ISSN 2718- 6474 (en línea) - ISSN 1515-7326 (impresa), n.º 29, 2-2022, pp. 119 a 138

Precedentes y mecanismos institucionalizados de identificación de la *ratio decidendi*: reflexiones críticas

Precedents and Institutionalized Mechanisms for the Identification of the Ratio Decidendi: Critical Thoughts

Luca Passanante*

Recepción: 11/09/2022
Evaluación: 08/11/2022
Aceptación final: 20/11/2022

Resumen: El presente artículo es un comentario de las tesis desarrolladas por el Prof. Álvaro Núñez Vaquero sobre los mecanismos institucionalizados de identificación de *rationes decidendi*. El artículo se concibe como un diálogo con el autor, por lo que su estructura sigue, con algunas variantes, la de la obra a la que nos enfrentamos. A la sección introductoria le siguen algunas observaciones sobre los aspectos terminológicos relativos a los conceptos de precedente, jurisprudencia, y regla del precedente. La tercera sección está dedicada a discutir el tema central de los sistemas institucionalizados para la identificación de *rationes decidendi*. Las dos últimas secciones están dedicadas a analizar las ventajas y desventajas de tales

* Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Bologna, Italia. Profesor de Derecho procesal en la Università degli Studi di Brescia, Italia. Correo electrónico: luca.passanante@unibs.it.

sistemas. Siguen unas breves conclusiones, que contienen una síntesis de mis posiciones con respecto a la obra que aquí se discute.
Palabras clave: Precedente, Jurisprudencia, *Ratio decidendi*, Normas, Mecanismos institucionalizados, Seguridad jurídica, Separación de poderes.

Abstract: This paper is a commentary on the thesis developed by Prof. Álvaro Núñez Vaquero on the institutionalized mechanisms for identifying *rationes decidendi*. The article is conceived as a dialogue with the author, so its structure follows, with some variations, the work we are dealing with. The introductory section is followed by some observations on the terminological aspects related to the concepts of precedent, jurisprudence, and the rule of precedent. The third section is dedicated to discuss the central issue of institutionalized systems for the identification of *rationes decidendi*. The last two sections are dedicated to analyzing the advantages and disadvantages of such systems. Some brief conclusions follow, containing a synthesis of my positions with respect to those of the author of the work discussed here.
Key words: Precedent, Jurisprudence, *Ratio decidendi*, Norms, Institutionalized mechanisms, Legal certainty, Separation of powers.

1. Introducción

Este trabajo se deriva de la invitación —que acepté con gusto y por la que me siento agradecido y honrado— a comentar un importante artículo de Álvaro Núñez Vaquero titulado "Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes". El autor del artículo desarrolla una serie de consideraciones que a mi juicio son de gran interés en torno al tema del *precedente*. Se trata de un concepto respecto del cual no hay suficientes estudios críticos en la cultura del *civil law* y cuyo abordaje se suele alimentar de sugerencias provenientes del mundo del *common law*, muchas veces sin que sean objeto de un adecuado análisis. En ese contexto, el artículo de Álvaro Núñez Vaquero forma parte de los raros estudios que tratan de poner orden y clarificar un tema —el del precedente— de gran moda, pero muchas

veces malinterpretado y quizás incluso incomprendido. Esto ocurre sobre todo en la cultura del mundo del *civil law*, donde la formación jurídica se concentra casi exclusivamente en la interpretación de la ley, mientras que —a pesar de la reciente tendencia a hablar, a veces incluso de manera inapropiada, del precedente— se presta muy poca atención a la interpretación de las decisiones judiciales. Ciertamente, no se excluye que las reflexiones que se lleven a cabo en esta parte del mundo jurídico occidental puedan ser de utilidad también para los juristas del ámbito anglosajón.

Una primera parte del trabajo que aquí se comenta está dedicada a aclarar algunos términos clave (precedente, regla del precedente y *ratio decidendi*), cuyos significados no sólo son a menudo confusos, sino que en ocasiones incluso se confunden entre sí, se superponen y se utilizan incorrectamente. Una segunda parte del artículo, más extensa, está dedicada al análisis de los mecanismos institucionalizados de identificación de las *rationes decidendi* —se toma como ejemplo cuatro casos: el brasileño, el mexicano, el italiano y el peruano. El autor desarrolla este análisis subrayando las ventajas de esos mecanismos, tomando en consideración los peligros denunciados por la doctrina, algunos de los cuales (que, en opinión del autor, son más imaginarios que reales) resultan minimizados, mientras que otros son considerados efectivamente una amenaza por el autor.

La tesis básica de Núñez Vaquero es que los mecanismos institucionalizados de identificación de las *rationes decidendi* de las decisiones judiciales, más criticados que apreciados por la doctrina, son en realidad más útiles que perjudiciales, cumpliendo la importante función —aún más apreciable en los sistemas que tradicionalmente funcionan mediante derecho legislado— de identificar, en forma de norma con carácter general, una regla que muchas veces no se expresa en la decisión. Tanto es así que aquellos sistemas jurídicos donde no se prevén estos sistemas de extracción de las *rationes decidendi* tendrían mucho que aprender de los sistemas donde sí se prevén.

