



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP

Núñez Vaquero, Álvaro

¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incomprendición

Derecho PUCP, núm. 84, 2020, Junio-Noviembre, pp. 303-336

Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP

DOI: 10.18800/derechopucp.202001.010

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533664956010>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org  
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



# ¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incomprendición

## Do precedents violate judicial independence? Misunderstandings from the incompression

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO\*

Universidad Austral de Chile (Chile)

**Resumen:** Este trabajo pretende aclarar, desde el punto de vista de la teoría analítica del derecho, si la existencia de precedentes judiciales en un ordenamiento jurídico implica necesariamente una violación de la independencia judicial interna (IJI). Para responder a la pregunta, se tratará de esclarecer la manera en la que se está entendiendo la IJI para afirmar que esta se vería afectada por la presencia de un sistema de precedentes (SP). Se procederá del siguiente modo: en primer lugar, se partirá haciendo explícitas las razones por las que resulta necesario ocuparse de este problema. En segundo lugar, se precisará qué quiere decir que haya un SP vinculantes. En tercer lugar, se explicará en qué consiste la independencia judicial, presentándose las razones que justifican la IJI: respeto a la voluntad del legislador e igualdad en la aplicación de la ley. A continuación, presentaré tres aspectos de la IJI que podrían chocar con la presencia de un SP. En el cuarto apartado, se descartará la idea de que los precedentes judiciales son más lesivos —de las razones que justifican la IJI— que atribuir a cada uno de los jueces una competencia no revisable para establecer cómo se debe interpretar y aplicar el derecho. En las conclusiones, se señala que aunque puede haber razones en contra de tener un sistema de precedentes, la IJI no es una de ellas.

**Palabras clave:** precedentes, IJI, separación de poderes, igualdad en la aplicación de la ley, normas individuales, sanciones

**Abstract:** This work aims to clarify, from the point of view of the analytical theory of law, the question of whether the existence of judicial precedents in a legal system necessarily implies a violation of the internal judicial independence (IJI). To answer the question, we will try to clarify the way in which the IJI is being understood to affirm that it would be affected by the presence of a system of precedents (SP's). It will proceed as follows: First, it will start by making explicit the reasons why it is necessary to deal with this problem. Secondly, it will be specified what it means that there is a binding SP's. Third, it will explain what judicial independence consists of, presenting the reasons that justify the IJI: respect for the will of the legislator and equality in the application of law. Next, I will present three aspects of the IJI that could clash with the presence of an SP's. In the fourth section, it will be argued that an SP's is less injurious to the IJI than attributing to each of the judges

\* Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Austral de Chile (Valdivia). El presente trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular (1180494) de Chile, titulado «Hacia una teoría del stare decisis». Debo agradecer a Josep Aguiló, Andrés Bordalí y Patricio Rondini por sus valiosos comentarios a una versión previa de este trabajo.

Código ORCID: 0000-0001-8665-2381. Correo electrónico: alvaro.nunez.vaquero@gmail.com / alvaro.nunez@uach.cl

a non-revisable competence to establish how the law should be interpreted and applied. In the conclusions, it is pointed out that although there may be reasons against having a precedent system, the IJI is not one of them.

**Key words:** Precedents, internal judicial independency, separation of powers, equality in the application of law, individual norms, sanction

CONTENIDOS: I. INTRODUCCIÓN.– II. PRECEDENTES.– II.1. LOS PRECEDENTES Y LA REGLA (DE RECONOCIMIENTO) DEL PRECEDENTE (O REGLA DEL *STARE DECISIS*).– II.1.1. LOS PRECEDENTES.– II.1.2. LA REGLA DEL (RECONOCIMIENTO DE LOS) PRECEDENTE(S).– II. 2. LA OBLIGACIÓN DE SEGUIR LOS PRECEDENTES.– II.2.1. LA PERSUASIVIDAD.– II.2.2. LA REGLA DEL PRECEDENTE COMO NORMA CONSTITUTIVA.– III. INDEPENDENCIA JUDICIAL INTERNA.– III.1. ¿POR QUÉ LA INDEPENDENCIA JUDICIAL INTERNA?.– III.1.1. SEPARACIÓN DE PODERES.– III.1.2. IGUALDAD FORMAL (EN LA APLICACIÓN DE LA LEY).– III.1.3. (¿)EL JUEZ BOCA DE LA LEY?.– III.2. ¿QUÉ INDEPENDENCIA JUDICIAL?.– III.2.1. INCENTIVOS, PREMIOS, AMENAZAS Y SANCIONES.– III.2.2. ÓRDENES PROVENIENTES DE ÓRGANOS «SUPERIORES».– III.2.3. EMANACIÓN DE NORMAS GENERALES VINCULANTES (SOBRE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN) PARA LA DECISIÓN DE CASOS POSTERIORES.– IV. LA IJI COMO POTESTAD INTERPRETATIVA NO REVISABLE.– IV.1. COMPETENCIA DE CADA JUEZ PARA DECIDIR CÓMO INTERPRETAR (EN SENTIDO ESTRICTO) EN ABSTRACTO.– IV.2. COMPETENCIA DE CADA JUEZ PARA ESTABLECER CONSTRUCCIONES EN ABSTRACTO.– IV.3. COMPETENCIA DE CADA JUEZ PARA INTERPRETAR (EN SENTIDO ESTRICTO) EN CONCRETO.– IV.4. COMPETENCIA DEL JUEZ PARA CONSTRUIR NORMAS IMPLÍCITAS EN CONCRETO.– V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha producido un nuevo florecimiento en la literatura que emprende un análisis teórico sobre los precedentes, especialmente en los ordenamientos del *civil law*. Aunque no cabe menospreciar la importancia de las modas académicas, lo cierto es que se trata de un problema relevante, no solo por razones estrictamente teóricas, sino también prácticas. En efecto, varios ordenamientos del *civil law*, especialmente latinoamericanos, han incluido mecanismos que, incluso si alguien no quisiera calificarlos como sistemas de precedentes, se asemejan mucho a aquellos. En Argentina se habla de un sistema criollo de *stare decisis* (Legarre, 2016; Garay, 2013); en Colombia, la Corte Constitucional, la cual ha aseverado que sus interpretaciones de la Constitución son vinculantes para los casos similares posteriores, ha llegado incluso a dictar normas generales en los dispositivos de sus sentencias (Pulido Ortiz, 2019; Bernal Pulido, 2008); Perú directamente ha positivizado una norma que establece la obligatoriedad de las decisiones que su Tribunal Constitucional considere como precedentes (Rodríguez Santander, 2007; Grández, 2007); en Brasil, las súmulas

de la Suprema Corte de Justicia tienen una importancia tan innegable como cada vez mayor (Marinoni, 2013; Mitidiero, 2018; Zanetti, 2015); en Chile, se pone como una de las cuestiones fundamentales a afrontar en la múltiples veces anunciada reforma procesal civil, si bien ya hay algunos elementos en el ordenamiento que cumplen funciones similares (Accatino, 2002; Romero Seguel, 2004; Romero Seguel *et al.*, Arancibia & Martínez Estay, 2013); en México, ya nadie duda de que hay SP obligatorios (Carmona, 1995; Fernández, 2016; Gómora, 2019); y, finalmente, algo parecido se podría decir sobre las interpretaciones que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Pacto de San José<sup>1</sup>.

La explicación del cambio sufrido en estos ordenamientos no puede ser objeto del presente trabajo porque, en cada uno de ellos, los procesos de instauración de precedentes han tenido algunas singularidades difícilmente reconducibles a una explicación unitaria. La que, no obstante, sí ha sido bastante generalizada es una reacción contraria a la instauración de sistemas de precedentes —o algunos de sus equivalentes funcionales— por violar la IJI (Andrés Ibáñez, 2019; Bordalí, 2003; Ferrajoli, 2018; Igartua, 2006; Taruffo, 2007)<sup>2</sup>. Tales voces han sostenido que los precedentes violan la IJI porque los jueces deben juzgar solo de conformidad a derecho y no pueden recibir órdenes de —supuestos— superiores jerárquicos<sup>3</sup>.

El objetivo del presente trabajo es analizar dicha tesis. En lugar de intentar responder directamente a la pregunta sobre si la presencia de un SP vinculantes violaría la IJI, se precisará el sentido de la pregunta y explorará diferentes aspectos de la IJI. Para ello, previamente será necesario (II) establecer qué significa que un ordenamiento contenga un SP vinculantes.

A continuación, se aclarará (III) cómo se entiende la IJI para analizar cómo puede verse afectada por un SP. Sin embargo, para comprender

1 La Corte Interamericana, en el caso *Atala*, extendió el control de convencionalidad y estableció una suerte de precedente. En su considerando 284 afirma que, «con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso». No obstante, sobre las inseguridades y cambios de opinión de la CIDH, véase Karlos Castilla (2014).

2 Según un estudio realizado en 2018 por la asociación brasileña de magistrados, la mayoría de los jueces brasileños considera que las súmulas —uno de los equivalentes funcionales de los precedentes— violan la independencia judicial. Véase De Carvalho y Burgos (2018, p. 133).

3 En sentido estricto, no existe jerarquía entre los jueces dado que, como se verá enseguida, aquellos no reciben (deben recibir) órdenes (normas individuales) sobre cómo decidir los casos. Donde sí se dan relaciones jerárquicas materiales es entre las normas dictadas por los tribunales; es decir, normas entre las que, si se produce conflicto, una de ellas resulta anulada (o al menos inaplicable) porque existe otra norma jurídica que resuelve tal tipo de antinomia. Es preciso matizar, en este sentido, aproximaciones como las de Frederick Schauer, quien considera que hay SP toda vez que existen relaciones jerárquicas entre los jueces (2013, p. 52). De manera similar a Schauer se expresan Laporta (1997, p. 273) y Marinoni (2013, p. 245). Para la tesis opuesta, véase Aguiló (1997, 2002) y Montero (1999).

del mejor modo posible la IJI, será preciso, por un lado, (III.1) entender qué es lo que justifica la IJI para, por el otro, (III.2) detallar tres posibles formas en las que la IJI y un SP podrían chocar: como prohibición de recibir sanciones por el contenido de sus fallos, como prohibición de recibir órdenes directas de superiores y como competencia para interpretar autónoma (y de manera última) el derecho. Debido a que la última de estas formas es aquella que reviste mayores dificultades, pudiendo ser entendida de muy diferentes maneras, dedicaré el siguiente apartado (IV) a establecer si bien la presencia de precedentes, bien la concesión de una competencia a todos y cada uno de los jueces para interpretar de manera última (no revisable) el derecho, favorece en mayor medida las razones que justifican la IJI: separación de poderes e igualdad formal. Se finalizará con unas sumarísimas (V) conclusiones.

Antes de comenzar, es necesario señalar que no me ocuparé específicamente de la cuestión sobre si los precedentes son o no fuente del derecho en algún concreto ordenamiento por dos razones. La primera es que la teoría normativista de las fuentes del derecho<sup>4</sup> suele estar comprometida con algún tipo de formalismo interpretativo<sup>5</sup>, el cual sostiene (implícitamente) que la interpretación correcta de las disposiciones que enumeran las fuentes del derecho —normalmente situadas en los respectivos códigos civiles<sup>6</sup>— consiste en que aquellas expresan un conjunto exhaustivo de los hechos y acciones que pueden producir derecho. Sin embargo, estas tesis, lejos de ser descriptivas, son prescripciones, frecuentemente encubiertas, acerca de qué debe ser considerado como derecho, al preferir considerar la lista de fuentes como un *numerus clausus*<sup>7</sup>. Dado que cualquier tesis formulada desde el ámbito de la teoría normativa de las fuentes del derecho incurriría en el mismo problema, evitaré tal aproximación.

