

La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes

(borrador, por favor no citar)

Álvaro Núñez Vaquero*

Resumen: El objetivo del presente trabajo es mostrar la relevancia que tienen los hechos a la hora de aplicar los precedentes. Para ello, se analizarán dos tesis contrapuestas acerca de la relación entre precedente y analogía: la primera, formulada por Frederick Schauer, según la cual precedente y analogía son instituciones diferentes y contrapuestas; la segunda, defendida por una gran multitud de autores, según la cual los precedentes han de ser interpretados/aplicados por analogía. Una vez descartada la tesis de la incompatibilidad entre precedente y analogía, se pasa a analizar el papel que juegan los hechos del caso en la interpretación y aplicación de precedentes jurisdiccionales. Se comienza analizando qué podemos entender, respectivamente, por interpretación, aplicación y analogía, para, posteriormente, analizar si los precedentes han de ser interpretados y/o aplicados analógicamente. Se finaliza con una breve conclusión normativa.

Palabras clave: precedente, analogía, *ratio decidendi*, interpretación, aplicación.

1. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo deshacerse de algunos malentendidos que se producen en las teorías e ideologías del precedente: aquellos discursos que pretenden dar cuenta de cómo de hecho son empleadas las decisiones jurisdiccionales pasadas sobre casos similares para justificar decisiones jurisdiccionales futuras, o intentan orientar acerca de cómo tales decisiones deben ser empleadas para justificar decisiones posteriores. Me ocuparé de la relación entre precedentes y analogía; en particular, del tipo de relación que subsistiría entre ambas. Sostendré que se trata de dos instituciones diferentes que no se implican ni se excluyen mutuamente, salvo en una determinada concepción normativa de los precedentes.

2. La tesis de la incompatibilidad entre analogía y precedente

Frederick Schauer ha repetido en diferentes ocasiones que precedente y analogía son dos instituciones que resultarían entre sí incompatibles (Schauer 2011: 112; 2013: 99). La razón es sencilla: mientras que los precedentes son de obligatorio cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, el intérprete-aplicador tendría libertad para efectuar (o no) un razonamiento por analogía. Los precedentes jurisdiccionales, por un lado, vinculan de manera absoluta a los aplicadores del derecho. La analogía, por su parte, otorgaría un doble ámbito de discrecionalidad (Schauer 2011: 111): por un lado, el intérprete no tiene obligación ninguna de razonar por analogía; y, por el otro, habría que añadir, tiene discrecionalidad para determinar cuáles son las propiedades relevantes de dos casos que hacen que merezcan ser tratados de la misma manera.

Para analizar cabalmente la plausibilidad de la tesis de Schauer, lo primero que resulta necesario hacer es explicitar brevemente qué podemos entender por precedente y por analogía. Pues bien, por “precedente” mayoritariamente¹ suele entenderse decisiones jurisdiccionales pasadas que vinculan en alguna medida las

* Profesor de Teoría del Derecho. Universidad Austral de Chile. He de agradecer a María Beatriz Arriagada por sus acertados comentarios a versiones previas de este trabajo.

1 Pero es preciso señalar que Schauer entiende tres cosas diferentes por precedente: una decisión jurisdiccional, la regla del caso mediante la que se resuelve la norma, y las razones que justificarían tal decisión. Véase Schauer 2013: 59, 65, 69 y Ratti 2017: 3.

decisiones jurisdiccionales futuras sobre casos similares (Núñez Vaquero 2016: 128 ss.). De este modo, tendremos precedentes toda vez que las decisiones pasadas cuenten como razones para las decisiones jurisdiccionales futuras sobre casos similares. A la regla que instituye la “obligatoriedad”² de decidir los casos de la misma manera que fueron resueltos en el pasado, normalmente se la conoce como *stare decisis*; y a la norma que es empleada para resolver el caso pasado que ha de servir para resolver el nuevo caso, se la denomina normalmente *ratio decidendi*³ (o *holding*, en la cultura jurídica estadounidense).

Los estudios sobre la analogía en el razonamiento jurídico son una constante en la reflexión teórico jurídica (Atienza 1986; Bobbio 2011; Canale y Tuzet 2017; Guastini 2010: 57 ss.). Pese a la profundidad y variedad de los estudios acerca del papel de la analogía en el razonamiento jurídico, es posible sostener, en términos generales, que la analogía sería una forma de razonamiento, propia del razonamiento jurídico particular, pero también del razonamiento práctico en general.

Sin embargo, si nos detenemos con un poco más de atención en el carácter de la analogía podemos darnos cuenta de que aquella puede ser presentada al menos de dos (o tres) maneras diferentes: como una forma de interpretación, como un esquema argumentativo para construir una nueva norma (y como una forma de razonamiento particularista o casuística⁴). Antes de detenernos en las particularidades de las diferentes formas en las que se puede configurar la analogía⁵, es necesario señalar que, más allá del modo en que configuremos la analogía, parece haber una cierta asimetría en la distinción, y posterior contraposición, entre analogía y precedente.

En efecto, los precedentes normalmente son entendidos como decisiones jurisdiccionales que emplean (o mencionan) normas que son consideradas vinculantes o relevantes para casos similares posteriores (Núñez Vaquero 2016); la analogía es entendida, bien como una forma de interpretación, bien como una forma de construcción (Atienza 1986; Bobbio 2011; Guastini 2010; Canale y Tuzet 2014), bien como una expresión del razonamiento casuístico. Pero, si así están las cosas, entonces no hay oposición alguna entre precedente y analogía: mientras que el primero hace referencia a un determinado origen de normas (provenientes de órganos jurisdiccionales), el segundo es bien una forma de construir normas, bien una forma de interpretar enunciados normativos para recabar a partir de ellos normas (Ratti 2017: 5 y 7), bien – para algunos defensores de la analogía como método específico de la aplicación de precedentes – como una forma de razonamiento caso a caso.

De este modo, es claro que se pueden combinar precedente y analogía sin mayores problemas. Podemos, en primer lugar, llevar a cabo razonamientos de tipo analógico con base en normas (*rationes decidendi*) empleadas o mencionadas en decisiones jurisdiccionales pasadas (precedentes). Pero también es posible, en segundo lugar, interpretar – atribuir sentido – al texto de una decisión jurisdiccional para obtener de aquel una norma de alcance más amplio del atribuible si lo interpretásemos literalmente; es decir, podemos interpretar analógicamente el texto de un precedente para obtener una *ratio decidendi* más amplia

2 Uso entrecorrientemente el término “obligatoriedad” porque la norma del *stare decisis* no es una norma prescriptiva, por lo que no obliga, sino que se trata de una norma constitutiva (Núñez Vaquero 2018).

3 No obstante, la noción de *ratio decidendi* es una de las más discutidas dentro de la literatura del precedente. No obstante, es posible identificar tres significados principales: la regla que sirvió para resolver el caso, tal regla más los hechos del caso, y la regla más el conjunto de razones que justifican aquella. Véase Núñez Vaquero 2016: 130 ss. y Chiassoni 2012: 216 ss.

