



Problema: Anuario de Filosofía y Teoría

del Derecho

ISSN: 2007-4387

problema.unam@gmail.com

Universidad Nacional Autónoma de

México

México

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily

LOS JUECES COMO CREADORES DE REGLAS

Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, núm. 4, 2010, pp. 127-167

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=421940002005>

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

redalyc.org

Sistema de Información Científica

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

## PROBLEMA

Anuario de Filosofía  
y Teoría del Derecho **4**

# LOS JUECES COMO CREADORES DE REGLAS\*

Larry ALEXANDER  
Emily SHERWIN

### **Resumen:**

Los precedentes son decisiones judiciales que constituyen la base de decisiones judiciales posteriores, al vincularlas. Hay dos aspectos de la vinculación ejercida por las decisiones de precedente: el alcance de la vinculación y la fuerza de la vinculación. El alcance se refiere al rango de decisiones que se ven afectadas por el precedente. La fuerza se refiere a las condiciones bajo las cuales un tribunal obligado por el precedente puede ignorarlo. En este artículo se discuten y evalúan algunos modelos del alcance del precedente y se analiza la cuestión de su fuerza.

### **Palabras clave:**

Precedente, toma de decisión judicial, consistencia, tribunales, jueces.

\* Traducción de Sandra Gómora Juárez. Artículo publicado originalmente en inglés como “Judges as Rule Makers”, en Douglas E. Edlin (ed.), *Common Law Theory*, Cambridge University Press, 2007. Derechos reservados, Cambridge University Press, 2007. La traductora agradece la autorización de Larry Alexander, Emily Sherwin y de la editorial de la Universidad de Cambridge para publicar esta traducción en la revista *Problema*. Debo, además, un agradecimiento a Enrique Rodríguez, Karla Templos, Pedro Villarreal y Juan Vega por sus comentarios y sugerencias a las versiones previas de este texto, que fueron de gran ayuda para la presentación final del mismo.

**Abstract:**

*Precedents are judicial decisions that form the bases of further judicial decisions by constraining those decisions. There are two aspects to the constraints exerted by precedent decisions: the scope of the constraint and the strength of the constraint. The scope refers to the range of decisions that are affected by the precedent. The strength refers to the conditions under which a court can escape being bound by the precedent. Models of precedential scope are discussed and evaluated, and the question of strength is analyzed.*

**Keywords:**

*Precedent, Judicial Decision Making, Consistency, Courts, Judges.*

## LOS JUECES COMO CREADORES DE REGLAS

SUMARIO: *Introducción. I. Consecuencias morales de las decisiones judiciales. II. Enfoques del precedente. III. Las reglas de precedente reexaminadas.*

### INTRODUCCIÓN

Generalmente, se entiende que las fuentes del derecho reconocidas por los tribunales del *Common Law* incluyen no solamente la legislación y las Constituciones, sino también las decisiones judiciales previas. Los abogados confían en los precedentes judiciales al aconsejar a sus clientes y los tribunales citan precedentes en sus opiniones. Aun así, lo que los tribunales hacen exactamente o deberían hacer con los precedentes es un problema sorprendentemente complejo.

En este artículo esbozaremos algunos enfoques competitivos sobre el papel adecuado que el precedente desempeña en la toma de decisión judicial y defenderemos uno de esos enfoques.<sup>1</sup> Nuestra posición es que sometidos a ciertos requisitos, los tribunales pueden servir mejor a los fines del sistema jurídico al considerar las reglas anunciadas en casos pasados como vinculantes. En otras palabras, los tribunales deben aplicar las reglas previamente anunciadas a casos presentes que están dentro de los términos de las reglas, aun cuando el mejor juicio del tribunal, *todos los elementos considerados*, apunte a un resultado diferente.<sup>2</sup>

Para defender este enfoque de las reglas de precedente adoptamos el punto de vista de una autoridad imaginaria

<sup>1</sup> En este artículo tratamos el problema del precedente “horizontal”, en el cual el tribunal precedente y el tribunal posterior son el mismo tribunal, o bien, son tribunales del mismo rango. Cuando una jerarquía de tribunales está situada dentro de un sistema jurídico, hay razones adicionales para la vinculación por precedentes. Véase Alexander, Larry, “Precedent”, en Patterson, Dennis (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Reino Unido, Blackwell, 1996, p. 512.