La segunda es que el objetivo de este trabajo es responder a la pregunta sobre si la decisión de considerar a los precedentes como fuente del derecho violaría la IJI. Constituye, en este sentido, un paso previo para suscribir cualquier ideología de las fuentes del derecho.

---

4 La teoría de las fuentes del derecho puede ser abordada desde dos perspectivas. La primera (normativa) pretende establecer qué hechos o acciones deben ser considerados como productores de normas. La segunda (empírica) pretende dar cuenta de cuáles hechos o acciones, de hecho, son considerados como productores de reglas. Al respecto, véase Ross (2018).

5 Por «formalismo interpretativo» estoy entendiendo la tesis según la cual es posible descubrir cuál es la interpretación verdadera o correcta de un enunciado o conjunto de enunciados jurídicos.

6 Karlos Castilla (2016) sostiene que las interpretaciones realizadas por la CIDH respecto del Pacto de San José no pueden ser vinculantes porque, precisamente, aquella competencia no aparece expresamente mencionada en la lista de competencias de la CIDH. Lo que resulta sorprendente es que parece que el autor no cae en la cuenta de que su interpretación del Pacto de San José es solo una de las posibles. Para una opinión diferente, véase Humberto Nogueira (2017).

7 Es interesante señalar que, pese a las muchas reformas —especialmente de carácter procesal— que se han realizado con posterioridad a la emanación de códigos civiles, es muy frecuente la consideración de que las listas de fuentes del derecho no se han visto modificadas, o completamente derogadas, por dichas reformas, pese a tener el mismo rango jerárquico. Aquí estamos frente a la construcción de jerarquías axiológicas en las que se coloca a los códigos civiles como derecho común.

## II. PRECEDENTES

Establecer cuándo un ordenamiento jurídico contiene un SP vinculantes no resulta en absoluto sencillo, puesto que implica afrontar algunas controvertidas cuestiones como —solo para comenzar— qué son los precedentes. Si, además, se considera que existen equivalentes funcionales a los precedentes<sup>8</sup> que pueden ser igualmente lesivos de la IJI, la cuestión se vuelve más complicada aun.

Por dicha razón, la tarea aquí debe ser necesariamente modesta. En tal sentido, me ocuparé únicamente de aquellos aspectos acerca de qué son los precedentes, relevantes para afrontar el problema de su compatibilidad con la IJI. Comenzaré (II.1) distinguiendo entre los precedentes y la regla del precedente para, a continuación, elucidar (II.2) en qué sentido las decisiones judiciales pasadas serían obligatorias para la resolución de casos posteriores similares.

### II.1. Los precedentes y la regla (de reconocimiento) del precedente (o regla del *stare decisis*)

Lo primero que resulta necesario es distinguir claramente entre los concretos precedentes —cada una de las decisiones pasadas relevantes— y la regla del precedente o regla del *stare decisis*<sup>9</sup>. Para ello, me ocuparé separadamente de cada punto.

#### II.1.1. Los precedentes

La literatura acerca de qué son los precedentes resulta difícil de abarcar, y los conceptos de precedente disponibles son de lo más variados (Chiassoni, 2012; Iturralde, 2013; Núñez Vaquero, 2016). Aquí, debido a que lo que nos interesa es establecer cómo los precedentes podrían violar la IJI, optaré por definirlos como decisiones jurisdiccionales pasadas que emplean normas de carácter general, formuladas por el propio órgano, cuyo uso resultaría obligatorio para la decisión de casos posteriores.

<sup>8</sup> Estoy pensando, sobre todo, en los sistemas de casación. No estoy, de ningún modo, pensando en que precedentes judiciales y casación sean exactamente lo mismo. Sin embargo, aquellos guardan un importante parecido, al menos en el caso de una de las versiones de la casación: fijan la interpretación que es considerada válida de un texto normativo. Sobre la relación entre precedente y casación, véase Mitidiero (2016), Nieva Fenoll (2016) y Taruffo (2016).

No se trata, con todo, del único equivalente funcional de los precedentes. Por poner solo otro ejemplo: la Contraloría General de la República de Chile tiene competencia para emitir dictámenes que interpretan de manera auténtica —en el sentido kelseniano— normas de índole administrativa.

Saco, no obstante, de la extensión de los equivalentes funcionales de los precedentes aquellas decisiones tomadas por órganos jurisdiccionales que, más allá de la decisión de cualquier caso concreto (genérico, como en el caso del control abstracto de constitucionalidad; o individual, como un asesinato), dictan normas de carácter general. En esta última categoría podrían ser incluidos, entre otros, los acuerdos no jurisdiccionales del Pleno del Tribunal Supremo español, o los autos acordados de la Corte Suprema chilena.

<sup>9</sup> Emplearé ambas expresiones como sinónimas, si bien aquella del *stare decisis* es solo una de los posibles contenidos de la regla del precedente.

Antes de analizar qué es la regla del precedente, es necesario detenernos en un aspecto fundamental de la definición apenas ofrecida: los precedentes son decisiones que emplean normas formuladas por el propio órgano para decidir el caso. En efecto, dentro de la teoría del precedente, es un lugar común que, para que una sentencia constituya un precedente, tiene que aplicar una norma que ha sido formulada durante el proceso judicial para colmar una laguna<sup>10</sup>; por el contrario, si una sentencia constituye únicamente la aplicación de normas previas, no será considerada como un precedente judicial.

Más allá de que esto pueda afectar el principio de legalidad, puede ser discutible que los tribunales formulen normas de carácter general para resolver los casos. Se trata, evidentemente de una cuestión demasiado amplia, y demasiado complicada, para ser abordada en este trabajo. Por la razón anterior, me limitaré a decir que se ha «formulado una norma general nueva» —si se quiere, en un sentido débil<sup>11</sup>— toda vez que el tribunal emplea, para justificar su decisión, una norma que no es producto de la interpretación<sup>12</sup> de una disposición normativa formulada por el legislador.

La anterior acotación, introduciendo esta noción débil de formulación de normas, implica ya una importante restricción, aunque, al mismo tiempo, denota un amplio conjunto de normas. Serían, en este sentido débil, normas «formuladas» por el tribunal que decide el caso: las reglas que concretan el contenido de principios jurídicos, las normas producto de la ponderación, la revelación de principios implícitos, aquellas que fijan una jerarquía u ordenan la aplicabilidad de otras normas, aquellas que definen (sin mención legislativa previa) cómo ha de entenderse un determinado término, aquellas que fijan la (o una) interpretación válida de un enunciado normativo, etcétera. En términos generales, serían todas aquellas que son producto de la construcción jurídica (Guastini, 2016, p. 333) y no de la atribución de sentido lingüístico a disposiciones normativas.

Se trata, eso sí, siempre de normas generales. Aunque existan muchas discusiones y profundos desacuerdos acerca de qué es exactamente

10 Qué tipo de laguna sea, es una cuestión diferente que no podemos abordar aquí. No obstante, parecería que se trata tanto de lagunas normativas, así como de lagunas técnicas y axiológicas.

11 Sería un «sentido débil» porque no pretendo afirmar, con carácter general, en el ámbito teórico-jurídico, que en todos estos casos hay creación de normas. En tal sentido, no pretendo establecer, como decía, en esta sede una tesis acerca de tan controvertida cuestión como si los jueces crean derecho. Tampoco pretendo sostener que cuando existe creación de normas aquella sea *ex nihilo*. Al respecto, véase Barberis (2015).

12 Entendida en sentido estricto, es decir, como aplicación de las reglas lingüísticas, tanto del lenguaje natural como del jurídico, a disposiciones jurisdiccionales previas. Sin embargo, es preciso señalar que —toda vez que a la disposición se le puedan atribuir diferentes significados— elegir una interpretación como la única válida, o descartar alguna como inválida, constituye un acto de interpretación en sentido estricto, pero también un acto de creación judicial de derecho en la medida en que se establece una norma sobre la interpretación, producto que se debe (o no se debe) alcanzar al atribuir sentido a una disposición normativa.

aquellos vinculantes de los precedentes, la literatura es unánime al considerar que la *ratio decidendi* no es una norma de carácter individual, sino general. Si, por el contrario, se tratase de normas individuales que son aplicadas en casos posteriores, nos referiríamos a su empleo en la justificación de decisiones posteriores como extensión de la cosa juzgada.

Para que una decisión judicial (o cualquier decisión práctica) esté razonablemente justificada, aquella debe ser reducible a un silogismo práctico: un razonamiento deductivo que tiene como premisa mayor una norma, como premisa menor una descripción de un hecho, y como conclusión una norma individual. Dicho de otro modo: cuando estamos hablando de precedente, la norma que puede ser obligatoria para la resolución de casos posteriores (*ratio decidendi*) es siempre una norma de carácter general<sup>13</sup>, no una norma de carácter individual (como aquella que constituye el *decisum* de la sentencia).

En definitiva, los precedentes —al menos en lo relevante para determinar si afectan a la IJI— son decisiones judiciales que contienen una norma general nueva (por lo menos en el sentido de que no son el producto de la atribución de sentido lingüístico a disposiciones jurídicas previas) cuya (II.2) aplicación resulta (como veremos enseguida, o puede resultar) «obligatoria» para la decisión de casos posteriores similares.

#### II.1.2. La regla del (reconocimiento de los) precedente(s)

Los concretos precedentes, tales decisiones pasadas, no deben ser confundidos con la regla del precedente o regla del *stare decisis*. Con dichas expresiones se hace referencia a aquella metanorma que fija la obligatoriedad de seguir los precedentes.

No obstante, sería mejor, en concordancia con la tradición analítica en teoría del derecho, llamarla regla de reconocimiento de los precedentes. Ello debido a que no se trata de una norma que solo fije la obligatoriedad de seguir los precedentes, sino que es un conjunto de normas que, entre otras cosas, identifica qué sentencias pasadas cuentan como precedentes, regula sus conflictos y establece la competencia para crearlos, pero también para derogarlos, etcétera<sup>14</sup>.

Pero, además, ello nos coloca en la senda correcta para entender dos aspectos centrales del funcionamiento de los precedentes en todos los ordenamientos jurídicos: en primer lugar, que puede tratarse de una norma implícita, no expresamente formulada por el legislador; y, en

<sup>13</sup> Que sea una norma general no implica necesariamente que sea la premisa mayor del silogismo judicial, aunque nada lo impide. Antes bien, puede ser también una premisa normativa que justifica bien la premisa mayor, bien la premisa menor. Véase Guastini (2018b) y Núñez Vaquero (2016, 2018).

<sup>14</sup> Es preciso señalar, no obstante, que algunos autores, como Ruiz Manero (1991), consideran que la regla de reconocimiento es, en primer lugar, una norma que establece para los jueces la obligación de aplicar el derecho válido.

segundo lugar, como veremos en el siguiente apartado (II.2), que no se trata, en realidad, de una norma de obligación.

Analicemos el primero de los dos aspectos centrales de la práctica del precedente. Desde luego, la regla de reconocimiento hartiana y la regla del precedente guardan algunas importantes diferencias. La regla de reconocimiento hartiana identifica las normas (o textos normativos) válidas de todo el ordenamiento y es necesariamente producto de la práctica consuetudinaria (y convergente) de los jueces. Aquello que he llamado regla de reconocimiento de los precedentes se refiere solo a decisiones judiciales pasadas, y no hay razón para considerar que necesariamente deba ser producto de la práctica judicial convergente, aunque nada lo impediría.