4 Como se verá más adelante, algunos autores llaman analogía a este tipo de razonamiento. Sin embargo, no es este tipo de razonamiento al que la mayor parte de la literatura teórico-jurídica se refiere con la expresión “analogía”. Alexy consideró (Alexy 2010) que se trataría de una operación diferente de la subsunción y de la ponderación.

5 Después de revisar las discusiones acerca de la analogía parece que, antes que una forma de razonamiento, estaríamos frente a una familia de tipos de razonamiento.

de aquella que obtendríamos si la interpretásemos literalmente. Y, claro está, también puede ser que la *ratio decidendi* del caso sea una norma obtenida por analogía. No parece entonces subsistir una relación de oposición o incompatibilidad entre analogía y precedente, como plantea Schauer⁶.

No obstante, es posible interpretar la tesis de Schauer de manera tal que, antes que plantear una oposición entre analogía y precedente, lo que haga es trazar una diferencia gradual con base en la fuerza normativa de ambos (Schauer 2013: 101). Desde tal punto de vista, cuando nos encontramos con un precedente, no podríamos optar por no aplicar la norma obtenida mediante interpretación literal de la decisión jurisdiccional; por su parte, habría mayor libertad para aplicar una norma – un precedente o una norma de origen legislativo – analógicamente, esto es, para aplicar la misma consecuencia jurídica al caso no contemplado por la norma interpretada literalmente.

Pero tampoco esta tesis resulta demasiado persuasiva, por dos razones diferentes:

(i) En primer lugar, razonando de este modo, Schauer está presuponiendo el grado máximo de vinculatoriedad de los precedentes, en el que no habría posibilidad alguna para el órgano jurisdiccional de rechazar la aplicación del precedente. Además de constituir una visión algo simple (Accatino 2012: 88; Chiassoni 2012: 235), el problema es que esta tesis parece entrar en contradicción con la forma en la que cree Schauer que operan las reglas en general: como razones atrincheradas. En efecto, según Schauer las reglas funcionarían como razones difícilmente derrotables (atrincheradas), pero no inderrotables (Schauer 2004: 71, 259; id. 2013: 44). Y parece que Schauer esté presentando, cuando traza la distinción entre precedente y analogía, los precedentes como razones absolutamente inderrotables⁷, pareciendo incluso hacer más vinculantes a los precedentes que a las normas de origen legal.

(ii) En segundo lugar, esta tesis es del todo contingente (Ratti 2017: 6). En efecto, es perfectamente posible – como de hecho sucede en la mayoría de los países del *civil law* – que los precedentes no sean tan vinculantes como Schauer presupone, o que el uso de la analogía esté regulado, siendo incluso obligatorio su uso. Es más, además de ser contingente, la tesis de Schauer parece ser falsa: no hay ningún ordenamiento jurídico, incluido el estadounidense, en el que los precedentes sean absolutamente vinculantes (Cross 2012: 40 ss.; Taruffo 1993: 56; id. 2009: 547). La única excepción, ya no vigente hoy en día, y vigente solo para el autprecedente, se encontraba en la Cámara de los Lores británica, quien consideraba sus propias decisiones pasadas como absolutamente vinculantes. Pero, con el *Practice Statement* de 1966, la propia Cámara de los Lores declaró no sentirse más vinculada de manera absoluta por sus propios precedentes (Cross 2012: 24 y 130). No hay ordenamiento jurídico donde los precedentes sean tan vinculantes como presupone Schauer.

Cabe en este sentido afirmar que la tesis de Schauer es, bien una tesis de carácter ideológico-normativo acerca del papel que *deben* jugar los precedentes (pero que estaría fundamentada en una supuesta incompatibilidad que no es tal), bien una generalización indebida (por basarse en una afirmación discutible sobre la vinculatoriedad de los precedentes en Estados Unidos y por generalizarla en términos conceptuales) a partir de cómo supuestamente operarían los precedentes en el ordenamiento jurídico estadounidense.

6 A esto hay que añadir que, en la forma en la que Schauer presenta la aplicación de precedentes, la diferencia entre precedente y analogía sería imposible de trazar puesto que, en ambos casos, estaríamos frente a razonamientos que tienen que identificar propiedades relevantes del caso regulado (o decidido) para establecer la aplicabilidad de la misma solución al caso no aún resuelto. Así que podría llegar a afirmarse que, en realidad, existe una relación de implicación entre precedente y analogía, pero de esta tesis me ocuparé a continuación.

7 El propio Schauer admite que los tribunales pueden tanto distinguir como anular los precedentes (Schauer 2013: 74) e, incluso, que la obligación es de seguir el precedente o de distinguirlo (id. 2013: 72). Parece entonces que al momento de distinguir precedente de analogía y de explicar la vinculatoriedad de los precedentes, sostiene dos tesis diferentes.

En definitiva: la tesis de Schauer acerca de que precedente y analogía serían instituciones incompatibles no parece demasiado justificada. Podemos interpretar las decisiones jurisdiccionales que cuentan como precedentes de manera analógica, del mismo modo que podemos no hacerlo. Nada impide tampoco que los precedentes tengan un bajo grado de vinculatoriedad, del mismo modo que tampoco nada imposibilita que sean vinculantes de manera absoluta (aunque, de hecho, esto no se produce en ningún ordenamiento).

3. La tesis de la necesidad entre analogía y precedente

La segunda tesis que tenemos que analizar es aquella que sostiene que entre precedente y analogía se da una relación de necesidad: es necesario – no cabe otra forma de hacerlo – aplicar los precedentes por analogía. Más en particular, según han afirmado autores como Cross, Levi, Marinoni, Peczenik o Taruffo (pero la lista podría ampliarse considerablemente), no cabe otra alternativa que aplicar los precedentes por analogía a partir de los hechos del caso resuelto y los hechos del caso que ha de resolverse. De este modo, los hechos del caso jugarían un papel fundamental a la hora de aplicar los precedentes. No obstante, es preciso señalar que cada uno de estos autores entiende cosas diferentes por “aplicación analógica de precedentes”, por lo que resulta necesario analizar más detalladamente qué puede significar aplicar analógicamente los precedentes.

Con el fin de ordenar de la mejor manera posible el análisis de la relevancia de los hechos a la hora de aplicar un precedente analógicamente a un caso similar, distinguiré – y trataré separadamente – dos tesis diferentes. La primera (3.1) se refiere a la relevancia de los hechos a la hora de identificar la *ratio decidendi* de un precedente, es decir, la norma mediante la que fue resuelto el caso y que sería obligatoria para decidir casos futuros. La segunda (3.2) se refiere a la necesidad de, una vez identificada la *ratio decidendi*, aplicar por analogía los precedentes.

3.1. El test de Goodhart

En 1930, Arthur Goodhart publicó un trabajo – *Determining the Ratio Decidendi of a Case* (Goodhart 1930) – cuya importancia resulta difícil de exagerar en la discusión acerca de la determinación de la *ratio decidendi*. La tesis de Goodhart es relativamente sencilla de sintetizar: es necesario, para determinar la *ratio decidendi* – la norma del caso que ha sido empleada para decidir el caso, y que goza de algún tipo de relevancia para decidir otros casos posteriormente – prestar atención a los hechos del concreto caso en el que se dictó dicha sentencia. De este modo, establecer la *ratio decidendi* de un caso consiste en identificar la solución normativa atribuida a un tipo de caso, identificando sus características fácticas relevantes. E identificar las características fácticas relevantes es lo que permitiría extender analógicamente una misma solución para un caso similar posterior.

