anota: «Hoy, las decisiones de las *High Courts*, que son algo comparables a las *Trial Courts* en Estados Unidos, no obligan a otras cortes, sino que sirven simplemente como autoridad persuasiva para otras *High Courts* y las cortes inferiores. Las decisiones de las *Courts of Appeals* obligan a las *High Courts* debajo de ellas en la misma jerarquía y, fuera de circunstancias inusuales, obligan a la *Court of Appeals* a cargo de la decisión. Finalmente, las decisiones de la *House of Lords*, que es más o menos equivalente a la Corte Suprema de los Estados Unidos, son estrictamente obligatorias para todas las cortes inferiores y para la *House of Lords* en sí misma, aunque la Corte ha establecido una práctica de rechazar *precedentes* cuando se determina que son insatisfactorios, especialmente cuando ellos pueden ser distinguidos»¹⁴.

Es decir que el sentido de lo «obligatorio» admite variantes de intensidad en el *common law*. La obligatoriedad estricta liga a las diferentes cortes particularmente cuando se trata de las decisiones de la *House of Lords*, la instancia más alta. Sin embargo los propios Loes asentaron en 1966, que «Su investidura reconoce que la adherencia demasiado rígida al *precedente* puede conducir a la injusticia en un caso particular, así como restringir indebidamente el propio desarrollo del derecho»¹⁵.

Semejante es el caso en los Estados Unidos donde la doctrina del *stare decisis*, así como la estructura jerárquica de las cortes, típicamente requiere que las cortes bajas estén limitadas por las decisiones de las cortes altas de cada jurisdicción¹⁶. Sin embargo, según recuerda Garvey, en los Estados Unidos, «(...) las cortes típicamente se separan de la estricta adherencia al precedente cuando éste parece estar desactualizado, ‘cuando la regla existente ha producido resultados indeseables’, o cuando ‘la decisión anterior estuvo basada en lo que ahora se reconoce como razonamiento defectuoso»¹⁷.

¹⁴ Mary GARVEY ALGERO, *The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common law Nation*, 65 La. L. Rev. (2005) P. 784-785.

¹⁵ Citado por GARVEY ALGERO, loc. cit. p. 785.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ *Ibid.* p. 768.

También ocurre esto en la tradición australiana, donde se mantiene la flexibilidad en los usos del precedente bajo ciertas consideraciones. Al respecto Cook sostiene que: «Mientras un simple juez en un Estado o territorio de una Corte Suprema, o un juez en una corte inferior debe estar consciente de los valores contemporáneos de la sociedad y lo que una persona común consideraría como apropiada decisión en ese contexto, generalmente hablando los jueces de primera instancia están obligados a seguir a la ‘autoridad obligante’ en la forma de una decisión de una corte de más alta jerarquía sobre un mismo asunto»¹⁸.

Sin embargo un juez puede decidir no seguir el criterio del superior. «Si el juez decide no seguir tal *precedente*, él o ella deben expresamente distinguir (es decir, explicar de qué modo el caso originario es diferente del caso actual) y por lo tanto [el precedente] es no aplicable»¹⁹.

¿Qué pasa si el juez no hace expresa la distinción? La decisión es considerada *per incuriam*: es decir, una decisión dada por ignorancia o por olvido, y por lo tanto incapaz de constituirse en precedente vinculante para casos futuros²⁰.

Cook remarca un hecho aún más importante: en las decisiones judiciales de las cortes de apelación, los *principios* y las *políticas* juegan un rol que «(...) podría decirse dominante, en adición a la autoridad de las reglas, o la doctrina del *stare decisis*»²¹. Los *principios* y *políticas* están referidas a las creencias políticas, sociales, económicas y culturales contemporáneas, a los valores sociales en general y de los jueces en particular en su manera de comprender la sociedad²².

Esto permite que, en el contexto del *common law*, la creatividad judicial no queda excluida, sin que ello autorice a las cortes a practicar un decisionismo puro, ni a comportarse como un órgano legislativo propio. Los jueces tienen la responsabilidad de decidir los casos partiendo del derecho que encuentran, por lo que tienen un deber general y permanente de fundamentar y auto restringirse²³.

¹⁸ COOK *et al*, ed. cit., p. 78.

¹⁹ *Ibíd*, p. 79.

²⁰ *Ídem*.

²¹ *Ibíd*, p. 80.

²² *Ídem*.

²³ *Ibíd*, p. 87.

Cook explica la utilidad social del precedente porque éste no es más que un refinado y formalizado ejemplo del proceso normal de toma de decisiones que busca evitar la arbitrariedad y promover la certidumbre y consistencia. Se parece en eso a lo que las personas hacen de continuo en su propia experiencia, ateniéndose a las soluciones que conocen, hasta tanto no haya evidencias contundentes que las haga cambiar de criterio.