Sin dilaciones digo que estoy de acuerdo con la conclusión de que no hay soluciones ni remedios mágicos: estamos en un barco en alta mar y solo podemos reparar parcialmente sus defectos. Además, siguiendo con la metáfora, estamos en medio de la navegación y no tenemos la posibilidad de encontrar refugio en un puerto seguro. También creo estar de acuerdo

con la tesis básica del autor, porque, especialmente en un contexto caracterizado por una cuantiosa producción jurisprudencial, incluso de los tribunales superiores, una operación que permita aislar las *rationes decidendi* puede ser ciertamente de gran utilidad. Sin embargo, por un lado, estoy convencido de que las críticas que plantea la doctrina al respecto están, en la mayoría de los casos, bien fundadas y son muy útiles, si no para neutralizar algunos peligros (en mi opinión relevantes), al menos para poder identificarlos. Por otra parte, algunos aspectos puntuales esbozados en el artículo que comento —y sobre los que me detendré— no me parecen totalmente convincentes. En las páginas siguientes, pues, intentaré discutir las tesis del autor, aunque es inevitable, también por limitaciones de espacio, que resulte más fácil plantear problemas que ofrecer soluciones, con la esperanza, sin embargo, de poder volver sobre estos temas con aportaciones de mayor extensión, en las que dedicar más atención y más solidez a la *pars construens*.

2. Algunas observaciones terminológicas

2.1. Precedente y jurisprudencia

El autor abre acertadamente con una serie de aclaraciones terminológicas: como ya he dicho, son muy importantes en un ámbito donde suele reinar la confusión. Sin embargo, quizás sean útiles algunas observaciones críticas al respecto.

En primer lugar, el autor opta por no distinguir entre precedente y jurisprudencia (Taruffo, 1997; Buckland-McNair, 1952) e "ir directamente" a la definición de precedente. La elección es legítima, pero deja en la sombra una diferencia fundamental entre estos dos conceptos, que es refleja de dos modos diferentes de relacionarse con el material jurisprudencial. Mientras que en la cultura del *common law* la costumbre de referirse a "precedentes" específicos existía ya con anterioridad al surgimiento de la noción de regla del precedente vinculante, en la cultura de *civil law* la tradición jurídica solía referirse a la "jurisprudencia" en lugar de al "precedente", algo que también se refleja en el lenguaje normativo. No me he comprometido en

otro lugar con una definición de estos dos conceptos (Passanante, 2018), ni pretendo hacerlo aquí, pero me parece oportuno subrayar que, mientras la jurisprudencia opera de manera gradual y, por así decirlo, por flujos, lo que produce una evolución del derecho bastante lenta en el tiempo, el precedente —como es definido por Álvaro Núñez Vaquero— sería en cambio capaz de determinar por sí solo un cambio total de la norma jurídica a aplicar. Es evidente que, por razones principalmente prácticas, en los sistemas de *civil law*, el derecho jurisprudencial se está moviendo progresivamente hacia el modelo del precedente, pero esta transición merece todavía ser estudiada con mayor profundidad, ya que por el momento parece seguir itinerarios opacos y apenas conscientes.

Hay, por ejemplo, algunas situaciones que quedan sin resolver. Si se toma en cuenta aquellos ordenamientos jurídicos, como el italiano, donde la *ratio decidendi* extraída institucionalmente de una sentencia no tiene fuerza vinculante. ¿Cuál sería entonces el papel de un posible "precedente", aislado, frente a una orientación jurisprudencial "consolidada" y como tal constituida por numerosas decisiones símiles y repetidas en el tiempo? Y además, incluso si se resolviera la cuestión anterior a favor de la prevalencia de la última decisión, calificada como precedente, solo por ser "nueva" en comparación con las anteriores, ¿qué ocurre si, luego de esa decisión considerada precedente, ese mismo órgano judicial (Corte Suprema, por ejemplo) pronuncia una nueva sentencia de signo contrario? Sería coherente decir que el último precedente suplanta al precedente anterior, pero ¿qué sucede si —suponiendo que la actividad del Massimario italiano es altamente discrecional[1]— se decidiera no someter el segundo precedente al proceso institucional de extracción de la *ratio decidendi*?

Una posible respuesta es que, mientras que la jurisprudencia estaría compuesta por decisiones que no son relevantes para la decisión de otros casos, el precedente sí lo es. Así, por ejemplo, y volviendo al tema terminológico, se podría argumentar que son "jurisprudencia" aquellas decisiones que, aunque provengan de jueces superiores, no son relevantes para la decisión de otros casos, mientras que si decisión es "precedente" entonces es relevante para la decisión de otros casos. Sin embargo, aparte del hecho

[1] [N.del editor: "Massimario" es una recopilación de máximas incluidas en sentencias.]

de que en muchos ordenamientos jurídicos simplemente no existe tal regla, me parece que de esta manera se corre el riesgo de caer en un círculo tautológico, distinguiendo unos de otros sobre la base de su validez, algo que, por otra parte, es precisamente la incógnita a resolver. Esto se discutirá también en la sección 2.3.