El trabajo de Goodhart produjo uno de los más importantes debates en el ámbito del *common law* acerca de cómo debía ser determinada la *ratio decidendi* de los casos (Goodhart 1959; Montrose 1957 y 1958; Simpson 1957 y 1958). Desde luego, según Goodhart, no debemos atender a todos los hechos del caso, sino únicamente a los hechos relevantes probados (Goodhart 1930: 174-179). No obstante, como veremos enseguida, establecer cuáles son los hechos relevantes del caso implica algunos problemas.

En este apartado procederé del siguiente modo. En primer lugar, (3.1.1) presentaré un tipo de procedimientos jurisdiccionales en los que sencillamente resulta imposible acudir a los hechos del caso para determinar la *ratio decidendi*, porque no hay tales hechos. En segundo lugar, (3.1.2) se abordará la dificultad de fijar cuáles son los hechos que se han dado por probados y la paradoja de que sean diferentes los órganos que fijan los hechos y los competentes para generar precedentes. En tercer lugar, (3.1.3) se introducirá la distinción entre hechos probados y hechos relevantes, mostrando que buscamos estos últimos, y que ello conduce a un razonamiento circular. Por último, (3.1.4) se mostrará cómo, incluso aunque seamos capaces de detectar los hechos relevantes, para fijar el supuesto de hecho de la *ratio decidendi* tenemos que enfrentar el problema de la inducción.

3.1.1. Control de constitucionalidad (o legalidad) en abstracto. No hace falta mucha imaginación para pensar en un caso en el que, sencillamente, no es posible recurrir a los hechos relevantes del caso para determinar cuál es la *ratio decidendi* del caso. Ello se debe a que en algunas ocasiones – y son precisamente aquellas que parecen más importantes en los precedentes en la cultura del *civil law* – no hay hechos del caso. En concreto, toda vez que nos encontramos con procesos en los que se analiza la validez material de normas en abstracto (su compatibilidad con normas jerárquicamente superiores), simplemente no hay hechos del caso a los que referirse. Y estos son precisamente el caso central de precedentes – precedentes interpretativos que fijan el sentido de textos normativos (especialmente constitucionales) – en los ordenamientos de *civil law*⁸.

En efecto, si bien pueden existir dudas de que pueda hablarse sensatamente de precedentes en el ámbito del *civil law*, lo cierto es que dichas dudas se disipan cuando hacemos referencia a las decisiones interpretativas de los más altos tribunales de cada ordenamiento. En efecto, al menos desde la aparición de las sentencias interpretativas (Guastini 2017: 557 ss.) que fijan – en el contexto de procesos para determinar la compatibilidad entre normas – interpretaciones autorizadas de textos normativos, parece fuera de discusión la presencia de precedentes interpretativos en nuestros ordenamientos de *civil law*. Y, en realidad, las cosas no difieren demasiado en el ámbito del *common law* donde, en países como Estados Unidos, viene fijado por su *Supreme Court* el alcance de determinadas disposiciones constitucionales en abstracto.

Pero si no podemos hacer referencia a los hechos del caso en lo que probablemente constituye el caso más claro de precedentes en el *civil law*, entonces la tesis de la necesidad de acudir a los hechos del caso para establecer la *ratio decidendi* debe ser cuanto menos reducida en alcance. Aunque todavía no podemos poner en cuestión la tesis misma – es necesario acudir a los hechos del caso para establecer la *ratio decidendi* de los casos –, sí hay que limitar desde ya tal tesis a aquellos casos en los que hay hechos (individuales): procesos jurisdiccionales en los que se resuelven casos concretos o individuales.

3.1.2. Los hechos probados del caso. Ahora es momento de analizar la plausibilidad de la tesis en sí misma considerada. Pues bien, parece razonable afirmar que los hechos que deben ser tomados en consideración a la hora de fijar la *ratio decidendi* del caso, cuando estamos frente a la calificación de un caso individual, son hechos considerados como probados en el proceso.

El problema es que no siempre resulta sencillo establecer, leyendo la sentencia, cuáles han sido los hechos considerados como probados en el proceso. Ello se debe, sencillamente, a que en muchas ocasiones las decisiones jurisdiccionales no dejan claro cuáles son los hechos considerados como probados del caso.

⁸ Este parece el caso de las decisiones de tribunales constitucionales que fijan el sentido de los textos constitucionales. No obstante, y si bien no me puedo ocupar con la debida atención del punto, este parece ser también el caso de los tribunales que fijan el sentido a atribuir a otros textos normativos, especialmente de carácter legal.

Ahora bien, llegados a este punto, resulta relevante preguntarse también quiénes son los órganos competentes para fijar precedentes. Si bien la única respuesta posible es que, sencillamente, depende de cada ordenamiento, lo cierto es que en la mayoría de ordenamientos – al menos si dejamos fuera los autoprecedentes, esto es, aquellos precedentes que “obligan” a los mismos órganos que los dictan – son los órganos de mayor jerarquía los competentes para crear precedentes; es decir, aquellos órganos que precisamente tienen vedado el conocimiento de los hechos individuales y la valoración de la prueba⁹. En tal sentido, resulta un poco extraño que, para determinar cuál ha sido la *ratio decidendi* de un caso, se deba atender a los hechos que han sido considerados como probados por el juez que fijó los hechos del caso, órgano normalmente diferente de aquel que es competente para crear el precedente¹⁰.

3.1.3. *Los hechos relevantes del caso.* Pero no todos los hechos considerados como probados deben ser tenidos en cuenta para fijar la *ratio decidendi*¹¹. En efecto, es perfectamente posible que se den por probados hechos que posteriormente son descartados por ser irrelevantes para la causa. Pero para entender en qué consiste este problema, resulta necesario aclarar qué son los hechos relevantes.

Podemos considerar un hecho como normativamente relevante cuando su ausencia o concurrencia cambia la calificación normativa de un hecho (Alchourrón y Bulygin 2015: 149-151). Por ejemplo, en la mayoría de ordenamientos jurídicos, el título (oneroso o gratuito) y la buena fe del adquirente suelen ser considerados como relevantes a la hora de determinar si se debe restituir la cosa en el caso de que un tercero haya obtenido el bien de un no propietario. De este modo, es perfectamente posible – y frecuente – que se den por probados otros hechos – por ejemplo, el valor del bien transmitido o la nacionalidad del adquirente – que finalmente no son considerados como relevantes.

