

EL USO DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES EN MATERIA PENAL COMO TÉCNICA DE ARGUMENTACIÓN RACIONAL. SU ALCANCE Y VALOR EN EL DERECHO PERUANO

José Luis Castillo Alva

I) GENERALIDADES.-

- 1.- Jurisprudencia significa “*conocimiento del derecho*”, percepción de lo justo, intuición y ordenación debida de las relaciones de la vida social¹. Antiguamente se llamaba *prudentes* a los versados en derecho o a los jurisconsultos. Para los romanos la *prudencia* no solo importaba conocimiento teórico, sino pericia, técnica y habilidad práctica. No solo es prudente quien conoce el derecho en toda su extensión o profundidad. También lo es quien se maneja y actúa con habilidad en la praxis. Como dice MAGGIORE: “*el prudente no solo obra, sino que sabe obrar*”².

La expresión tan feliz: **no hay derecho sin juez**³, posee un innegable valor constitucional y cultural en la medida que repara que con la interpretación y aplicación que realiza el juez se concreta, en cada caso, el derecho. Las resoluciones de los jueces siempre que sean armónicas, coherentes y mantengan una línea esencial se convierten en jurisprudencia. En ese sentido, la jurisprudencia y los fallos de los jueces permite que el derecho se revele y actúe en la sociedad modelando sus instituciones y resolviendo las controversias jurídicas. El derecho se hace presente a través de los fallos de los jueces, dado que finalmente: “*El derecho es lo que los Tribunales dicen que es*”⁴.

- 2.- La capital importancia de la jurisprudencia es tal que en algunos países como Estados Unidos se ha llegado a señalar que la constitución norteamericana está integrada en casi la mitad de su contenido por la sentencias de la Corte Suprema de Justicia⁵.

¹ Cfr. DE DIEGO, CLEMENTE; *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho*; Madrid; Revista de Derecho Privado; p. 40.

² Cfr. MAGGIORE, GIUSEPPE; *Derecho Penal* [Trad. de José Ortega Torres]; Bogotá; Temis; Reimp. 2 ed.; 1985; p. 54.

³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; *Democracia, Jueces y Control de la Administración*; Madrid; Civitas; 3 ed.; 1997; p. 128.

⁴ Cfr. HART, HERBERT; *El Concepto de Derecho*; [Trad. Genaro Carrió]; Buenos Aires; Abeledo – Perrot; 1961; p. 176.

⁵ Véase: SÁNCHEZ AGESTA, LUIS; *Principios de Teoría Política*; Madrid; Edersa; 1986; 7 ed.; p. 335.

El common law es el resultado de normas no escritas elaboradas, dentro de una larga tradición, por los Tribunales de Justicia⁶. En este sistema se parte del axioma que la experiencia en la solución de los casos anteriores proporcionará el fundamento más importante para los standards de acción y principios de decisión⁷. El derecho no puede ser creado arbitrariamente sino que debe ser descubierto sobre la base de la experiencia judicial que en el pasado logró alcanzar un nivel adecuado de justicia o que, en todo caso, fracasó en el intento. En el derecho inglés y norteamericano la observancia de las decisiones jurisprudenciales ocupa un lugar de preferencia y altamente estimado, mientras que el derecho escrito desempeña un papel accesorio o secundario⁸.

En el sistema basado en el *case law* el juez **debe** tener en cuenta las reglas y principios aplicados por otros jueces; éstas no son materiales que **puede** tener en consideración a la hora de toma una decisión⁹. La obligación de observar el precedente se impone tanto a los Tribunales inferiores como a los Tribunales de igual rango y su aplicación solo se matiza cuando se realiza una distinción relevante entre los hechos del caso anterior y los del presente caso.

II) LOS PRINCIPIOS RECTORES EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL.-

- 1.- En nuestro ordenamiento jurídico – como parte del sistema romano germánico – la ley ocupa un papel central y decisivo como fuente del Derecho. Incluso, a nivel del derecho penal cuenta con un monopolio exclusivo en la creación y aplicación de los delitos y de las penas. Con razón, se señala que es la única fuente de producción normativa.

Pese a que resulta innegable el rol que desarrolla la ley en nuestro sistema jurídico es también indiscutible que la eficacia de la misma depende de cómo sea aplicada por los Tribunales de Justicia¹⁰ y qué clase de métodos de interpretación se utilice¹¹. Se ha llegado a afirmar que el Derecho penal realmente vigente es el que aplican los

⁶ Cfr. SÉROUSSI, ROLAND; *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano* [Trad. de Enrique Alcaraz Varó]; Barcelona; Ariel; 1998; p. 7.

⁷ Cfr. POUND, ROSCOE; *El Espíritu del Common Law* [Trad. de José Puig Brutau]; Barcelona; Bosch; 1954; p. 182.

⁸ Cfr. SÉROUSSI, ROLAND; *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano*; p. 26.

⁹ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; Madrid; Civitas; 1995; p. 31.

¹⁰ Cfr. MAGALDI PATERNOSTRO; MARÍA JOSÉ; *La Legítima Defensa en la Jurisprudencia española*; Barcelona; Bosch; 1976; p. 15.

¹¹ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; Madrid; Tecnos; 1993; p. 33.

Tribunales¹² que no es otro que aquél que interpretan y aplican al caso concreto.

Los jueces resuelven casos particulares, aplicando el derecho a un determinado supuesto de hecho. La importancia inmediata de los fallos judiciales se ejerce sobre el caso particular, ya sea como un procedimiento que aplica el derecho mediante interpretación, como un desarrollo inmediata a la ley o como un desarrollo superador a la misma¹³.

- 2.- La actividad de los jueces se rige por dos principios cardinales al momento de resolver una controversia jurídica: la **independencia judicial** y la **vinculación a la ley y al derecho** [sometimiento al derecho]¹⁴. No es posible entender la actividad judicial fuera de estos parámetros.

La vinculación a la ley, a su vez, se relaciona con el problema general de la **obediencia al derecho de los jueces dentro de un Estado de Derecho**¹⁵. En principio, se señala que la obediencia que tienen los jueces respecto al derecho es una obediencia de carácter jurídico y no moral, dado que hay una obligación garantizada por el poder coactivo del Estado y que tiene una determinada fuente de producción normativa. La obligación jurídica es un mandato impuesto por una norma jurídica. En la actualidad el discurso de la obediencia al derecho, más allá de los matices que puede albergar, se plantea en el sentido que: existe una obligación de obedecer el derecho cuando éste presente unos contenidos cercanos a la idea de justicia y cuando se han aceptado por los centros de producción normativa¹⁶.

La posición moral del juez, salvo casos excepcionales, de cara a resolver un determinado problema no es de primera mano relevante y decisiva para el ordenamiento jurídico. Su creencia moral si bien no es posible derogarla no debe tener igual o mayor peso que la evaluación de los hechos, alegaciones y circunstancias desde una perspectiva jurídica. En tal sentido, el juez consciente de sus prejuicios y de su

¹² Cfr. MAGALDI PATERNOSTRO; MARÍA JOSÉ; *La Legítima Defensa en la Jurisprudencia española*; p. 15.

¹³ Cfr. LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho* [Trad. de Marcelino Rodríguez Molinero]; Barcelona; Ariel; 1980; p. 429.

¹⁴ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; Madrid; Marcial Pons; 1995; p. 83.

¹⁵ Cfr. RECASENS SICHES, LUIS; *Tratado de Filosofía del Derecho*; Mexico; Porrúa; 6 ed.; 1978; p. 320: "Las valoraciones que el juez debe emitir por sí mismo son valoraciones que el orden jurídico le obliga hacer, y a hacerlas de acuerdo con ese orden jurídico en vigor".

¹⁶ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 85.

posición moral frente al problema debe buscar su solución, aplicando criterios legales y valorativos compatibles con la Constitución y la ley.

Al juez solo debe exigírsele la aplicación de la ley o del derecho de acuerdo a los criterios valorativos y culturales fijados en la Constitución. Los jueces tienen la obligación de fundar sus decisiones en derecho¹⁷. La tarea encomendada al juez es encontrar una decisión fundada en la ley¹⁸. La condición de autoridad obliga al juez a seguir y vincularse a las normas jurídicas o a soportar el riesgo de ser sancionado¹⁹. La consideración del juez de que la solución de un problema por la ley es injusta, no implica que deba adoptar una decisión metajurídica o mejor dicho antijurídica. Ningún juez puede ampararse en su conciencia para adoptar una decisión no ajustada a derecho²⁰.

Cuando se alude a que los poderes públicos – es decir, los distintos organismos y estamentos del Estado – deben dirigir su actuación **vinculándole y sometiénolo al derecho**²¹, dicha exigencia se redobla y eleva a la máxima potencia al tratarse de la actividad judicial, dado el rol último y decisivo que desempeña en la solución de los conflictos sociales. La obediencia del derecho por parte de los jueces no solo es necesaria, sino constituye una lección ejemplificadora y decisiva para los demás poderes públicos y los ciudadanos, pues no podrían exigir el cumplimiento de las leyes, imponer sanciones o adoptar otras medidas, si es que primer ellos no las cumplen, de manera adecuada.

III) EL PRECEDENTE JUDICIAL. VALOR E IMPORTANCIA. LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA.-

¹⁷ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica* [Trad. de Ernesto Garzón Valdés]; Madrid; Centro de Estudios Constitucionales; 1991; p. 25; ALCHOURRÓN, CARLOS – BULGYN, EUGENIO; *Introducción a la Metodología de las Ciencias Sociales*; Buenos Aires; Astrea; 3 Reimp. 1998; p. 210; MAIER, JULIO; *Derecho Procesal Penal*; Buenos Aires; Editorial del Puerto; 2 ed.; 1 Reimp.; 1999; T I; p. 131; SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR; en *Estudio, Presentación y Prólogo de la Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú* [Miguel Pérez Arroyo]; Lima; San Marcos; 2006; p. 12.

¹⁸ Cfr. ENGISCH, KARL; *Introducción al Pensamiento Jurídico* [Trad. de Ernesto Garzón Valdes]; Madrid; Guadarrama; 1967; p. 69: “El juez solo puede responder profesionalmente y ante su conciencia de aquellas decisiones que están fundamentadas en la ley, es decir, que pueden deducirse de ellas”.

¹⁹ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 43.

²⁰ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 89.

²¹ Esta vinculación y obediencia al derecho – como bien se anota – no solo comprende la obligación de no transgredir las normas jurídicas, sino que abarca de actuar conforme a derecho, que no es otra cosa que actuar de manera compatible con los valores y contenidos básicos del ordenamiento jurídico; véase: DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 86.

- 1.- En el derecho comparado los más altos Tribunales de Justicia buscan orientarse por los precedentes o resoluciones paradigmáticas, situación que sirve para la uniformidad y continuidad de la jurisprudencia y la seguridad jurídica²². La ventaja que posee su uso se sintetiza en: a) El respeto a la seguridad jurídica; b) La realización del principio de igualdad; y c) La unidad y uniformidad en la aplicación del derecho²³.

En Estados Unidos el valor del precedente o *stare decisis* está ligada a las políticas de: a) Certeza en la aplicación del derecho; b) Equidad y eficiencia en la administración de Justicia; y c) Mantenimiento de la confianza pública en los jueces como decisores impersonales²⁴.

La importancia del precedente, tanto en la teoría como en la práctica, tal como se reconoce de manera general viene dada por cuatro aspectos relevantes: a) La función de interpretación que desarrolla del derecho vigente; b) La función integradora que se le reconoce frente a las eventuales lagunas jurídicas que pueda tener el ordenamiento jurídico; c) El carácter de fuente de la jurisprudencia; y d) La jurisprudencia como técnica argumentativa o como base de las decisiones judiciales²⁵.

- 2.- Los precedentes son resoluciones en las que una cuestión jurídica ha sido discutida y resuelta anteriormente por el tribunal, la cual puede aplicarse a los casos similares²⁶, o es la decisión judicial que será utilizada en la solución de casos posteriores²⁷. Vienen a constituir los criterios interpretativos que han sido utilizados por otros órganos judiciales en la resolución de casos iguales a los que se enfrenta el juez²⁸. No es que el caso sea resuelto con un determinado prejuicio, sino que se aplica a este supuesto la misma respuesta y tratamiento jurídico dado en un caso similar anterior. Se entiende también por precedente la doctrina o los criterios adoptados por el propio juez en la resolución de casos anteriores; de tal manera que el respeto al precedente

²² Cfr. LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; p. 429.

²³ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 246.

²⁴ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 161.

²⁵ Ampliamente: MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; Madrid; Marcial Pons; 2002; p. 157.

²⁶ Cfr. LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; p. 429; DIEZ PICAZO, LUIS; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*; Barcelona; Ariel; 3 ed.; 1993; p. 138: "El precedente, en rigor, es un caso ya decidido que actúa como directriz de la decisión del nuevo caso planteado"; PUIG BRUTAU, JOSÉ; *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*; Barcelona; Bosch; p. 233.

²⁷ Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 127.

²⁸ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; en *La Argumentación jurídica. Algunas Cuestiones Fundamentales*; Lima; Palestra; 2003; p. 207.

supone una forma de congruencia o autocongruencia que opera tanto para el pasado como para el futuro²⁹.

- 3.- Los criterios de la interpretación judicial del Derecho se basan fundamentalmente en los fallos, precedentes y doctrina de la Corte Suprema de Justicia, más aún si es el órgano superior encargado de corregir, anular, revocar los errores en los que incurren los Tribunales inferiores de la Administración de Justicia en los casos de infracción a la ley, interpretación errada o quebrantamiento de la forma procesal establecida³⁰. La predecibilidad y la uniformidad en las decisiones de la Corte Suprema permiten afianzar la seguridad jurídica³¹. La uniformidad de la jurisprudencia es una necesidad social y la mejor garantía de estabilidad jurídica³².