Otro autor, Daniel Farber, considera que la decisión de atenerse al punto de vista de los predecesores tiene ventajas de *eficiencia*: ahorra tiempo y dificultades, ya que volver a discutir los acuerdos y las prácticas en todos los casos, llevaría a la parálisis²⁴. Comporta también *humildad*, desde que sería arrogante asumir que solo las generaciones actuales tienen acceso a la verdad. Respetar el *precedente* implica la obligación de considerar con cuidado lo que otros jueces inteligentes y reflexivos pueden haber pensado antes sobre un caso.

También hay ventajas de *igual tratamiento*, desde que sería arbitrario decidir este año un caso de una manera, y de manera opuesta un caso idéntico al siguiente año. Farber explica que la preferencia por la uniformidad no es un imperativo inquebrantable, pero previene de apartarse del *precedente* con demasiada rapidez.

282

La otra ventaja que Farber remarca es la de *Neutralidad*. Cuando un juez decide un caso particular, debe proporcionar razones que tendrán efecto precedencial en casos posteriores, incluso –o sobre todo– para él mismo. Existe un deber moral de neutralidad que le dice al juez: «debo seguir mi *precedente* en el futuro», asumiendo por supuesto que en adelante se le presenten casos iguales o análogos.

Farber añade que, de este modo, el *precedente* concurre bien a los propósitos de estabilidad para gobernar que busca la Constitución. Si las cortes no le dieran especial credibilidad a los *precedentes*, especialmente a aquellos que pueden considerarse fundacionales (*bedrock*), no sólo sería imprudente, sino que ello socavaría los propósitos del constitucionalismo²⁵.

²⁴ Daniel A. FARBER, *The Rule of Law and the Law of Precedents*, 90 *Minn. L. Rev.* (2005), pp. 1177-1178. Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1693>.

²⁵ *Ibíd.*, pp. 1180-1181.

Eso hace posible también que las cortes sean, en vez de una colección de individuos que cambian cada cierto tiempo en el puesto, una institución capaz de construir un cuerpo de normas. «Esta clase de decisiones, que son familiares a los estudiantes del Sistema del *common law*, están suficientemente estructuradas para proveer estabilidad y coherencia, siendo suficientemente flexibles para permitir la improvisación y el crecimiento»²⁶.

La doctrina del *stare decisis* permite entonces preservar la estabilidad, pero también deja espacio para la innovación y la corrección de los errores²⁷. Si se mantuviera atada al pasado seguramente perdería aptitud para dar soluciones adecuadas a los nuevos problemas. Tiene plena validez, en relación con esto, el comentario de Richard Posner cuando sigue a Nietzsche, «Los precedentes proporcionan buenas soluciones para los problemas actuales sólo si el presente se parece muy cercanamente al pasado. Si no es así, entonces una persona que ‘sólo repite lo que ha escuchado, aprende lo que es conocido, o imita lo que ya existe’ no será capaz de resolver esos problemas»²⁸.

Se podría decir así que *estabilidad* y *apertura* son las dos propiedades con las que el precedente contribuye al gobierno del derecho (*Rule of law*), lo que desde luego no equivale a decir «derecho de las reglas» (*Law of rules*). De esta manera, en la tradición anglosajona, el *precedente* no bloquea radicalmente el contacto con las creencias de justicia de la gente ni con la manera en que se razona en la vida diaria. Esto lo explica Brian Bix: «Dado todos los giros y vueltas del razonamiento del *common law*, uno podría estar tentado de concluir que esta es una forma completamente rara de administrar un Sistema legal, sino fuera por el hecho que el razonamiento del *common law* parece reflejar, en un nivel público, la forma en que la gente desarrolla sus propios principios morales y visiones sobre la vida»²⁹.

Ernest Blochse ha referido a ello también, de un modo igualmente convincente: que, de cierto modo, «la práctica inglesa, desarrollada a lo largo de innumerables precedentes, descansa sobre un *commonsense* democrático (...)»³⁰.

²⁶ *Ibid*, pp. 1183-1184.

²⁷ *Ibid*, p. 1175.

²⁸ Richard POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2001, p. 151.

²⁹ Brian BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, 3d ed. 2004, p. 149. Citado por FARBER, loc. cit, pp. 1183-1184.

³⁰ Ernst BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, traducción Felipe GONZÁLES Vicén. Clásicos Dykinson, Safekat S.I, Madrid, 2011, p. 179.

Otro aspecto a observar, en la perspectiva constitucional, es que en la tradición anglosajona el derecho constitucional no se guía únicamente por el precedente judicial, sino que considera el *precedente* del Congreso y el del Presidente de la República. Por ello, como dice Farber, hay que resistir la tentación de poner una simple ecuación entre *common law* y *constitutional law*. El Derecho constitucional «no se basa únicamente en precedentes judiciales a la manera del *common law*... otras formas de historia constitucional también juegan un importante rol... *Precedentes* no judiciales también son importantes... Una línea consistente de interpretación por el Congreso y por el Presidente también merece respeto»³¹.