2.2. Precedente, reglas de competencia y reglas procesales

En el texto objeto de discusión el precedente es definido a partir de tres elementos: 1) el primero consiste en su carácter eminentemente lingüístico, en cuanto están constituidos por un conjunto de enunciados a los que hay que dotar de significado; 2) el segundo elemento consiste en que el precedente proviene de un órgano al que se ha reconocido, mediante una norma de competencia, la facultad para pronunciar precedentes; 3) el tercer elemento lo constituye el hecho de que las decisiones que "hacen precedente" no están sujetas únicamente a reglas de procedimiento, rasgo que permitiría distinguir los órganos facultados para pronunciar precedentes de los órganos de carácter legislativo.

Me parece que vale la pena intentar ofrecer una definición de precedente, también por las razones que señalé en el párrafo anterior. Sin embargo, mientras que el primer elemento parece innegablemente útil y aceptable, el segundo y el tercero pueden no ser del todo adecuados para ese propósito. La existencia de una norma de competencia que identifique a un órgano como autorizado para pronunciar precedentes puede no ser suficiente en aquellos sistemas en los que el número de sentencias dictadas por el tribunal supremo (legitimado para pronunciar precedentes) y el número de jueces que componen dicho tribunal son muy elevados y el riesgo de confusión en el alcance de los precedentes sigue siendo alto (me refiero sobre todo al Tribunal italiano de Casación, que dicta unas 80.000 sentencias al año y está integrado por cientos de jueces). El autor resuelve el problema cuando define la "regla del precedente", refiriéndose a la existencia de una regla que sería capaz de establecer los criterios a partir de los cuales una decisión puede ser considerada relevante para la decisión de otros casos. Esto se discutirá en la siguiente sección.

Finalmente, el tercer requisito puede no ser del todo adecuado para distinguir la regla de origen jurisprudencial de las de origen legislativo puesto que en un sistema de constitución rígida, el legislador no solo está sujeto a reglas procesales, sino que también debe cumplir con normas sustantivas, bajo pena de riesgo de anulación de la ley por parte de la Corte Constitucional (en sistemas con control constitucional concentrado) o de inaplicación de la ley por parte de los jueces (en sistemas con control constitucional difuso).

2.3. La regla del precedente

Coincido con el planteamiento del autor, quien, en esencia, se niega a reducir la regla del precedente a su carácter vinculante, sustituyendo a este el concepto de pertinencia (Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 151-152). En otras palabras, para poder hablar de precedente, no es necesario que sea vinculante, sino que es suficiente que sea relevante para la decisión, es decir, es suficiente que su uso por parte de un juez en una decisión contribuya a fortalecer la motivación. El autor también afirma correctamente que la regla del precedente tiene un carácter contingente porque es posible que en un determinado ordenamiento jurídico no exista una regla tal (es decir, es posible que exista una laguna en el ordenamiento jurídico) que regule la relevancia normativa de los precedentes o incluso es posible que en un determinado ordenamiento jurídico no exista un sistema de precedentes. De hecho, uno de los fenómenos más graves que suele producirse es hablar, por así decirlo, "de libertad" de precedente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sin que nadie se haya molestado nunca en investigar si en ese ordenamiento jurídico existe (o no) una "regla del precedente". Y, donde exista, cuál es su contenido. Desde este punto de vista, el texto objeto de discusión es de suma y fundamental importancia, porque alienta y demanda este tipo de estudios que ciertamente no es sencillo, pero sí muy útil.

3. Sobre las "proposiciones normativas" que identifican institucionalmente las *rationes decidendi*

Se distingue, en el artículo que se comenta, entre el caso de un órgano dotado de competencia para aislar las *rationes decidendi* y que ello posea una función genuinamente normativa (como ocurre, por ejemplo, con la *sumula* brasileña), y, por otra parte, el caso de un órgano que tenga la misma competencia pero sin función normativa (como ocurre en el caso de la *massima* italiana). En este último caso, no tendría sentido equiparar las máximas a las normas: de hecho, estas no serían más que "proposiciones normativas", teniendo —a diferencia de las normas— un valor de verdad, ya que son descriptivas, de hecho, de las *rationes* de la decisión de la que se extraen.