La Corte Suprema es el máximo exponente del derecho judicial³³ y sus fallos deben reflejar ese destacado lugar. Sus pronunciamientos encabezan la jerarquía de los precedentes³⁴ y expresan [o deben expresar] la interpretación correcta y razonada del derecho [*función nomofiláctica*] y el control de la actividad judicial de los órganos inferiores a través de la aplicación uniforme del derecho [*función de uniformidad*]. Un Tribunal supremo tiene la última palabra en el establecimiento y dicción del derecho. Sus decisiones son definitivas aunque no infalibles³⁵.

- 4.- Los cuerpos judiciales inferiores procuran orientarse y adecuar su práctica a los precedentes y sentencias emitidas por la Corte Suprema³⁶ o, en general, por los fallos órganos superiores de justicia, debido tanto a razones de autoridad, vinculadas a la organización jerárquica de la administración de justicia, como a razones pragmáticas y de oportunidad, ya que si el juez mantiene la interpretación y la aplicación del derecho conforme a las directivas de los Tribunales Superiores cuenta con la posibilidad de que su fallo se conserve y no

²⁹ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 11.

³⁰ Cfr. MAGALDI PATERNOSTRO; MARÍA JOSÉ; *La Legítima Defensa en la Jurisprudencia española*; p. 16.

³¹ Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 176; PÉREZ ARROYO, MIGUEL; en *Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú*; p. 16.

³² Cfr. LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN; *Tratado de Derecho Civil [PG]*; Buenos Aires; Abeledo Perrot; 14 ed.; p. 80.

³³ Cfr. MAGALDI PATERNOSTRO; MARÍA JOSÉ; *La Legítima Defensa en la Jurisprudencia española*; p. 19.

³⁴ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 38; AGUILÓ REGLA, JOSEPH; *Teoría General de las Fuentes del Derecho [y el orden jurídico]*; Barcelona; Ariel; 2000; p. 107.

³⁵ Cfr. HART, HERBERT; *El Concepto de Derecho*; p. 177.

³⁶ Cfr. GARCÍA AMIGO, MANUEL; *Instituciones de Derecho Civil*; Madrid; Editorial Revista de Derecho Privado; 1979; p. 183.

sea revocado³⁷, a la vez que le ahorra tiempo, dificultades y responsabilidad³⁸.

A ello abonan criterios positivos como la búsqueda e instauración de la uniformidad de la práctica judicial asentada en parámetros objetivos, estandarizados y previsibles, el respeto a una estructura judicial indiscutiblemente jerarquizada³⁹, la confianza en una interpretación más reflexiva, rigurosa de la Constitución y la ley por la calidad o prestigio de sus miembros – aunque ello aluda a una falacia *ad hominem* – como a criterios pragmáticos y de eficacia empírica vinculada al temor que sus decisiones sean declaradas nulas por los órganos superiores.

- 5.- La influencia de los precedentes no solo se reduce a los órganos de justicia. Se extiende también al ejercicio profesional de la abogacía y a la información que pueden proporcionar a los ciudadanos sobre la forma de cómo los Tribunales de Justicia resuelven un determinado caso⁴⁰ permitiendo una administración de justicia más uniforme, previsible, racional y, por tanto, más confiable y segura.

El empleo de precedentes o de jurisprudencia en las universidades o por los cuerpos docentes permite mejorar la calidad de la enseñanza, la cual muchas veces se reduce a un comentario superficial de la ley y se restringe al empleo de algunos libros de cabecera o de una doctrina particular. Pocas materias universitarias se construyen y aprehenden sobre la base de casos prácticos o se asientan en el análisis y discusión de problemas jurisprudenciales. El núcleo del problema en este campo no reside tanto en una cuestión metodológica de cómo se enseña o qué materiales se emplean con dicho fin, sino en el perfil del profesional que la Facultad o Universidad pretende formar, dirigir y consolidar.

El juez, en los países de nuestra órbita cultural, cuando resuelve un caso no solo se guía por la interpretación de la ley que personalmente desarrolla utilizando los métodos de interpretación admitidos⁴¹. Emplea, además, los precedentes judiciales en los que se sienta una determinada posición sobre una determinada materia, en la que se fija una concreta interpretación judicial o se establece una línea jurisprudencial.

³⁷ Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 176.

³⁸ Cfr. ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia* [Trad. de Genaro Carrió]; Buenos Aires; Eudeba; 1963; p. 82.

³⁹ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 36.

⁴⁰ Cfr. LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; p. 430; MAIER, JULIO; *Derecho Procesal Penal*; T I; p. 130.

⁴¹ Cfr. LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN; *Tratado de Derecho Civil [PG]*; p. 79.

IV) EL PRECEDENTE JUDICIAL Y EL “DERECHO VIGENTE”.-

- 1.- Los precedentes o los criterios jurisprudenciales asentados no se limitan a ser una forma particular de interpretar el derecho o de resolver un determinado conflicto social. En realidad, se trata del real y efectivo **derecho vigente** en un determinado país que si bien no se contrapone al *derecho legal* o a las normas, las interpreta, las desarrolla o, incluso, las supera.

Nadie discute que una norma puede ser interpretada por cualquier operador jurídico [abogado, litigante, jurista, profesor universitario]; sin embargo, el único que posee una incidencia directa en el ordenamiento jurídico, al configurarlo o ayudar a su configuración de manera obligatoria, es el Poder Judicial, al gozar de dicha competencia normativa⁴². En efecto, al formular la jurisprudencia proposiciones acerca de las normas jurídicas permite verificar su vigencia así como determinar su significado a fin de buscar una solución jurídica al caso que se conoce⁴³.

- 2.- La interpretación judicial del derecho constituye la interpretación obligatoria que más allá de vincular su aplicación al caso concreto se remonta a la posibilidad de aplicar la *ratio decidendi* a otros supuesto similares. La norma general por más que logre una adecuada determinación nunca es derecho directamente aplicable⁴⁴, pues requiere de la necesaria actividad judicial.

El derecho judicial representa el verdadero derecho vigente en una comunidad y en el peor de los casos el complemento y desarrollo del derecho legal⁴⁵. Como señala ROSCOE POUND: “*La historia del derecho demuestra, con toda la posible claridad, que la interpretación separada de la aplicación judicial no resulta posible; que es inútil tratar de separar las funciones de hallar el derecho, interpretarlo y aplicarlo*”⁴⁶. Muchas veces el precedente y el derecho judicial pueden conseguir la misma vigencia fáctica o efectividad que una ley.

⁴² Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 231.

⁴³ Cfr. MAIER, JULIO; *Derecho Procesal Penal*; T I; p. 128; SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR; en *Estudio, Presentación y Prólogo de la Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú* [Miguel Pérez Arroyo]; p. 12.

⁴⁴ Cfr. RECASENS SICHES, LUIS; *Tratado de Filosofía del Derecho*; p. 315.

⁴⁵ Sobre este último aspecto: LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; p. 430.

⁴⁶ POUND, ROSCOE; *El Espíritu del Common Law*; p. 179.

Los abogados y en buena medida los ciudadanos tienen a la jurisprudencia como un indicador valioso de carácter pragmático para orientarse en sus acciones y relaciones sociales⁴⁷, aunque dicho cálculo sea meramente empírico y no cuente con un fundamento normativo⁴⁸. Los Tribunales deben comportarse de tal manera que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales.. Como sostiene AARNIO: “La planificación racional es una condición necesaria para la preservación de la sociedad⁴⁹”.

- 3.- Más allá de la discusión de si el juez con su actividad crea normas – ya sea generales o individuales – no hay duda de que es un auténtico **creador del derecho**⁵⁰. Esta labor no lo realiza de forma autárquica o autosuficiente, sino más bien colabora junto al legislador o con la administración en el proceso dinámico de creación del orden jurídico⁵¹. Si es que se acepta que los jueces son centros de producción normativa, ello no quiere decir que decidan de manera autónoma, sin ningún tipo de control y de sujeción⁵². Por el contrario, son centros de producción normativa sujetas a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico⁵³.

La relevancia del estudio de los precedentes judiciales se sustenta en dos tipos de razones: el *pragmático* y el de *justicia formal*⁵⁴. El argumento *pragmático* destaca los beneficios del estudio de los fallos en la uniforme aplicación de las leyes, la predicción de las decisiones judiciales, la economía procesal, la seguridad jurídica, el prestigio de los jueces y tribunales, etc. Por su parte, el argumento de *justicia formal* destaca que la razón para seguir los precedentes reside en el respeto al principio de igualdad que se manifiesta en el principio de: “*donde hay la misma razón, hay el mismo derecho*”.

V) ¿POR QUÉ DEBEN UTILIZARSE LOS PRECEDENTES?. EL FUNDAMENTO DE SU USO.-

⁴⁷ Cfr. LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; Lima; Palestra; 2001; p. 106.

⁴⁸ Cfr.; MAIER, JULIO; *Derecho Procesal Penal*; T I; p. 130.

⁴⁹ Cfr. AARNIO. AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*; p. 26.

⁵⁰ Por todos, AGUILÓ REGLA, JOSEPH; *Teoría General de las Fuentes del Derecho [y el orden jurídico]*; Barcelona; Ariel; 2000; p. 103.

⁵¹ Cfr. LEGAZ LACAMBRA, LUIS; *Filosofía del Derecho*; Barcelona: Bosch; 5 ed.; 1979; p. 560; AGUILÓ REGLA, JOSEPH; *Teoría General de las Fuentes del Derecho [y el orden jurídico]*; p. 107.

⁵² Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 29.

⁵³ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 87.

⁵⁴ Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 128.

- 1.- En la doctrina comparada y en especial a nivel de la Teoría General del Derecho hay tres posturas que explican el por qué debe utilizarse los precedentes por parte de los Tribunales de Justicia. Para ello se esgrimen tres razones: a] *El Argumento ad exemplo*; b] *El Argumento de Autoridad*, y c] *El Argumento de justicia formal*.
- 2.- El **argumento ad exemplo** es aquél argumento al que se le atribuye el significado ya dado por alguien. Más allá de realizar una tarea interpretativa autónoma, propia y soberana el juez busca apoyar su decisión en resoluciones judiciales anteriores que resuelvan un caso similar. Encuentran aquí un valor inestimable las interpretaciones anteriores a la ley y la aplicación a determinados casos hechas por los mismos tribunales de justicia, que perfilan el contenido de la norma o permiten descubrir sus límites, definiéndolos de manera precisa. El ejemplo dado por las diversas resoluciones judiciales sobre una determinada materia, permite descubrir el ámbito de aplicación de la norma, el significado que se le asigna, los problemas que reviste, la interpretación preponderante y el control mismo a la tarea interpretativa que se emprende.

En este contexto tan importante como saber cuál es la interpretación de la ley más adecuada o correcta desde su finalidad o el sistema de valores vigentes, resulta indispensable conocer cómo ha sido judicialmente interpretado el derecho. Las decisiones judiciales anteriores ofrecen una pauta, un criterio o un ejemplo de cómo se conoce, interpreta y aplica una norma jurídica en un caso concreto.

Sin embargo, debe realizarse aquí una distinción necesaria. Una cosa es saber cómo se ha decidido, sin más, un determinado caso aplicando una norma jurídica y otra muy distinta es conocer cuál ha sido la interpretación y el razonamiento judicial que se ha seguido para resolver una determinada controversia. No siempre el conocimiento de una decisión implica el conocimiento de la interpretación razonada y motivable de una resolución judicial.

El valor del precedente en la actividad judicial radica en el conocimiento de la interpretación y el desarrollo discursivo que ha empleado órgano jurisdiccional en resolver un determinado caso. El valor de los precedentes descansa en el conocimiento de la argumentación que no es otra cosa que la motivación de las decisiones, y no tanto del conocimiento del fallo o de la decisión. Como señala correctamente Moral Soriano: “los jueces hacen

referencia a decisiones anteriores porque éstas proporcionan ejemplos de cómo interpretar el derecho⁵⁵".

Independientemente del sistema jurídico al que se pertenezca [common law o sistema romano germánico] o del sistema de fuentes que posea un determinado país, el argumento ad ejemplo es el valor común que se le asigna a los precedentes judiciales⁵⁶.

- 3.- El **argumento de autoridad** se caracteriza por utilizar actos o juicios de una persona – o de un grupo de personas – como medio de prueba o de valor de una determinada tesis. El hecho que determinados órganos o instancias de la administración de justicia o que ciertos jueces [de prestigio] adopten determinadas decisiones permite que sus argumentos sean seguidos por otros jueces ya sea de la misma instancia o por los jueces de instancia inferiores⁵⁷.

El argumento de autoridad de los precedentes no debe entenderse como si determinados estamentos de la administración de justicia impusieran sus argumentos y razones de manera mecánica y automática a los demás jueces de manera obligatoria. Implica más bien que dicha posición o autoridad permite influenciar racionalmente en sus decisiones⁵⁸. Pese al valor del argumento de autoridad no es posible que el juez al momento de tomar sus decisiones se respalde únicamente en él, ya que en una sociedad moderna las personas no solo exigen decisiones dotadas de autoridad, sino razones y justificaciones racionales a las mismas⁵⁹.

La autoridad de los precedentes se encuentra ligada profundamente a la posición que ocupa el órgano jurisdiccional que emite las resoluciones judiciales, el cual puede revestir tres modalidades:

El **precedente vertical** es aquel emitido por los órganos judiciales superiores, en especial la Corte Suprema de Justicia, exista o no una regla legal que imponga dicha obligación de observancia⁶⁰. Su mayor

⁵⁵ Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 130.

⁵⁶ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 126; LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 96.

⁵⁷ Cfr. WRÓBLESWKI, JERZY; *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica* [Trad. de Arantxa Azurza]; Madrid; Civitas 1988; p. 85. Reconoce también el argumento de autoridad: MAIER, JULIO; *Derecho Procesal Penal*; T I; p. 128.