Esto es así, entre otras cosas, porque no hay forma de inferir los límites precisos de actuación de los poderes, como Madison ya lo mantuvo en su época. En *The Federalist N° 37*, Madison escribió: «la experiencia nos instruye que ninguna destreza en la ciencia del gobierno ha sido capaz todavía de discriminar y definir, con suficiente certidumbre, lastres grandes provincias del legislativo, el ejecutivo y el judicial; o incluso los privilegios y poderes de los diferentes brazos del legislativo».³²

284

Se tiene entonces que concluir que la doctrina del precedente se interesa en mantener un cierto vínculo de lo judicial con la política y con la sociedad. Por eso es que en casos paradigmáticos de la discusión norteamericana, ha habido confluencia de criterios entre los poderes del Estado. Farber recuerda, a propósito de ello, que las consideraciones de las cortes norteamericanas post *New Deal* recibieron el apoyo del Presidente y el Congreso por un buen periodo. De la misma manera el mandato de integración del caso Brown fue refrendado por el Congreso y el Presidente en la *Civil Rights Act* de 1964³³.

III. Precedentes en el *civil law*

A veces se ha supuesto que el *stare decisis* no forma parte de los criterios de adjudicación en la tradición del *civil law*³⁴. Ciertamente no parece ha-

³¹ FARBER, loc. cit. p. 1184.

³² *Ibíd.*, p. 1186.

³³ *Ibíd.*, p. 1185.

³⁴ Véase, VINCY FON, FRANCESCO PARISI, «Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis, *International Review of Law and Economics*». 26 (2006) 519-535.

ber sido así en los orígenes de las democracias europeas debido posiblemente a la enorme influencia de la revolución francesa, que desconfió de las cortes monárquicas de modo radical, y consagró a la ley y al parlamento como únicas fuentes legítimas de soberanía popular.

Eso no significa que el valor de las decisiones de las cortes fuera ignorado. Por ejemplo, Savigny, considerado uno de los autores más representativos del *civil law*, ubicaba las decisiones de los jueces como parte del derecho consuetudinario, punto de vista que ha sido más o menos corriente hasta los años sesenta del siglo XX³⁵. Un viraje teórico significativo en este punto de vista, según anota Zaccaria, vino con Martín Kriele (1967), quien constata que «(...) en los sistemas de *civil law*, es tal la influencia de hecho de los precedentes en la orientación de la interpretación y la decisión judicial, que se puede tranquilamente hablar de «vinculación presuntiva»³⁶.

Entre los jueces de la tradición continental europea la tendencia ha sido a aceptar la fuerza de los casos anteriores a menudo de manera implícita. Además, en el *civil law* no se suele acudir a la autoridad de un caso simple, sino a la repetición de casos, a lo que generalmente se denomina *jurisprudencia constante*, *costumbre judicial* o a veces *doctrina legal*. Además la fuerza de la jurisprudencia es principalmente interpretativa. En el *civil law*, dice Garvey, «Cuando se considera al *precedente*, las cortes tienden a mirar las decisiones anteriores como simples interpretaciones del derecho, y a menudo son libres de decidir consistentemente con las anteriores interpretaciones de las cortes o rechazarlas».³⁷

Se puede concluir entonces, siguiendo a Zaccaria, que en las decisiones de las cortes del *civil law*, «incluso cuando no se atribuye una relevancia formal a los *precedentes*, a las orientaciones jurisprudenciales consolidadas, estas últimas ejercitan de hecho una considerable influencia sobre las decisiones judiciales»³⁸. De cierto modo las decisiones de las cortes se asumen como obligatorias sobre todo para las cortes inferiores, aunque la «obligatoriedad»

³⁵ Véase, Giuseppe ZACCARIA, «La jurisprudencia como fuente de derecho: Una perspectiva hermenéutica», en ISONOMÍA No. 32 / Abril 2010, p. 95 y ss.

³⁶ *Ibíd.*, p. 97.

³⁷ GARVEY ALGERO, *loc. cit.* p. 787.

³⁸ ZACCARIA, *loc. cit.* p. 98.

tiene connotaciones diferentes según los casos. Eso ocurre particularmente cuando hay un nivel de consistencia entre varios casos sentenciados.