En efecto, es perfectamente posible, en primer lugar, como sucede en muchos ordenamientos, que esta regla de reconocimiento de los precedentes sea una norma explícita, positivizada por el legislador como, por ejemplo, en Perú. En segundo lugar, también se ha dado el caso en el que es el propio órgano de cierre del ordenamiento quien declara que sus decisiones son vinculantes, sin tener base textual expresa para afirmar tal cosa, recurriendo a construcciones jurídicas. Pero, en tercer lugar, resulta importante no perder de vista que pueden existir normas que estructuran la práctica del derecho no expresamente emanadas por el legislador, ni ordinario ni constitucional. Es incluso posible que no haya sido formalmente declarado de este modo ni siquiera por ningún órgano supremo del ordenamiento, tratándose de una práctica convergente cuyo no seguimiento genera rechazo<sup>15</sup>. Del mismo modo que la regla de reconocimiento es producto de la práctica judicial convergente, es perfectamente posible que la regla del precedente sea una norma implícita, no expresamente formulada por el legislador ni por los órganos de cierre del ordenamiento.

Es importante subrayar este último aspecto para establecer si la práctica del precedente viola o no la IJI. La razón es que si el legislador no ha positivizado una regla del precedente pero, en los hechos, los tribunales actúan como si aquella existiese, ello afectaría igualmente la IJI de los jueces. Por tanto, al menos para quienes piensan que la existencia de un SP vinculantes puede afectar la IJI de los jueces, debería ser irrelevante que aquella norma haya sido expresamente formulada por el legislador, o que sea la práctica convergente de los tribunales la que considera que los casos posteriores deben ser obligatoriamente decididos de conformidad a cómo se decidieron los casos pasados similares.

15 «Rechazo» aquí no debe ser entendido como sanción jurídica, pero sí como sanción social, aunque sea solo propia de la comunidad jurídica. Ello se debe a que en muchos ordenamientos del *civil law*, el no seguimiento de precedentes no tiene consecuencia jurídica alguna. No obstante, en el ámbito de la cultura jurídica, muy frecuentemente se considera que el juez que decide casos similares de distinta manera injustificadamente está llevando a cabo su trabajo.

No conviene, por tanto, aferrarse demasiado, al menos en este contexto, a la distinción entre precedentes formalmente vinculantes y precedentes no formalmente vinculantes. La razón no es que la distinción no sea relevante: lo es, desde luego, si pretendemos reconstruir cómo ha surgido la práctica del precedente en un ordenamiento jurídico, pero no para determinar si aquellos son obligatorios.

Además de que un sistema no declarado de precedentes puede ser igual (o más) attentatorio contra la IJI que uno con norma expresa, existe otra razón para mantener la distinción anterior dentro de sus márgenes: la asociación de aquella con la distinción entre precedentes obligatorios y precedentes persuasivos. En efecto, frecuentemente se piensa que, por el hecho de que la regla de reconocimiento del precedente ha sido positivizada por el legislador, ello convierte en más obligatorio al seguimiento de precedentes. Pero vale también al contrario: se asocia que tal norma no haya sido positivizada por el legislador con que el seguimiento de decisiones previas sea algo voluntario o dependiente de que el juez posterior sea persuadido (sobre esta última cuestión volveré inmediatamente en el punto II.2).

Ambas afirmaciones deben ser descartadas. Las razones para ello son dos. La primera es que nada impide que el legislador, al fijar la regla de reconocimiento de los precedentes, imponga una obligación diferente al seguimiento como, por ejemplo, su mera mención, la justificación de su apartamiento, o considere su uso únicamente como una posibilidad. La segunda razón es que nada impide que la práctica judicial de algún ordenamiento considere, por ejemplo, en ausencia de disposición normativa expresa, que su tribunal constitucional es quien decide cómo ha de ser interpretada la constitución, debiendo el resto de órganos judiciales ajustar sus interpretaciones del texto constitucional a lo señalado, mediante sus sentencias, por tal tribunal constitucional.

La regla de reconocimiento de los precedentes es así la norma que indica cuáles son las decisiones judiciales pasadas, quién las puede dictar y su grado de obligatoriedad, entre otras cosas. Esta puede ser tanto una norma expresa formulada por el legislador, así como una norma implícita, generada por la práctica convergente de los tribunales o, como ha sucedido en varios ordenamientos (por ejemplo, en España o Colombia), dictada por algún tribunal. No obstante, no podemos derivar su obligatoriedad (o su falta) por razón de su origen. Se trata de dos cuestiones diferentes.

## II.2. La obligación de seguir los precedentes

Pero, bien vistas las cosas, y recuperando el parangón realizado con la regla de reconocimiento, es discutible que la regla que obliga a seguir los precedentes sea una que impone una obligación, o al menos que lo sea

necesariamente. Para entender la razón, en primer lugar, me ocuparé brevemente de qué quiere decir que los precedentes sean persuasivos para, en segundo lugar, descartar la idea según la cual la existencia de un SP implica que aquellos son necesariamente obligatorios.

#### II.2.1. La persuasividad

Para entender la razón por la que los precedentes no son obligatorios, es preciso volver, en primer lugar, sobre la persuasividad de los precedentes. En efecto, para dar cuenta de las diferentes formas en las que los precedentes son obligatorios, se ha hablado de diferentes grados de obligatoriedad en su seguimiento. En tal sentido, es lugar común en la literatura la creencia de que, si el legislador no ha impuesto específicamente su obligatoriedad, los precedentes serían meramente persuasivos (Summers & MacCormick, 1997; Moral Soriano, 2002, pp. 69 y ss.). Así las cosas, situados en una línea continua, habría un máximo y un mínimo de obligatoriedad de seguimiento de los precedentes: su aplicación inexcusable y la obligatoriedad meramente persuasiva.

No obstante, la expresión «obligatoriedad persuasiva» parece resultar antitética, una contradicción en sus propios términos: si un precedente es persuasivo, entonces no es obligatorio. Sin embargo, no se trata exactamente de dos propiedades incompatibles debido a que una norma —más allá de que tenga origen legislativo o haya sido formulada en una decisión judicial previa— puede ser, al mismo tiempo, persuasiva y obligatoria. Tal sería el caso en el que, por ejemplo, una norma emanada por el legislador me pareciese justa (persuasiva) y, simultáneamente, tuviese la obligación de obedecerla.

La persuasividad parece, antes que una propiedad que gradúa la obligatoriedad, la razón por la que se considera que algo es obligatorio: porque el contenido resulta convincente. De este modo, antes que contraponerse o modular la obligatoriedad, se opondría a que aquella sea considerada una norma a incorporar en el razonamiento por razón de su origen<sup>16</sup>. La persuasividad es así una propiedad que hace referencia a las razones por las que un agente considera incorporar una norma a su razonamiento, no a su grado de obligatoriedad.

La gradualidad, entonces, parece hacer referencia más bien a los diferentes comportamientos que pueden ser considerados obligatorios<sup>17</sup>, pero no a que una obligación sea más fuerte o más débil. En tal sentido,

<sup>16</sup> No debe excluirse la posibilidad de que el razonamiento para considerar si una norma ha de entrar a formar parte del razonamiento jurídico combine ambos aspectos: el origen y el contenido.

<sup>17</sup> De hecho, carece de sentido graduar la obligatoriedad si aquello implica que un comportamiento es calificado deónticamente, lo que no admite grados. Se trata, cuando hablamos de normas, de una forma metonímica de expresarse pues no se está diciendo nada del operador deóntico, sino del comportamiento regulado.

podría hablarse de diferentes reglas del precedente que regulan comportamientos diferentes como, por ejemplo, decidir los casos exactamente de la misma manera sin excusa alguna, tenerla en cuenta, citarla cuando resulte aplicable, ser condición suficiente para habilitar algún tipo de recurso, aplicarla a menos que se produzca una antinomia con normas de rango jerárquico superior, etcétera (Summers & MacCormick, 1997; Chiassoni, 2012, p. 235).

Así las cosas, la regla del precedente podría regular diferentes comportamientos, y de hecho la regulación de aquel en diferentes ordenamientos así lo muestra; pero resulta extraño hablar de diferentes grados de obligatoriedad, al no ser los operadores deónticos predicables gradualmente. La gradualidad en la obligatoriedad de los precedentes no corresponde entonces a una modulación de la intensidad de la obligación, sino a diferentes comportamientos calificados jurídicamente.

#### II.2.2. La regla del precedente como norma constitutiva

Una vez establecido que no se trata de que la regla del precedente pueda establecer como obligatorio el seguimiento de precedentes de manera gradual —habiendo concluido que, antes que frente a una gradualidad de la obligación, estaríamos ante una diversidad de comportamientos regulados—, corresponde ahora preguntarnos si, en realidad, se trata de una norma de obligación.

Existen buenas razones para dudar de que la norma que establece la obligatoriedad de seguir los precedentes sea una norma de obligación. La principal razón es que raramente los jueces son sancionados cuando no siguen los precedentes «obligatorios»<sup>18</sup>. Si bien puede ser que un ordenamiento jurídico considere posible<sup>19</sup> citar decisiones judiciales pasadas para justificar la decisión de casos posteriores similares, pero no le atribuya ninguna consecuencia jurídica al alejamiento del precedente, cuando se prevé alguna consecuencia, aquella consiste en la anulación de la sentencia, no en la sanción de los jueces.

No se trata únicamente de que la consecuencia más frecuente —cuando se contempla alguna consecuencia jurídica por el no seguimiento— sea la nulidad de la sentencia. Aunque existe algún ordenamiento, como el colombiano, que considera que el juez que no sigue el precedente incurre en delito de prevaricación, sería extremadamente raro que se sancionase al juez, pero no se anulase la sentencia. Basta imaginar el

<sup>18</sup> Los casos son rarísimos. El más significativo es el caso colombiano, donde los jueces pueden ser objeto de procedimientos disciplinarios por su no seguimiento y, además, acusados de prevaricación. Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Colombia (Sala Penal), 10 de abril de 2013, 39456, Acta N° 106.

<sup>19</sup> Pero de aquí no se puede seguir que sean permisos. La única función que podría cumplir una norma que considerase como permitido citar precedentes es que el sujeto que lo hace no sea sancionado. Pero ello no nos dice nada sobre la validez de la decisión así producida.

caso en el que el juez, movido por consideraciones estratégicas, decida no seguir el precedente, pese a la sanción, porque por alguna razón le resulta conveniente no hacerlo. En tal caso, sería extraño decir que existe un SP y no simplemente un ordenamiento que sanciona a sus jueces por el contenido de sus decisiones.

Pero, si este es el caso, y la consecuencia más frecuente y normal del no seguimiento de precedentes es la nulidad, y no la sanción al juez, ello quiere decir que la «obligación» de seguir el precedente no es en verdad una obligación. No es, dicho de otro modo, una norma prescriptiva imperativa que obligue al juez, so pena de sanción, a decidir los casos del mismo modo que fueron decididos en el pasado<sup>20</sup>.

Por el contrario, si la consecuencia es la nulidad de la sentencia, entonces se trata de una norma que define o delimita la competencia del juez para dictar sentencias válidas. Dicho en términos más generales: no sería una norma prescriptiva, sino una norma constitutiva<sup>21</sup> que define las reglas para que una decisión cuente como sentencia válida.

La regla del precedente no es una norma que califique el seguimiento de precedentes como obligatorio en diferentes grados, siendo el menor la mera persuasividad. Ello se debe a que no se trata de una obligación gradual (lo que no parece ser una expresión muy feliz), a que los precedentes no pueden ser obligatorios persuasivamente, y a que ni siquiera es una obligación. Por el contrario, dado que la consecuencia asociada al no seguimiento de los precedentes es la nulidad de la sentencia, entonces es posible sostener que la regla (de reconocimiento) del precedente es una norma que viene a delimitar la competencia de los jueces para dictar sentencias, de modo tal que una sentencia puede llegar a ser inválida si —dependiendo de cada ordenamiento— no sigue, no menciona, no tiene en cuenta, etcétera, cómo se han decidido los casos similares en el pasado.