⁵⁸ Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 130.

⁵⁹ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*; p. 29.

⁶⁰ Cfr. WRÓBLESWKI, JERZY; *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*; p. 31 y 84.

función es unificar los diversos precedentes expedidos por los Tribunales de justicia y asegurar cánones de interpretación fiables y adecuados⁶¹.

La mayor preparación, experiencia y prestigio avala el reconocimiento de autoridad de los pronunciamientos que estos emiten. También estamos frente a un precedente vertical cuando la resolución judicial es emitida por la instancia superior inmediata, aún cuando no provenga necesariamente de la Corte Suprema. Juega aquí una especial importancia el sistema de recursos que consagra el ordenamiento interno y la estructura piramidal y jerarquizada del Poder Judicial⁶².

El seguimiento y respeto al precedente vertical garantiza una acentuada dosis de justicia y predicción, preservando el valor de la justicia uniforme. Su fundamento se encuentra en el ideal del juez único que busca corregir los efectos distorsionantes que produce la existencia de múltiples Tribunales⁶³.

El **precedente horizontal** se refiere a la decisión del Tribunal o juez de la misma instancia o nivel que es considerada por el juez o Tribunal de nivel semejante⁶⁴. No hay en este caso un vínculo jerárquico formal. Enfatiza también el valor de la justicia uniforme⁶⁵. Se busca la homogeneidad de las resoluciones judiciales sobre la base de la ideología judicial que se caracteriza por considerar como positivo el hecho que cada miembro ajuste y coordine su actuación de acuerdo al conjunto⁶⁶. En este ámbito más que hablar de precedentes en sentido estricto se alude a un uso ejemplificativo de las decisiones anteriores.

Los jueces de un mismo nivel suelen mantener semejantes pronunciamientos, dado que se estima que cuando existe una desviación o desconocimientos de la línea de pronunciamientos estaríamos ante algo seriamente criticable o incorrecto⁶⁷. Asimismo, el juez que decide se encuentra inmerso en una determinada práctica

⁶¹ Cfr. LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 97.

⁶² Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 36.

⁶³ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; en *La Argumentación jurídica. Algunas Cuestiones Fundamentales*; p. 208

⁶⁴ Cfr. GARCÍA AMIGO, MANUEL; *Instituciones de Derecho Civil*; p. 184.

⁶⁵ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; en *La Argumentación jurídica. Algunas Cuestiones Fundamentales*; p. 208.

⁶⁶ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 36; ella misma; en *La Argumentación jurídica. Algunas Cuestiones Fundamentales*; p. 208.

⁶⁷ Cfr. HART, HERBERT; *El Concepto de Derecho*; p. 182.

judicial que se desarrolla dentro de un determinado marco institucional⁶⁸.

Esta clase de precedente posee una menor fuerza persuasiva y de influencia que el precedente vertical y solo cuenta en la argumentación a título de ejemplo⁶⁹. Incluso, se llega a sostener que no cabe aceptar como precedente con fuerza vinculante una resolución del Tribunal del mismo nivel, dado que: “ello supondría la existencia en cada nivel jurisdiccional de tantas fuentes de precedentes como tribunales en ejercicio y comportaría la presencia de precedentes contradictorios⁷⁰”.

El **autoprecedente** se refiere al seguimiento y respeto por un mismo juez o Tribunal de sus propios fallos, con el fin de mantener la uniformidad, coherencia en cada una de sus pronunciamientos. El autoprecedente deriva de manera directa del principio de igualdad que obliga a tratar de manera semejante casos iguales. No se refiere solo a la necesidad de conservar una línea de pensamiento ya mantenida en el pasado, sino más bien a la disposición de mantener la decisión que se adopte para casos futuros⁷¹. Así como un juez inferior debe guiarse por los pronunciamientos de los Tribunales superiores, los Tribunales deben respetar en el futuro sus propias decisiones⁷².

El autoprecedente no reposa en la idea de orden jerárquico, estructura piramidal, sino que constituye una regla de racionalidad cuyo único fundamento reside en exigencias de justicia formal y de igualdad que es el requisito de universalización⁷³. El valor del autoprecedente, tal como se ha llegado a afirmar, no reside tanto si existe una sentencia anterior, sino más bien en el deseo que el intérprete asuma una idea universalizadora en el fallo⁷⁴; de tal manera que la decisión que adopte

⁶⁸ Cfr. AGUILÓ REGLA, JOSEPH; *Teoría General de las Fuentes del Derecho [y el orden jurídico]*; p. 107.

⁶⁹ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; en *La Argumentación jurídica. Algunas Cuestiones Fundamentales*; p. 208.

⁷⁰ Por todos, LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 88.

⁷¹ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; en *La Argumentación jurídica. Algunas Cuestiones Fundamentales*; p. 210.

⁷² Cfr. ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia*; p. 83.

⁷³ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 38; ella misma; GASCÓN ABELLÁN, MARINA; en *La Argumentación jurídica. Algunas Cuestiones Fundamentales*; p. 209.

⁷⁴ Cfr. LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 87; AGUILÓ REGLA, JOSEPH; *Teoría General de las Fuentes del Derecho [y el orden jurídico]*; p. 109.

lo lleve a mantener dicha opción frente a hechos similares⁷⁵. Se denomina también **precedente doméstico**⁷⁶.

La decisión adoptada en un caso constituye una buena razón, aunque no sea la única, para que se reitere y aplique en supuestos análogos y la decisión del presente debe tomarse teniendo en cuenta el futuro, preguntándose si la misma regla y solución vale como criterio general⁷⁷.

- 4.- El **argumento de justicia formal** exige que determinados casos sean resueltos de manera semejante cómo lo han sido otros casos similares⁷⁸. Este argumento se apoya en el principio de **donde hay la misma razón hay el mismo derecho** y en el principio de igualdad en el tratamiento de los casos sometidos a conocimiento judicial. Sin embargo, la igualdad no impide reconocer las particularidades del caso concreto y la necesidad de adoptar la decisión a criterios de racionalidad y equidad.

En toda decisión judicial se resuelve una cuestión concreta: la planteada por las partes la que debe ser solucionada de manera racional, satisfaciendo las exigencias de justicia. Ello impone echar una mirada hacia atrás para saber cómo se han resuelto anteriormente casos semejantes, como también obliga a realizar una mirada hacia delante respecto a cómo se decidirán casos futuros de la mano de la decisión actual.

Se habla en este sentido en una exigencia de **universalidad**⁷⁹ que no es otra cosa que el principio de **generalidad del derecho** que es una exigencia de la ley como de la interpretación y aplicación del

⁷⁵ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 43; LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 87.

⁷⁶ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; en *La Argumentación jurídica. Algunas Cuestiones Fundamentales*; p. 209.

⁷⁷ Cfr. PRIETO SANCHÍS, LUIS; *Sobre Principios y Normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*; Madrid; Centro de Estudios Constitucionales; 1992; p. 165; GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 38; ella misma; en *La Argumentación jurídica. Algunas Cuestiones Fundamentales*; p. 210 y 211.

⁷⁸ Véase: ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica* [Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo]; Madrid; Centro de Estudios Constitucionales; 1989; p. 262; GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 39; ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia*; p. 82.

⁷⁹ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*; p. 256; MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 137.

derecho⁸⁰. Este postulado constituye el fundamento básico de toda argumentación racional⁸¹.

La regla de universalidad o de universalización se formula exigiendo que el juez: “en presencia de un mismo hecho debe resolver siempre de igual manera o, mejor aún, debe tomar aquélla decisión que en el futuro se estuviera dispuesto a respaldar ante unas mismas circunstancias⁸²”. Las conclusiones que derivan de su adopción son: a) Hay que aceptar las consecuencias de una norma que uno mismo ha aceptado, aún cuando ello perjudique la propia posición; b) Las consecuencias de una norma que satisface los intereses de una persona tienen que ser aceptables para cualquier otra⁸³. En tal sentido, supone el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos iguales⁸⁴. La regla de universalidad constituye la última garantía de la racionalidad jurídica cuando el juez es llamado a dar el salto sin la red que proporcionan las leyes, la jurisprudencia o los llamados métodos de interpretación⁸⁵. La violación de esta regla revela que las razones que se aducen para resolver el caso concreto solo son adoptadas por criterios de oportunidad y solo sirven para la circunstancia en cuestión. No son más que argumentos ad hoc⁸⁶.

- 5.- Un fallo judicial tiene una finalidad mediata: que en el futuro todo caso similar debe ser resuelto de acuerdo al fundamento o sentido final del fallo; por lo que la ratio de la decisión puede operar y extenderse más allá del caso particular⁸⁷. En tal sentido, todo fallo debe ser un modelo o un prototipo para solucionar futuras controversias que tengan relación con la misma cuestión jurídica⁸⁸. La coherencia de las autoridades

⁸⁰ Al respecto: LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 87.

⁸¹ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*; p. 256; AGUILÓ REGLA, JOSEPH; *Teoría General de las Fuentes del Derecho [y el orden jurídico]*; p. 109.

⁸² Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 31 quien vincula esta regla a la máxima kantiana de: “obra solo según la máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal”

⁸³ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*; p. 257.

⁸⁴ Cfr. AGUILÓ REGLA, JOSEPH; *Teoría General de las Fuentes del Derecho [y el orden jurídico]*; p. 110.

⁸⁵ In extenso: GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 33; ella misma; en *La Argumentación jurídica. Algunas Cuestiones Fundamentales*; p. 210 quien la denomina como la **última trinchera de racionalidad**.

⁸⁶ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*; p. 256.

⁸⁷ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 47 y ss.

⁸⁸ Cfr. LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; p. 429.

jurisdiccionales no se reduce a una cuestión de jerarquía, sino que se funda en una razón de coherencia hacia el pasado y hacia el futuro⁸⁹.

El juez no solo debe mirar de manera aislada la necesidad de resolver el caso concreto según su leal saber y entender, con su conocimiento y experiencia. Un sentido de responsabilidad y compromiso mínimo con la función que desempeña y con el papel que la sociedad le asigna debe llevarlo a estudiar las decisiones de cómo otros jueces han resuelto el mismo caso, aún cuando su criterio sea distinto y su razonamiento no se ajuste finalmente a estas decisiones o, incluso, debe observar, cómo frente ante una determinada problemática nueva los órganos jurisdiccionales responderán en el futuro.

Si bien nadie discute el rol creativo que el juez desempeña en la aplicación del derecho, nadie puede también dudar que esa creación no es absolutamente libre, autónoma y sin ningún condicionamiento. De allí que junto a la interpretación correcta de la ley con los métodos admitidos y con los valores que la Constitución recoge, el juez se vea obligado a utilizar la técnica de los precedentes para conocer cómo efectivamente se aplica el derecho por otros jueces y se resuelve determinada controversia.

- 6.- El uso de la técnica de los precedentes permite reducir a límites tolerables y adecuados la arbitrariedad de las decisiones judiciales, fomentando la aplicación de igualdad en la aplicación de la ley que se traduce en la prohibición de modificar los criterios en la resolución de casos sustancialmente idénticos. De ello deriva que el cambio no motivado de una resolución respecto a los precedentes anteriores representa la infracción del principio de igualdad⁹⁰.

VI) EL PRECEDENTE JUDICIAL Y EL RAZONAMIENTO JURÍDICO.-

- 1.- El precedente judicial refleja un modelo de razonamiento jurídico y una actividad racional que expresa un compromiso entre la previsibilidad de las decisiones y la justicia⁹¹.

El razonamiento jurídico es una forma de razonamiento **práctico** en la medida que concierne a los enunciados normativos que disponen lo que debe hacerse o evitarse. No se trata de un enunciado normativo

⁸⁹ Cfr. AGUILÓ REGLA, JOSEPH; *Teoría General de las Fuentes del Derecho [y el orden jurídico]*; p. 112 y 122.

⁹⁰ Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 184; GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 39 y ss.

⁹¹ Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 126.

ético, sino más bien de un enunciado jurídico de eminente características preceptivas, desde que es impuesto por las normas jurídicas.

Si se asume que en un Estado de Derecho prevalece el respeto de la democracia los enunciados normativos, y en especial el razonamiento jurídico, será eminentemente deliberativo, ya que las razones que justifican la corrección o bondad de una decisión debe ser objeto de evaluación y ponderación. El razonamiento jurídico es en esencia de carácter argumentacional y discursivo en el que para llegar a una determinada decisión se debe primero explicar y explicitar las razones y fundamentos que llevan a ella⁹². Una decisión no se impone por sí misma sino que se justifica y desarrolla en base a razones y argumentos.

La deliberación en el razonamiento jurídico supone el empleo de argumentos que tienden a buscar una mejor razón, la solución más razonable o la salida más justa frente a un problema o una situación determinada.

- 2.- Toda decisión judicial – y el precedente lo es – necesita justificarse y encontrar un sustento más allá de que sea expedido por los funcionarios [jueces] investidos de autoridad, que responda a una situación conflictiva o que obedezca a la aplicación de una base normativa. Esa justificación lo provee el empleo de los argumentos y razones que constituyen el núcleo y el nervio de la motivación de las decisiones judiciales.

Desde una perspectiva de justificación del razonamiento judicial los precedentes se consideran argumentos o, si se quiere, una técnica de argumentación⁹³ que le asiste al juez o, en general al operador del derecho a la hora de tomar una determinada decisión razonada. Un caso decidido vale tanto como valga su razonamiento y corrección. No es suficiente afirmar "*así lo dijo el Tribunal*"⁹⁴.

El precedente constituye una pauta interpretativa para resolver de manera satisfactoria una controversia, independientemente de que se encuentre regulado o prescrito por el ordenamiento jurídico o si solo es una práctica y costumbre de los jueces⁹⁵. Los precedentes permiten la

⁹² Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 34.