En Francia, detalla Garvey, no hay obligatoriedad formal de seguir la decisión judicial previa. De hecho se puede decir que hay una regla opuesta: está prohibido seguir un precedente sólo porque es un *precedente*. Esto, sin embargo, no significa que las decisiones de los tribunales más altos no tengan fuerza para las cortes bajas.³⁹

En Italia el caso es parecido. Ningún precedente puede ser considerado estrictamente obligatorio, porque el sistema legal no está basado en el precedente como principio formal. Los precedentes no son considerados fuente del derecho⁴⁰. Sin embargo, las decisiones de las cortes superiores de todos modos tienen gran influencia orientadora para las cortes inferiores cuyas decisiones son apelables. Las cortes inferiores pueden adoptar una posición diferente sobre el asunto, sin embargo, se espera que expliquen adecuadamente las razones por las cuales no toman en cuenta los criterios de las superiores. «Las cortes inferiores tienen un derecho, no una obligación, para aplicar las reglas precedentes»⁴¹.

286

En España uno de los principios del derecho es que ‘el juez está obligado por las leyes y no por el precedente’. La jurisprudencia, o el precedente, no están listados en el Código Civil como una de las fuentes del derecho, a la manera de la legislación, la costumbre y los principios generales del derecho. Sin embargo, el artículo 1(6) del Código Civil reconoce que «la jurisprudencia de las cortes complementa el orden legal con la doctrina que, de manera constante, puede ser establecida por la Corte Suprema, al interpretar la legislación, la costumbre y los principios generales del derecho».⁴²

La proximidad entre el sistema legal europeo y el anglosajón en los usos argumentativos del precedente y la jurisprudencia, es en tal sentido, grande, como lo corroboran importantes estudios como el dirigido por

³⁹ GARVEY ALVERO, loc. cit., p. 787.

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 789-790.

⁴¹ *Ídem.*

⁴² *Ibíd.*, p. 791.

MacCormick y Summers del año 1997⁴³. No por ello dejan de haber diferencias. Una de ellas se da en los estilos de razonamiento judicial. En general, según observa Bell⁴⁴, los operadores del *civil law* parecen suponer que a quien debe convencer la solución legal es a los especialistas, a los magistrados del tribunal o a los jueces inferiores; no tanto a la sociedad. En adición tienen cierta preferencia por el uso de argumentos de carácter apologetico (defender una posición) y polémicos (atacar un punto de vista), antes que acudir a argumentos persuasivos, dirigidos a convencer a un auditorio.

Se tiende a suponer por ello que el precedente establece un derecho que no admite dudas⁴⁵, y se asume una cierta jerarquía formal entre precedentes, de acuerdo con el órgano que los emite. Ello no significa que en los países del *civil law* los operadores dejen de prestar atención al caso específico o incluso al sentido de justicia. «Sólo cuando se le imponen argumentos de fuerza tales de hacer cesarla presunción a favor del precedente, el juez deberá ponderar nuevamente las cuestiones ya decididas con anterioridad y retomar entonces el examen del contexto efectivo del caso específico», anota Zaccaria⁴⁶. John Bell confirma esta opinión, comentando el estudio de MacCormick y Summers: «[L]o que emerge de los reportes nacionales es que los jueces no responden bien a los dictados jerárquicos de las cortes superiores. Como todos los profesionales, ellos están influenciados por el propósito de hacer justicia a los ciudadanos antes que por el respeto a un orden, incluso en los sistemas burocráticos que existen en la mayoría de países del *civil law*»⁴⁷.

Significativamente, una Constitución como la Alemana establece en su artículo 20, que los jueces están subordinados a «las leyes y el derecho» (*Gesetz und Recht*), no tanto a los superiores jerárquicos⁴⁸.

Esto hace que en los hechos la comunidad legal del *civil law* es más amplia que la conformada por los jueces, indica Bell. La comunidad legal

⁴³ Véase, Neil MACCORMICK & Robert S. SUMMERS, *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Edited by D. Neil MacCormick & Robert S. Summers. Aldershot: Dartmouth Publishing Co. Ltd. 1997

⁴⁴ John BELL, *Comparing Precedent*, 82 Cornell L. Rev. 1243 (1997), p. 1252. Available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol82/iss5/13>.

⁴⁵ ZACCARIA, loc. cit. p. 98.

⁴⁶ ZACCARIA, loc. cit. p. 99.

⁴⁷ J. BELL, loc. cit. p. 1252.

⁴⁸ Ídem.

abarca no solo a las cortes sino a los profesionales del derecho, escritores y académicos doctrinarios, a los órganos de gobierno que diseñan el derecho así como los organismos no gubernamentales involucrados en hacer y aplicar el derecho, y no se debe perder de vista que las decisiones de las cortes se dirigen a todos ellos⁴⁹. Es notorio que en países como Francia o Italia, los autores y académicos tienen influencia notable en los jueces, o incluso tienen preeminencia para performar las decisiones jurídicas, en particular en el derecho privado.