<sup>2</sup> Hemos descrito y defendido este enfoque del precedente en obras anteriores. Véase Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *The Rule of Rules: Morality, Rules and the Dilemmas of Law*, Estados Unidos, Duke University Press, 2001, pp. 137-156; Alexander, “Precedent”, cit.; Alexander, Larry, “Constrained by Precedent”, *Southern California Law Review*, California, vol. 63, núm. 1, 1989.

que está diseñando un sistema jurídico.<sup>3</sup> Asumimos que los sujetos de este sistema jurídico comparten una serie de propósitos generales y valores morales, aunque no siempre coincidan sobre lo que estos propósitos y valores exigen en escenarios particulares.<sup>4</sup> Por consiguiente, el fin fundamental del sistema jurídico y la razón de porqué sus sujetos han alistado nuestra autoridad imaginaria para diseñarla es resolver pacífica y correctamente las controversias que se plantean acerca de la mejor forma de cumplir propósitos y valores compartidos en el curso de la vida diaria.

Con estos supuestos en mente, consideramos en primer lugar las consecuencias inevitables de las decisiones judiciales previas. Después, exponemos las principales posturas sobre el precedente y defendemos un enfoque de orientación por reglas. Finalmente, tratamos algunos detalles y condiciones necesarias de nuestro enfoque preferido.

## I. CONSECUENCIAS MORALES DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Asumimos que las decisiones judiciales en los sistemas jurídicos que estamos considerando son públicamente accesibles; no sólo los resultados específicos son una cuestión de registro, sino también la emisión de opiniones de los tribunales, en las cuales describen los hechos presentados y explican las razones para sus conclusiones. Dada esta forma de publicidad, un tribunal no puede ignorar de manera justificada decisiones judiciales previas, ya que las decisiones previas modifican el contexto de la toma de decisión.

<sup>3</sup> Sobre la brecha en la perspectiva entre una autoridad gobernante que emite reglas e individuos que están sujetos a las reglas, véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, cit., pp. 53-95; Schauer, Frederick, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Estados Unidos, Oxford University Press, 1991, pp. 128-134. Definimos que los errores de coordinación en un sentido amplio, significan cualquier mala distribución de recursos u otro error en el cálculo de razones para la acción que resulta de la incertidumbre acerca de lo que otros harán.

<sup>4</sup> Véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, cit., pp. 11-25. La sociedad imaginada está diseñada e idealizada para mostrar que esto aplica para reglas extremadamente difíciles.

Las consecuencias más significativas de las decisiones judiciales caen bajo el título de confianza. La confianza se introduce al cuadro en varias formas. La más evidente: las partes de la controversia original deben conformar su comportamiento a los términos de la decisión. Los litigantes A y B, habiendo litigado un punto y acatado las órdenes de reparación del tribunal, no deben enfrentar la posibilidad de que su disputa sea reabierta.

Aparte del impacto inmediato sobre las partes, en un sistema de decisiones públicas, otros que observan los resultados de casos previos, tenderán a esperar decisiones consistentes en el futuro y, por consiguiente, ajustarán su comportamiento.<sup>5</sup> Es probable que el actor C, cuyas actividades son semejantes a las actividades de A, mismas que fueron tratadas en *A versus B*, altere sus actividades si el tribunal en *A versus B* decidió de forma desfavorable hacia A. Por supuesto, la expectativa de consistencia de C es razonable sólo en el grado en el que los tribunales toman regularmente decisiones consistentes; si los tribunales regularmente desestiman casos previos, la confianza de C está fuera de lugar. Por lo tanto, el hecho de que terceras personas hayan confiado en ellas no es una razón independiente para que los tribunales se ajusten a decisiones pasadas.

Una sociedad que busca promover fines compartidos, no obstante, tiene razón de abrigar expectativas en la toma de decisiones consistente de los tribunales. Una fuente significativa de error moral —posiblemente la más significativa entre los individuos de buena voluntad— es la falta de coordinación.<sup>6</sup> Un actor que desea actuar correctamente podría

<sup>5</sup> Véase Perry, Stephen R., "Judicial Obligations, Precedent and the Common Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Reino Unido, vol. 7, núm. 2, 1987, pp. 215, 248-250 (quien habla de las expectativas generadas por las decisiones judiciales).

<sup>6</sup> Sobre el valor de la coordinación, véase, por ejemplo, Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules... cit.*, pp. 56-59; Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Nueva York, Oxford University Press, 1986, pp. 49 y 50; Schauer, *Playing by the Rules..., cit.*, pp. 163-166; Postema, Gerald J., "Coordination and Convention at the Foundation of Law", *Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. 11, núm. 1, enero de 1982, pp. 165, 172-176; Regan, Donald H., "Authority and Value: Reflections on Raz's

estar imposibilitado para hacerlo así, si su mejor curso de acción depende de las acciones de otros cuyas elecciones no puede predecir. Si los méritos morales de las acciones de D son afectados por lo que hace C, entonces, más allá de qué tan acertado y motivado pueda estar D, él no puede decidir correctamente cómo proceder a menos que sepa lo que hará C. No obstante, si los tribunales resuelven consistentemente las disputas, D puede predecir que C observará las decisiones pertinentes y actuará de acuerdo a éstas. Por consiguiente, una práctica de toma de decisiones consistente que genera expectativas de consistencia sirve para reducir el error moral. Más aún, dada esta razón independiente para la consistencia judicial, las expectativas de los actores (como C) se vuelven razonables y una decisión que no logra satisfacerlas causará daño.