### III. INDEPENDENCIA JUDICIAL INTERNA

Para comenzar, resulta necesario establecer una primera caracterización general de la independencia judicial. Pues bien, aquella sería el conjunto

20 Son necesarias dos aclaraciones. Primera: estoy entendiendo que existe una obligación cuando hay una norma que califica como obligatorio un comportamiento. Segunda: es posible que además de norma constitutiva haya también norma prescriptiva que considere como obligatorio, aun sin sanción, seguir los precedentes. Lo que afirmo es que mientras que puede haber SP sin normas prescriptivas, pero no puede existir sin norma constitutiva.

21 Estoy concibiendo la distinción entre normas constitutivas y normas prescriptivas como una división exhaustiva y excluyente desde el punto de vista estructural. De este modo, una norma prescriptiva es aquella que asocia un caso genérico con un operador deónitico; una norma constitutiva es aquella que asocia un caso genérico con otro caso genérico. Ejemplo de norma constitutiva es «La araucaria es el árbol nacional de Chile»; ejemplo de norma prescriptiva sería «Prohibido talar el árbol nacional». Estos ejemplos me parece que permiten dar cuenta de que una norma prescriptiva puede calificar deónticamente un supuesto de hecho establecido por una norma constitutiva.

de garantías —en este sentido, normas jurídicas— destinadas a que ningún juez se vea sometido a presiones extrañas al derecho a la hora de juzgar. Cuando hablamos de independencia externa, tales presiones pueden venir del legislativo o del ejecutivo, mientras que en el caso de la IJI, aquellas provendrían de los órganos superiores del propio poder judicial.

Qué es aquello que protege la IJI parecería claro: que los jueces puedan cumplir su deber de fallar de manera imparcial, esto es, no movidos por razones extrañas al propio derecho<sup>22</sup>. Sin embargo, cuáles sean estas garantías y por qué se ha de proteger la imparcialidad judicial no es tan claro.

Corresponde ahora detenernos a analizar con más detalle qué es la IJI con el objetivo de establecer cómo o en qué sentido aquella podría verse dañada por la presencia de un SP vinculantes. Para ello partiré analizando (III.1) qué justifica la institución de la IJI para, a continuación, (III.2) presentar tres formas en las que puede ser entendida la IJI que podrían chocar con un SP vinculantes.

### III.1. ¿Por qué la independencia judicial interna?

Según Perfecto Andrés Ibáñez (2019, pp. 166 y ss.), las preocupaciones sobre una posible falta de independencia de los jueces por verse sometidos a presiones —ya no desde fuera, sino precisamente— desde dentro del propio poder judicial tienen fecha y origen más o menos claros: la Italia inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial. No obstante, su justificación sería muy anterior, remontándose, al menos, hasta el Montesquieu que aboga por la separación de poderes, pero también en la mucho más antigua igualdad formal ante la ley. En efecto, la IJI de los jueces respecto de la totalidad del poder judicial tendría así una doble fundamentación: en primer lugar, a través de la idea de (III.1.1) separación de poderes; en segundo lugar, a través de la idea de (III.1.2) igualdad formal ante la ley (o en la aplicación de la ley)<sup>23</sup>.

Con el objetivo de proceder de la mejor manera posible, a los fines de determinar si la IJI choca con la idea de precedentes, analizaré ambas fundamentaciones por separado. Finalizaré analizando cómo, pese a estar conectadas, ambas justificaciones mantienen un postulado que las

22 Aquí estoy optando por reconstruir la IJI como una de las garantías de la imparcialidad, entendida como la obligación de los jueces de decidir exclusivamente con base en razones jurídicas. Otros, como Aguiló o Rondini, prefieren reconstruir la independencia e imparcialidad, respectivamente, como la obligación del juez de decidir más allá de influencias externas al proceso e internas al proceso. Cfr. Aguiló (1997, p. 771; 2003, pp. 50, 52) y Rondini (2019, p. 3).

23 Nótese que la IJI no es un fin en sí mismo, sino un medio para otros fines: hay IJI para que haya separación de poderes y para que haya igualdad formal ante la ley. Ello es relevante porque en algunas ocasiones parecería que aquella es una norma de corrección, intrínsecamente valiosa. Sin embargo, si de un valor instrumental se trata, parecería que tendríamos que estar dispuestos a renunciar a ella si no consigue alcanzar los fines predispuestos, o si tales fines fueran alcanzable por otros medios.

hace, en alguna medida, colisionar: (III.1.3) la figura del juez como boca de la ley.

### III.1.1. Separación de poderes

Como es bien sabido, la idea de separación de poderes le suele ser atribuida al Montesquieu de *El espíritu de las leyes* (1748/2002, pp. 245 y ss.)<sup>24</sup>. Dado que no es el objeto principal de este trabajo perfilar en qué consiste la independencia judicial externa (esto es, la no injerencia en la función jurisdiccional por el resto de poderes del Estado), me concentraré en los aspectos más relevantes de la separación de poderes en relación a la IJI. No obstante, es preciso señalar que ambos tipos de independencia son funcionales a la imparcialidad, esto es, a que los jueces emitan sus decisiones solo conforme a derecho.

La separación de poderes, en relación al poder judicial, adquiriría una particular forma. En efecto, según Montesquieu, el poder judicial sería (debería ser) un poder nulo y, en cuanto tal, difuso, no jerarquizado ni de competencias concentradas (aunque fuesen ulteriormente delegadas), sino un poder que reside en todos y cada uno de los jueces (Aguiló, 1997, p. 74). Ello se debería a que el judicial es un poder que no corresponde (debe corresponder), a diferencia de los otros dos poderes, a un concreto órgano, sino a todos y cada uno de los jueces por igual. Así se afirma —una de las vistosas afirmaciones que aparecen cuando de independencia judicial se habla (para defenderla)— que todos los jueces encarnan el poder judicial (Bordalí, 2003, p. 159), no existiendo relaciones jerárquicas ni de subordinación entre los jueces, aunque ellos estén situados en diferentes sedes judiciales (o unos tengan la competencia para revisar las sentencias de los otros)<sup>25</sup>.

Más allá de la abundantísima literatura secundaria sobre la obra de Montesquieu, aquí me interesa la razón por la que los jueces deben ser independientes. En efecto, según Montesquieu, un poder concentrado sería un poder fuerte, y un poder judicial fuerte (jerarquizado y de competencias concentradas en un único órgano, y posteriormente delegadas a los jueces) puede constituir —o directamente constituye— un poder peligroso para los otros dos poderes. Más en concreto: un poder judicial concentrado puede resultar peligroso para el poder democrático pues, como ya ha sucedido anteriormente en el pasado, aquel podría sentir la tentación —o algo más que la tentación— de, mediante la interpretación, doblegar la voluntad del legislador democrático. Dicho

24 No obstante, es preciso señalar que es posible encontrar no una, sino tres formas de entender la separación de poderes, todas ellas atribuibles a Montesquieu. Al respecto, véase Barberis (2008, p. 141).

25 Si de jerarquía se quiere hablar, la única que se podría establecer es entre las normas individuales dictadas por aquellos. En tal sentido, se podría decir que un tribunal es superior a otro si, toda vez que se dé incompatibilidad entre dos normas individuales de origen judicial, una de las dos queda anulada (en virtud de una tercera norma, esta general, que señala cuál debe prevalecer).

de otro modo: la IJI es un mecanismo que sirve para el control del propio poder judicial considerado globalmente; y ello, a su vez, sirve como una garantía para el respeto a la voluntad legislativa. Es decir, hay IJI para que el poder judicial, considerado globalmente, no constituya un poder —no nulo, sino— capaz de torcer la voluntad de los otros dos poderes y, siendo el caso, la voluntad democrática<sup>26</sup>.

La conexión con la famosa tesis del juez como mera boca de la ley es del todo evidente: por la misma razón que se desea que los jueces sean individualmente (internamente) independientes, se quiere que sean únicamente correas de transmisión (aplicación) del legislativo. De este modo, no deben verse sometidos al poder de un órgano jerarquizado, para poder solo cumplir su deber de ser, precisamente, boca de la ley. Volveré enseguida (*infra III.1.3*) sobre este punto.

Así las cosas, esta primera justificación de la IJI de los jueces no es más que una garantía de la primacía del legislador democrático(s): jueces interna o individualmente independientes para evitar que, en la aplicación del derecho, se doblegue la voluntad legislativa. Para que esta última no corra peligro, es preciso que el judicial sea un poder nulo; y, para ello, es preciso que sea un poder difuso<sup>27</sup>. De aquí la necesidad de la IJI: ningún juez tiene que estar a lo dispuesto por otros miembros del poder judicial.

### III.1.2. Igualdad formal (en la aplicación de la ley)

El segundo fundamento que se puede reconstruir, para justificar la IJI, es el igual tratamiento de los justiciados. Se trata, ni más ni menos, de que nadie sea juzgado mediante criterios diferentes (o ulteriores) a aquellos previstos por el propio derecho, estableciendo una diferencia de trato injustificada<sup>28</sup>. Aquello que se pretende impedir es que los jueces, a la hora de resolver las causas sometidas a su competencia, reciban presiones para introducir en su razonamiento consideraciones ajenas al derecho.

De este modo, ningún justiciado recibirá trato de favor ni perjuicio porque él mismo o un tercero (aquí, órganos superiores del poder judicial) interceda de manera irregular en el proceso, intentando que el

26 Afirma Igartua, en relación al artículo 117.1 de la Constitución española, el cual dice que «La justicia emana del pueblo», que debe entenderse que la función primordial de la jurisdicción es aplicar la voluntad de la soberanía, estando sometida la primera a la segunda (2006, p. 68).

27 De manera similar se expresan Díez-Picazo (2004, pp. 407-408) y Montero Aroca (1999, p. 103).

28 Como es evidente, esta justificación no aparece completamente desconectada de la anterior debido a que la separación de poderes también está llamada aquí a jugar un papel determinante: un poder judicial concentrado y jerarquizado es mucho más susceptible de ser influido por los otros dos poderes, siendo más probable que así se desvirtúe el mandato de juzgar solo de conformidad a la ley; es decir, en igualdad. Pero, nótese, parece presuponerse aquí que un mayor número de jueces haría más difíciles posibles interferencias de los otros dos poderes, porque resulta mucho más difícil influir sobre todos y cada uno de los jueces de un ordenamiento jurídico que sobre el reducido grupo de jueces que forman parte de los órganos de la cúspide judicial y que podrían transmitir, verticalmente, órdenes provenientes de otros poderes del Estado.

juez decida por alguna otra razón diferente a la expresamente prevista por el derecho; en el caso de la independencia judicial interna, ningún órgano superior que no sea el competente para juzgar la controversia. Lo único relevante para el juez es (debe ser), por tanto, el derecho, excluyendo cualquier tipo de razón no jurídica que alguien intente introducir en el proceso.

Para entender en qué sentido la igualdad formal justifica la IJI es, no obstante, necesario señalar que dichas interferencias pueden tener, en relación a la IJI, dos orígenes muy diferentes, ambos relevantes si lo que nos preocupa es cómo puede afectar la existencia de un SP a la IJI.