Se puede decir, entonces, que si en el *common law* los jueces inferiores deben seguir el precedente, a menos que haya buenas razones para distinguir el caso, en el *civil law* el precedente es tratado como una de las razones para la decisión, lo que es particularmente cierto en materias diferentes a la penal en donde opera un principio de legalidad estricta en la determinación del tipo y de la pena. En ambos casos el resultado práctico es semejante: el precedente es tratado como una norma que puede ser derrotable en presencia de nuevas razones.

288

Este es el punto de vista que surge del estudio de MacCormick y Summers, resumido por Bell de la siguiente manera: «[L]os reportes sobre Alemania e Italia sugieren que la existencia de una decisión anterior de la Corte nacional más alta, altera la carga de la prueba. La carga está ahora en quienes disputan la corrección del *precedente* y se interesan en producir argumentos convincentes para derrotarlo. El efecto práctico de esto es muy similar a la racionalidad de las cortes del *common law* de no cambiar sus propios *precedentes* con demasiada prisa»⁵⁰.

En el *civil law* las decisiones precedentes contribuyen a la justificación del caso concreto, lo que no evita la necesidad de emprender discusiones sustantivas sobre lo que debe considerarse correcto⁵¹.

La conclusión que Bell obtiene de esto es que el precedente parece ser una característica de cualquier sistema legal en una forma u otra. Ello ocurre porque los ordenamientos tienen que satisfacer un conjunto de valores entre los que se cuentan la consistencia, coherencia, confiabilidad y protección de

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 1253.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 1254.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 1259.

las expectativas de la gente. Los jueces son conducidos a adherirse a las decisiones de sus predecesores, a menos que tengan buenas razones para actuar de un modo diferente: «La complejidad de un sistema legal exige que los precedentes impongan límites sobre las decisiones de los jueces por razones teóricas y prácticas, aunque la forma en que se usan los precedentes depende de varios factores institucionales y constitucionales»⁵².

La afirmación de Bell propiamente resume el punto de vista de MacCormick y Summers según el cual «cualquier sistema jurídico que tiene un sistema jerárquico de fuentes y publica las decisiones de las cortes de un modo apreciable... eventualmente llegará a reconocer los *precedentes* como una fuente mayor de razones autoritativas para la decisión»⁵³.

IV. Algunas cualidades del uso razonable del precedente

De la revisión anterior emerge que los precedentes son un medio necesario para ordenar el funcionamiento del derecho, entre otras cosas porque el conjunto de normas y soluciones se torna inmanejable dentro de cualquier esquema teórico, y sin embargo las decisiones de los jueces deben responder a una cierta coherencia de sentido. Esto significa que hay ciertas condiciones que hacen necesario y por otro lado delimitan la razonabilidad del uso del precedente, las cuales están referidas principalmente a la autoridad del precedente, a sus alcances de obligatoriedad así como a sus formas de interpretación. Sin duda, esto tiene un vínculo directo con el balanceo de reglas y razones y, ultimadamente, con el esquema de separación de poderes.

En lo que se refiere a la autoridad del precedente, el tratamiento que recibe en las dos tradiciones europeas es semejante. Se acepta como criterio que si la corte más alta hace el esfuerzo de resolver aspectos cruciales del derecho y tratan de unificar los esfuerzos de las diferentes cortes, es una falta de respeto e imprudencia que las cortes bajas ignoren el precedente. «El respeto por la jerarquía y la sabiduría de los jueces más altos, requiere que las cortes bajas den algún peso a las decisiones de aquellos. Este enfoque de sentido común se evidencia en todos los sistemas legales».⁵⁴

⁵² *Ibíd.*, p. 1271.

⁵³ MACCORMICK y SUMMERS, citados por BELL, *loc. cit.* p. 542.

⁵⁴ BELL, *loc. cit.* p. 1255.

Eso no quiere decir que la autoridad de los precedentes sea inviolable. Al respecto el estudio comparativo de MacCormick-Summers detecta tres niveles de autoridad en ambas tradiciones. El primero es el de las decisiones *formalmente obligatorias*, que tienen gran fuerza de prelación y solo pueden ser derrotadas por argumentos del mismo nivel; el segundo es el de las *decisiones más débiles*, que solo ofrecen argumentos para una decisión; y el tercero es el de las *decisiones meramente ilustrativas*. No obstante esa diferenciación, MacCormick y Summers tienden a apreciar la autoridad del *precedente más bien como un continuo antes que como un orden escalonado*.