Según Goodhart (Goodhart 1930: 174), para identificar la *ratio decidendi* de un caso debemos atender a los hechos relevantes. No obstante, es preciso notar como este tipo de razonamiento parecen incurrir en una suerte de falacia de circularidad. Cuando estamos buscando qué hechos fueron considerados como relevantes por el órgano que crea el precedente, lo que estamos haciendo es buscar las propiedades que aparecen en el antecedente de la norma aplicada (el supuesto de hecho de la *ratio decidendi*) por el tribunal que crea el precedente y que son, por ello, normativamente relevantes. En efecto, para determinar cuál ha sido la norma empleada – la *ratio decidendi* del caso – lo que tenemos que hacer es buscar precisamente las propiedades que aparecen en su antecedente o supuesto de hecho. Para saber qué norma ha aplicado el órgano jurisdiccional, debemos averiguar cuáles son los hechos relevantes que aparecen en el supuesto de hecho de la norma. Y esto parece ser un razonamiento circular (Schauer 2013: 66).

3.1.4. *Las propiedades relevantes.* Sin embargo, decir que son hechos lo que aparece en el antecedente de una norma no resulta del todo correcto, ni siquiera cuando estamos frente a normas individuales, porque en el supuesto de hecho de las normas lo que aparece son descripciones, bien de hechos individuales (normas individuales), bien de tipos de hechos (normas generales)¹², no hechos. Como lo que aquí nos interesa son las normas generales que pueden ser aplicadas a otros casos – las *rationes decidendi* y no las normas

9 De hecho, recientemente se ha llamado la atención sobre la conveniencia de crear precedentes en materia de hechos por parte de Cortes Supremas, aquellas llamadas más frecuentemente a crear precedentes (Núñez Vaquero 2018a).

10 Puede resultar extraño porque la posibilidad de que se produzca un error a la hora de establecer cuáles son los hechos que han sido considerados como probados por el juez de primera instancia no puede ser descartada. De este modo, no se trata de que tengamos que acudir a los hechos considerados como probados por el órgano que los fijó, sino a lo que ha interpretado el creador del precedente que consideró el juez de los hechos que fueron los hechos probados.

11 Goodhart ofrece algunos criterios para discriminar entre hechos relevantes e irrelevantes. Cfr. Goodhart 1930: 174-179.

12 Esto se debe sencillamente a qué son las normas: contenidos proposicionales en función prescriptiva. No parece en este sentido que las normas pueden contener hechos, sino descripciones acerca de hechos.

individuales expresadas en los dispositivos de las decisiones jurisdiccionales¹³ – podemos dejar de lado las normas individuales.

Así pues, cuando intentamos fijar cuál es la *ratio decidendi* de un caso, lo que estamos intentando hacer es fijar cuáles son las características (propiedades) de la conducta que determinan (son relevantes para) la calificación normativa de la conducta en cuestión. Retomando el ejemplo anterior: estamos intentando determinar bajo qué condiciones el adquirente de tercero no propietario está obligado a devolver el bien cuando su legítimo propietario lo reclama. Dicho de otro modo: estamos buscando – no los hechos, sino – el conjunto de propiedades relevantes, esto es, aquel conjunto de tipos de hechos cuya presencia o ausencia determina(ría) un cambio en la calificación normativa del caso concreto o individual.

Entre los hechos relevantes y las propiedades relevantes de la norma, hay todavía un importante salto que cubrir. Para mostrar en qué consiste este salto voy a recurrir a un clásico ejemplo de la jurisprudencia de la Cámara de los Lores británica, empleado frecuentemente para ilustrar este punto en teoría del precedente: *Donoghue vs. Stevenson*. Los hechos fueron los siguientes: en agosto de 1928, la señora Stevenson pidió una cerveza de jengibre en el Wellmeadow Café de Paisley, una localidad escocesa cercana a Glasgow. Para desgracia de la señora Stevenson, la opaca botella de cerveza de jengibre contenía un caracol muerto, produciendo la ingesta de la cerveza daños físicos a la señora Stevenson, que duraron varios días en desaparecer. Como es bien sabido, esta decisión de la Cámara de los Lores constituye una piedra millar del *tort law* británico, estableciéndose la responsabilidad del fabricante.

La dificultad para fijar las propiedades relevantes que concurren en el supuesto de hecho de la norma – general aplicada por la Cámara de los Lores que considera responsable al fabricante – es que son infinitas normas las que justifican la misma decisión a la luz de los mismos hechos relevantes. ¿Los obligados a responder son solo los fabricantes de cerveza de jengibre presentadas en botellas de cristal opacas con caracoles dentro?; ¿solo los fabricantes de cerveza en general, de cualquier bebida, de cualquier elemento destinado al consumo humano, o de cualquier producto?; ¿solo por las cervezas presentadas en botellas de cristal opaco, de cristal independientemente de su color, o en cualquier recipiente?; ¿solo se responde por la presencia de caracoles muertos, de cualquier animal, o de cualquier sustancia nociva para el organismo? Por supuesto, dependiendo de qué propiedades consideremos como relevantes, la norma del caso – la *ratio decidendi* – va a ser una u otra, y el alcance del supuesto de hecho podrá ser mínima (caracoles muertos en botellas opacas de cerveza de jengibre) o extremadamente amplia (cualquier producto dañino), pasando por una infinitud de normas intermedias.

La dificultad no es, sin embargo, nueva: se trata del viejo problema de la inducción. En efecto, la misma conclusión normativa – debe responder el fabricante de la cerveza de jengibre en botellas de cristal opaco – es justificada por infinitas normas. Por señalar solo algunos ejemplos: N1: responden los fabricantes de cerveza por la presencia de productos dañinos; N2: responder los fabricantes de alimentos por la presencia de elementos no contemplados en la etiqueta; N3: responden los fabricantes por cualquier defecto de sus productos; N4: responden los fabricantes de productos cuya inspección resulte imposible para el consumidor por cualquier daño que generen. La dificultad es en este punto insuperable: no tenemos forma de, a partir de los hechos relevantes del caso y de la decisión, determinar cuál de las normas que justifica el caso es la que

13 Cuando la norma individual tiene efectos no únicamente *inter partes*, antes que frente a precedentes, estaríamos frente a la extensión de los efectos de la sentencia; en particular, la extensión de la cosa juzgada.

ha aplicado el órgano jurisdiccional (Schauer 2013: 65). O dicho de otro modo: no podemos establecer objetivamente cuál es la *ratio decidendi* del caso.

Recurrir a los hechos del caso para fijar la *ratio decidendi* nos conduce a tener que enfrentarnos con algunos problemas no fácilmente resolubles. ¿No juegan entonces los hechos ningún papel en la determinación de la *ratio decidendi* de un caso? El único papel que jugarían los hechos del caso es limitar la posibilidad de derivar una norma – *ratio decidendi* – cuyo caso esté constituido por propiedades que nada tienen que ver (lógicamente independientes) con las propiedades del caso. Por poner un ejemplo extremo: impediría, en el ya mencionado caso de Donoghue vs. Stevenson, concluir que la *ratio decidendi* es una norma sobre la legitimación activa de los recursos ambientales. Se trata de un límite extremadamente lábil.