Otra razón usualmente citada a favor de la consistencia con decisiones pasadas es que al decidir consistentemente, los tribunales tratan de la misma manera a los litigantes.<sup>7</sup> Si un tribunal decide a favor de B en la disputa de B contra A y posteriormente X hace a Y lo que A hizo a B, un tribunal que juzgue *X versus Y* debe decidir por Y para asegurar que A y X (así como B y Y) son tratados igual bajo la ley.

A pesar del atractivo superficial de este argumento, creamos que está equivocado. Una dificultad es que las circunstancias de las disputas nunca son idénticas. En otras palabras, el argumento no es realmente un argumento para el tratamiento igual sino un argumento para el mismo tratamiento en casos que son considerados, por algunas razones sustantivas, relevantemente similares. Si esas razones garantizaron la decisión para B y si esas razones favorecen a Y en igual o mayor grado, entonces el tribunal debe, en efecto, decidir por Y. Pero noten que en esta explicación son las ra-

Morality of Freedom”, *Southern California Law Review*, California, vol. 62, 1989, pp. 995, 1006-1010.

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, Greenwalt, Kent, “How Empty is the Idea of Equality?”, *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 83, 1983, pp. 1167, 1170-1171; Moore, Michael, “Precedent, Induction, and Ethical Generalization”, en Goldstein, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 183.

zones sustantivas en el caso de Y las que están haciendo el trabajo, no la equidad.

En algunas ocasiones, por supuesto, el caso de cada una de las partes es igualmente meritorio, de modo que un tribunal que decide por una de las partes o por la otra, simplemente está eligiendo un resultado para terminar la disputa. En tales casos, la decisión es esencialmente una elección distributiva y la igualdad —o más precisamente, la justicia comparativa— puede tener alguna relación. No obstante, si hay relativos méritos morales a tratar en la disputa entre X y Y, de modo que una de las partes merezca una decisión a su favor más que la otra, no logramos ver cómo la igualdad puede justificar tratar a una parte en una forma que, por lo demás, no merece. El argumento para el trato igual de A y X surge sólo cuando el segundo tribunal —el tribunal que juzga a X— cree que el primer tribunal estuvo equivocado y que A debió haber ganado. El segundo tribunal puede tener razón en detenerse y considerarlo antes de llegar a esta conclusión. Asumiendo, sin embargo, que el segundo tribunal está seguro y es acertado, el hecho de que el primer tribunal decidió erróneamente contra A no es en sí mismo —aparte de las consideraciones de confianza— una razón para que el segundo tribunal cometa una equivocación similar contra X.<sup>8</sup> Irónicamente, si el tratamiento igual impusiera sobre los tribunales una exigencia moral para decidir los casos presentes de acuerdo con las decisiones pasadas erróneas, la moralidad a su vez, cambiaría con el tiempo en la dirección de lo que, de otro modo, sería inmoralidad.

Las diversas consideraciones que hemos descrito en esta sección —confianza y, para aquéllos que rechazan nuestras conclusiones acerca del tratamiento igual, igualdad— son

<sup>8</sup> Véase Coons, John E., “Consistency”, *California Law Review*, vol. 75, núm. 59, 1987, pp. 102-107; Para más críticas generales sobre la igualdad como una idea moral, véase Westen, Peter, *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of “Equality”*, Moral and Legal Discourse, Estados Unidos, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 119-123; Peters, Christopher J., “Equality Revisited”, *Harvard Law Review*, Massachussets, vol. 110, 1997, p. 1210.

razones de porqué los tribunales deberían tomar en cuenta las decisiones pasadas al razonar sobre casos presentes. No son necesariamente razones de porqué los tribunales deberían seguir el precedente, en el sentido de alcanzar un resultado que sea consistente con las decisiones precedentes, sino que a través de su mejor valoración, *todos los elementos considerados*, el tribunal difiere del precedente al estudiar los méritos del caso presente. En otras palabras, confianza e igualdad no son razones para tratar a las decisiones previas como *autoritativas*. Ellas simplemente representan el impacto moral de decisiones previas sobre el mundo.