Bell anota por su lado que, en «La mayoría de casos del *common law* los casos no son realmente obligatorios en sentido estricto, pero pesan de tal modo que pueden alterar la carga de la prueba en los argumentos de la corte; aunque ultimadamente no son decisivos, incluso en las cortes bajas». Las cortes del *common law* tienen disposición para distinguir los precedentes que pueden ser inconvenientes, lo que «se equipara, de algún modo, al fenómeno encontrado en muchos sistemas de *civil law* de muchas cortes bajas que rechazan las decisiones de las cortes altas».⁵⁵

290

Se hace evidente entonces que la razón por la que las cortes inferiores siguen las decisiones de las cortes altas, es más bien de carácter *prudencial* antes que *jerárquica*. Las cortes inferiores deben evitar comportarse de modo temerario, lo que no excluye que puedan apartarse de los fallos anteriores cuando haya razones fundadas. Si tuviesen que adherirse al *precedente* por estrictas razones jerárquicas no cabría en ningún caso el apartamiento. Como resultado, el *stare decisis* no impide la innovación o, si se quiere, la «experimentación» de soluciones por prueba y error, mecanismo de progreso que es tan válido en las ciencias como lo es en el derecho⁵⁶. Desde ese punto de vista el *stare decisis* proporciona una base de continuidad normativa potencialmente apta para asegurar la igualdad en el trato⁵⁷, pero también para tratar la diferencia.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Ver, O.A. HAAZEN, Precedent in the Netherlands, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.1 (May 2007), p. 6. En: <<http://www.ejcl.org>>. Daniel Farber, *The Rule of Law and the Law of Precedents*, loc. cit. p. 1175.

⁵⁷ Cfr. Eloy ESPINOSA SALDAÑA, «El precedente constitucional: Sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarlo en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana», en revista *Estudios Constitucionales*, Año 4 N° 1, Universidad de Talca, 2006.

Esto sugiere que la doctrina del precedente no se ata a la uniformización *per se* del Derecho. Lo que busca es la estabilidad prudencial del orden jurídico, dejando margen adecuado para que los jueces puedan distinguir las diferentes situaciones. Más *que* «uniformidad» lo que se busca es *consistencia* en las decisiones, bien entendido que se trata de una consistencia práctica, no tanto *lógica*: *lo que importa es la consistencia en soluciones que serán aceptadas por la gente* en la medida que sean soluciones justas.

En consonancia con lo anterior, los mecanismos por los que la autoridad del precedente se vuelve obligatoria, son también diferentes a los que se usan para hacer cumplir la ley.

A veces las cortes inferiores adhieren voluntariamente a las decisiones de las cortes altas, casi como diciendo «me justifico en lo que dice el superior». Otras veces la obligación de respetar las decisiones se pone de manera expresa por ejemplo, el artículo 65 de la Constitución italiana señala que todas las autoridades públicas (incluyendo las cortes) están obligadas a respetar las decisiones de la Corte Constitucional, caso equivalente al de la primera disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en el Perú—no se encarga a las cortes altas la función de «unificar» el derecho.

291

También se suele blindar los precedentes, estableciendo por ejemplo que estos no pueden ser removidos sino con una conformación calificada de la corte o de la reunión (por ejemplo con más integrantes), o a través de procedimientos especiales para que las cortes superiores puedan revisar decisiones autoritativas sobre asuntos ya decididos.

Otro medio de crear obligatoriedad son los reportes oficiales, práctica propia del *common law* pero también usada por las Cortes altas en países como Finlandia, Francia, Alemania e Italia. A partir de su publicación los casos seleccionados en los reportes judiciales⁵⁸ adquieren condición de obligatoriedad y deberán ser tomados en cuenta por las cortes inferiores.

Es difícil pensar que en presencia de este tipo de prácticas y normas expresas que demandan obligatoriedad, las cortes inferiores no tomarán en cuenta las decisiones de las superiores. Sin embargo, esto no significa que no

⁵⁸ Ídem.

tengan la posibilidad de apartarse de las mismas. En la práctica pueden resistirse de varios modos a la aplicación mecánica de los criterios superiores, no solo a través de la distinción sino apelando también a diferentes estrategias de interpretación. Hay que admitir, por ello, que la obligatoriedad de los precedentes opera *prima facie* pero no es invencible.

Eso explica que haya pocas noticias de casos donde la obligatoriedad del precedente se sancione con algún tipo de responsabilidad para el que no sigue el precedente. En las dos tradiciones europeas la obligatoriedad del precedente tiende a basarse en la convicción de los jueces, en la cultura institucional (ocupando el lugar de la «regla de reconocimiento» que correspondería al criterio de Hart), o en los hábitos de respeto a los criterios de administración de justicia que acuña cada tradición jurídica. La obligación de seguir el precedente se asemeja a una obligación jurídica sin sanción que por lo mismo se asemeja más a una obligación moral.