3.2. Interpretación y aplicación analógica de precedentes

Una vez que hemos aclarado la (ir)relevancia de los hechos al momento de determinar la *ratio decidendi* de un caso, ahora es necesario hacerse cargo de la tesis según la cual los precedentes se aplican siempre y necesariamente por analogía. Antes de comenzar a analizar esta tesis, será necesario aclarar (3.2.1) qué podemos entender por interpretación y por aplicación, por un lado, y por analogía, por el otro. Una vez aclaradas estas categorías, podremos establecer en qué sentido se pueden (3.2.2) interpretar los precedentes analógicamente, y en qué sentido se pueden (3.2.3) aplicar analógicamente.

3.2.1. Interpretación, aplicación y analogía. “Interpretación” y “aplicación” son dos términos que en sus acepciones más amplias tienden a confundirse, cuando no a ser directamente intercambiables. Para poder esclarecer en qué sentido los precedentes se interpretarían/aplicarían siempre por analogía, lo mejor es distinguir con precisión entre estos dos conceptos.

(a) Siguiendo una tradición analítica ya consolidada (Guastini 2014), por “interpretación” podemos entender aquella actividad (y/o su producto) consistente en la atribución de sentido a textos. Cuando lo que estamos interpretando son disposiciones normativas, el producto de la interpretación serían normas¹⁴.

Ahora bien, si así están las cosas, en la medida en que los precedentes son decisiones jurisdiccionales que se expresan en textos, aquellos son (deben ser necesariamente) interpretados. De este modo, si bien toda atribución de sentido al texto de las decisiones jurisdiccionales puede ser considerada como interpretación, reservaré la expresión “interpretación del precedente” para la determinación de la norma aplicada en el caso, es decir, la *ratio decidendi*.

(b) Por “aplicación” de normas podemos entender al menos dos cosas, dependiendo precisamente de qué entendamos por “norma” o, si se prefiere, de los tipos de normas que podemos encontrar.

(b.i) Si por normas entendemos lo que en contextos más especializados se conoce como “reglas” – normas de condicional cerrado que establecen en su antecedente condiciones suficientes para que se siga el consecuente – entonces aplicar normas consiste en subsumir los hechos del caso (la descripción de algún tipo de conducta) en el antecedente de la norma.

(b.ii) Si, por el contrario, en el universo de las normas incluimos también lo que en contextos especializados se llama “principios” – normas de condicional abierto en los que la concurrencia de los hechos previstos en el antecedente no asegura la conclusión normativa –, entonces se nos abren otras tres

¹⁴ Esta definición no implica ninguna otra tesis acerca del supuesto carácter (meramente) descriptivo o creativo de tal actividad. Lo que sí hace esta tesis es comprometernos con la idea de que la interpretación es, precisamente, una actividad, y que se requiere del intérprete alguna acción para establecer el sentido del texto: sea el único, uno de los posibles o cualquiera significado.

posibilidades. “Aplicar principios” puede significar, en primer lugar, cerrar el condicional constituido por la norma, considerando que las propiedades previstas en su antecedente son suficientes para que se dé la consecuencia normativa prevista en el consecuente de la norma¹⁵. En segundo lugar, puede significar concretarlos, es decir, precisar las propiedades previstas en el antecedente de la norma toda vez que aquellas sean vagas en algún sentido. Por último, por “aplicar principios” también se ha entendido la ponderación, es decir, la actividad que tiene por resultado la prevalencia de un principio en caso de que dos principios choquen. No obstante, el producto de estas tres operaciones es siempre (alg)una regla.

(c) Por analogía podemos entender dos (o tres) cosas diferentes: por un lado, (c.1) una forma de interpretación (es decir, de atribución de sentido a un texto) (*analogia iuris*), y otra de construcción jurídica (es decir, de derivación de una norma implícita) (*analogia legis*) (Canale y Tuzet 2014); por el otro, (c.2) una forma de razonamiento particularista o casuista no basado en normas.

(c.1) Pues bien, por analogía frecuentemente se entiende una de las formas posibles de interpretación extensiva, es decir, una de las técnicas interpretativas para ampliar el significado atribuido a una disposición normativa a partir del sentido literal de aquella. No obstante, esta es solo una de las formas con las que se identifica la analogía, siendo necesario distinguir ulteriormente entre *analogia iuris* y *analogia legis*¹⁶ (Atienza 1986; Bobbio 2011; Canale y Tuzet 2017; Guastini 2010).

(c.1.i) Por “*analogia legis*” podemos entender justamente aquella forma de interpretación que amplía el sentido literal de una disposición normativa, de modo tal que la norma producto de la interpretación (analógica) incluya un tipo de caso no contemplado en el antecedente de la norma obtenida mediante interpretación literal. Ello porque se considera que, entre el caso genérico previsto por la – norma producto de la – interpretación literal y otro caso no comprendido en aquella, subsisten propiedades comunes que hacen que el caso no regulado (según la interpretación literal) debiera recibir el mismo tratamiento. De este modo, lo que se hace es, partiendo del sentido literal, ampliar el sentido de la disposición de manera tal que, bajo la interpretación producto mediante *analogia legis*, el caso antes no previsto pasa a estar contemplado por la nueva norma.

(c.1.ii) Por “*analogia iuris*” podemos entender, antes que una forma de interpretación, una forma de construcción jurídica. En efecto, mediante la *analogia iuris* lo que hacemos no es extender el significado literal de una disposición, sino crear una nueva norma implícita que reconduce la misma consecuencia que la norma producto de la interpretación literal al caso no regulado. Ello se realiza en dos pasos: en primer lugar, induciendo un principio que justificaría la atribución de la misma consecuencia normativa tanto al caso regulado como al no regulado; en segundo lugar, la especificación de una regla para el caso no previsto a partir del principio inducido.

Del mismo modo que en la *analogia legis*, se sostiene que, entre el caso previsto por – la interpretación de – la disposición normativa y el nuevo caso, existen similitudes que hacen que el nuevo caso merezca la misma consecuencia normativa. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede en la *analogia legis*, en estos casos no es posible ampliar el significado atribuido a la disposición normativa puesto que el lenguaje

15 Esto quiere decir clausurar la hipótesis de relevancia, considerando que cualquier otra propiedad resulta irrelevante a las fines de la aplicación de la norma.

16 Es del todo evidente que no es sencillo distinguir en concreto – es decir, observando las concretas operaciones llevadas a cabo por los operados jurídicos – entre *analogia legis* y *analogia iuris* (Bobbio 2011). Pero esto parece remitirnos al problema de carácter más general entre interpretación y construcción jurídica, del que aquí no es posible ni necesario ocuparse.

y el resto de técnicas interpretativas no permiten ampliar tanto tal sentido literal como para seguir hablando de interpretación (y no de construcción jurídica)¹⁷.

(c.2) En segundo lugar, algunos de los autores que afirman que los precedentes han de ser aplicados analógicamente, por “analogía”, parecen entender – antes que una forma de interpretación o de construcción jurídica – una forma de razonamiento casuístico o particularista, caso a caso. Si bien puede ser discutible que esto sea una forma de analogía¹⁸, este es uno de los sentidos en los que parece emplearse la expresión cuando se habla de aplicación analógica de precedentes (Taruffo 2009: 558; id. 2014).