- i. Un primer conjunto de interferencias provendrían de elementos ajenos al juez que puedan condicionar directamente su decisión. Es decir, la llamada o la orden directa de tribunales superiores para que decida de una determinada manera.
- ii. El segundo conjunto de factores puede ser mucho más peligroso, por no ser perceptible a simple vista ya, que forma parte de la forma de organización judicial. En particular, pueden resultar atentatorios a la IJI todos aquellos premios, incentivos y castigos que puede recibir un juez para decidir de una determinada manera porque el modo en que resuelva le puede reportar beneficios o penurias dentro de la administración u organización del poder judicial. Aquí no nos estamos refiriendo a la prevaricación judicial<sup>29</sup>, sino que, dentro de las posibilidades que permiten los textos normativos, el juez opte por alguna que le permita evitar alguna sanción u obtener algún premio en términos de prestigio, ascenso, o remuneraciones<sup>30</sup>, produciéndose un mandato implícito de adaptación (Andrés Ibáñez, 2019).

La igualdad formal no consiste, sin embargo, únicamente en que los jueces utilicen los mismos textos legales para decidir las mismas controversias. Imagínese, en este sentido, un mismo juez que, frente a dos situaciones similares, utilice los mismos textos legales, pero les diera una interpretación completamente diversa. La igualdad formal ante la ley que justifica la independencia judicial no consiste —no puede consistir— porque carecería de significado relevante— únicamente en el uso de los mismos textos, precisamente porque un mismo juez podría emplear

---

<sup>29</sup> No se puede dejar de llamar la atención sobre lo que señala Víctor Ferreres (2010, pp. 60-61), según el cual los jueces del *common law* no ven ningún problema de IJI en que el uso del precedente sea obligatorio, pero sí en que existe el delito de prevaricación judicial. De manera similar, no surgen problemas sobre cuestión prejudicial, donde los jueces detienen sus procesos toda vez que surge una duda acerca de la validez y/o aplicabilidad de normas.

<sup>30</sup> El límite a esta idea sería la prevaricación. En tal sentido, se podría afirmar que, desde este punto de vista, la única razón de tipo prudencial que, desde esta perspectiva, debería formar parte del razonamiento judicial a la hora de decidir un caso es evitar incurrir en prevaricación. El resto de razones no deben ser prudenciales en el sentido de evitar algún castigo o recibir algún premio.

un mismo texto legal para decidir dos controversias pero, movido por presiones de sus superiores, dar una interpretación completamente diferente de aquel en uno y otro caso. La igualdad formal aquí no es únicamente aplicación del mismo texto legal, sino aplicación del mismo texto legal por razones jurídicas, no ajenas al derecho.

Ello, desde luego, no implica que los jueces deban interpretar el derecho siempre del mismo modo, pero todo cambio en la aplicación del derecho debe estar justificado en razones internas al propio derecho. Parece entonces estar presuponiéndose que, siempre dentro de las razones del derecho, la tarea del juez supone algún grado de ajuste desde el texto legal a la resolución del procedimiento objeto de su jurisdicción: el conjunto de razones jurídicas permiten adaptar la decisión.

Nótese, entonces, que aquello que protege la IJI no es la igualdad ante la ley, entendida como aplicación de la ley exactamente del mismo modo en todos los casos. Lo que se protege son las razones para aplicar el derecho de una u otra manera: que no sean razones extrañas al propio derecho las que justifiquen y lleven al juez a decidir de uno u otro modo<sup>31</sup>. Ahora bien, si así están las cosas, esta tesis está presuponiendo que, frente a un caso, hay varias formas posibles o aceptables, basadas en el propio ordenamiento, de aplicar el derecho (Aguiló, 2003). En efecto, si solo hubiese una forma de aplicarlo, la llamada del superior o los posibles beneficios por decidir de una determinada manera simplemente serían irrelevantes: si solo hay una forma de decidir, ¿qué más da que te llamen o que haya incentivos indirectos? Cualquier otra decisión, sabiendo que hay una que es correcta y el resto no, implicaría incurrir en prevaricación.

### III.1.3. (¿)El juez boca de la ley(?)

Ambas justificaciones parecen colisionar entonces en un aspecto importante. Según la justificación de la separación de poderes, los jueces deben ser meras correas de transmisión de la voluntad democrática, no introduciendo ningún criterio diverso a la ley a la hora de tomar sus decisiones. Pero, según la igualdad en la aplicación de la ley, aunque los jueces no tengan que decidir siempre del mismo modo, deben tener margen para elegir cuál es —a partir, claro está, de los textos legales y de las razones jurídicas— la mejor forma en la que se ha de resolver la controversia. Estamos, parece, frente a un dilema: bien los jueces deben ser independientes para ser boca de la ley (no introduciendo cuestión alguna diferente al dictado de la propia ley), bien deben ser

<sup>31</sup> En este contexto, resulta completamente razonable pensar que el contexto de descubrimiento de las decisiones judiciciales es relevante. En efecto, si bien frecuentemente no se puede descubrir sin más tal contexto, lo cierto es que sí puede serlo en algunas ocasiones, o al menos tenemos importantes razones para atribuir cierto contexto de descubrimiento a determinadas decisiones judiciales. Los últimos escándalos que se han producido en el Perú a raíz de diversas interceptaciones telefónicas a jueces son buen ejemplo.

independientes para interpretar de la manera que consideren más adecuada según las razones jurídicas en juego.

La anterior disyunción constituye, no obstante, un falso dilema: nadie puede ser boca de la ley<sup>32</sup>, o al menos no en el sentido que frecuentemente se le atribuye normalmente a la expresión. La interpretación y aplicación del derecho está —como diría Guastini (2018b, p. 54)—, si no siempre, casi siempre, mediada por una serie de elecciones. Ello no implica que los jueces decidan (siempre) con base en sus gustos personales, o razones puramente políticas (entendiendo por esta última una determinada concepción de lo bueno o de lo justo). Por el contrario, los jueces interpretan y aplican el derecho: en algunas ocasiones, con base en razones políticas; en otras, con base en razones prudenciales (evitar el castigo, conseguir el premio); pero en otras todavía, la mayoría, con base en razones jurídicas.

Las razones jurídicas son el conjunto de creencias, descriptivas y normativas, acerca de cómo es (o cómo debería) ser el derecho, cómo debe ser interpretado, teorías generales de una parte del ordenamiento (del delito, del tributo, del contrato, etcétera), cuál debe ser el método jurídico, etcétera. (Núñez Vaquero, 2012), que, de hecho, son consideradas como admisibles dentro de una comunidad jurídica para justificar una decisión o para esgrimir frente a un tribunal (Núñez Vaquero, 2011). Sin embargo, todo jurista avezado sabe que las razones jurídicas no constituyen un conjunto perfectamente coherente, sino que están plagadas de desacuerdos e incoherencias.

Afirmar entonces que los jueces deben ser independientes implica afirmar que deben decidir las controversias conforme a derecho, basándose en los textos jurídicos, no dando entrada en su razonamiento a nada más que razones jurídicas (Aguiló, 2003, p. 51). Pero, aunque se rechace una teoría escéptica en materia de interpretación, son muy pocos quienes sostienen que la interpretación y aplicación del derecho sea siempre una actividad de carácter cognitivo. Y ello se debe, justamente, a esta falta de coherencia de las razones jurídicas.

Si los jueces no pueden ser estrictamente boca de la ley, y tienen que (no pueden no) realizar elecciones a la hora de interpretar y aplicar el derecho, ello reconfigura los términos en los que debe ser entendida la IJI. Ya no se trata, por tanto, de que los jueces deban ser independientes para estar sujetos solo a ley, sino que han de ser internamente independientes para elegir la interpretación de los textos jurídicos que consideren mejor, movidos solo por el conjunto de razones jurídicas.

---

32 Esto es admitido incluso por quienes consideran que la IJI choca con el precedente. Al respecto, ver Taruffo (2009, p. 88) e Igartua (2006, p. 74).

### III.2. ¿Qué independencia judicial?

En este apartado pretendo analizar, a la luz de lo dicho anteriormente, cuáles serían los aspectos de la IJI que podrían colisionar con la existencia de un SP vinculantes. Para ello, con el objetivo de mostrar en qué modo puede ser lesivo para la IJI un SP vinculantes, presupondré uno en el que el no seguimiento de la decisión pasada (en sentido estricto, de la que es considerada su *ratio decidendi*) sea razón suficiente para la anulación de la sentencia posterior que decide diversamente respecto del precedente.

De este modo, voy a distinguir tres aspectos en los que un SP puede colisionar con la IJI: (III.2.1) la presencia de incentivos, premios, amenazas o sanciones por el hecho de seguir o no el precedente; (III.2.2) la posibilidad de recibir órdenes por parte de los supuestos superiores jerárquicos acerca de cómo se deben decidir los casos sometidos a la jurisdicción de cada juez; y, finalmente, (III.2.3) la posibilidad de que los órganos superiores dicten normas que vengan a colmar lagunas en el ordenamiento.

Concluiré que la relación de las dos primeras formas de entender la independencia judicial es meramente contingente —o, dicho de otro modo, que los precedentes no implican sanciones ni son normas individuales— y que, si el precedente puede generar problemas de IJI, es cuando los órganos superiores vienen a decirle a los inferiores cómo deben interpretar o aplicar el derecho, imponiendo las que consideran sus razones jurídicas.

#### III.2.1. Incentivos, premios, amenazas y sanciones

El primer aspecto de un SP que podría chocar la IJI es cuando los jueces tienen razones de índole personal —posibilidades de ascenso, no verse afectados negativamente por decisiones que puedan tomar, etcétera— para seguir (o no) el precedente. En este punto, no caben muchas dudas: si la decisión del juez se ve condicionada por el hecho de verse beneficiado o perjudicado por el contenido de su decisión, esto constituye una flagrante e inaceptable intromisión en su independencia, que puede violar tanto la supremacía de las normas legislativas así como la igualdad ante la ley de los justiciados.

Teniendo claro lo anterior, la pregunta que surge, no obstante, es qué tiene que ver esto con un SP, incluso aunque su seguimiento condicione totalmente la validez de la decisión posterior. Ciertamente, si algún efecto tiene el no seguimiento de precedentes, aquel es la nulidad de la sentencia, no la sanción al titular del órgano, como tampoco recibir incentivos o premios.

Desde luego, puede darse el caso, y de hecho se da, de que el no seguimiento del precedente acarree sanciones, directas o indirectas, para el titular del órgano jurisdiccional, como en el caso de Colombia, donde la

Corte Suprema lo ha considerado como parte del tipo de prevaricación<sup>33</sup>. Y también, claro está, se produce cuando, más sutilmente, se condiciona la promoción de los jueces al seguimiento de precedentes.

Ahora bien, que los jueces reciban premios o incentivos por el contenido de sus sentencias, es algo independiente de cualquier SP. De hecho, es perfectamente posible un SP —cuyo no seguimiento acarree la nulidad automática del órgano que se separa— sin que haya ni una sola sanción. Pero también lo contrario: que haya sanciones para los jueces por sus decisiones por razones diferentes del seguimiento de precedentes. Lo que resulta lesivo no es tal SP, sino la presencia de cualquier tipo de mecanismo que permita sancionar (premiar, incentivar) a los jueces por el contenido de sus decisiones.

Un claro ejemplo de lo anterior se da en Chile, donde hay problemas de IJI en este sentido —pues los ascensos pueden verse condicionados por el contenido de los fallos—, pero no teniendo formalmente SP, al menos no en todos los ámbitos<sup>34</sup>. Ahora bien, un SP no implica de por sí ningún tipo de sanciones, sino que los problemas con la IJI vienen de la potestad para sancionar (o premiar) a los jueces. Por esta razón es plausible afirmar que la presencia de un SP no choca, al menos en este aspecto, con la IJI.