Hay, sin embargo, autores que creen que no dejan de haber sanciones contra los que no siguen el precedente. Legarre y Rivera dicen, por ejemplo, que «en el *stare decisis* vertical se advierte con más claridad la sanción en caso de incumplimiento: si un tribunal se aparta de los precedentes de su superior jerárquico este dejará sin efecto la sentencia en cuestión (en caso de que sea apelada)»⁵⁹. Lo que parece es que en este caso se hace un uso muy lato de la palabra «sanción». Primero porque las cortes superiores no están obligadas a dejar sin efecto la sentencia del inferior: pueden simplemente confirmar el criterio disidente del inferior y su actuación se considerará válida. Segundo, si el superior decide sentenciar de otro modo, estamos ante una diferencia de criterios jurisdiccionales, pero no ante una sanción en sentido propio.

En el *common law*, según lo visto antes, si se encuentra que el inferior se apartó del precedente sin justificar la distinción, la decisión es considerada *per incuriam* y no puede servir de precedente; pero la sentencia no se anula inmediatamente por ese hecho, correspondiéndole a la corte de apelaciones corregirla de ser el caso. En el *civil law* el superior puede dejar sin efecto la decisión disidente anterior pero no está obligado a hacerlo. Si el precedente fuese obligatorio en sentido fuerte —o en sentido jurídico propio—, el superior

⁵⁹ Santiago LEGARRE y Julio César RIVERA (h), «Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N0 1, pp. 109 - 124 [2006].

y el inferior estarían obligados: el superior a dejar sin efecto o a aplicar cualquier otra medida coercitiva contra el juez inferior, y éste a sufrirla.

V. Precedente e interpretación

Una cosa es decir –para ambas tradiciones– que un precedente –o una jurisprudencia constante– debe seguirse, anota Farber; otra es decir qué significa precisamente seguir un precedente⁶⁰. La existencia de un precedente no excluye para nada la interpretación, teniendo en cuenta, además, como señala Farber, que no se puede convertir la interpretación en un duelo de diccionarios, o en la exquisitez de partir las palabras de la manera más fina⁶¹. Más atinado es considerar que la interpretación jurídica no persigue la develación del misterio del lenguaje en sí mismo; tampoco la estipulación de significados lingüísticos. Lo que busca es la construcción de soluciones justas para cada caso, de acuerdo con los significados aceptados en cada contexto.

Desde ese punto de vista la discusión sobre los usos del precedente recae en el problema de saber si estos deben ser considerados como reglas o como estándares, o eventualmente como principios. Si los precedentes, dice Farber, son vistos más cercanos al caso o relacionados con los principios generales, entonces se parecen más a estándares legales⁶².

Es cierto que, en general, en ambas tradiciones los precedentes tienden a ser tratados como reglas en las cortes más bajas, pero si los jueces, aun los de las cortes inferiores, tienen la posibilidad de distinguir un criterio diferente, significa que en realidad el precedente está funcionando algo más como un estándar, como un criterio para la decisión, antes que como una regla estricta.

Una de las mayores ventajas de considerar a los precedentes como estándares es que, de ese modo, se hace más viable conseguir respaldo mayoritario a favor de ellos⁶³. Por otro lado se facilita su aplicación a situaciones análogas, a diferencia de lo que tiende a ocurrir con las *reglas*, cuya aplicación exige delimitaciones más estrictas.

⁶⁰ Farber, loc. cit. p. 1199.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 1201.

⁶² *Ibíd.*, p. 1200.

⁶³ *Ibíd.*, p. 1202.

VI. Precedentes y razones para el balanceo

El estudio de MacCormick y Summers referido antes soporta la conclusión de que los *precedentes* son tratados, en la práctica, en las dos tradiciones europeas, como razones de peso en la argumentación legal. Son razones privilegiadas en la deliberación de los jueces, frente a casos específicos, en el sentido que no puede prescindirse de ellas: en principio son prioritarias, a menos que puedan oponerse razones más convincentes. No se excluye entonces que el precedente pueda ser derrotado por otra norma, por una ley, o por una nueva y justificada re-interpretación judicial.

Bell puede decir, por ello, que «el precedente supone dar peso a las decisiones judiciales previas, en un proceso de razonamiento que atiende al balance de razones en cada caso. El hecho que una corte superior ha dado una decisión sobre un particular asunto afecta el balance de razones, pero no determina el resultado»⁶⁴.

Este entendimiento no se altera si se asume que el valor del precedente no viene de un caso singular sino de la jurisprudencia constante, aunque esta expresión pueda dar una idea equivocada de la similitud -extraordinariamente rara- entre los casos. Como dicen MacCormick y Summers, lo decisivo son las razones que subyacen al precedente, antes que el hecho del precedente en sí mismo⁶⁵ o la repetición del mismo. Lo valioso son las razones que se invocan en el caso o los casos decididos y la idoneidad de su extrapolación al caso por resolverse.