Por particularismo o casuismo – como algo diferente de las dos formas de analogía anteriormente analizadas – podemos entender aquella forma de razonamiento práctico que considera que la relevancia de las normas (de las propiedades que ellas contemplan en sus antecedentes) no puede ser afirmada independientemente de las circunstancias de cada caso, sino que su relevancia depende de cada contexto particular (Redondo 2015: 64¹⁹).

The core of particularism is its insistence on variability. Essentially the generalist demands sameness in the way in which one and the same consideration functions case by case, while the particularist sees no need for any such thing. A feature can make one moral difference in one case, and a different difference in another. Features have, as we might put it, *variable relevance*. Whether a feature is relevant or not in a new case, and if so what exact role it is playing there (the ‘form’ that its relevance takes there) will be sensitive to other features of the case. This claim emerges as the consequence of the core particularist doctrine, which we can call the holism of reasons (Dancy 2017).

La diferencia con la *analogia iuris* pasaría por la forma holística del razonamiento: mientras que en la *analogia iuris* se parte reconstruyendo inductivamente un principio que justifique la atribución de la misma consecuencia a los dos casos (y posteriormente se establece si la norma es aplicable al nuevo caso), en el razonamiento casuístico se parte directamente de un caso individual y su solución normativa, y se ofrecen argumentos en favor de que el nuevo caso reciba el mismo tratamiento, pero sin pretender que las características relevantes en el caso resuelto sean necesariamente relevantes para el caso por decidir (ni, menos aún, para futuros casos)²⁰. No hay norma necesariamente relevante para casos futuros²¹.

17 Baste un ejemplo para iluminar la diferencia entre ambos tipos de analogía. En muchas aulas universitarias se encuentran carteles o afiches que establecen la prohibición de fumar en estos lugares. Uno podría encontrarse frente a la tentación de usar un cigarrillo electrónico, el cual no parecería inmediatamente cubierto por el sentido literal del término “fumar”. No obstante, no parece demasiado problemático extender el significado del término “fumar” para que aquel contemple también el uso de cigarrillos electrónicos (*analogia legis*). Pero no parece que sea posible extender el sentido del término para cubrir el caso en que un estudiante decidiese encender incienso en el aula, si bien podríamos considerar que por las mismas razones que está prohibido fumar hay una norma implícita que prohíbe encender incienso. No obstante, es conveniente señalar que si bien la prohibición fue pensada para fumar tabaco, la norma se aplicaría también, sin ninguna necesidad de ningún razonamiento por analogía, a quienes fumasen marihuana.

18 Aquí resulta curiosa la posición de Bustamante (2015: 147, 153) quien, si bien inicialmente niega, contra Alexy (2010), la autonomía de esta forma de razonamiento, después parece implícitamente aceptar su autonomía al rechazar su conveniencia.

19 Es preciso señalar que Redondo presenta dos formas diferentes de entender el particularismo: como una tesis que niega validez universal a cualquier norma, o bien como una concepción que acepta la derrotabilidad de las normas. Si bien Redondo presenta la segunda como correcta, aquí asumo la primera.

20 Como es evidente, aquí la noción de *ratio decidendi* carece de sentido, pues lo vinculante sería todo el caso.

21 No obstante, se podría pensar que esto es lo que sucede en la *analogia iuris*, en la que se reconstruye un principio a partir del caso regulado para posteriormente aplicarlo al caso no previsto, alcanzando la misma consecuencia normativa. Sin embargo, existe una diferencia entre el razonamiento analógico de este tipo y el razonamiento particularista caso a caso. Cuando inducimos principios y posteriormente especificamos una regla implícita que atribuye la misma solución normativa al caso no previsto que la norma expresa, lo que hacemos es preguntarnos si aquel es aplicable al caso, o si hay otro principio concurrente en juego que pueda desplazarlos. Ahora bien, si el principio resulta aplicable (porque regula el caso), entonces nadie pone en cuestión que sea relevante para el caso o cuente como una razón. Cuando, por el contrario, estamos frente a razonamiento casuístico, lo que se pone en duda es precisamente que la norma sea relevante para resolver el caso. Nada garantiza – utilizando el ejemplo de la n. 17 – que cualquier otra fuente de humo sea prohibida o permitida en las clases, ni tan siquiera que ello sea relevante.

Esta forma de razonamiento analógico consiste – ya no en la extensión del sentido literal o en la inducción de una norma implícita que justifique una norma implícita que atribuya la misma consecuencia que una norma expresa a un caso no previsto, sino – en el razonamiento a través de casos paradigmáticos. Desde este punto de vista, razonar caso por caso consiste en preguntarse si el nuevo caso se parece lo suficiente al caso paradigmático como para asignarle la misma consecuencia normativa, pero sin identificar ninguna serie de condiciones que puedan ser consideradas como relevantes para cualquier caso, sino únicamente para aquel contexto.

3.2.2. *Interpretación analógica de precedentes.* Volvamos a la tesis inicial objeto de análisis según la cual los precedentes necesariamente han de ser interpretados/aplicados por analogía. En esta sección, me ocuparé de determinar si es necesario interpretar los precedentes por analogía.

(a) Pues bien, afirmar que los precedentes deben ser interpretados por analogía supone sostener que la atribución de sentido al texto de la decisión jurisdiccional debe ser realizada utilizando el mecanismo de la *analogia legis*. Por lo tanto, lo que tendríamos aquí es una meta-directiva interpretativa – una norma acerca de los criterios de interpretación – que indica que la *analogia legis* debe ser preferida a cualquier otra técnica interpretativa, excluyendo la literal (y todas las demás). Sin embargo, esta tesis puede ser interpretada de tres maneras diferentes: como una tesis conceptual, como una tesis descriptiva y como una tesis normativa.

(a.i) Como tesis conceptual, la tesis afirma que no es posible interpretar los precedentes de otra manera que analógicamente, derivando de aquellos una *ratio decidendi* más amplia que aquella obtenida mediante interpretación literal (Cross 2012: 48; Levi 2005: 11). Pero, como parece evidente, esta tesis resulta del todo incorrecta: es perfectamente posible interpretar los precedentes de manera literal así como de manera restrictiva²². Y no se ve qué tipo de necesidad podría avalar dicha tesis.

(a.ii) Como tesis descriptiva, aquella parece contingente pero falsa: no existe, al menos hasta donde llega mi conocimiento, ordenamientos jurídicos en los que se imponga la interpretación analógica de los precedentes. Si acaso, podemos encontrar algún ejemplo de normas jurídicas que obligan²³ a interpretar los precedentes de manera literal²⁴.

(a.iii) Como tesis normativa – los precedentes deberían ser interpretados siempre de manera analógica, ampliando su sentido literal – aquella parece injustificada, no encontrándose razón alguna para pensar que los precedentes deban ser siempre interpretados de esta manera, descartándose por alguna razón la interpretación literal.