⁹³ Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 129; GASCÓN ABELLÁN, MARINA; en *La Argumentación jurídica. Algunas Cuestiones Fundamentales*; p. 207 quien alude que: "la remisión de los precedentes es otro de los elementos que puede formar parte de la justificación judicial de una decisión interpretativa".

⁹⁴ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 137.

⁹⁵ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 42.

utilización de ciertas premisas para encontrar la solución de un caso. La apoyatura del precedente está en función de la posición del Tribunal en la jerarquía judicial⁹⁶, el prestigio del juez⁹⁷, la fecha del caso, el tipo de decisión, si ha existido un voto particular o si la solución ha sido adoptada por unanimidad o por mayoría⁹⁸.

El precedente es un argumento que puede venir a reforzar otras razones a favor de la decisión adoptada⁹⁹ o que en ocasiones frente a la ausencia de razones aparece como una razón formal que determina la solución de un caso¹⁰⁰. En ocasiones entra a tallar cuando hay silencio de la ley o cuando la interpretación es como dudosa¹⁰¹. Su uso permite afirmar que es más importante que el derecho sea cierto a que sea idealmente perfecto¹⁰².

La técnica del precedente no pretende proporcionar la mejor solución al caso, sino aportar la solución – independientemente de su corrección o no; o de si es la mejor solución – que se dio anteriormente a un caso sustancialmente idéntico¹⁰³, pues muchas veces es más importante que la regla sea establecida a que sea correctamente establecida¹⁰⁴.

Sin embargo, la técnica del precedente no puede sustituir, reemplazar y menos derogar la vigencia del principio de legalidad. El valor y uso del precedente está en función de que se respeten los alcances del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, el cual eleva al principio de legalidad en pilar fundamental del mismo. No se ajusta a derecho la resolución que, prescindiendo de la ley o contraviniéndola, pretenda resolver la controversia solo sobre la base de los precedentes¹⁰⁵.

Asimismo, el hecho que el precedente judicial sea una técnica de argumentación ello no exonera al juez de una labor profundamente reflexiva, crítica, ponderada y justa a la hora de tomar la decisión que

⁹⁶ Cfr. AGUILÓ REGLA, JOSEPH; *Teoría General de las Fuentes del Derecho [y el orden jurídico]*; p. 114.

⁹⁷ Cfr. SÉROUSSI, ROLAND; *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano*; p. 28.

⁹⁸ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 35 y 140.

⁹⁹ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 126.

¹⁰⁰ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 44 y 94.

¹⁰¹ Cfr. ENGISCH, KARL; *Introducción al Pensamiento Jurídico*; p. 224.

¹⁰² Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 37.

¹⁰³ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 45.

¹⁰⁴ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 163.

¹⁰⁵ Véase, MAIER, JULIO; *Derecho Procesal Penal*; T I; p. 131.

resuelva el caso. El empleo del precedente ahorra el tiempo y esfuerzo en la búsqueda de la solución, pero no libera de la obligación de meditar con responsabilidad el caso¹⁰⁶.

- 3.- La utilización del precedente como técnica de argumentación está sometida a determinados requisitos, como es que la decisión se encuentre suficiente y debidamente motivada y que las mismas se encuentren publicadas.

Sin embargo, el principal problema en la utilización de los precedentes es la determinación de si la **ratio** del mismo se adapta al caso que se pretende resolver¹⁰⁷, es decir, si existe o no similitud, semejanza o identidad entre ambos o entre el grupo de precedentes y el caso [*determinación de la ratio decidendi*]¹⁰⁸.

La regla es que un precedente judicial debe ser seguido, salvo que haya la necesidad de realizar distinciones sobre la base de los hechos del caso precedente y los del caso presente¹⁰⁹. Se debe distinguir entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum* que no es otra cosa que distinguir entre aquello que puede considerarse la razón básica de la decisión y los otros pronunciamientos que solo lo acompañan o lo complementan¹¹⁰.

La *ratio decidendi* es la regla necesaria y fundamental para la resolución del caso;¹¹¹ de tal modo que, en sentido contrario, aquellas decisiones que no sean necesarias para la decisión son los *obiter dicta*¹¹² que, sin embargo, ayudan a comprender el sentido de las resoluciones¹¹³. La *ratio decidendi* es la clave en la técnica del precedente; de tal modo que los Tribunales más que estar obligados por las decisiones anteriores lo están solo de la *ratio decidendi*¹¹⁴.

¹⁰⁶ Cfr. Cfr. CARNELUTTI, FRANCESCO; *Jurisprudencia Consolidada [O bien la comodidad de juzgar]*; en Cuestiones sobre el Proceso Penal [Trad. de Santiago Sentís Melendo]; Buenos Aires; Ejea; 1961; p. 301 y ss.

¹⁰⁷ Cfr. ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia*; p. 85; AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 129.

¹⁰⁸ Cfr. AGUILÓ REGLA, JOSEPH; *Teoría General de las Fuentes del Derecho [y el orden jurídico]*; p. 114.

¹⁰⁹ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 77.

¹¹⁰ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 47; ella misma; en *La Argumentación jurídica. Algunas Cuestiones Fundamentales*; p. 207.

¹¹¹ Cfr. SÉROUSSI, ROLAND; *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano*; p. 28.

¹¹² Véase: ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 83.

¹¹³ Cfr. SÉROUSSI, ROLAND; *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano*; p. 28.

¹¹⁴ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 81; ENGISCH, KARL; *Introducción al Pensamiento Jurídico*; p. 224.

- 4.- Para ello resulta decisivo establecer si el precedente es distinto del supuesto de hecho que se pretende resolver y en que medida esa diferencia – en caso existiera – es relevante y esencial en el hecho concreto¹¹⁵, lo cual supone una decisión previa acerca de la identidad de las circunstancias del hecho¹¹⁶. La pregunta que se formula es: ¿Hay alguna diferencia sustancial entre los hechos del presente caso y los hechos del precedente para justificar que la regla sea diferente¹¹⁷? En la hipótesis que el precedente sea adecuado y pertinente al caso concreto no habrá inconveniente alguno para aplicarlo. En el supuesto que el precedente no lo fuera cabe preguntarse si se debe buscar otro precedente o si se debe realizar una adaptación del mismo.

Resulta indiscutible el parentesco estructural que existe entre el empleo de la técnica del precedente y el procedimiento analógico, propio del derecho continental, ya que se trata de un razonamiento que va de lo particular a lo particular y busca la identidad de razón entre un hecho y otro¹¹⁸.

Se distingue entre el sentido descriptivo y el sentido prescriptivo de la *ratio decidendi*. El primero se refiere a la explicación del razonamiento de los tribunales a través del cuál este ha llegado a su conclusión, y que se basa normalmente en una investigación sociológica, histórica e incluso psicológica. El segundo, por su lado, se refiere, a un juicio normativo por el cual al momento de resolver un caso es necesario obtener una determinada *ratio decidendi* de un caso anterior¹¹⁹.

Una vez fijada la razón del precedente [*ratio decidendi*] es necesario determinar su contenido y límites de la misma, estableciendo su núcleo esencial y los límites de aplicación. Se debe precisar, por lo menos, su ámbito de aplicación segura y definida, reconociendo los casos que posiblemente constituyan una zona incierta de aplicación¹²⁰. Si bien no hay reglas definitivas y categóricas en la selección de los niveles de generalidad para determinar la *ratio decidendi*, si existen algunas pautas generales¹²¹.

¹¹⁵ Cfr. POUND, ROSCOE; *El Espíritu del Common Law*; p. 181.

¹¹⁶ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 45.

¹¹⁷ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 78.

¹¹⁸ Cfr. ENGISCH, KARL; *Introducción al Pensamiento Jurídico*; p. 225; GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 46.

¹¹⁹ In extenso: ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 83.

¹²⁰ Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 129.

¹²¹ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 94.

En tercer lugar, es necesario identificar las circunstancias y peculiaridades del caso concreto y si éstas existiendo no son esenciales ni definitivas como para que se justifique el alejamiento y separación del precedente¹²². En ocasiones este aspecto tendrá mayor relevancia y trascendencia práctica que la propia determinación de la ratio decidendi, pues en la precisión de las notas diferenciales se encuentra no solo el centro del problema, sino que de ello depende la aplicación al caso del precedente, toda vez que solo la existencia de diferencias no sustanciales permitirá su uso.

Finalmente, se ha de valorar que la aplicación del precedente al caso concreto no solo permita una adecuada ponderación lógico y jurídica, sino que facilite la conservación de su sentido genuino y el posible desarrollo futuro como su aplicación a otros casos, en la línea de una formación continua del derecho y de la búsqueda equilibrada de justicia y seguridad jurídica.

VII) LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO.-

- 1.- La posición absolutamente mayoritaria está de acuerdo en aceptar que el derecho es en buena cuenta una creación judicial¹²³. Sin embargo, ni bien se efectúe esta afirmación surgen inmediatas dudas sobre lo que debe entenderse por creación judicial del derecho. Así, por ejemplo, se señala que: a) Puede aludirse a que las decisiones de los jueces tienen eficacia general; b) Las decisiones de los jueces son normas individuales; c) En determinados casos v.gr. lagunas, antinomias, los jueces formulan normas nuevas, no sujetas a textos normativos preexistentes; d) la decisión judicial supone la creación de una norma general que es resultado de la interpretación de un texto normativo y que justifica un fallo¹²⁴.

El hecho que se estime que una norma sea creada por una autoridad normativa requiere, por un lado, que el contenido de esta norma no debe ser idéntico al de alguna otra, perteneciente al mismo orden

¹²² Cfr. ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia*; p. 85.

¹²³ Cfr. AGUILÓ REGLA, JOSEPH; *Teoría General de las Fuentes del Derecho [y el orden jurídico]*; p. 113; Díez PICAZO, LUIS; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*; p. 139; DE ASIS ROIG, RAFAEL; *Curso de Teoría del Derecho*; p. 214; LEGAZ LACAMBRA, LUIS; *Filosofía del Derecho*; p. 557; RECASENS SICHES, LUIS; *Tratado de Filosofía del Derecho*; p. 315; LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 85. Con reservas: MAIER, JULIO; *Derecho Procesal Penal*; T I; p. 132.

¹²⁴ Véase: DE ASIS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 225 siguiendo a Guastini.

jurídico, y por el otro, no debe ser consecuencia lógica (deducible) de otras normas jurídicas¹²⁵ o de la regla interpretada¹²⁶.

- 2.- La parte dispositiva de una resolución judicial por lo general no es creada por el juez, ya que ella deriva de la aplicación de normas de contenido general (leyes, reglamentos, constitución, etc.), de las definiciones jurídicas aplicables y los hechos y pruebas del caso concreto. Asimismo, difícilmente el juez crea normas jurídicas generales, dado que sus decisiones las funda en normas jurídicas preexistentes¹²⁷. Sin embargo, en los casos que no hay una norma general aplicable, el juez está autorizado, e incluso obligado, a crear una norma general que permita fundamentar su decisión. En algunos casos la creatividad ocurre si una decisión interpretativa influye de hecho en la aplicación del derecho de manera análoga a las normas legales promulgadas.

Para algunos autores las sentencias judiciales son entidades complejas que contienen tanto normas individuales como generales. En el caso de las normas individuales no cabe hablar de creación, sino más bien de aplicación del derecho respecto a las normas preexistentes. La decisión del juez se funda en una norma general, estableciéndose entre ésta y su fallo una relación lógica. La norma individual no es creada por el juez. Se obtiene de los enunciados normativos generales, de los hechos y de las definiciones jurídicas usuales¹²⁸.

La motivación de las resoluciones judiciales está compuesta de: a) Enunciados normativos generales que constituyen el fundamento normativo de la resolución; b) Las definiciones jurídicas que comprende tanto su elaboración como la delimitación de su contenido; y c) Los enunciados empíricos que se usan para la descripción de los hechos¹²⁹. De allí que una sentencia arbitraria sea aquella en donde el fallo no se obtiene de los enunciados jurídicos generales, de las definiciones o de los enunciados fácticos [hechos]¹³⁰.

¹²⁵ Cfr. BULYGIN, EUGENIO; *Sentencia Judicial y Creación de Derecho*; en *Análisis Lógico y Derecho*; Madrid; Centro de Estudios Constitucionales; 1991; p. 360.

¹²⁶ Cfr. WRÓBLESKI, JERZY; *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*; p. 82.

¹²⁷ Cfr. BULYGIN, EUGENIO; *Sentencia Judicial y Creación de Derecho*; en *Análisis Lógico y Derecho*; p. 361.

¹²⁸ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 226.

¹²⁹ Cfr. BULYGIN, EUGENIO; *Sentencia Judicial y Creación de Derecho*; en *Análisis Lógico y Derecho*; p. 357.

¹³⁰ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 226.

- 3.- En el caso de las normas generales sí estamos frente a un proceso creativo del derecho¹³¹. Esto ocurre en los casos en los que no existe una norma que resuelva un caso determinado [laguna normativa¹³²] y se deba ser uso de la analogía o remitirse a la aplicación de los principios generales del derecho. La base de la decisión del juez es una norma general que no está contenida expresamente en el ordenamiento jurídico, creando para tal efecto un enunciado normativo general que permite que la solución no sea arbitraria¹³³.

El enunciado que se configura no necesariamente tiene su origen en un solo precepto, sino en una serie de normas de los que procede su construcción. Las normas generales creadas por los jueces, se sostiene, son normas válidas pero no son obligatorias para sus colegas, entendiendo por obligatoriedad el hecho que las autoridades encargadas de su aplicación poseen el deber (prescrito por otra norma) de aplicarla¹³⁴.

Las normas generales creadas por los jueces puede ser de dos clases: a) Normas generales vigentes, entendiendo por vigencia la existencia de buenas razones para afirmar que un precepto sería aplicado en la medida que se den las condiciones necesarias; b) Normas generales que no son vigentes, aunque se reconoce que en este caso surgen dudas en el sentido de llamar normas jurídicas a disposiciones que no son vigentes ni obligatorias¹³⁵.