Entonces el precedente parece más un *set* de razones para la decisión antes que una fuente que pueda establecer derecho por sí misma. Se acomoda de esa manera -junto con todo el derecho- a la tesis de la argumentación legal como «caso especial» de la argumentación práctica (Alexy), requerida de producir certidumbre en las decisiones judiciales conforme a restricciones de tiempo y forma. En el final lo que verdaderamente importa, como lo expuso en su momento Perelman, es que el precedente satisfaga las certidumbres del auditorio democrático, y no *únicamente las* de las cortes o del legislador: «Si los jueces tuvieran que justificarse sólo con el legislador a través de su razona-

⁶⁴ BELL, loc. cit., p. 1256.

⁶⁵ D. Neil MacCormick & Robert S. Summers, *op. cit.*, p. 545.

miento, mostrando que no violan el derecho, sería suficiente que refieran a los textos que están aplicando en su decisión. Pero si en su razonamiento tienen que hacer frente al público general, esto requiere que la interpretación que hagan del derecho sea más consistente con la justicia y el interés público»⁶⁶.

Debe anotarse, además, que asumir el precedente como una razón que no excluye el balanceo con otras razones -incluso políticas, morales o de principio, por más que en el balanceo no todas las razones tengan peso equivalente- choca inevitablemente con ciertas versiones de positivismo ensimismadas en la función de las reglas. Somos guiados -dice Bell- al punto de vista de que la pregunta por lo que sea derecho no puede excluir completamente argumentos morales, y al hacer eso, «al usar el precedente para plantear este asunto, McCormick y Summers performan un servicio invaluable»⁶⁷.

VII. Precedente y separación de poderes

Algunos autores piensan que la doctrina del precedente se contrapone a la separación de poderes, asunto que es relevante para ambas tradiciones europeas, aunque posiblemente lo sea más para la tradición del *civil law*. En los 80 John Merriman aducía, por ejemplo, que: «(...) la doctrina del *stare decisis* -es decir, el poder y la obligación de las cortes de basar sus decisiones en decisiones anteriores- familiar al *common law*, es obviamente inconsistente con la separación de poderes como se halla formulada en los países del *civil law*, siendo rechazada por estos. Las decisiones judiciales no son derecho. La función del juez, dentro de esa tradición, es interpretar y aplicar 'el derecho' tal como es técnicamente definido en su jurisdicción»⁶⁸.

Es posible que la explicación de Merriman de cuenta de la tradición francesa del siglo XIX, pero no tanto de las prácticas que el *civil law* ha seguido incorporando en los siguientes siglos. Como se dijo antes, la judicatura francesa no deja de tomar en cuenta los casos sentenciados, sin que, por otra parte, esto haya los llevado a sostener que la doctrina de la supremacía del poder legislativo deba ser revisada.

⁶⁶ PERELMAN, Chaim, *La Motivation des Decisions de justice, Essai de Synthèse*, citado por Bell, loc. cit. p. 1261.

⁶⁷ BELL, loc. cit. p. 1262.

⁶⁸ JOHN MERRIMAN, *The Civil Law Tradition*, 22-23 (2d ed. 1985), citado por Bell, loc. cit p. 1247.

Incluso en el caso de algunos códigos expresos que permiten a las cortes llenar vacíos legales por medio del *precedente* -como en el caso suizo o en el peruano- el conflicto con la separación de poderes no es inevitable. Cuando los jueces completan lagunas normativas, sin duda crean normas y se podría pensar que actúan como «legisladores» especiales; sin embargo, esto no plantea un problema intenso para la división de poderes al menos por dos razones: a) porque las normas que introducen no se postulan como normas generales, ni pueden superponerse a las leyes, ni son inderrotables; b) porque los jueces –como lo recuerda Bell– raras veces hacen uso de esa prerrogativa; la mayoría de veces prefieren apelar a argumentos por analogía.

Se puede concluir entonces que el precedente juega en un espectro de creatividad que va desde los extremos del legalismo atribuible al *civil law* francés, que no le reconoce calidad de fuente normativa –y sin embargo lo usa–, al discursivismo propio de los juicios constitucionales del *common law*⁶⁹, que encumbra al precedente pero tampoco puede prescindir de la ley.

En las dos tradiciones legales europeas, el precedente opera con una fuerza de obligatoriedad relativa, en medio del balance de razones formales y sustantivas que los jueces requieren considerar para su decisión. En la medida en que tampoco se le atribuye la fuerza de una ley de efectos generales, el uso del precedente no plantea un problema especial para la división de poderes⁷⁰. Lo que viene a continuación es preguntarse si esta es también la manera en que el precedente opera en el Perú, y de qué manera nuestros tribunales contribuyen con ello al mejor logro de los fines de la justicia. Habrá oportunidad de volver sobre esto.

⁶⁹ BELL, loc. cit. p. 1251.

⁷⁰ Esto cuando menos en teoría desde que no se excluye las tensiones y desbalances entre poderes que se pueden presentar en la práctica a partir de los usos que los jueces hagan de sus facultades.