A continuación, si he entendido bien, el autor agrega que las normas (provenientes de órganos dotados de competencia con una función normativa) que identifican *rationes decidendi*, también parecerían tener valor de verdad, ya que es posible verificar si la *ratio* ha sido correctamente identificada, tanto en un sentido analítico (si identifica correctamente la premisa mayor del silogismo judicial), como en un sentido más amplio e indirecto, según se cumplan o no los criterios para identificar las *rationes decidendi* vigentes en una determinada comunidad jurídica. Finalmente, el autor se pregunta cómo se explica que la meta-norma N1, que identifica a la norma N2 como la *ratio* de la decisión de la que se extrae (que en todo caso es una norma) pueda tener valor de verdad. La explicación es que no es la norma la que tiene valor de verdad, sino la proposición normativa que la parafrasea.

La utilidad de estas reflexiones está fuera de toda duda, pero muchas de las distinciones propuestas se basan en criterios que me parecen inciertos: en primer lugar, la norma que atribuye una función normativa al órgano que identifica institucionalmente las *rationes decidendi* no siempre es una norma expresa. En segundo lugar, la formulación de lo que se define como "proposiciones normativas" es a menudo ambigua: por ejemplo, las proposiciones normativas expresadas por el Ufficio del Massimario italiano deberían tener la siguiente forma "La *ratio decidendi* de la sentencia no. xxx/xx de la Corte de Casación es el siguiente: '.....'". Ocurre, en cambio, que las

máximas toman la forma expresiva de la norma, de modo que en su circulación cotidiana acaban funcionando como normas reales aplicadas por otros jueces, independientemente de la existencia de una norma (expresa) de competencia. En suma, tal como están formuladas no se prestan a ser sometidas a un juicio de verdad[2] y, aunque fueran sometidas a un juicio de verdad, tal como están formuladas, se confunden con las normas. Finalmente, también el control —si es necesario incluso jurisdiccional, como finalmente sugiere el propio Álvaro Núñez Vaquero— de que quien está investido de la tarea institucional de identificar las *rationes decidendi* respete los criterios compartidos por una determinada comunidad jurídica es una solución teóricamente compartible, pero muy difícilmente practicable. Porque replica, en otro nivel, el mismo grado de discrecionalidad del que goza el sujeto institucionalmente llamado a identificar las *rationes decidendi*. Volviendo, por ejemplo, a la experiencia anglosajona, podemos recordar lo difícil que es poder establecer criterios formales útiles para la formulación de *rationes decidendi*.

4. Ventajas y desventajas de los sistemas de identificación institucional de *rationes decidendi*

4.1. Las ventajas

No creo que pueda haber dudas de que —sobre todo en sistemas jurídicos en los que el conocimiento del derecho de formación jurisprudencial es escaso: típicamente los del derecho civil— los sistemas institucionales de identificación de *rationes decidendi* aumentan el grado de seguridad jurídica, dado que extraen de una decisión individual (en la que no siempre es fácil identificar la premisa mayor del silogismo judicial utilizado por el juez para decidir el caso) un enunciado normativo de carácter general y abstracto. De esta forma la jurisprudencia se traduce en normas generales y abstractas, lo que la vuelve más útil para los juristas formados en la aplicación de las normas de origen legislativo. Pero me parece, sin embargo,

[2] Véase, sin embargo, Sacco (1988, pp. 93-98).

como ya he argumentado, que el precio que debe pagarse para tener esta ventaja es demasiado alto como para aceptarlo pasivamente. En particular, denuncié la opacidad de los procesos que conducen: 1) a la selección de decisiones de donde extraer las máximas; 2) a la misma formulación de las máximas. Al respecto, el autor cree que la formulación de las proposiciones normativas, que aíslan las máximas, constituye una oportunidad útil para discutir la posibilidad de identificar una o más *rationes decidendi*. Estoy totalmente de acuerdo con Núñez Vaquero: en este punto es fundamental que la doctrina jurídica se comprometa y aproveche esta oportunidad de diálogo, sin temor a cuestionar la "autoridad establecida". Es deseable que, de esta forma, se produzca el efecto de promover una mayor transparencia en los procesos que subyacen a la identificación de las *rationes decidendi*. Sin embargo, no veo ninguna señal reconfortante en Italia. Y, que yo sepa, tampoco son muchas las señales en otras jurisdicciones afectadas por el mismo fenómeno.

4.2. Los peligros

4.2.1. Los hechos relevantes

Una de las críticas más severa y extendida que la teoría dirige a los sistemas institucionales para identificar/extraer *rationes decidendi* de decisiones concretas e individuales consiste en que estos sistemas terminan produciendo inevitablemente una distorsión de la reconstrucción de los hechos de la causa a partir de los cuales ha sido formada la (*ratio decidendi* elevada a) norma para decidir el caso.

La "defensa" que Núñez Vaquero hace de los sistemas institucionales de identificación de las *rationes decidendi* se basa en dos razones, con las que quien aquí escribe no está de acuerdo.