(b) Algo parecido puede afirmarse sobre la *analogia iuris*. A saber: según la tesis objeto de análisis (Magaloni 2001: 99; Marinoni 2013: 260; Peczenik 2003: 59), toda vez que nos encontramos con un caso nuevo, es necesario construir – mediante, precisamente, *analogia iuris* – una norma que califique del mismo modo un caso nuevo comportamiento no previsto en la norma anterior. Del mismo modo que en el caso

22 En este mismo sentido, suele afirmarse que, al no tratarse nunca exactamente el mismo caso, siempre sería necesario comprobar si los hechos del caso se parecen suficientemente como para que sean tratados del mismo modo. Ahora bien, esto implica un grave error conceptual puesto que dos casos individuales distintos pueden perfectamente estar regulados por una misma norma (Ezquiaga 2013a: 311; y id. 2013b: 323). En efecto, limitando el discurso a las reglas, aquellas serán aplicables a un caso toda vez que se vean satisfechas las propiedades de su antecedente.

23 Según el artículo 4 del Texto único de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Perú, “las decisiones judiciales han de ser acatadas en sus propios términos”, sin poder “interpretar sus alcances”, lo que podría ser interpretado como una meta-directiva interpretativa en favor de la interpretación literal.

24 Cuestión diferente es que los precedentes, efectivamente, sean interpretados por los jueces de esta manera. No obstante, dicha pregunta debiera ser contestada basándose en un estudio empírico a gran escala, que no estoy en disposición de ofrecer.

anterior, es posible interpretar la tesis de tres maneras diferentes – conceptual, descriptiva y normativa – pero, para no alargar innecesariamente el discurso, dejo al lector comprobar por sí mismo estas tres tesis.

3.2.3. *¿Aplicación analógica?* Según hemos visto más atrás, no parece que podamos hablar sensatamente de “aplicación analógica”: si por “aplicación” estamos entendiendo aplicación de normas, entonces no parece que podamos encontrar algo así como la “aplicación analógica de normas”. Las reglas se subsumen; los principios se cierran, especifican o ponderan; pero no parece que haya algo como la aplicación analógica.

Sin embargo, esto es precisamente a lo que parecen afirmar autores como Taruffo (2009: 559; 2014) o Duxbury (2008: 59) cuando afirman que los precedentes han de ser aplicados analógicamente. A lo que parecen referirse estos autores es a una operación distinta que supone pasar de un caso a otro, asociando a ambos la misma consecuencia, pero sin reconstruir ninguna norma que identifique propiedades normativamente relevantes para cualquier caso similar. Ahora bien, aquí no hay ninguna norma que estemos aplicando²⁵. Si queremos hablar aquí de aplicación, no se trata de aplicación de normas, al menos no en el sentido en que normalmente se utiliza la expresión.

La aplicación analógica de precedentes no es en realidad una forma de analogía (al menos de lo que normalmente se entiende por analogía: *analogia iuris* y *analogia legis*), sino razonamiento casuístico: aquella forma de razonamiento en la que no se identifican un conjunto de condiciones necesarias y/o suficientes para que se siga la consecuencia normativa. Aquí, por el contrario, nos encontramos frente a dos casos que, dependiendo del mayor o menor grado de parecido, se considerará holísticamente que merecen tal solución.

Cabe, no obstante, y del mismo modo que respecto de la interpretación analógica, entender esta tesis de tres maneras diferentes: como una tesis conceptual, descriptiva y normativa.

(i) Como tesis conceptual, aquella implica que los precedentes necesariamente han de ser aplicados pasando de un caso a otro. Creo que la única forma plausible de sostener una tal necesidad es sosteniendo que los precedentes no expresan normas generales capaces de ser aplicadas a otros casos, sino únicamente normas de carácter individual. Ahora bien, en la anterior afirmación hay una ambigüedad en la expresión “expresar” normas que es necesario disolver.

(i.a) Si por “expresar normas” se entiende formular y emplear normas, entonces evidentemente los precedentes expresan normas, y aquellas no son siempre producto de la interpretación de textos, sino que en ocasiones son el producto de elecciones interpretaciones o, más radicalmente, de construcción jurídica. Si así están las cosas y la necesidad de aplicar analógicamente los precedentes proviene de que las decisiones jurisdiccionales no expresan normas generales, entonces no existe necesidad conceptual alguna en aplicar los precedentes caso a caso.

(i.b) Si por “expresar normas” se entiende tener competencia para dictar normas generales, entonces las cosas se complican un poco más. Ello debido a que se trata de una cuestión contingente acerca de si los jueces tienen o no competencia normativa en un determinado ordenamiento para dictar normas generales.

Desde luego, son pocos los ordenamientos que expresamente prevén que los jueces tengan competencia para dictar normas generales (como el ordenamiento jurídico suizo). Sin embargo, del hecho de que no haya normas expresas que otorguen tal competencia no podemos aún concluir que, en los diferentes

²⁵ No estoy presuponiendo que esta sea una forma válida de razonamiento, sino que solo estoy dando cuenta de ella.

ordenamientos, no haya normas implícitas que otorguen competencia normativa de este tipo a órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, si se admite que los jueces no tienen (por razones conceptuales) competencia, ni expresa ni implícita para dictar normas generales, entonces sí existe conexión necesaria entre precedentes y aplicación analógica (entendida como aplicación caso a caso). En efecto, si los jueces no son competentes para dictar normas generales y, al mismo tiempo, los precedentes vinculan de algún modo a los jueces, entonces la única forma posible de aplicarlos sería caso a caso.

Sin embargo, resulta más que discutible que la tesis según la cual los jueces no tienen competencia para dictar normas de carácter general sea una tesis de carácter conceptual. Como ya hemos dicho, parece más bien una tesis relativa a determinados ordenamientos en los que, supuestamente, los jueces no tendrían competencia para dictar normas de carácter general. Ahora bien, cuando se afirma que, según un determinado ordenamiento, los jueces no son competentes para dictar normas generales, tales afirmaciones suelen ser producto de construcciones dogmáticas basadas en tesis ideológico-normativas sobre la separación de poderes o, mejor dicho, en una determinada concepción de la separación de poderes. En cualquier caso, no parece tratarse de una tesis de carácter conceptual, sino más relativa a concretos ordenamiento (*lege lata*), o bien tesis directamente normativas (*lege ferenda*).

(ii) Como tesis descriptiva (según la cual existen normas que hacen obligatorio la aplicación caso a caso de los precedentes), aquella resulta contingente y, la mayoría de las veces falsa. Se trata, evidentemente de una tesis contingente porque depende de lo previsto en cada ordenamiento; pero se trata de una tesis – hasta donde llega mi conocimiento – falsa porque no hay en los ordenamientos normas de nuestro entorno que obliguen a “aplicar” los precedentes analógicamente²⁶.

(iii) Como tesis normativa, según la cual los precedentes deben ser aplicados (*lege ferenda*) solo caso por caso, la tesis podría justificarse basándose en que los jueces no deben ser competentes para dictar normas de carácter general, por un lado, pero al mismo tiempo considerarse que los precedentes han de ser vinculantes, por el otro. Si, por el contrario, se admitiese que los jueces deben poder dictar normas generales – cuando hay lagunas, cuando los textos normativos son ambiguos o derechos fundamentales que chocan, etc. – la tesis parecería carente de justificación, como enseguida veremos.