Los jueces en muy contados casos cuentan con la oportunidad de crear normas completamente nuevas que no existían en el sistema jurídico. En realidad, lo que la mayoría de veces los jueces realizan es plantear enunciados definitorios que son aquellos que determinan la extensión de un concepto. De allí que la función de los jueces además de imprimir un determinado significado a las normas jurídicas,

¹³¹ Cfr. BULYGIN, EUGENIO; *Sentencia Judicial y Creación de Derecho*; en *Análisis Lógico y Derecho*; p. 362; AGUILÓ REGLA, JOSEPH; *Teoría General de las Fuentes del Derecho [y el orden jurídico]*; p. 114.

¹³² Cfr. LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 86.

¹³³ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 226.

¹³⁴ Cfr. BULYGIN, EUGENIO; *Sentencia Judicial y Creación de Derecho*; en *Análisis Lógico y Derecho*; p. 364 y 366.

¹³⁵ Por todos: Cfr. BULYGIN, EUGENIO; *Sentencia Judicial y Creación de Derecho*; en *Análisis Lógico y Derecho*; p. 364 y 367.

contribuyendo a la configuración y dinamismo del orden jurídico, sea la determinación del contenido, y límites de los conceptos jurídicos¹³⁶.

VIII) ¿LOS PRECEDENTES SON FUENTES DEL DERECHO?.-

- 1.- Históricamente en algunas ocasiones el legislador al prohibir de manera expresa la posibilidad de que los jueces interpreten las normas jurídicas, generó como consecuencia la prohibición que la jurisprudencia sea entendida como una fuente del derecho. Célebres son en este aspecto el Código Prusiano de 1794, el Código danés de 1683. Hoy en día dichas prácticas se encuentran felizmente superadas¹³⁷.
- 2.- La consideración del precedente como fuente del derecho depende de la noción de fuente que se maneje. Si se parte que fuente del derecho es todo factor que colabora con la creación y desarrollo del derecho los fallos de los Tribunales indudablemente son fuentes del derecho¹³⁸. En cambio, si se parte que fuente solo es el fundamento del nacimiento de una norma jurídica o una fuente de producción de normas¹³⁹ que pretende validez normativa en el sentido de vinculabilidad solo tendrá dicha condición la legislación y la costumbre¹⁴⁰. Se llega a señalar que el uso de los precedentes – al no ser fuente de derecho – solo constituye una forma de observación empírica, más o menos falible con la que los prácticos del Derecho trabajan¹⁴¹.

Otros autores consideran que la jurisprudencia es fuente del derecho en la medida que crea normas individuales por delegación de una norma general¹⁴². Sin embargo, no faltan quienes más allá de la consideración de si el juez crea una norma individual afirman categóricamente y, con razón, que nadie puede dudar de la influencia del Poder Judicial y de los jueces en la creación de normas por parte de otros poderes¹⁴³, por

¹³⁶ Cfr. LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 86; BULYGIN, EUGENIO; *Sentencia Judicial y Creación de Derecho*; en *Análisis Lógico y Derecho*; p. 369.

¹³⁷ Cfr. ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia*; p. 83; POUND, ROSCOE; *El Espíritu del Common Law*; p. 177.

¹³⁸ Así, Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*; p. 115.

¹³⁹ Cfr. Díez PICAZO, LUIS; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*; p. 140.

¹⁴⁰ Cfr. LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; p. 432.

¹⁴¹ Así: MAIER, JULIO; *Derecho Procesal Penal*; T I; p. 134.

¹⁴² Cfr. LEGAZ LACAMBRA, LUIS; *Filosofía del Derecho*; p. 562.

¹⁴³ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 90.

lo que desempeñan un papel importante en la solución de la controversia¹⁴⁴.

- 3.- Resulta indiscutible que los precedentes son una fuente de conocimiento jurídico¹⁴⁵. Incluso algunos autores señalan que es la mejor fuente de conocimiento del derecho positivo¹⁴⁶. Y esta característica es independiente y está al margen de si se les reconoce la calidad de fuente del derecho¹⁴⁷. Todos los jueces y operadores jurídicos reconocen una relevancia de facto a los precedentes, en la medida que ofrecen ejemplos de cómo se interpreta y aplica el derecho¹⁴⁸. El valor del uso de los precedentes judiciales descansa no tanto en la regulación jurídica que se haga de ellos, ya sea en la Constitución, en el Código Civil, en otro cuerpo normativo o ley especial, sino en la interpretación y aplicación que ellos realizan de la ley y el derecho en cada caso concreto.

Se distingue entre vinculación normativa referida a determinadas fuentes en las que existe una obligación jurídica de seguir una disposición normativa [ley] y el valor de hecho que se le asigna a determinados elementos y recursos jurídicos que se utilizan en la actividad judicial, entre los que se cuenta los precedentes judiciales. Sin embargo, se discute si este valor de hecho o de poder fáctico del precedente lo puede llevar a estimar como una fuente del derecho o como el fundamento de vinculación normativa.

- 4.- Para algunos autores la jurisprudencia solo puede conseguir ser obligatoria si se convierte en la base del derecho consuetudinario, situación que depende del transcurso del tiempo y de la convicción jurídica general que se manifiesta en un uso constante. No basta que la materia resuelta sea manejada y conocida por los juristas, sino que debe extenderse en la medida de lo posible a otros círculos participantes y a otros niveles de la colectividad.

La convicción jurídica no solo implica la esperanza de que los Tribunales procederán de una determinada forma frente a un supuesto de hecho concreto, sino la convicción que ello debe ser así, lo que implica una armonía con la ciencia jurídica del respectivo sector y también con la opinión pública.

¹⁴⁴ Cfr. ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia*; p. 82.

¹⁴⁵ Cfr. LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; p. 432.

¹⁴⁶ Cfr. GARCÍA AMIGO, MANUEL; *Instituciones de Derecho Civil*; p. 184.

¹⁴⁷ Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 131.

¹⁴⁸ AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 126; LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN; *Tratado de Derecho Civil [PG]*; p. 79.

- 5.- Una tendencia que se abre paso en el derecho comparado, y en particular en la teoría general del derecho, considera que la creación de los enunciados normativos no es de exclusiva incumbencia del Poder Legislativo. Se reconocen que también existen otros ámbitos de producción normativa¹⁴⁹. Si bien el Poder legislativo crea un tipo de normas de indudable importancia para el sistema jurídico, nadie puede discutir que junto a él también aparecen otros centros de producción normativas que complementan su labor, le imprimen dinamismo y le permiten desarrollar los valores en la norma que él crea. Uno de estos casos es el precedente que se caracteriza justamente por ser un “proceso de generalización y categorización” llevado a cabo por el juez que lo aplica¹⁵⁰.

IX) PRECEDENTE JUDICIAL Y JURISPRUDENCIA.-

- 1.- Según se entiende la jurisprudencia es la doctrina *reiterada* establecida por la Corte Suprema al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Se admite que un criterio organizativo como es la máxima jerarquía del Poder Judicial constituye el primer elemento de la noción de jurisprudencia en sentido estricto¹⁵¹. Ello se debe fundamentalmente a la función casatoria que desempeña la máxima instancia de la justicia. En efecto, la Corte Suprema aparece como un órgano de casación que garantiza la uniformidad y la unidad de la actividad judicial, al poner punto final a cualquier controversia y resolver cualquier problema interpretativo.

Asimismo, aparece aquí un argumento material o *ad hominem* que refleja que los miembros de la Corte Suprema poseen un mayor conocimiento del derecho, una larga trayectoria judicial o profesional, la experiencia suficiente y la imparcialidad necesaria para conocer los más espinosos asuntos, razones que los convierten de manera individual y colegiada en el órgano más idóneo dentro de la estructura judicial para establecer las pautas de interpretación más adecuadas sobre determinados temas y asuntos.

- 2.- Para que se pueda hablar de jurisprudencia es necesario que haya resoluciones reiteradas sobre un determinado asunto que instauren una

¹⁴⁹ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 95.

¹⁵⁰ Cfr. BULYGIN, EUGENIO; *Sentencia Judicial y Creación de Derecho*; en *Análisis Lógico y Derecho*; p. 368.

¹⁵¹ Cfr. GARCÍA AMIGO, MANUEL; *Instituciones de Derecho Civil*; p. 182.

misma línea interpretativa o un mismo fallo¹⁵², aún cuando se debe reconocer que lo decisivo, por ejemplo en la casación, no es tanto la fundamentación jurídica como el fallo o la parte resolutive que de él se desprende¹⁵³. Pese a ello, un sector cualificado de la doctrina precisa que lo que determina que una resolución judicial sea considerada como precedente no es tanto la parte dispositiva como su fundamentación y explicación de sus considerandos¹⁵⁴, sin perjuicio que se reconozca al mismo tiempo que lo que interesa a las partes no es tanto la fundamentación, sino la parte dispositiva del fallo.

Una resolución aislada no constituye jurisprudencia¹⁵⁵. La aplicación particular y concreta, no repetida, que realiza un órgano de justicia del derecho en el mejor de los casos podrá tratarse de un fallo judicial justo y tal vez modélico [leading case], pero todavía no constituye jurisprudencia¹⁵⁶. Un fallo judicial por más correcto e impecable que sea no es todavía jurisprudencia¹⁵⁷. Por lo menos es necesario que haya dos resoluciones sobre una determinada materia¹⁵⁸. Cuando se habla de reiteración de resoluciones es necesario que se advierta de manera uniforme una específica línea jurisprudencial. La reiteración de los fallos sobre una cuestión jurídica genera una fuerza de convicción que permite inferir que si es seguida por los jueces es porque la regla es justa¹⁵⁹. En algunos casos se llega a exigir que la reiteración de las resoluciones judiciales se dé en el marco de una relación de proximidad temporal o histórica, ya que puede ocurrir que a raíz del transcurso del tiempo la línea jurisprudencial haya perdido su razón de ser¹⁶⁰.

La ausencia de uniformidad de los fallos más allá de no contribuir a la formación de una tendencia interpretativa e impedir la consolidación de la jurisprudencia, es muestra palmaria de la precariedad de la vida

¹⁵² Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 96; PUIG BRUTAU, JOSÉ; *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*; p. 234.

¹⁵³ Véase, ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia*; p. 84.

¹⁵⁴ Cfr. BULYGIN, EUGENIO; *Sentencia Judicial y Creación de Derecho*; en *Análisis Lógico y Derecho*; p. 356.

¹⁵⁵ Cfr. PUIG BRUTAU, JOSÉ; *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*; p. 234.

¹⁵⁶ Cfr. DE DIEGO, CLEMENTE; *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho*; p. 58.

¹⁵⁷ Cfr. GARCÍA AMIGO, MANUEL; *Instituciones de Derecho Civil*; p. 182; PUIG BRUTAU, JOSÉ; *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*; p. 234.

¹⁵⁸ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 96. En sentido distinto: BULYGIN, EUGENIO; *Sentencia Judicial y Creación de Derecho*; en *Análisis Lógico y Derecho*; p. 368: "Para que una norma sea vigente no se requiere que haya sido efectivamente aplicada en un número más o menos elevado de casos. Basta que existan buenas razones para afirmar que la norma sería aplicada en caso de presentarse la correspondiente ocasión".

¹⁵⁹ Véase: LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN; *Tratado de Derecho Civil [PG]*; p. 79.

¹⁶⁰ Cfr. PUIG BRUTAU, JOSÉ; *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*; p. 234.

jurídica de un país y de un “**desprestigio de la judicatura**”¹⁶¹. Asimismo, además de mostrar fallos contradictorios deja la sensación de que por los menos uno de ellos es injusto.

- 3.- Por su parte, el precedente es una técnica de argumentación que permite evaluar, ponderar y analizar las razones por las cuales una determinada resolución judicial influye en un caso posterior, señalando la clase de argumentos empleados, su tipología y características. El precedente es ante todo una técnica de argumentación jurídica que posee un enorme valor persuasivo¹⁶² y una eficacia indiscutible¹⁶³. Un precedente puede iniciar o sentar en el futuro una línea jurisprudencial, pero por si solo no constituye jurisprudencia¹⁶⁴. Un precedente puede ya formar un motivo fundado y aportar una razón valedera para que el juzgador resuelva un caso¹⁶⁵.

Si bien entre precedente y jurisprudencia hay evidentes puntos de contactos, hay también aspectos que los distinguen nítidamente. Así, por ejemplo, se señala, que tomar en cuenta – desde el punto de vista técnico y metodológico – los precedentes no implica que se **reitere** la jurisprudencia. En efecto, la técnica del precedente más que valorar de manera automática las resoluciones judiciales anteriores que sientan una determinada línea, permite su ponderación racional y dado el caso un cambio justificado del mismo o simplemente su abandono, siempre que se motive adecuadamente dicha modificación o renuncia.

- 4.- El precedente permite un seguimiento justificado, razonable, permanente crítico y abierto de las resoluciones judiciales, ya sea para mantener o profundizar sus logros y aciertos o para alejarse de él cuando las circunstancias del caso o el nuevo contexto lo obliguen. Se obtiene así mayor racionalidad, compromiso y grado de responsabilidad en los jueces y los órganos de justicia al momento de aplicar la ley.

La importancia del precedente si bien ha aumentado de manera notable en los últimos años, siempre ha tenido un papel decisivo en la elaboración y desarrollo del derecho. Ya durante la época romana de Cicerón se considera como una de las formas del derecho y que la autoridad de los casos resueltos tenían la fuerza de ley¹⁶⁶.

¹⁶¹ Cfr. LLAMBIÁS, JORGE JOAQUÍN; *Tratado de Derecho Civil [PG]*; p. 83.