### III.2.2. Órdenes provenientes de órganos «superiores»

El segundo aspecto en que la IJI podría verse afectada, en el caso de que existiese un SP fuertemente vinculantes, es si entendemos aquella como la prohibición de recibir órdenes por parte de los órganos (supuestamente) superiores jerárquicamente. Desde luego, se trata de una de las formas más burdas de violación de la IJI<sup>35</sup>: cuando es un juez de una instancia superior quien se comunica directamente con el titular de un órgano inferior para darle órdenes o instrucciones acerca de cómo debe decidir un determinado caso. Tan burda y brutal es esta violación de la IJI, que es relativamente raro que se dé y, cuando sucede, el escándalo suele ser —cuando sale a la luz— enorme.

Ahora bien, existen formas más sutiles de que los órganos superiores den órdenes a jueces de instancias judiciales inferiores; precisamente, a través de algunos mecanismos procesales recursivos que consisten, justamente, en que el órgano superior le dice al inferior cómo ha de

33 No hay que olvidar, sin embargo, que la prevaricación no constituye un tipo objetivo, sino que es necesaria la intención del juez de decidir alejándose del derecho, y no simplemente la disidencia basada en que la creencia de que el derecho, sencillamente, dice otra cosa.

34 En particular, recientes estudios han mostrado cómo la jurisprudencia de las altas cortes resulta zigzagueante, por lo que su seguimiento resulta muy complicado, no pudiendo ser evaluados los jueces por su separación o alejamiento respecto de las decisiones de los casos anteriores similares (Vergara Blanco, 2019).

35 Un ejemplo excelente se encuentra en el artículo 226 del Código Penal chileno, que sanciona penalmente a los jueces que «no cumplan las órdenes que legalmente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes».

fallarse un determinado caso: la casación con reenvío (Bordalí, 2003, p. 160). En efecto, en estos casos la sentencia casatoria no se dedica únicamente a anular el fallo y a dictar la sentencia de sustitución. Por el contrario, mediante este instrumento procesal, el órgano superior le dice al inferior, en algunas ocasiones, que no puede decidir un determinado caso de una determinada manera y, en otras, directamente cómo ha de decidirlo.

Las relaciones entre casación y precedentes no son sencillas (Nieva Fenol, 2019; Mitidiero, 2019; Romero Seguel, 2004; Taruffo, 2019). Aunque no es exactamente el tema de este trabajo, casación y precedente son, al menos, equivalentes funcionales, lo que quiere decir que algunas de las funciones que cumplen son las mismas (Romero Seguel *et al.*, Arancibia & Martínez Estay, 2013). Pero, evidentemente, equivalencia funcional no es lo mismo que identidad y, pese a sus parecidos, diferencias las hay. En particular, algo que no tiene el precedente, y sí en cambio la casación (al menos algunas versiones de la misma), es la posibilidad de dar órdenes directas a órganos acerca de cómo decidir concretos casos.

Como se ha visto, aquello que caracteriza un SP es que un órgano jurisdiccional emplea una norma, por él creada, para resolver el caso objeto de su decisión, y que aquella puede ser relevante para la decisión de casos posteriores (o incluso que su no seguimiento implique la nulidad de las decisiones posteriores sobre casos similares). Ahora bien, aquello que resulta vinculante para casos posteriores es una norma general, no una norma individual ni orden dirigida a ningún juez individual. En caso contrario, si se tratase de una norma individual, o fuese dirigida a un singular juez o grupo de jueces, aquello no sería un precedente, sino una extensión de la cosa juzgada o una casación — como hemos visto — con reenvío.

No se trata, en el caso de los precedentes, de que los órganos superiores den órdenes a los jueces inferiores, sino de la vinculatoriedad para jueces posteriores que se encuentren con casos similares de una norma de carácter general que regula —no un concreto comportamiento ni dirigida a un singular sujeto, sino— un supuesto de hecho y dirigida a la totalidad de los jueces<sup>36</sup>.

### III.2.3. Emanación de normas generales vinculantes (sobre interpretación y aplicación) para la decisión de casos posteriores

El tercer aspecto de la IJI que podría chocar con un sistema de precedentes consiste en que los jueces inferiores reciban, de parte de órganos superiores, normas generales, de carácter no legal, que colman

<sup>36</sup> Podría, no obstante, producirse una situación similar a la casación con reenvío allá donde los precedentes tuviesen eficacia retroactiva. Pero, además de tratarse de una forma de precedentes no precisamente frecuente, lo cierto es que tampoco constituye orden ni prescripción individual alguna.

lagunas en el ordenamiento y condicionan la validez de la sentencia posterior.

Para no complicar en demasía el análisis, y dado que es el tipo más frecuente de precedentes, me concentraré en analizar únicamente cómo puede afectar a la IJI la presencia de normas sobre la interpretación y aplicación del derecho, empleadas en la justificación de decisiones previas, dictadas por los órganos de vértice del ordenamiento: es decir, precedentes interpretativos (en sentido amplio). A tal fin, para especificar en qué modo dotar de vinculatoriedad a normas interpretativas empleadas por órganos superiores, es preciso distinguir: en primer lugar, a) entre interpretación en sentido estricto y construcción jurídica; y b) entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto.

1. *Interpretación en sentido estricto y construcción jurídica.* En qué consiste la interpretación del derecho es en realidad una cuestión debatida en el ámbito teórico jurídico, distinguiendo autores como Lifante, Gianformaggio o Wrobleksi (por todos, Lifante, 2018) entre diferentes conceptos de interpretación. Aquí, no obstante, utilizaré un (a.1) concepto mínimo de interpretación como atribución de sentido a un texto normativo, mediante los criterios y técnicas interpretativas —reglas del lenguaje natural y del lenguaje jurídico— vigentes en una determinada comunidad jurídica. Desde este punto de vista, será interpretación jurídica aquel acto que deriva, aplicando las reglas interpretativas vigentes en una comunidad jurídica, una norma a partir de un enunciado normativo (Guastini, 2016, p. 327). Por el contrario, serán acto de (a.2) construcción jurídica todas aquellas normas que son derivadas de cualquier otro modo diferente a este (Guastini, 2016, p. 355): desde la ponderación y concreción de principios hasta la ordenación de normas jurídicas, pasando por resolución de antinomias en concreto.
2. *Interpretación en abstracto e interpretación en concreto.* Si bien esta segunda distinción está formulada en relación a la interpretación, y no a la construcción, se puede extender la diferencia en abstracto/en concreto también a la segunda (Guastini, 2018, p. 17). En efecto, hablamos de (b.1) interpretación en abstracto cuando la atribución de sentido al texto normativo (o construcción de norma implícita) se realiza más allá de la resolución de cualquier caso individual, estableciendo el (o uno de los) significado(s) del texto normativo. Por su parte, hablamos de (b.2) interpretación en concreto toda vez que el acto interpretativo viene a ajustar el contenido normativo expresado en la disposición para hacerla aplicable o inaplicable a algún concreto caso. De este modo, la interpretación en abstracto viene a fijar el sentido de

la disposición (resolviendo posibles problemas de ambigüedad), mientras que aquella en concreto viene a precisar el contenido normativo (resolviendo problemas de vaguedad).

Con estas distinciones en mano, es posible analizar ahora en qué sentido la existencia de un SP puede violar la IJI, entendida como el sometimiento a normas que vienen a regular la actividad interpretativa y aplicativa.

No obstante, antes de pasar a analizar cada una de las posibilidades, queda un último punto por aclarar. A saber: si la existencia de un sistema vinculante de precedentes ataca la IJI, no se debe a la mera existencia de normas sobre cómo deben ser interpretadas, sino —habiéndose descartado la presencia de sanciones o premios, que nada tienen que ver con un SP— a que las decisiones judiciales de órganos inferiores sean anuladas por no seguir los precedentes de los órganos superiores. De este modo, lo que se está afirmando implícitamente es que la única forma en que la IJI sería respetada es si la competencia para decidir el caso de manera definitiva queda en manos del órgano inferior (salvo, tal vez, en el caso de error de derecho y prevaricación). Si así están las cosas, entonces lo único que respeta la independencia judicial es que corresponda a cada juez la competencia para establecer cómo se ha de interpretar y aplicar el derecho.

Pues bien, la primera posibilidad es que a) la IJI se vea afectada por el hecho de que los tribunales superiores emanen normas acerca de cómo deben ser interpretados en sentido estricto y en abstracto los enunciados normativos. Y, desde el punto de vista complementario, que debe ser cada órgano judicial quien determine cómo han de ser interpretadas, en abstracto, las disposiciones jurídicas.

La segunda posibilidad es que b) la IJI se vea atacada por la presencia de normas producto de la construcción jurídica en abstracto: aquellas normas que no son producto de la interpretación judicial, sino ponderaciones y concreciones de principios, ordenaciones de normas, etcétera. Y, complementariamente, no se vería afectada si corresponde a los jueces inferiores la competencia para construir las normas jurídicas necesarias para la resolución de los procesos que están llamados a decidir, sin posibilidad de revisión —salvo casos de error de derecho y prevaricación— por parte de los órganos jurisdiccionales de vértice de cada ordenamiento.

La tercera posibilidad es que c) la independencia judicial se vea atacada por la presencia de normas acerca de la interpretación en sentido estricto y en concreto. De este modo, podría darse que, el hecho de que los tribunales precisen el sentido de disposiciones normativas, resolviendo problemas de vaguedad, pueda suponer la violación de la IJI. Sin embargo,

es importante señalar que cuando una interpretación aclara la extensión de una norma, el resultado es similar a una reinterpretación en abstracto de la disposición, partiendo de otra interpretación ya establecida, para ampliar o reducir la extensión o ámbito de aplicación de una norma<sup>37</sup>. Desde este punto de vista, por tanto, lo que podría violar la IJI es que estas precisiones, formuladas para resolver problemas de vaguedad, sean vinculantes para los jueces inferiores. Dicho de otro modo: para no violar la IJI debe corresponder a los órganos inferiores la competencia para resolver los casos de vaguedad, aunque aquellos hayan sido resueltos previamente por órganos superiores, debiendo prevalecer su propia decisión.

La cuarta posibilidad es que d) la independencia judicial se vea atacada por la presencia de normas producto de construcciones jurídicas en concreto. En esta última posibilidad, lo que afectaría a la IJI es que los órganos de vértice del ordenamiento formularan normas que, no siendo producto de la interpretación, vienen a resolver problemas de aplicación en concreto, por ejemplo, desaplicando normas (no invalidándolas, lo que constituiría un ejercicio de construcción, pero en abstracto), estableciendo jerarquías móviles, o abduciendo principios generales solo para el caso. Así las cosas, la IJI consistiría en que los jueces inferiores tuvieran la competencia, sin necesidad de ajustarse a cuanto ha sido decidido por órganos superiores, para establecer sus propias construcciones en concreto, sin que se puedan anular sus decisiones por el hecho de haber creado otras construcciones jurídicas.

#### IV. LA IJI COMO POTESTAD INTERPRETATIVA NO REVISABLE

A la luz de lo dicho en el anterior apartado, podemos descartar que la presencia de un SP vinculantes, donde el hecho de no seguir un precedente constituiría una razón suficiente para anular la sentencia del órgano inferior disidente, choque con la IJI si aquella es entendida como un mecanismo para que los jueces no sean sancionados por el contenido de sus sentencias (salvo, tal vez, para el caso de prevaricación). Tales sanciones constituyen una violación inaceptable de la independencia judicial, pero poco tienen que ver con un SP. Ello es debido a que la consecuencia propia de un SP, cuando la hay, es la nulidad de sentencias, no la sanción del titular del órgano judicial.