4. A modo de conclusión: sobre la analogía como método de seguimiento de precedentes

Llegados a este punto creo que podemos concluir que no existe, con la excepción mencionada, relación de necesidad ni de incompatibilidad entre precedente y analogía. Son sencillamente dos instituciones – los precedentes como forma de emanar normas y la analogía como forma de interpretación o de razonamiento – que se pueden combinar (o no) contingentemente.

Ahora bien, si consideramos que los órganos jurisdiccionales no son (o no deben ser) competentes para dictar normas generales y, al mismo tiempo, que los precedentes deben vincular en algún sentido las decisiones sobre casos futuros similares, la única alternativa posible parece ser pensar que los precedentes deben ser “aplicados” por analogía, entendiendo por tal el razonamiento caso a caso a partir de casos

²⁶ Cabría, no obstante, preguntarse si los jueces razonan efectivamente así cuando “aplican” precedentes. Responder a esta contingente cuestión requeriría de una investigación empírica a gran escala.

paradigmáticos. La relación entre analogía y precedente sería entonces de necesidad, en el sentido de que no cabe otra forma de aplicar los precedentes si no de este modo.

Si bien tengo serias dudas acerca de la plausibilidad de una tesis de la separación de poderes entendida como funciones atribuidas a órganos que no se interfieren entre sí (Barberis 2008: 141 ss.), aquí me interesa señalar otros dos aspectos.

En primer lugar, es preciso notar la falta de coherencia de esta forma de aplicar los precedentes con las razones normativas que normalmente se ofrecen para la existencia de un sistema de precedentes (Marinoni 2013: cap II). Tanto la igualdad y la universalidad, como la seguridad jurídica y la economía en la toma (y justificación) de las decisiones, no parecen verse precisamente garantizadas mediante una forma de razonamiento que hace depender de la relevancia de las circunstancias particulares del caso la aplicabilidad de los precedentes. Ello por la sencilla razón de que la relevancia de las circunstancias particulares del caso depende de las preferencias normativas de cada órgano de aplicación (o, si se prefiere, de su sensibilidad moral).

En segundo lugar, nuestros ordenamientos jurídicos están repletos de instituciones jurisdiccionales – partiendo por la justicia constitucional, pero pasando por todos los mecanismos de control en abstracto de validez material de normas – que dotan de relevancia a normas emanadas por órganos jurisdiccionales, al menos cuando fijan el sentido de disposiciones normativas. Si la razón para adoptar un modelo casuista de razonamiento es una determinada forma de entender la separación de poderes, lo primero que deberíamos hacer es justificar por qué nuestra práctica debe ser (profundamente) modificada: al menos casación, justicia constitucional y control de legalidad de normas administrativas deberían ser profundamente repensadas. Y es que la realidad es tozuda, y nuestros tribunales se empeñan en emanar normas interpretativas de carácter general, colman lagunas y establecen jerarquías de manera general²⁷.

Bibliografía

Accatino, D. (2012): “La jurisprudencia de los tribunales en el derecho chileno: fuente elusiva, fuente eludida”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Chile).

Alexy, R. (2010): “Two or three?”, en Borowski, M. (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, ARSP-Beiheft 119. Stuttgart: Franz Steiner.

Atienza, M. (1986): *Sobre la analogía en el derecho*. Madrid: Civitas.

Alchourrón C. y Bulygin E. (2015): *Sistemas normativos*. Buenos Aires: Astrea.

Bobbio, N. (2011): “Analogía”, en *Saggi su scienza giuridica*. Torino: Giappichelli.

Bustamante, T. (2015): “La función de la analogía en el precedente: acerca de la tercera operación jurídica básica de Alexy”, en Bernal Pulido, C. y Bustamante, T. (eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

Canale, D. y Tuzet, G. (2014): “Analogical Reasoning and Extensive Interpretation”, en Kaptein, H. (ed.), *Analogy and exemplary reasoning*. London: Ashgate.

²⁷ Esos mismos tribunales son los que hacen tiempo vienen creando normas de carácter general más allá de cualquier proceso jurisdiccional, de carácter no meramente procedimental. Si algo afecta seriamente a la separación de poderes no son los precedentes, sino estas normas formuladas al margen de cualquier proceso jurisdiccional: autos acordados de la Corte Suprema de Chile, acuerdos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo español, algunas súmulas de la Suprema Corte de Justicia brasileña, etc.

- Chiassoni, P. (2012): “¿Los precedentes civiles son vinculantes?”, en *Desencantos para abogados realistas*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Cross, R. (2012): *El precedente en el Derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons.
- Duxbury, N. (2008): *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press.
- Ezquiaga, F. J. (2013): *Argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales*. Lima: Grijley.
- Ferrer, J. (2016): “El gen iusrealista de Michele Taruffo”, en Ferrer, J. y Vázquez, C. (eds.), *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons.
- Goodhart, A. (1930): “Determining the *Ratio Decidendi* of a Case”, en *The Yale Law Journal*, 40, 2.
- (1959): “The *Ratio Decidendi* of a Case”, en *The Modern Law Review* 22, 2.
- Guastini, R. (2010): *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa.
- (2014): *Interpretar y argumentar*. Madrid: CEPC.
- (2017): *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. Lima: Ediciones Legales.
- Magaloni Kerpel, A. M. (2001): *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: McGraw-Hill.
- Marinoni, L. G. (2013): *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra.
- Montrose, J. L. (1957): “*Ratio Decidendi* and the House of Lords”, en *Modern Law Review*, 20.
- (1958): “*Ratio Decidendi* and the House of Lords”, en *Modern Law Review*, 21.
- Núñez Vaquero, A. (2016): “Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*”, en *Revista Doxa* 39.
- (2017): “La constitutividad de la regla del *stare decisis*”, Ponencia para Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho, Valparaíso, Chile.
- (2018): “Precedente en materia de hechos”, en *Revista de Derecho de Valdivia*, 1.
- Peczenik, A. (2003): *Derecho y razón*. México: Fontamara.
- Ratti, G. (2017): “Some Remarks on Precedent and Analogy”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1 (citado por la versión digital: https://www.academia.edu/23769490/Some_Remarks_on_Precedent_and_Analogy).
- Redondo, M.C. (2015): “Dos modelos de norma y razonamiento práctico”, en Luque P. (ed.), *Particularismo*. Madrid: Marcial Pons.
- Schauer, F. (2004): *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons.
- (2011): “Perché il precedente nel diritto (e altrove) non è interamente (e nemmeno sostanzialmente) questione di analogia”, en Pellicoli L. y Veluzzi, V. (eds.), *L’analogia e il diritto*. Edizioni ETS: Pisa.
- (2013): *Pensar como un abogado*. Madrid: Marcial Pons.
- Simpson, A. (1957): “The *Ratio Decidendi* of a Case”, en *Modern Law Review*, 20.
- (1958): “The *Ratio Decidendi* of a Case”, en *Modern Law Review*, 21.
- Taruffo, M. (1993): “Per un’analisi comparata del precedente giudiziale”, en *Ragion Pratica*, 6.
- (2009): *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons.
- (2014): “La jurisprudencia entre casuística y uniformidad”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXVII, 2.