¹⁶² Cfr. PUIG BRUTAU, JOSÉ; *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*; p. 236.

¹⁶³ Cfr. POUND, ROSCOE; *El Espíritu del Common Law*; p. 176.

¹⁶⁴ Cfr. GARCÍA AMIGO, MANUEL; *Instituciones de Derecho Civil*; p. 183.

¹⁶⁵ Cfr. PUIG BRUTAU, JOSÉ; *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*; p. 233.

¹⁶⁶ Cfr. POUND, ROSCOE; *El Espíritu del Common Law*; p. 176.

X) PRECEDENTES, TRADICIÓN JURÍDICA, SEGURIDAD JURÍDICA E IGUALDAD.-

- 1.- La mayor utilidad y servicio de una jurisprudencia constante y regular es colocar las bases de una administración de justicia previsible, armónica, permitiendo una adecuada orientación en las relaciones jurídico sociales y de cualquier otra índole. Los ciudadanos y los usuarios de la administración de justicia pueden prever y predecir que frente a un determinado supuesto de hecho o situación normativa los Tribunales resolverán en un determinado sentido y bajo ciertos parámetros fijados con anterioridad¹⁶⁷. Ello permite cimentar uno de los pilares de la seguridad jurídica¹⁶⁸ ya no sobre la base de la producción legislativa, sino sobre la actividad de los Tribunales de Justicia.

La aplicación del derecho se vuelve más segura por la existencia de normas objetivas dictadas en interés común, pero sobre todo porque de manera previa se conoce cuál es la manera de proceder, de razonar, actuar y pensar por parte de los Tribunales. Las leyes si bien son pautas y normas directas para la realización de acciones por parte de los ciudadanos, cumplen un papel restringido si es que no se ven complementadas en cuanto a la delimitación de su núcleo, significado y casos discutibles por la labor que desarrolla el Poder Judicial¹⁶⁹.

- 2.- El conocimiento de las resoluciones judiciales, fundamentalmente de los órganos superiores de justicia, permite que la aplicación del derecho sea más predecible, segura y confiable, reduciendo los márgenes de discrecionalidad. Ayuda también a eliminar la arbitrariedad, el capricho, el abuso y la subjetividad de la administración de justicia.

La seguridad jurídica se torna mayor y adquiere ribetes más altos cuando los fallos adquieren constancia, uniformidad y se vuelven cada vez más permanentes en la resolución de una determinada controversia¹⁷⁰. La seguridad jurídica que nace de los fallos judiciales depende en buena medida de la uniformidad y de la vocación de permanencia de los mismos. De nada vale el conocimiento de las resoluciones judiciales si estas al final resultan completamente

¹⁶⁷ Cfr. LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 106.

¹⁶⁸ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 246.

¹⁶⁹ Cfr. LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 86; RECASENS SICHES, LUIS; *Tratado de Filosofía del Derecho*; p. 315.

¹⁷⁰ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 246; AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 127.

contradictorias, opuestas y radicalmente distintas frente a situaciones similares o idénticas que se han resuelto con anterioridad. En este punto, incluso, la seguridad jurídica se conecta y relaciona directamente con los criterios de justicia derivados de la aplicación igualitaria de la ley. El juez tiene la responsabilidad de procurar que la idea de seguridad y certeza se realice o, por lo menos, quede suficientemente satisfecha¹⁷¹.

La seguridad jurídica se traduce en dos aspectos fundamentales: a) Los operadores jurídicos deben tener certeza en la producción normativa de los diversos poderes e instituciones del Estado; b) Dicha producción debe realizarse respetando los valores, derechos y principios básicos del sistema. Ambos postulados reclaman la necesidad de erradicar y proscribir la arbitrariedad en la producción de normas y la aplicación del derecho¹⁷². La expectativa de certeza propia de la seguridad jurídica supone que todo Tribunal tiene la obligación jurídica de dar respuesta cuando el ciudadano pide protección jurídica. Dicha expectativa implica en sentido amplio reclamar dos cosas: a) Que se evite la arbitrariedad; b) Que la decisión sea la correcta¹⁷³.

Sin embargo, la importancia de la seguridad jurídica proveniente de la existencia de fallos uniformes que genera a la postre una tradición [jurídica] en el tratamiento de una materia o de una constelación de casos, no debe exagerarse, pues el valor del precedente y la justicia de la solución de un caso concreto no depende muchas veces del respeto de la tradición o la conservación de una determinada línea jurisprudencial, sino más bien del análisis de elementos o factores particulares que obligan a un tratamiento distinto o a la ponderación de factores normativos, axiológicos o de otro orden que llevan al cambio y modificación de las tesis mantenidas hasta ese momento.

- 3.- El respeto a la tradición o a la conservación de fallos no es el fundamento de la trascendencia y del profundo valor que adquiere el estudio de los precedentes y su utilización por jueces y abogados, pues el pasado frente a un determinado caso no reviste valor alguno o, teniéndolo, la necesidad o complejidad del mismo presente hace, a veces, que no sea válido para resolver esta nueva situación; de la misma forma que el respeto de la tradición no puede pasar por encima de la búsqueda de la verdad, al margen de lo que hubieran realizado

¹⁷¹ Cfr. AARNIO. AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*; p. 28.

¹⁷² Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 247.

¹⁷³ Cfr. AARNIO. AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*; p. 28.

los jueces en el pasado¹⁷⁴. Como señaló el Tribunal de Pennsylvania: “el respeto al precedente no debe llevar a consagrar las equivocaciones de los que estuvieron antes nuestro, y tropezar por el mismo sitio donde tropezaron ellos”¹⁷⁵. Se debe evitar el **error communis facit ius** [el error común hace derecho].

Los precedentes judiciales anteriores y en especial los precedentes verticales no poseen el monopolio de la verdad ni pueden erigirse en la fuente de conocimiento supremo de la justicia y el derecho¹⁷⁶, no solo porque la experiencia ha demostrado que ello no es así, sino fundamentalmente por que impide la evolución y el desarrollo del derecho adaptándolo a los requerimientos sociales más importantes o a criterios de justicia impostergables. Se afirma, con razón, que las exigencias de justicia formal no pueden estar por encima de la equidad material¹⁷⁷.

- 4.- La adopción de un precedente o de una línea de interpretación no debe tender al inmovilismo y a la fosilización judicial¹⁷⁸. Por el contrario, debe encontrarse siempre abierta y dispuesta al debate y al análisis riguroso que la problemática del caso plantea en una determinada situación. Y dada las circunstancias debe estar en condiciones de asumir un **cambio justificado** de la decisión como único camino de respetar la idea de justicia, haciéndolo compatible con las razones de seguridad jurídica¹⁷⁹, como cuando las condiciones sociales así lo exigen¹⁸⁰. Se plantea en este punto una vinculación relativa a los precedentes, postulándose que: “**Hay que seguir a los precedentes, salvo que se justifique su modificación o su abandono**”¹⁸¹. El inmovilismo judicial y la no modificación de los precedentes solo tendría sentido si es que en el mundo no aparecen hechos nuevos¹⁸². No es posible tolerar la petrificación de la jurisprudencia¹⁸³.

¹⁷⁴ Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 128.

¹⁷⁵ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 137.

¹⁷⁶ Cfr. CARNELUTTI, FRANCESCO; *Jurisprudencia Consolidada [O bien la comodidad de juzgar]*; en Cuestiones sobre el Proceso Penal; p. 302.

¹⁷⁷ Cfr. ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia*; p. 82.

¹⁷⁸ AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 127.

¹⁷⁹ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 247; MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 135.

¹⁸⁰ Cfr. ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia*; p. 82.

¹⁸¹ Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 154.

¹⁸² Cfr. PUIG BRUTAU, JOSÉ; *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*; p. 18.

¹⁸³ Cfr. LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 90.

El abandono del precedente y su sustitución por otro obliga a la adopción de una **especial carga de fundamentación** que no se restringe a la explicación de las razones de hecho y de derecho, sino que importa una **justificación especial** de por qué se está apartando del criterio anterior y que debe ser reconocida a través de la motivación¹⁸⁴. Todo cambio de una situación dominante tiene y debe ser justificado¹⁸⁵. No es sensato renunciar sin justificación a lo que ha sido adoptado como prevaleciente. Una solución adoptada con anterioridad no puede abandonarse sin una explicación de los motivos que lo inspiran. Un mismo órgano judicial no puede modificar el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente idénticos, sobretodo si no ofrece una explicación detallada, minuciosa y suficiente¹⁸⁶. Ello supone infringir el principio de igualdad y la interdicción de arbitrariedad y por, tanto, abre la posibilidad de acudir a una acción de garantía¹⁸⁷. Esta prohibición de tratamiento arbitrario se extiende a todos los niveles de la administración de justicia, sin conocer limitación o excepción alguna. Lo único que autoriza el cambio y el tratamiento diferenciado es la explicación de las razones y los motivos jurídicos o fácticos que los sustentan.

El Tribunal Constitucional Español cuando declara fundada una acción de amparo por el tratamiento no justificado o arbitrario de casos sustancialmente idénticos deja abierta una doble puerta para que se corrija dicho error: a) Que en un nuevo pronunciamiento el órgano judicial asuma la postura que venía sosteniendo en la resolución de casos semejantes; y b) Que justifique de manera puntual el cambio de criterio brindando argumentos racionales que sustenten dicho cambio¹⁸⁸. Con ello, no tanto se busca lograr la igualdad de trato como impedir la consolidación de la arbitrariedad.

- 5.- La doctrina del precedente al establecer un control sobre el cambio injustificado de las decisiones de los órganos jurisdiccionales introduce una garantía de racionalidad en la actuación de los mismos¹⁸⁹. Plantea una exigencia de justicia procedimental, la cual reclama que los

¹⁸⁴ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 39, 40 y 106.

¹⁸⁵ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 260.

¹⁸⁶ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 63.

¹⁸⁷ LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 91.

¹⁸⁸ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 91.

¹⁸⁹ Cfr. LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 93.

Tribunales no deben apartarse injustificadamente de sus criterios anteriores en casos semejantes¹⁹⁰. Con ello, no se pretende asegurar un mayor contenido de justicia, un acierto al momento de resolver una determinada controversia o la realización de un valor especial. Lo único que se busca es uniformizar y alcanzar un nivel de racionalidad en el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales. En todo caso, si se alcanza cuotas elevadas de justicia material, tal hecho escapa al control formal que realiza la técnica del precedente. Lo que se pretende es evitar el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial.

El control constitucional del respeto al principio de igualdad solo se predica de resoluciones de un mismo órgano judicial y no frente a un tratamiento distinto que puede prodigar a un caso los diversos órganos jurisdiccionales¹⁹¹, ya que aquí entra a tallar otro principio: el de la independencia judicial; de tal manera que en caso de conflicto en este ámbito entre el principio de igualdad y el principio de independencia judicial se da preferencia a éste último. Ello supone el rechazo de la vulneración del principio de igualdad en el caso de los precedentes horizontales¹⁹². Sin embargo, no se deja de reconocer que pronunciamientos de esta clase terminan por contravenir la idea misma de seguridad jurídica y el sentido común, ya que causa perplejidad cómo dos jueces o dos salas resuelven de manera distinta dos casos idénticos y el Tribunal Constitucional lo tolera¹⁹³.

La exigencia de seguridad jurídica reclama a la postre que todo cambio normativo, entre ellos el judicial, debe estar justificado jurídicamente¹⁹⁴. La jurisprudencia tiene en gran medida la misión de adaptar el orden jurídico a las nuevas circunstancias y a la evolución de la sociedad, haciendo progresar al derecho¹⁹⁵, incluso, adelantándose a la legislación y las posibles futuras reformas. Se debe adaptar la regla a la evolución política, económica y social¹⁹⁶. La técnica del

¹⁹⁰ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 76.

¹⁹¹ Cfr. LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 89.

¹⁹² La Sentencia del Tribunal Constitucional Español 39/1984 ha declarado: “Como reiteradamente ha señalado este Tribunal Constitucional, en los supuestos de órganos distintos el principio de igualdad ha de contrarrestarse necesariamente con el de independencia de los órganos jurisdiccionales, correspondiendo a los de superior rango establecer la necesaria uniformidad en la aplicación de la ley a través de la jurisprudencia”.

¹⁹³ Véase: LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 90.

¹⁹⁴ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 247.

¹⁹⁵ Cfr. PUIG BRUTAU, JOSÉ; *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*; p. 232.

¹⁹⁶ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 137 y ss.

precedente permite combinar la seguridad con la posibilidad de desarrollo y adaptación de los cambios sociales¹⁹⁷. Como señala LORD REID: “*La gente quiere dos cosas contradictorias; que el derecho sea cierto, y que sea justo y que cambie con los tiempos. Es nuestra tarea mantener ambos objetivos al alcance (...) debemos tener una doctrina general del precedente – de otra manera no podemos obtener certeza –. Pero debemos encontrar una vía intermedia que prevenga que el precedente sea nuestro dueño*”.

- 6.- El cambio de precedente se da muchas veces por: a) La necesidad de adaptar las normas a las necesidades sociales que surgen una vez entran en vigor, valorando que la conservación del mismo puede afectar directamente los intereses públicos¹⁹⁸; b) La apelación a la cultura social creciente que indica que los valores que subyacen en el precedente no son ya aceptables ni estimados como positivos¹⁹⁹; y c) La necesidad de corregir un entendimiento erróneo de las mismas fijado con anterioridad por el precedente²⁰⁰. En Estados Unidos se emplean dos métodos para apartarse de los precedentes del Tribunal Supremo sin acudir a la derogación explícita del precedente: a) La derogación implícita del precedente; y b) La predicción de un cambio del criterio del Tribunal Supremo o superior²⁰¹.

El estudio y conocimiento de los precedentes no se relaciona con un determinado modelo de sistema jurídico o con una vinculación al pasado o con el transcurso del tiempo²⁰².