La primera: al tratarse de un conjunto de hechos que deben considerarse probados en el caso concreto, no sería fácil identificarlos. De hecho, se argumenta correctamente que la identificación de los hechos probados es una operación muy compleja. Me parece, sin embargo, que este argumento pueda ser fácilmente superado, ya que, como sostiene el propio autor, las

decisiones de las que se extraen las *rationes decidendi* son pronunciadas por tribunales supremos, jueces que casi nunca vuelven sobre la fijación de los hechos. La Corte que pronuncia el "precedente" casi nunca está en condiciones de cuestionar el núcleo de los hechos concretos tal como fueron constatados en las sentencias anteriores. Esto sucede tanto en las jurisdicciones de *civil law* como en las de *common law*: incluso en estas últimas, donde los hechos juegan un papel fundamental en la construcción de la *ratio decidendi*, las Cortes Supremas no averiguan los hechos, sino que los "heredan" tal como han sido fijados por los jueces inferiores.

El segundo (potencialmente el más letal de los dos argumentos contra las críticas que acabamos de mencionar) es el siguiente: los hechos que sería necesario examinar para establecer cuál es la *ratio decidendi* de un caso concreto son los hechos relevantes (Goodhart, 1930, 1934, 1959); pues bien, para identificar estos últimos sería indispensable conocer ya la norma general —es decir, la *ratio decidendi*— aplicada a esos hechos. De esta forma se produciría un razonamiento circular, volviendo imposible, sin conocer de antemano la r*atio decidendi*, determinar los hechos relevantes. Al respecto, me parece posible decir lo siguiente: si es cierto que un precedente —en el sentido en que lo entiende Núñez Vaquero— es una decisión judicial que contiene una norma nueva, relevante para casos posteriores, los hechos relevantes no pueden entenderse como hechos a subsumir en una norma general y abstracta predeterminada, que evidentemente no existe en ese momento. El juez superior, en efecto, está modificando una regla que no considera adecuada, es decir, está haciendo —como los juristas del *common law* dicen— *overruling*. Si ello es así, entonces habría que pensar de otra manera (Barberis, 2015, p. 67 ss.; Grossi, 2017, p. 114 ss.): los hechos relevantes en cuestión son hechos relevantes no para la aplicación de una norma preexistente, sino por la creación de una norma que aún no existe (Pastore, Zaccaria y Viola, 2017). Se trataría, entonces, de aquellas circunstancias que se denominan razones de derecho, en el sentido de que justifican la superación de una norma anterior y su sustitución por una norma diferente, esto es, el (nuevo) precedente. En casos posteriores, cuando el precedente que aquí se forme habrá de ser aplicado por otros jueces, hechos similares serán relevantes en el sentido pretendido por el autor, pero cuando surge el precedente, el concepto de relevancia de los hechos

tiene un significado diferente. Lo cual, me parece, desactiva la letalidad del argumento respecto de la crítica a la excesiva abstracción de la que adolece el proceso de identificación institucionalizada de las *rationes decidendi*.

4.2.2. Exceso de generalización

Una crítica diferente —conectada a, pero distinta de, la anterior— contra los sistemas institucionalizados de identificación de las *rationes decidendi* es el exceso de generalización, que conduciría a una descontextualización de la *ratio* respecto de los hechos del caso sobre los que se basa la decisión y con ocasión de del cual se formó el precedente. Es un punto central de los análisis entorno al precedente en los sistemas de *civil law*.

La "crítica de la crítica" de Núñez Vaquero consiste en acusarla de estar en realidad cuestionando la competencia (*de iure condito* o *de iure condendo*) de los órganos judiciales tengan para dictar normas. Mientras que, en cambio, ello es inevitable por dos motivos: por un lado, los sistemas legales modernos son incompletos e inconsistentes; por otro lado, a menos de estar dispuestos a aceptar que existen decisiones que no se basan en reglas generales y abstractas, es inevitable que para llenar vacíos o reducir inconsistencias sea necesario otorgar a la jurisdicción la facultad de dictar normas generales. Luego el autor traslada acertadamente el discurso a un plano constitucional, defendiendo la no pertinencia del principio de separación de poderes, entendido como una clara separación funcional, y la necesidad de transitar hacia un concepto de equilibrio entre los poderes del Estado. Desde esta perspectiva, los sistemas institucionalizados de identificación de *rationes decidendi* juegan un papel muy importante, ya que, por un lado, permiten al legislador interactuar mucho más fácilmente con las normas de producción jurisprudencial (bien identificadas en las *massime*, *súmulas*, *tesis*, etc.) y, por otro lado, incluso podría permitir —como imagina el autor— su control judicial. Finalmente, se argumenta que los sistemas institucionalizados de identificación de *rationes decidendi* favorecen el respeto al principio de igualdad material, dado que un sistema en el que la interpretación de las *rationes* de los precedentes estuviera encomendada a cada juez no garantizaría en modo alguno que casos iguales sean tratados de la misma manera.

Las tesis del autor son variadas, estrechamente interrelacionadas y muy interesantes. Un diálogo más preciso con ellas merecería mucho más espacio del que se utilizará para esta breve discusión.