Me parece que también podemos descartar que la IJI se vea afectada por la presencia de un SP, incluso aunque el no seguimiento del precedente

<sup>37</sup> Por ejemplo: si tenemos la norma según la cual los estudiantes de las universidades prestigiosas tienen preferencia para algún tipo de beca, y solucionamos el problema de vaguedad estableciendo que son prestigiosas las universidades que aparecen en algún ranking internacional, lo que estamos haciendo es reinterpretar en abstracto la disposición que expresa tal norma.

sea condición suficiente para la nulidad de la sentencia disidente, si por aquella entendemos que los órganos superiores no den órdenes a jueces singulares ni sobre un determinado asunto objeto de decisión jurisdiccional. Nuevamente: desde luego, se trata de comportamientos inaceptables, pero que poco o nada tienen que ver con un SP. Ello se debe a que los precedentes —mejor dicho, lo que resulta vinculante de aquellos: su *ratio decidendi*— expresan normas de carácter general.

Lo que sí, al menos a primera vista, puede resultar atentatorio de la IJI es que los órganos superiores formulen normas sobre cómo interpretar o aplicar el derecho, y cuyo no seguimiento —en nuestra hipótesis— implique la nulidad de la sentencia. Además, he sostenido que, si ello atentase contra la IJI, y quisiéramos proteger aquella, entonces la consecuencia que se seguiría es que todos los jueces tendrían competencia no revisable para decidir cómo interpretar y aplicar el derecho en sus casos. Ahora bien, debido a que «interpretar» puede querer decir cosas muy diferentes<sup>38</sup>, ha sido necesario, con el fin de evaluar la lesividad de los precedentes para la IJI, distinguir cuatro tipos de operaciones interpretativas. A continuación, me detendré en determinar si la reivindicación de tales competencias para todos y cada uno de los jueces viola los principios que están detrás de la IJI: el respeto de la voluntad del legislador y la igualdad en la aplicación de la ley.

#### M.1. Competencia de cada juez para decidir cómo interpretar (en sentido estricto) en abstracto

La primera posibilidad es que la independencia judicial implique que todos y cada uno de los jueces deben tener la competencia para elegir la interpretación que resulte mejor en abstracto. Ahora bien, si aquello que justifica la IJI es la separación de poderes y la igualdad ante la ley, su conexión con la necesidad de que los jueces tengan esta competencia resulta, al menos, débil.

No parece que la separación de poderes e, indirectamente, la voluntad del legislador, se vean mayormente protegidas porque sean todos y cada uno de los jueces los que tengan tal competencia, no siendo revisables sus elecciones sobre este punto (salvo error y prevaricación), para realizar interpretaciones en abstracto. Es más, pareciera que si los órganos de cierre dictan normas sobre interpretación y aplicación del derecho vinculantes para el resto de órganos jurisdiccionales, podría

<sup>38</sup> Han sido varios los autores que han afirmado que la independencia judicial no implica una competencia para todos y cada uno de los jueces de decidir autónomamente cuál es la mejor interpretación del derecho. Marinoni sostiene que de ningún modo la IJI choca con un SP porque los jueces no tienen derecho a decidir autónomamente qué significado atribuirle a los textos jurídicos (2013, p. 245). Del mismo modo se pronunció el presidente del Tribunal Supremo español, F. J. Hernando, en el acto inaugural del año judicial español en 2005. José Luis Castillo Alva, siguiendo a Montero Aroca (1999, p. 76), ha sostenido que ni siquiera la tarea de uniformización de los más altos tribunales supone violación alguna de la independencia judicial. Al respecto, véase Castillo Alva (2008, p. 157).

ser más sencillo para el legislador comprobar cuándo su voluntad ha sido torcida y, de este modo, tomar medidas legislativas. Si son todos los jueces quienes tienen la competencia para decidir cómo han de ser interpretados (en sentido estricto) los textos normativos, entonces ni siquiera se puede comprobar —o requiere un trabajo epistémico inmenso— si los jueces están torciendo la voluntad legislativa.

Tampoco corre mejor suerte la igualdad si cada juez tiene la competencia para interpretar de la manera que estime mejor el derecho en abstracto. En efecto, si aquello que protege la IJI es que no se juzgue a los sujetos mediante diferentes criterios, entonces un sistema fuerte de precedentes, antes que dañar la igualdad formal, lo que parece es reforzarla. Ello se debe a que si todos los jueces deben adoptar las mismas interpretaciones en abstracto, entonces la aplicación del derecho será, al menos en este aspecto, igual para todo los justiciados.

Hemos dicho, no obstante, que no es el igual tratamiento lo protegido, sino el igual tratamiento siempre que no concurren razones jurídicas en favor de un tratamiento diferente. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que las razones en favor del seguimiento de precedentes son también razones jurídicas que justifican, precisamente, el tratamiento idéntico. Lo que hace, en este sentido, un SP como el que aquí estoy presuponiendo es vedar que los jueces empleen interpretaciones en abstracto diferentes, incluso aunque haya razones jurídicas para hacerlo.

Por supuesto, razones jurídicas pueden justificar interpretar una disposición normativa de manera diferente a como se ha hecho en un precedente. Sin embargo, nada garantiza que otorgar la competencia a cada juez para elegir sus propias interpretaciones en abstracto favorezca la igualdad en este sentido. Antes bien, parece que otorgar tal competencia al órgano de cierre asegura al menos que siempre se interpretará de igual modo.

#### IV.2. Competencia de cada juez para establecer construcciones en abstracto

Veamos ahora si el hecho de que sean cada uno de los jueces competentes para emplear normas producto de la construcción jurídica hace que separación de poderes e igualdad estén más o mejor protegidas. En relación a la separación poderes, lo cierto es que la producción de normas mediante construcción jurídica —la creación intersticial del derecho por parte de jueces— no resulta muy respetuosa de la voluntad del legislador. Ahora bien, tan irrespetuoso resulta que lo realicen las altas cortes como que lo haga cada uno de los jueces. No obstante, y como se dijo en el anterior apartado, si aquello que se pretende proteger es la voluntad del legislador, parece más sencillo que el legislador

reaccione ante una invasión de sus competencias por parte del órgano de cierre del ordenamiento que frente a todos y cada uno de los jueces. Por dicha razón, pareciera que es algo menos lesivo del respeto a la voluntad del legislador que sea solo un órgano el que dicte normas —si es que no queda más remedio— sobre cómo ha de ser interpretado y aplicado el derecho.

En lo que se refiere a la igualdad, parece que el hecho de que todos y cada uno de los jueces sean competentes para dictar, mediante construcción jurídica, normas para sus casos, no viéndose sometidos a las normas formuladas de este modo por instancias superiores, no favorece precisamente la igualdad formal, sino todo lo contrario. Desde luego, la introducción de normas producto de la construcción jurídica puede suponer una violación del principio de igualdad formal en relación a quienes fueron juzgados con anterioridad a su formulación. Ahora bien, una vez que la norma intersticial ha sido creada, lo que favorece la igualdad jurídica es que se aplique dicha norma a todos los casos previstos por aquella. De este modo, parece que sería más respetuoso de la igualdad un SP, que atribuir la competencia a cada juez para crear normas mediante operaciones de construcción jurídica.

#### IV.3. Competencia de cada juez para interpretar (en sentido estricto) en concreto

En tercer lugar, corresponde preguntarse si la solución de problemas de vaguedad debe ser atribuida en exclusiva a todos y cada uno de los jueces. Sin embargo, es necesario recordar que la solución de problemas de vaguedad de la interpretación en concreto produce el mismo resultado que una reinterpretación en abstracto; es decir, la derivación de una norma más amplia (o más restringida) a partir de los métodos y técnicas interpretativas, y textos normativos. Ello, no obstante, no implica que la cuestión de la competencia para interpretar en concreto sea reducible a la cuestión sobre la interpretación en abstracto.

La razón es que difícilmente puede recaer la competencia para resolver los problemas de vaguedad en las altas cortes. En efecto, los problemas de vaguedad que resuelve la interpretación en concreto surgen a la luz de los casos concretos en los que existen dudas acerca de si aquél forma o no parte del ámbito de aplicación de una norma. Ahora bien, precisamente por esta razón, difícilmente los jueces de las instancias inferiores podrían no tener la competencia para resolver los problemas de interpretación en concreto.

Las preguntas, entonces, son dos: por un lado, si debe corresponder a cada uno de los jueces la competencia en exclusiva para resolver los problemas de vaguedad, o si los órganos superiores han de tener la competencia para

revisar tales decisiones, ya que en caso contrario se violaría la separación de poderes y la igualdad; por el otro, si las concretas reinterpretaciones —para solucionar problemas de vaguedad— adoptadas por cada juez deben prevalecer frente a reinterpretaciones previas realizadas por los órganos de cierre del ordenamiento, ya que, en caso contrario, se violaría la separación de poderes e igualdad.

En relación a la primera cuestión, lo que hay que señalar inicialmente es que no tiene nada que ver con los precedentes, sino con la competencia para revisar las decisiones dictadas por otros órganos. En efecto, si lo que viene a revisar el órgano de cierre es la solución de un problema de vaguedad realizado por un órgano inferior sobre el que el superior no se había pronunciado, no estamos frente a un problema de precedentes, sencillamente porque no hay decisión previa.

Sobre la segunda cuestión —los jueces inferiores deben adoptar las soluciones a los problemas de vaguedad resueltos por el órgano superior—, es necesario distinguir nuevamente entre separación de poderes e igualdad. En primer lugar, en relación a la separación de poderes, corresponde decir algo similar a la creación intersticial del derecho: precisamente porque son casos dudosos, se produce creación del derecho, para la que los jueces, ni de vértice ni de instancias inferiores, aparentemente tendrían competencia. Ahora bien, no se ve por qué una resolución de carácter general por parte de los órganos de vértice sería más atentatoria de la separación de poderes que la competencia de cada juez para resolver como considere mejor la resolución de los problemas de vaguedad.

En segundo lugar, respecto de la igualdad, nuevamente parece que la generalización de las respuestas de las cortes de cierre, y no que sea cada juez individualmente quien resuelva los problemas de vaguedad, es más respetuosa de la igualdad. Más allá de cuál sea el contenido de la decisión, parecería que, si la respuesta de un órgano es generalizada, ello garantiza mejor la igualdad en la aplicación de la ley que la resolución de cada problema de vaguedad de manera individual por parte de cada juez.

#### IV.4. Competencia del juez para construir normas implícitas en concreto

El último punto es, sin duda, el más complicado. Recordemos: aquí nos estamos refiriendo a todas aquellas operaciones que no pueden ser reconducidas bajo la interpretación en sentido estricto entendida como atribución de sentido a textos normativos, como la ponderación, concreción de principios o inaplicación de normas jurídicas. Se trata, además, de operaciones no solo relevantes únicamente para el caso concreto —es decir, que no pretenden ser generalizadas—, sino, además, de normas formuladas debido a las particularidades del caso concreto.

Desde este punto de vista, la formulación mediante construcción de normas implícitas en concreto guarda un significativo parecido con la interpretación en sentido estricto y en concreto. En efecto, son necesariamente los jueces de las instancias inferiores quienes plantean normas de este tipo, puesto que las cortes de vértice solo excepcionalmente conocen casos individuales directamente. Por el contrario, las cortes de vértice suelen revisar el contenido de las decisiones de los órganos de primera o segunda instancia. Pero, precisamente por ello, preguntarse aquí por la IJI quiere decir preguntarse si debe corresponder a cada uno de los jueces la competencia para dictar normas mediante construcción jurídica, construidas más allá de los márgenes de la interpretación. O, dicho más específicamente: la competencia de cada uno de los jueces para ponderar principios, especificarlos o rechazar la aplicación de una norma, siempre por los efectos que tendría en el caso concreto.