- 7.- La **igualdad jurídica** constituye un criterio de distribución de los contenidos de la libertad. Se distingue entre “*igualdad como no discriminación*” e “*igualdad como exigencia de diferenciación*”²⁰³. La primera reclama que los poderes públicos deben tratar por igual a los ciudadanos sin que exista discriminación alguna; ello deriva el principio que los ciudadanos son iguales ante la ley, sin distinción alguna. La aplicación de la ley y el derecho no puede ni debe imponer una diferencia de trato. El Poder Judicial es portador de la obligación de resolver de manera idéntica casos idénticos; o si se quiere: el enunciado

¹⁹⁷ Cfr. POUND, ROSCOE; *El Espíritu del Common Law*; p. 181.

¹⁹⁸ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 138.

¹⁹⁹ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 162.

²⁰⁰ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 100.

²⁰¹ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 159.

²⁰² Con matices: ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia*; p. 85; PUIG BRUTAU, JOSÉ; *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*; p. 236.

²⁰³ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL; *Jueces y Normas. La Decisión judicial desde el ordenamiento*; p. 250.

judicial general que sirve de justificación a una determinada decisión deberá ser utilizada en la solución de todos los casos restantes.

Por su parte, la igualdad como exigencia de diferenciación impone la obligación de un trato desigual a través de criterios no arbitrarios o irrazonables. La desigualdad estructural entre personas o grupos obliga a establecer criterios que sustancien un diferente tratamiento sin incurrir en arbitrariedad o un tratamiento injustificado. La igualdad, en suma, supone un trato desigual a quienes son desiguales. Llevado esto a las resoluciones judiciales: no deben tratarse de manera idéntica o semejante casos estructuralmente distintos o que no cuentan con un núcleo común. Es necesario y legítimo constitucionalmente establecer un tratamiento desigual a casos desiguales.

La idea que la aplicación de la técnica del precedente favorece la vigencia del principio de igualdad debe entenderse como correcta en una primera formulación. Sin embargo, hay que precisar que el respeto al precedente no significa siempre el respeto inmediato al principio de igualdad; de tal manera que precedente e igualdad no son términos sinónimos. Basta señalar como ejemplo que en algunos casos cuando se respeta el precedente se puede estar legitimando la aplicación de normas discriminatorias o desiguales que imponen un trato distinto sobre la pertenencia a un credo religioso, sexual o económico²⁰⁴.

XI.- ¿LOS PRECEDENTES JUDICIALES SON OBLIGATORIOS?.-

- 1.- La obligación de observar y cumplir con los precedentes o de si estos son vinculantes en materia penal puede merecer tres posibles soluciones.

Un primer punto de vista, sostiene que los precedentes solo poseen una fuerza persuasiva, intelectual que se basa en la convicción de sus argumentos y en el peso del razonamiento que desarrolla. El uso de la jurisprudencia sería relevante en la medida que ilustra, recomienda, facilita la actividad judicial o establece una serie de indicaciones valiosas.

Una segunda postura, plantea la vinculación formal rigurosa y estricta del juez respecto al precedente que se utiliza o se cita. Todos los precedentes obligarían por igual. Más que una tarea de persuasión o de convencimiento racional el juez se encuentra obligado a observar y cumplir el precedente que se cita o se recurre. Ello generaría una serie

²⁰⁴ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 59.

de consecuencias entre las que destaca las posibles responsabilidades del funcionario o magistrado que inaplique o se aparte del mismo²⁰⁵.

Un tercer punto de vista, toma una perspectiva intermedia a las dos posiciones aludidas. El precedente sin llegar a ser obligatorio y por encima de la labor persuasiva que comúnmente se le asigna cumple, un papel **disuasorio**, en el sentido que de no seguir la doctrina jurisprudencial o los precedentes que se citan se corre el riesgo de que el fallo sea revocado²⁰⁶.

Desde nuestra perspectiva, y de manera general, el precedente en materia penal que es expedido por los Tribunales ordinarios en el ordenamiento jurídico peruano solo tiene una **fuerza persuasiva** o refleja el peso de los fundamentos y del razonamiento jurídico que alberga²⁰⁷. Solo constituye una técnica de argumentación jurídica junto a los criterios dogmáticos, interpretativos generales o cualquier metodología que ayuda a solucionar de manera satisfactoria el caso. No reemplaza a la ley ni a su correcta interpretación. El juez debe valorar todas las propiedades del caso y revisar los materiales jurídicos pertinentes para su solución²⁰⁸.

El carácter disuasorio del precedente si bien puede concurrir en algunos casos no siempre puede aplicarse, ya que para que ello ocurra es necesario que se encuentre habilitado el sistema de recursos y que justamente el fallo llegue al conocimiento y competencia del Tribunal o los órganos que expidieron dicho precedente. Por ejemplo, si se toma como precedentes los pronunciamientos de la Corte Suprema difícilmente la naturaleza disuasoria podrá intervenir en caso el fallo haya sido expedido por los jueces de primera instancia, toda vez que según el sistema judicial peruano los encargados de revisar y resolver el caso, siempre que se haya interpuesto algún recurso será las salas superiores y no la Corte Suprema.

Solo, y de manera excepcional, el precedente podrá contar con observancia obligatoria en la medida que exista una ley, o una norma jurídica, que así lo autorice y lo declare²⁰⁹. El carácter obligatorio del

²⁰⁵ Véase, la descripción que realiza: AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 126.

²⁰⁶ En este último sentido: LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 100.

²⁰⁷ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 127.

²⁰⁸ Cfr. AGUILÓ REGLA, JOSEPH; *Teoría General de las Fuentes del Derecho [y el orden jurídico]*; p. 107.

²⁰⁹ Véase, en el caso argentino: MAIER, JULIO; *Derecho Procesal Penal*; T I; p. 135 y ss.

precedente no proviene, entonces, de la calidad, peso o pureza del fallo o de sus fundamentos, sino más bien de una razón externa: la ley. Justamente este sistema ha sido adoptado por la legislación penal peruana desde el 17 de Agosto del 2004²¹⁰ cuando se regula los casos y condiciones del precedente obligatorio a raíz de la incorporación del artículo 301 – A del Código de Procedimientos Penales²¹¹.

La experiencia ha demostrado que los precedentes vinculantes no se utilizan con la frecuencia que deberían ni cubren todos los supuestos problemáticos de la práctica judicial, ya sea en los aspectos sustantivos, procesales o en los que se requiere plantear el respeto a los derechos fundamentales, amén que su uso solo se restringe para un sector de la magistratura y organización judicial: la Corte Suprema de Justicia, lo cual, como es obvio solo podrá evacuar los precedentes vinculantes que considere necesarios en las materias que tenga reconocida su competencia y en los campos en los que llegue a su conocimiento un caso luego de verificar la autorización del correspondiente sistema de recursos legalmente previstos.

- 2.- También estamos frente a precedentes vinculantes o de observancia obligatoria en los casos de pronunciamientos y fallos del Tribunal Constitucional peruano, dada su calidad de intérprete supremo de la Constitución en todo lo que atañe a materias y principios constitucionales, tal como lo prescribe el tercer párrafo del artículo VI²¹²

²¹⁰ Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR; en *Estudio, Presentación y Prólogo de la Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú* [Miguel Pérez Arroyo]; p. 13.

²¹¹ Artículo 301-A.- Precedente obligatorio.

1. Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

2. Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo -en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional- se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta. En este supuesto no se requiere la intervención de las parte, pero se anunciará el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial”.

²¹² **Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional**

“[...] Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y el artículo VII²¹³ de dicho Título Preliminar que consagra la regla de los precedentes vinculantes.

La doctrina del Tribunal Constitucional peruano y la interpretación que realiza de los preceptos y principios constitucionales, y sienta en cada una de sus resoluciones [art. VI del T.P.C.C.] obliga directamente a los jueces no solo en la parte dispositiva de las sentencias, sino también en aquellos contenidos que integran los considerandos y la parte discursiva de la sentencia²¹⁴. Los jueces no pueden alegar el exclusivo sometimiento al imperio de la ley, en la medida que están sujetos ante todo al imperio de la Constitución; de tal manera que la interpretación constitucional determinará el correcto sentido de la interpretación legal en los parámetros fijados en la Carta Política²¹⁵.

El artículo VII del Título Preliminar Código Procesal Constitucional establece que en los procesos constitucionales el Tribunal Constitucional podrá fijar expresamente precedentes vinculantes a través de sus sentencias que obligan a resolver los casos futuros de manera semejante y uniforme²¹⁶. Se trata de casos en los que se instaura **un precedente obligatorio reforzado**. Este cuerpo de leyes impone una serie de requisitos que deben cumplirse con el fin de que se adquiera dicha calidad. Los más importantes son:

En primer lugar, debe tratarse de **sentencias**. No toda resolución del tribunal Constitucional puede constituir un precedente vinculante. No poseen esta calidad los autos que admiten demandas, los decretos u otras resoluciones distintas a las sentencias. Se excluyen los casos en los que la demanda haya sido declarada improcedente por una simple cuestión formal o de admisibilidad²¹⁷.

En segundo lugar, se precisa que solo podrán constituir precedentes vinculantes las sentencias que pasan a constituir **cosa juzgada** que no

²¹³ **Artículo VII.- Precedente**

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

²¹⁴ Véase: LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; p. 117.

²¹⁵ Cfr. LÓPEZ GUERRA, LUIS; *La Creación Judicial del Derecho*; en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*; Lima; Palestra; 2001; p. 118.

²¹⁶ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, LUIS; *Comentarios al Código Procesal Constitucional*; Lima; Ara; 2004; p. 71.

²¹⁷ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, LUIS; *Comentarios al Código Procesal Constitucional*; p. 72.

es otra cosa que las resoluciones que han quedado consentidas y no han sido objeto de ningún recurso que las cuestione, ya sea en el ámbito nacional o internacional.

En tercer lugar, la calidad de precedente vinculante se obtiene cuando hay un **reconocimiento y declaración expresa** por parte del Tribunal Constitucional²¹⁸. No basta la calidad del fallo, la materia sensible que se aborda, la amplitud, el rigor o la profundidad del mismo; como es indiferente también si se trata de un fallo por unanimidad o por mayoría. Asimismo, no es suficiente que establezca mecanismos de protección reforzada de los Derechos Humanos o que resuelva un conflicto de larga controversia por el Tribunal o por la jurisdicción ordinaria. Si no hay declaración expresa en la sentencia simplemente no estamos ante un precedente vinculante por más fuerza persuasiva moral, política o de justicia que tenga el fallo.

Por último, la norma establece que la sentencia debe fijar el extremo, el considerando o fundamento normativo que debe acogerse como precedente vinculante. El Título preliminar del Código Procesal Constitucional estima que no todo el fallo o la sentencia en su entera extensión podrá ser obligatoria. Prescribe, por el contrario, a que el Tribunal Constitucional precise el punto o el fundamento que constituirá precedente vinculante y que puede ser uno, dos o más extremos de los muchos considerandos que forman parte de la sentencia.

De ello deriva que más allá de hablar de fallo o sentencia vinculante debe resaltarse la idea de fundamento o **considerando vinculante**, el cual, por cierto, forma parte de la sentencia que resuelve la materia controvertida.

- 3.- En un Estado de Derecho como el peruano sometido a la vigencia del principio de legalidad no es posible afirmar que los Tribunales de justicia estén sometidos obligatoriamente a los precedentes, a sus resoluciones anteriores o a los pronunciamientos de los órganos de justicia superiores. Los jueces de la república solo deben vincularse a la Constitución y a la ley. El precedente no vincula, sino en la medida que la norma aplicable al caso concreto se encuentre correctamente aplicada²¹⁹.

El Poder Judicial, los órganos administrativos deben decidir los casos que conocen conforme a la interpretación más adecuada a la Constitución y de acuerdo a una idónea protección de los derechos

²¹⁸ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, LUIS; *Comentarios al Código Procesal Constitucional*; p. 72.

²¹⁹ Cfr. LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; p. 430; MAIER, JULIO; *Derecho Procesal Penal*; T I; p. 131.

fundamentales en juego²²⁰, resolviendo de manera independiente según los métodos de interpretación reconocidos determinando el sentido de la ley y la solución más justa y equitativa que el caso requiere. El precedente deberá tomarse en cuenta en la medida que respete los principios constitucionales, la adecuada protección de los derechos fundamentales y el sentido y finalidad de la ley en su ámbito de regulación.

Por otro parte, el juez no puede ni debe aceptar **acrícticamente** el precedente. Así lo impone la independencia judicial²²¹, la exclusiva obligación de vincularse a la Constitución y a la ley y la necesaria separación de poderes en la función de creación y aplicación de las normas²²²; de tal manera que si luego del empleo de los métodos de interpretación llega a la conclusión que el precedente tiene una interpretación incorrecta de la ley o un desarrollo del derecho insuficientemente fundamentado no solo está facultado para apartarse del precedente, sino que incluso está obligado a ello. De ceñirse obligatoriamente al precedente no solo estaría subvirtiendo y alterando el orden de prelación y la jerarquía de fuentes fijados en la Constitución y la propia estructura de un Estado de Derecho, sino que estaría desdeñando la ley y su función como garante de la igualdad y la seguridad jurídica²²³.

Si bien la decisión de un caso debe comenzar con la revisión de la jurisprudencia o de un precedente determinado el juez no debe limitarse a éste en la aplicación del derecho. El precedente actúa como una pista o test para encontrar la solución satisfactoria al caso concreto²²⁴. El juez debe formarse un juicio propio de acuerdo a una interpretación cuidadosa de la ley, sobre todo cuando tiene dudas sobre la legitimidad del precedente²²⁵ o es advertido de la insuficiencia del mismo.