En verdad, no estoy tan seguro de estar de acuerdo con una versión de la separación de poderes que se limite esencialmente a un equilibrio entre ellos. Sin embargo, incluso si la compartiese, me inclinaría a creer que en las áreas de superposición (entre legislativo, ejecutivo, judicial), el diálogo entre los poderes del Estado debe darse sin desvirtuar el lenguaje que es propio de cada uno de ellos. Específicamente: el legislador hablará con la ley, los jueces con las sentencias. Además, incluso en Inglaterra, donde el principio de separación de poderes se entendía tradicionalmente de una manera mucho más suave que en la Europa continental, no faltan voces, incluso antiguas, que, sin excluir que el precedente sea fuente de derecho, subrayan claramente la separación entre la función de legislar y la de juzgar (Hale, 1820, p. 88 ss.).

En los sistemas jurídicos en los que existe la regla del precedente vinculante, atribuyéndo así una función de creación del derecho normalmente a los tribunales supremos —me refiero principalmente a las experiencias del *common law*—, nadie piensa que el juez del precedente dicta normas generales y abstractas. Un "precedente" sigue siendo un "precedente", es decir, si bien está destinado —para usar el léxico de Núñez Vaquero— a ser relevante en casos posteriores, no funciona como una norma general y abstracta tal como nosotros la entendemos. Y así debe ser entendido por los jueces que, después de su formación, habrán de aplicarlo. Un texto clásico sobre el tema lo explica bien: "*courts do not concede to their predecessors the power of laying down very wide rules; they reserve to themselves the power to narrow such rules by introducing into them particular fact of the precedent case that were treated by the earlier court as irrelevant*" (Salmond, 1947, p. 192). No es más que la conocida técnica del *distinguishing* que, si el precedente fuera realmente una norma general y abstracta, sería una operación imposible.

Y no creo que la única forma de superar el problema cultural de la incapacidad de los juristas de *civil law* para manejar el material jurisprudencial consista en resignarnos —a través de la institucionalización de los procesos de extracción de las *rationes decidendi*— a transformar en legisladores a

las Cortes Supremas (Nieva Fenoll, 2016) y a los órganos encargados de redactar las máximas italianas, las súmulas brasileñas o las tesis mexicanas.

Antes de alentar a los sistemas de *civil law*, que no poseen sistemas institucionalizados para identificar *rationes decidendi*, a aprender de aquellos sistemas que sí los tienen, empezaría por alentar a los primeros a investigar con mayor profundidad la manera compleja en que funcionan los precedentes en los sistemas de *common law*.

Aquí, en mi opinión, surge otro problema, que de alguna manera marca una diferencia radical entre la posición de quien está escribiendo y la del autor del artículo que se comenta y que consiste en que no comparto la idea de equiparar *ratio decidendi* con norma general y abstracta. Dedicaré la siguiente sección a este tema.

4.2.3. Ratio decidendi y norma

La comparación entre *ratio decidendi* y norma, apoyada en la filosofía analítica (Chiassoni, 1999, p. 147 y ss.; Chiassoni, 2011, p. 120 y ss.), a la luz de datos históricos y comparativos, constituye en mi opinión un artefacto.

Donde nació y se consolidó el sistema del precedente (Inglaterra), se ha desarrollado un extenso y profundo debate en torno a las formas de identificar la *ratio decidendi*, en relación con los criterios que permiten saber qué son los así llamados *material facts*, es decir, los hechos relevantes. Si queremos dar sentido a este debate, tomándolo en serio y evitando descartarlo como una discusión imposible —precisamente porque solo sería posible identificar los hechos relevantes conociendo de antemano la *ratio decidendi*— debemos reconocer que los *common lawyers* están lejos del supuesto en virtud del cual la *ratio decidendi* es una norma general y abstracta que puede (y en algunos casos debe) tomar la misma forma que el legislador utiliza para producir normas. Por otra parte, el proceso de identificación de la *ratio* no puede separarse del de identificación de los hechos relevantes. Una de las concepciones de la *ratio decidendi* más adecuadas para entender esta tesis es la elaborada por Stone a finales de la década de 1950, en virtud de la cual los criterios que rigen la aplicación a casos posteriores de la *ratio decidendi* contenida en el precedente distan

mucho de referirse a la aplicación de una regla general a casos nuevos: por el contrario, consiste en un proceso de generalización llevado a cabo por el juez tras una aplicación extensiva a casos futuros (Stone, 1959, p. 157 y ss.).