La primera pregunta a responder, entonces, es la siguiente: ¿resulta más respetuoso de la voluntad del legislador que la introducción de normas mediante construcción por las particularidades del caso sea dejada a cada uno de los jueces (conocedores de dichas particularidades), o bien que sean los órganos de cierre los que creen normas (mediante construcción) posteriormente generalizadas y vinculantes para todos los jueces? Aquí es necesario señalar, del mismo modo que con la construcción en abstracto, que ninguna de las dos opciones resulta muy deferente con el legislador. Ahora bien, no parece que el hecho de que las especificaciones, ponderaciones o inaplicaciones de normas sean generalizadas por los órganos de cierre, vinculando a los jueces inferiores para la decisión de casos posteriores, resulte más lesiva de la voluntad del legislador, que dejarle tal tarea a cada uno de los jueces, sin posibilidad de anular sus decisiones por el hecho de diferir con la solución del órgano de cierre.

El caso de la igualdad es, si se quiere, más claro: la construcción de normas por las particularidades del caso es mucho más peligrosa para la igualdad formal que su formulación, generalización y vinculación para casos posteriores decididos por órganos inferiores. Ello se debe a que por el mayor número de órganos inferiores que superiores o de vértice, las probabilidades de que casos similares sean resueltos de manera diferente son mucho más altas.

En definitiva, no parece que los valores que fundamentan la IJI —separación de poderes (y así, respeto de la voluntad del legislador) e igualdad— justifiquen una comprensión de la independencia judicial como competencia de cada uno de los jueces para decidir cómo ha de ser interpretado y aplicado el derecho. Si existen razones en favor de que les sea atribuida a aquellos tal competencia, aquella no es la IJI, al menos si son la separación de poderes e igualdad lo que justifican la IJI.

## V. CONCLUSIONES

La cuestión acerca de si debe haber un SP y qué comportamiento debe regular, es una cuestión de política jurídica o del derecho en la que entran en juego múltiples razones y consideraciones: seguridad jurídica, economía en la toma de decisiones, flexibilidad y, por supuesto, el reparto de poder. No se puede, de este modo, resolver la cuestión de su conveniencia mediante argumentos de carácter conceptual.

No obstante, lo que sí se puede hacer, y aquí se ha intentado, es analizar qué están entendiendo por IJI quienes sostienen que aquella se vería afectada por la presencia de un SP. En tal sentido, se ha concluido que los precedentes judiciales no son órdenes o normas individuales dirigidas a jueces en particular ni sobre alguna concreta controversia jurídica, por lo que no parece que un SP afecte, en este sentido, a la IJI.

La IJI sí podría verse afectada si concebimos aquella como la potestad, no revisable, de cada uno de los jueces para decidir cómo ha de ser interpretado el derecho. Ahora bien, si se analiza tal forma de entender la IJI en relación a las razones que la justifican, se evidencia que el respeto a la voluntad del legislador e igualdad se protegen en la misma o mayor medida que si se atribuyese dicha competencia a los tribunales de cierre del ordenamiento.

Con todo, la combinación de un SP con un sistema de organización en el que los jueces reciban premios o castigos por el contenido de sus decisiones, puede empeorar la situación de IJI de los jueces. Pero conviene no tirar al niño con el agua sucia: del hecho de que un SP, combinado con un gobierno judicial con escaso respeto por la IJI, agrava esta situación, no podemos concluir que hay que prescindir de un SP. Hay que prescindir de formas de organización judicial que emitan órdenes individuales a los jueces, los sancionen o creen oscuros incentivos para plegarse a extrañas voluntades.

## REFERENCIAS

- Accatino, D. (2002). El precedente judicial en la cultura jurídica chilena. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (20), 559-582.
- Andrés Ibáñez, P. (2019). La independencia judicial y los altos tribunales. En J. Nieva Fenoll & E. Oteiza (dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio* (pp. 165-184). Madrid: Marcial Pons.
- Aguiló Regla, J. (1997). Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (6), 71-79.

¿VIOLAN LOS  
PRECEDENTES LA IJ?  
DESENCUENTROS  
DESDE LA  
INCOMPRENSIÓN  
DO PRECEDENTS  
VIOLATE JUDICIAL  
INDEPENDENCE?  
MISUNDERSTANDINGS  
FROM THE  
INCOMPRESION

Aguiló Regla, J. (2003). De nuevo sobre “independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. *Jueces para la democracia*, (46), 47-55.

Aguiló Regla, J. (2012). Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: aplicación del derecho, independencia e imparcialidad. *Revista Jurídica de les Illes Balears*, (10), 4-32.

Aarnio, A., Alexy, R., Bankowski, Z., Barceló, J. J., Bergholtz, G., Dreier, R., Eng, S., Grzegorczyk, C., Laporta, F. J., La Torre, M., MacCormick, N., Marshall, G., Ruiz Miguel, A., Morawski, L., Peczenik, A., Summers, R. S., Taruffo, M., Troper, M., & Zirk-Sadowski, M. (1997). Appendix: Final Version of the Common Questions. En R. Summers & N. MacCormick (eds.), *Interpreting Precedents: A comparative study* (pp. 551-562). Aldershot: Ashgate Publishing.

Barberis, M. (2008). *Ética para juristas*. Madrid: Trotta.

Barberis, M. (2015). Contro il creazionismo giuridico. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44(1), 67-101.

Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista de Derecho del Estado*, 21(1), 81-94.

Bordalí Salamanca, A. (2003). Independencia y responsabilidad de los jueces. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XIV(2), 159-174.

Carmona Tinoco, J. U. (1995). La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (83), 523-562.

Castilla, K. (2016). La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano. *Estudios constitucionales*, 14(2), 53-100. doi: <https://doi.org/10.4067/s0718-52002016000200003>

Chiassoni, P. (2012). ¡Los precedentes civiles son vinculantes? Consideraciones sobre el artículo 360-bis c.p.c. En *Desencantos para abogados realistas* (pp. 211-266). Bogotá: Universidad del Externado.

Díez Picazo, L. M. (2004). Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el derecho español. En R. Trillo, E. Bacigalupo & P. Lucas (eds.), *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional* (pp. 393-408). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Fernández Fernández, V. (2016). La justicia de los precedentes. ¡Invasión a la independencia y autonomía del juzgador? *Revista de Derecho (Valdivia)*, 29(2), 9-33. doi: <https://doi.org/10.4067/s0718-09502016000200001>

Ferrajoli, L. (2018). *Contro il creazionismo giudiziario*. Roma: Mucchi.

- Ferreres, V. (2010). Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia. En Víctor Ferreres & Juan Antonio Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia* (pp. 43-80). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Garay, A. F. (2013). *La doctrina del precedente en la Suprema Corte*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gómora Juárez, S. (2019). *Un análisis conceptual del precedente judicial*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Grandez, P. (2007). Las “peculiaridades” del precedente en el Perú. En P. Grandez & E. Carpio (eds.), *Estudios al Precedente Constitucional* (pp. 79-106). Lima: Palestra.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara.
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Guastini, R. (2018a). *Interpretar y argumentar*. Lima: Ediciones Legales.
- Guastini, R. (2018b). Interpretaciones precedentes. En *Ensayos escépticos sobre la interpretación*. Lima: Zela.
- Igartua, J. (2006). El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (40), 59-78.
- Iturralde, V. (2013). Precedente Judicial. Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*, (4), 194-201.
- Laporta, F. (1997). Vindicación del precedente judicial en España. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (1), 267-278.
- Legarre, S. (2016). *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma.
- Lifante, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Marinoni, L. G. (2013). *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra.
- Mitidiero, D. (2016). Dos modelos de cortes de vértice-cortes superiores y cortes supremas. En M. Taruffo, L. G. Marinoni & D. Mitidiero (eds.), *La misión de los tribunales supremos* (pp. 77-121). Madrid: Marcial Pons.
- Mitidiero, D. (2018). *Precedentes da persuasão à vinculação. Da Persuasão à Vinculação*. Tercera edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.

¿VIOLAN LOS  
PRECEDENTES LA IJ?  
DESENCUENTROS  
DESDE LA  
INCOMPRENSIÓN  
DO PRECEDENTS  
VIOLATE JUDICIAL  
INDEPENDENCE?  
MISUNDERSTANDINGS  
FROM THE  
INCOMPREHENSION

Montero Aroca, J. (1999). *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Montesquieu (1748/2002). *El espíritu de las leyes* (Demetrio Castro, trad.). Madrid: Istmo.

Nieva Fenoll, J. (2016). ¡Un juez supremo o un “legislador supremo”? En M. Taruffo, L. G. Marinoni & D. Mitidiero (eds.), *La misión de los tribunales supremos* (pp. 157-174). Madrid: Marcial Pons.

Nogueira Alcalá, H. (2017). La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, su valor de precedente y la obligatoriedad de su consideración por los Estados parte de la CADH. En H. Nogueira Alcalá & G. Aguilar Caballo (eds.), *El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (pp. 207-293). Santiago: Triángulo, Universidad de Talca.

Núñez Vaquero, A. (2011). El realismo jurídico de Brian Leiter. *Diritto e questini pubbliche*, (10), 339-456.

Núñez Vaquero, A. (2012). ¡Deciden los jueces por razones políticas? *Revista Jurídica, Manizales (Colombia)*, 9(2), 13-31.

Núñez Vaquero, A. (2016). Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (39), 127-156. doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.08>

Núñez Vaquero, A. (2018). Precedente en materia de hechos. *Revista de Derecho* (Valdivia), 31(1), 51-78. doi: <https://doi.org/10.4067/s0718-09502018000100051>

Pulido Ortiz, F. (2019). *Jueces y reglas*. Bogotá: Universidad de La Sabana.

Rodríguez Santander, R. (2007). El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos. En P. Grandez & E. Carpio (eds.), *Estudios al precedente constitucional* (pp. 15-78). Lima: Palestra.

Romero Seguel, A. (2004). *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva procesal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Romero Seguel, A., Arancibia, J. T., & Martínez Estay, J. I. (2013). *Precedente, cosa juzgada y equivalentes funcionales*. Santiago de Chile: Thompson Reuters.

Rondini, P. (2019). *Anagnórisis al diseño institucional del Poder Judicial chileno: jueces imparciales hasta que comienzan a serlo*. Manuscrito en evaluación.

Ross, A. (2018). *Teoría de las fuentes del derecho*. Tercera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ruiz Manero, J. (1991). *Jurisdicción y norma*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Schauer, F. (2013). *Pensar como un abogado*. Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente. Revista Jurídica*, 86-99. doi: <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>

Taruffo, M. (2014). La jurisprudencia entre casuística y uniformidad. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 27(2), 9-19. doi: <https://doi.org/10.4067/s0718-09502014000200001>

Taruffo, M. (2016). Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales. En M. Taruffo, L. G. Marinoni & D. Mitidiero (eds.), *La misión de los tribunales supremos* (pp. 231-252). Madrid: Marcial Pons.

Vergara Blanco, A. (2019). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: líneas y vacilaciones. Veinte temas, diez años (2008-2018). *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (28), 5-175. doi: <https://doi.org/10.7764/redae.28.1>

Vianna, L. W., De Carvalho, M. A. R., & Burgos, M. B. (2018). *Quem somos. A magistratura que queremos*. Río de Janeiro: Associação Magistrados Brasileiros.

Zanetti, H. (2015). *El valor vinculante de los precedentes*. Lima: Raguel.

Recibido: 25/11/2019

Aprobado: 22/01/2020