XII) PUBLICACIÓN DE LOS FALLOS.-

- 1.- La utilización de la técnica de los precedentes está condicionada a que haya una serie de recopilaciones judiciales que permitan conocer

²²⁰ No creemos que el juez deba fallar solo “según su convicción formada en conciencia” tal como lo propone LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; p. 430.

²²¹ Cfr. LEGAZ LACAMBRA, LUIS; *Filosofía del Derecho*; p. 557.

²²² Este último aspecto es resaltado por: Díez PICAZO, LUIS; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*; p. 139; LEGAZ LACAMBRA, LUIS; *Filosofía del Derecho*; p. 557.

²²³ Cfr. LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; p. 430.

²²⁴ Cfr. Díez PICAZO, LUIS; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*; p. 139.

²²⁵ Cfr. LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; p. 431.

cuál es el derecho y la Interpretación del mismo en cada caso²²⁶. No es posible plantear el valor práctico del precedente si es que no existe un sistema o una metodología que los haga accesibles. No se puede predecir lo que no se conoce²²⁷. Si bien una decisión recopilada y publicada tiene el mismo valor que una no recopilada, ésta última prácticamente no es de acceso al público y por tanto de difícil uso.

El empleo de la técnica del precedente o de la difusión del uso de la jurisprudencia por las diversas instancias judiciales está condicionado en gran medida a la publicación o publicidad de las mismas²²⁸, a la cantidad de los fallos publicados y a la accesibilidad general o no de las mismas²²⁹. No es posible crear o exigir una cultura jurisprudencial o de uso de las resoluciones de los tribunales de justicia si es que éstas no se encuentran debidamente publicadas o difundidas, de tal manera que los ciudadanos y en especial los usuarios de la administración de justicia puedan acceder a dicha información. Solo la publicación de las resoluciones judiciales permite la utilización argumentativa de los precedentes en la práctica.

- 2.- Los repertorios jurisprudenciales son de dos clases: oficiales y particulares²³⁰. Las publicaciones oficiales están a cargo bien de un organismo oficial (Diario), del Poder Judicial o de los organismos vinculados a éste. Por ejemplo, en los Estados Unidos las publicaciones oficiales están encargadas de un funcionario judicial llamado *reporter*, cuya actividad se caracteriza por revisar los expedientes tramitados ante el Tribunal con el fin de extraer los antecedentes necesarios para cada caso y el texto íntegro de la sentencia que se va a publicar en el repertorio oficial²³¹. En algunos casos la selección de los precedentes destinados a publicación es efectuada por el propio Tribunal o por uno de los jueces que lo integran. Por su parte, los repertorios particulares son publicaciones de las sentencias que emprenden las empresas y los individuos v. gr. Profesores, abogados o consultores. Como quiera que los archivos de los expedientes son públicos cualquiera puede acceder a ellos y publicarlas por su cuenta.

En el derecho comparado y en particular en aquellos países en donde se practica el sistema del **case law** no todos los casos y fallos judiciales se recopilan y publican. La adecuada y debida selección de los casos

²²⁶ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 38; SÉROUSSI, ROLAND; *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano*; p. 28..

²²⁷ Cfr. PÉREZ ARROYO, MIGUEL; en *Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú*; p. 16.

²²⁸ Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; *El Precedente Judicial*; p. 158.

²²⁹ Cfr. ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia*; p. 88.

²³⁰ Cfr. SÉROUSSI, ROLAND; *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano*; p. 28.

²³¹ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 185.

queda sujeta a la labor del editor o del encargado de la publicación, quien puede obrar sobre diversas pautas entre las que se cuenta la incorporación en el fallo de un principio o una nueva regla de derecho que modifica un principio establecido, que zanja una cuestión dudosa o extiende la aplicación de la norma a nuevos supuestos antes no considerados²³².

Los precedentes en el derecho comparado – independientemente de si son de observancia obligatoria – son la mayoría de las veces publicados en el Diario oficial, en la Gaceta Jurisprudencial o en el portal electrónico del Tribunal con el fin de orientar a los demás órganos de justicia o a los Tribunales inferiores sobre el modo de cómo se resuelve una determinada controversia a la vez que se señala las pautas interpretativas más importantes. Esta práctica sirve también para informar a los ciudadanos acerca de la forma cómo el Poder Judicial resuelve los asuntos litigiosos y cumple con la función pedagógica asignada a la motivación de las resoluciones judiciales.

- 3.- La publicación de todas las sentencias de la Corte Suprema de justicia – o en su caso del Tribunal Constitucional – sirve como un acto de transparencia respecto a como una determinada controversia ya sea fáctica, probatoria o jurídica es analizada y resuelta por el Tribunal estando sujeta a un control externo tanto de la misma estructura judicial [órganos inferiores] como de los abogados, colegios profesionales, universidades respecto a como se aplica el derecho y se administra justicia. Asimismo, obliga al mismo Tribunal a una aplicación igualitaria, uniforme y coherente de los casos sobre la base de criterios jurídicos normativos ya establecidos. El ciudadano y el justiciable sabe con anterioridad cómo un caso será valorado y decidido por el mismo tribunal sin incurrir en loterías, improvisaciones o actos arbitrarios sobre la base de una aparente discrecionalidad.

La confianza en las normas, en las instituciones judiciales y la seguridad se ve fortalecida notablemente con la publicación y difusión de los fallos. Sin dejar de contar la facilitación e implementación empírica de un derecho constitucional de inestimable valor pero sumamente olvidado: **la crítica a las resoluciones judiciales**²³³.

Si bien la importancia de la publicación y conocimiento de los fallos debe ser un objetivo de todos los Tribunales de Justicia a través por lo

²³² Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA; *El Precedente en el Common Law*; p. 109.

²³³ Cfr. POUND, ROSCOE; *El Espíritu del Common Law*; p. 182; SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR; en *Estudio, Presentación y Prólogo de la Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú* [Miguel Pérez Arroyo]; p. 12.

menos de medios electrónicos – v. gr. Página web – en materia penal [sustantivo y procesal] esa necesidad adquiere una trascendencia peculiar y un alcance superlativo²³⁴, pues lo que se trata aquí es conocer como los órganos de justicia aplican la ley y fijan posición respecto a la vigencia y respeto de los derechos fundamentales, cómo plantean su interpretación de cada tipo penal, cómo determinan la aplicación de las instituciones de la parte general y hacen efectivo las garantías constitucionales.

XIII) DOGMÁTICA PENAL Y JURISPRUDENCIA

- 1.- La dogmática al ocuparse de la determinación del contenido del derecho positivo no solo analiza y descubre el sentido de los textos legales, sino que debe también tomar en cuenta los precedentes judiciales que justamente suponen la aplicación del derecho a los casos concretos²³⁵, permitiendo el conocimiento del sistema normativo a la vez que garantiza la aplicación coherente e igualitaria de la ley penal²³⁶. No es posible respetar la finalidad y el sentido último de la dogmática restringiendo su uso a la comprensión de los textos legales, abandonando o descuidando la forma cómo los Tribunales de Justicia de manera efectiva y real vienen aplicando las normas jurídicas. En la configuración del sistema legal concurren tanto las normas creadas por el legislador como aquéllas que son su consecuencia lógicas o sus consecuencias interpretativas²³⁷. Las normas interpretadas y aplicadas por los órganos de justicia se consideran normas válidas en el sistema legal. La dogmática y la toma de decisiones jurídicas son formas de praxis social²³⁸.

La noción de dogmática penal, en sentido estricto, abarca tanto a los enunciados de los juristas referidos a normas jurídicas y a la jurisprudencia²³⁹, la cual no solo describe normas y precedentes, sino que posee un contenido normativo que aporta propuestas tanto de *lege ferenda* y de *sentencia ferenda*.

²³⁴ Cfr. MAGALDI PATERNOSTRO; MARÍA JOSÉ; *La Legítima Defensa en la Jurisprudencia española*; p. 21.

²³⁵ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 41.

²³⁶ Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR; en *Estudio, Presentación y Prólogo de la Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú* [Miguel Pérez Arroyo]; p. 13 y ss.

²³⁷ Cfr. WRÓBLESWKI, JERZY; *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*; p. 83.

²³⁸ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 54.

²³⁹ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; en *La Argumentación jurídica. Algunas Cuestiones Fundamentales*; p. 203 quien la define como: "La dogmática jurídica es un conjunto de enunciados de los juristas referentes a normas y jurisprudencia que forman un todo coherente en el marco de una ciencia del derecho que funciona institucionalmente".

2.- Las resoluciones judiciales cumplen un papel semejante al que desarrolla la dogmática penal en la medida que ambas con su trabajo buscan determinar el significado de las normas jurídicas, sosteniendo una interpretación en tal o cuál sentido del texto legal. La jurisprudencia permite también determinar y delimitar el amplio margen de los conceptos jurídicos y de las definiciones legales, sobre todo en aquellos casos en los que existe un alto grado de indeterminación o estamos frente a casos que se ubican en la zona de penumbra²⁴⁰. El dogmático tiene que argumentar en apoyo de su posición como si estuviera sujeto a las mismas fuentes, a los mismos principios de interpretación que el juez²⁴¹. Solo así se proporcionará los materiales adecuados y legítimos para que el juez resuelva un caso. En efecto, si el investigador utiliza reglas de interpretación totalmente desconocidas por la comunidad o si sus argumentos son incompatibles con los que son aceptados como válidos sus resultados no serían aceptados.

Sin embargo, ello no hace olvidar la diferencia que media entre ambas actividades y en la que la función de los jueces se caracteriza por la aplicación de la ley y por ser decisiones revestidas de autoridad²⁴². La tarea del dogmático es plantear posibles soluciones a los problemas jurídicos desde una perspectiva general y del sistema, mientras la posición del juez le confiere el poder suficiente de tomar decisiones para resolver un caso concreto²⁴³.

El Juez no interpreta la ley por el mero fin o deseo de interpretarla, forma parte de un poder formal (el judicial) cuyo objetivo es resolver las controversias imponiendo el derecho y de ser necesario la fuerza consustancial a él. Trabaja dentro del sistema oficial. Su posición y decisión se fija ante la necesidad de establecer los hechos y la aclaración de los contenidos de las normas jurídicas. Por su parte, el científico o dogmático interpreta la ley no necesariamente con un fin práctico, sino movido a veces por buscar una solución armónica de un problema que ofrece la ley, el cual pretende colocar dentro de un determinado sistema. El dogmático no tiene ni el poder ni el deber de tomar una decisión²⁴⁴.

²⁴⁰ Cfr. AGUILÓ REGLA, JOSEPH; *Teoría General de las Fuentes del Derecho [y el orden jurídico]*; p. 108.

²⁴¹ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 48.

²⁴² Cfr. MAIER, JULIO; *Derecho Procesal Penal*; T I; p. 129.

²⁴³ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*; p. 25

²⁴⁴ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 43.

- 3.- Por otro lado, debe recordarse que la jurisprudencia, a diferencia de la dogmática, no desarrolla un esfuerzo de sistematización y de elaboración conceptual o se preocupa de la construcción y respeto de un sistema²⁴⁵, consecuencia de un conjunto de premisas dadas, aceptadas o de las que se parte. En este ámbito la ciencia jurídica ha implementado un esfuerzo mucho más grande y encomiable para elaborar conceptos y construir un sistema racional que tienda a la aplicación uniforme de la ley²⁴⁶.

Lo que caracteriza a la dogmática es su actitud y metodología científica y la utilización de una metodología reconocida²⁴⁷, mientras que la actividad del juez busca resolver una cuestión y un problema práctico.

- 4.- Si la dogmática penal no fija su atención en la aplicación del Derecho penal y su estudio no se dirige a esa realidad ya sea para ponderar sus logros, confirmar sus resultados, conclusiones o para criticar sus fallos no solo está acentuando el divorcio permanente entre la teoría y la práctica²⁴⁸, sino que incurre en un autismo peligroso y una autoreferencia inútil que lejos de mejorar la administración de justicia de un país la termina por descuidar, ignorar y olvidar, siendo su tarea nula y su utilidad cero.

Normalmente los precedentes de los Tribunales superiores – en particular de la Corte Suprema de Justicia – albergan muchos desarrollos dogmáticos, ya sea en el ámbito del Derecho penal sustantivo y en el Derecho procesal penal en la que se incorpora una doctrina legal que se caracteriza por el aporte no solo de una rica y particular casuística, sino de puntos de vista que son propios de la construcción dogmática²⁴⁹. La dogmática y la actividad de los jueces buscan alcanzar una interpretación correcta, pese a que la primera no tiene el deber de encontrar una sola respuesta ni la competencia para tomar una decisión²⁵⁰.

²⁴⁵ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 43.

²⁴⁶ Cfr. MAIER, JULIO; *Derecho Procesal Penal*; T I; p. 131.

²⁴⁷ Cfr. AARNIO, AULIS; *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*; p. 49.

²⁴⁸ Cfr. MAGALDI PATERNOSTRO; MARÍA JOSÉ; *La Legítima Defensa en la Jurisprudencia española*; p. 19.

²⁴⁹ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA; *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*; p. 41.

²⁵⁰ Cfr. WRÓBLESWKI, JERZY; *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*; p. 87.

El hecho que la jurisprudencia no siga a la dogmática en muchas ocasiones o que otras veces prescinda absolutamente de ellas y que por ello se cometan muchos errores y aberraciones no significa que estemos ante la vigencia del no derecho o que el sistema jurídico y en especial el sistema judicial haya colapsado²⁵¹. Los errores en los fallos judiciales siempre están presentes en las diversas culturas jurídicas, independiente de su adscripción y particularidades al derecho codificado o de la common law. Más que un mal necesario se trata de un mecanismo que ayuda a mejorar, establecer y reafirmar la dosis de racionalidad del sistema y a llevar con mucho mayor escrúpulo y responsabilidad la labor judicial.

²⁵¹ Cfr. HART, HERBERT; *El Concepto de Derecho*; p. 180.