Cuando el precedente se reduce a la norma, por medio de los sistemas institucionalizados de identificación de la *ratio decidendi*, se espera que el precedente se aplique a los casos subsiguientes como se aplicaría a éstos una norma de origen legislativo. Yo no comparto este punto de vista: el precedente sigue siendo la decisión de un caso concreto y la identificación de su *ratio* no sirve para extraer una regla general y abstracta a aplicar indistintamente a todos los casos futuros, sino para permitir que el precedente funcione como una guía para los jueces (inferiores) en la interpretación y aplicación de la ley. Esto se lleva a cabo mediante un proceso lógico que no es más que una analogía, una analogía construida sobre la similitud relevante entre casos (Tuzet, 2020; Gianformaggio, 2008, cap. 9): el rango de aplicabilidad del precedente a hechos diferentes (siempre será así) de los que le dieron origen depende del juez posterior y de la generalización que esté dispuesto a realizar para proceder a una aplicación extensiva de la anterior decisión a casos futuros, que, aunque similares, siempre serán diferentes al caso que dio origen al precedente. Las palabras utilizadas por Cross y Harris para describir uno de los principios que sustentan la teoría del precedente y la identificación de la *ratio decidendi* en Inglaterra son elocuentes en este sentido: "*the probability that a court will decide a new case in the same way as would the court which decided one of the cases cited becomes less and less as the differences between the facts of the two cases increase*" (Cross y Harris, 1991, p. 43, en el párrafo bajo el título *Judgements must be read in the light of the facts of the cases in which they are delivered*, lo que no puede dejar lugar a dudas).

4.2.4. Seguridad jurídica e igualdad material

¿Realmente todo esto amenaza la seguridad jurídica y la igualdad material? Por supuesto, la traducción de un precedente a una norma general y abstracta es una operación tranquilizadora para los juristas del derecho civil, nacidos y criados con "pan y ley". Pero no estoy convencido que la no traducción sea el peor de los males.

Por un lado, diría que dejar que el precedente sirva para guiar a los jueces en la interpretación y aplicación de la ley a casos similares que deben decidir posteriormente, sin que se traduzca en un enunciado normativo, puede favorecer la igualdad material en el sentido de evitar que la misma regla se aplique a casos sustancialmente diferentes.

Por otro lado, la discrecionalidad dejada a los jueces individuales, tan temida por los partidarios de los sistemas institucionalizados de identificación de la *ratio decidendi*, no es ilimitada, ya que encuentra —especialmente en los países de *civil law*— al menos dos límites: a) el primero está dado por el texto de la ley a interpretar: si, de hecho, es cierto que en la gran mayoría de los casos en los sistemas de derecho civil los precedentes serán "precedentes interpretativos", siempre habrá (o casi siempre) un texto legal de referencia, que impondrá un límite al intérprete (Eco, 1990) y constituirá una garantía del principio de igualdad; 2) el segundo está dada por el sistema de apelación, que permite a quien se considere perjudicado por una interpretación del precedente que viole el principio de igualdad material apelar la decisión.

En definitiva, no solo en los sistemas de *common law*, sino más aún en los sistemas de *civil law* –donde generalmente el precedente tiene un carácter interpretativo, ya que, de hecho, interpreta una ley "escrita"–, el precedente no debe servir para dar vida a una nueva norma general y abstracta, sino para explicar cuáles son las razones (esto es, la *ratio decidendi*) por las que una determinada disposición, en presencia de determinadas circunstancias concretas, debe interpretarse de una determinada manera (y no de otra).

4.2.5. Sobre la regla de competencia

Finalmente, si afirmar lo que sostengo significa –como comentó el ilustre autor del ensayo–negar que exista una regla de competencia que atribuya a un tribunal (o a un órgano judicial o administrativo) la facultad de dictar normas de carácter general y abstracto, entonces admito que niego que tal norma exista (donde no esté expresamente prevista por el legislador) o deba existir (donde esté expresamente prevista por el legislador).

4.3. Peligros adicionales

Coincido con el autor en que donde existen sistemas institucionalizados para la identificación de *rationes decidendi* existe el peligro de que la potestad de redactar normas no sea controlable ya que no existe un ordenamiento jurídico que prevea una norma de competencia que atribuya a cualquier órgano una función de control similar. E igualmente estoy de acuerdo con que la "destilación" de la *ratio* en una proposición normativa, por mucho que incremente el índice de seguridad jurídica, no elimina los problemas que pueden surgir cuando dicha proposición normativa debe ser a su vez interpretada.

En cuanto a la atribución de competencia exclusiva a un solo órgano para la identificación de las *rationes decidendi*, mi posición es evidentemente incompatible con esta exclusividad, por lo que, más que prever remedios al carácter exclusivo de la competencia, en mi opinión se debería modificar el sistema.

Finalmente, en cuanto al problema del hecho de que cada precedente deba corresponder a una y solo a una *ratio decidendi* o que puedan corresponder más de una, no puedo profundizar en este tema, que sin embargo a menudo se descuida, dándose por supuesta una respuestaen el ámbito del *common law*. Sin embargo, creo coincidir con Núñez Vaquero en que un mismo precedente bien puede contener una pluralidad de *rationes decidendi*.

5. Conclusiones

Los argumentos desarrollados por el autor del texto que me invitaron a comentar son todos de extraordinario interés. El diálogo con las tesis de Núñez Vaquero ha sido para mí una fuente de reflexión extremadamente útil.

Para resumir, a modo de conclusión, mi posición sobre las tesis expresadas por él en "Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes", diría que estoy de acuerdo (parece innegable) que los sistemas institucionalizados de individuación de las *rationes decidendi* ayudan a reducir el caos en los ordenamientos jurídicos en los que los tribunales supremos dictan un gran número de decisiones y pueden facilitar el respeto

al principio de igualdad. En general, sin embargo, no me convence la idea de reducir la *ratio decidendi* a una norma general y abstracta: sigo creyendo que el legislador debe "hablar" con normas y los jueces, aunque sean supremos, deben "hablar" con sentencias. Sé bien que la del juez también puede entenderse como norma (Kelsen, 1963), pero me parece que la forma expresiva de uno y otro debe permanecer distinta: transformar —a través de máximas, súmulas o tesis— a un juez supremo en legislador (Nieva Fenoll, 2016) pone en competencia directa dos poderes del Estado que, si bien poseen áreas de superposición, no deben confundirse. Esto significa volver a aprender (y enseñar) a razonar y trabajar los casos, como se ha hecho durante cientos de años en la experiencia jurídica romana y como se sigue haciendo en la del *common law* (Buckland y McNair, 1952, p. 6. ss.). Pero también significa pensar en reformas estructurales de las Cortes Supremas, para que éstas puedan desempeñar adecuadamente, mediante la decisión de un número limitado de casos, el importante papel de guía en la interpretación y aplicación de la ley que le ha sido encomendado en los diversos sistemas jurídicos (Proto Pisani, 2021), sin deslizarse hacia una deriva legislativa, que el Tribunal de Casación italiano —por ejemplo— parece haber iniciado ya peligrosamente desde hace algún tiempo (Sassani, 2019; Zeno Zencovich, 2022).

Bibliografía

Alchourrón, C. y Bulygin, B. (2012). *Sistemas normativos* (2da edición). Buenos Aires: Astrea.

Bankowsky, Z., MacCormick, D.N., Marshall G., *Precedent in the United Kingdom*, en N. MacCormick, R.S. Summers y A.L. Goodhart (eds.), (1997). *Interpreting precedents* (pp. 315-354). Aldershot: Ashgate Publishing.

Barberis, M. (2015). Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44, 67-101.

Buckland, W. W., McNair, A.D. (1952). *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline* (2da edición). Cambridge: Cambridge University Press.

Chiassoni, P. (1999). *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè.

Cross, R. y Harris J.W., (1991). *Precedent in English Law* (IV edición). Oxford: Clarendon Press.

Eco, U., (1990). *I limiti dell'interpretazione*. Milano: Bompiani.

Gianformaggio, L. (2008). *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, E. Diciotti y V. Velluzzi (eds.), Torino: Giappichelli.

Goodhart, A.L. (1930). Case Law in England and America. *Cornell Law Quarterly*, 15, 173-193.

Goodhart, A.L. (1930). Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal*, 40, 161-183.

Goodhart, A.L. (1934). Precedent in English and Continental Law, *Law Quarterly Review*, 50, 40-65.

Goodhart, A.L. (1959). The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, 22, 117-124.

Grossi, P. (2017). *L'invenzione del diritto*. Bari-Roma: Laterza.

Hale, M. (1820). *The History of the Common Law of England. (*VI edición). London: Butterworth.

Kelsen, H. (1963), *La dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi.

Nieva Fenoll J., (2016). ¿Un juez supremo o un legislador «supremo»?. En M. Taruffo, L.G. Marinoni y D. Mitidiero, *La misión de los tribunales supremos* (pp. 157-173). Madrid: Marcial Pons.

Passanante, L. (2018). *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*. Torino: Giappichelli

Pastore, B., Zaccaria, G. y Viola F. (2017). *Le ragioni del diritto*, Bologna: Il Mulino.

Proto Pisani, A. (2021). Il nuovo sistema dei diritti introdotto dalla Costituzione del 1948 e le sue conseguenze sulla disciplina del processo civile. *Riv. dir. proc*, 1139 ss.

Sacco, R. (1988). La massima mentitoria. En G. Visintini (ed.), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente* (pp. 51-58). Padova: Cedam.

Sassani, B. (2019). La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici, en *Rivista di diritto processuale*, 74, 43-64.

Salmond, J. (1947). *Jurisprudence* (X edición). London: Sweet & Maxwell.

Stone, J. (1959). The Ratio of the Ratio Decidendi. *Modern Law Review*, 22(6), 597-620.

Taruffo, M. (2007). *Precedente e giurisprudenza*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 61(3), 709-726.

Tuzet, G., (2020). *Analogia e ragionamento giuridico*. Roma: Carocci.

Zeno Zenchovich, V., (2022). Il Ministero della giurisprudenza. *Foro italiano*, 5, 214-220.