## II. ENFOQUES DEL PRECEDENTE

Comenzamos por describir dos modelos del precedente —el modelo natural y el modelo de reglas— e identificar los defectos inherentes a cada uno. De estos, creemos que el modelo de reglas producirá mejores decisiones a largo plazo que el modelo natural. Después, tomamos diferentes modelos alternativos del precedente que intentan imponer vinculación pero también permiten a los tribunales modificar o ignorar reglas cuando éstas producen resultados desafortunados. En nuestra opinión, ninguna de estas alternativas es exitosa.

### 1. *El modelo natural del precedente*

Un enfoque del precedente sostiene que los tribunales deben dar a las decisiones previas cualquier peso moral que intrínsecamente tengan en un proceso de razonamiento *todos los elementos considerados*.<sup>9</sup> En otras palabras, los tri-

<sup>9</sup> Michael Moore se puede leer adoptando esta postura. Véase Moore, “Precedent, Induction, and Ethical Generalization”, *cit.*, p. 210 (“uno ve que el *Common Law* no es otra cosa que lo moralmente correcto, *todos los elementos considerados*, con la variante de que entre esos elementos considerados se encuentran partes muy importantes de historia institucional que pueden desviar considerablemente el *Common Law* de lo que sería moralmente ideal”). No obstante, Moore también ex-

bunales deben tomar en cuenta las expectativas razonables de los actores, incluyendo las expectativas que partes anteriores a ellos pudieran haberse formado sobre la base de decisiones previas y las expectativas de sujetos ajenos a las partes que han planeado sus actividades en torno a decisiones pasadas y esperan, razonablemente, consistencia en el futuro. Los tribunales deben tomar en cuenta también el interés social en promover actividades que dependen de las expectativas de consistencia judicial y de la capacidad de las decisiones consistentes para reducir el error al proporcionar coordinación (como dijimos, no creemos que el tratamiento igual proporcione una razón adicional para la consistencia con decisiones pasadas; pero para aquéllos que estén en desacuerdo con nosotros sobre esto, el tratamiento igual también se pondera en el balance). Este proceso de razonamiento, sin embargo, nunca resulta en una opinión que difiera de la propia conclusión del tribunal acerca de cuál decisión es mejor *todos los elementos considerados*, tomando en cuenta los efectos del pasado. Las decisiones pasadas del tribunal no son autoritativas. Ellas no tienen efecto sobre las decisiones actuales además de sus consecuencias moralmente relevantes (confianza e igualdad) y, quizás, su valor epistémico.

Si los jueces fueran pensadores perfectos que operan con información perfecta, este razonamiento moral particularista, *todos los elementos considerados*, sería tanto ideal como moralmente obligatorio (en adelante, nos referiremos a este tipo de razonamiento como “razonamiento moral TEC”). Investir autoridad en los precedentes además de su peso moral natural, sólo podría desplazar o distorsionar un juicio correcto. De hecho, no obstante, es seguro que los jueces se equivoquen como cualquier pensador. De esto se sigue que el razonamiento moral TEC, ejecutado imperfectamente, producirá un buen número de resultados imperfectos.

presa simpatía, al menos procedimentalmente, con el modelo de principios descrito más abajo. *Ibidem*, p. 201.

Adicionalmente a la falta de información y errores ordinarios de juicio, los tribunales son especialmente propensos a equivocarse al juzgar el valor de proteger y fomentar la confianza en decisiones pasadas. Los jueces razonan en el contexto de disputas particulares. En cualquier caso, la situación de las partes ante el tribunal será más sobresaliente que las expectativas de actores remotos o los beneficios generales de un acuerdo.<sup>10</sup> Como resultado, las decisiones judiciales pueden fallar en proporcionar una base adecuada para la coordinación.

## *2. El modelo de reglas del precedente*

Una alternativa al razonamiento moral TEC al decidir casos es tratar las reglas anunciadas en opiniones pasadas como “reglas serias”.<sup>11</sup> Una regla seria, como nosotros utilizamos el término, es una prescripción aplicable a una variedad de casos, que ejerce autoridad preventiva sobre los tomadores de decisión.<sup>12</sup> Bajo el dominio de una regla de precedente, se espera que los tribunales se abstengan del razonamiento moral TEC. La función del tribunal es identi-

<sup>10</sup> Véase Tversky, Amos y Kahneman, Daniel, “Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability”, en Kahneman, Daniel, Slovic, Paul y Tversky, Amos (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Estados Unidos, Cambridge University Press, 1982, pp. 163-165, 174-178 (donde demuestran que el razonamiento humano es afectado por una predisposición a favor de hechos sobresalientes).

<sup>11</sup> Véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, cit., pp. 145-148 (en el que respaldan un modelo de reglas); Schauer, *Playing by the Rules...*, cit., pp. 185-187 (donde respalda un modelo de reglas); Alexander, “Constrained by Precedent”, cit. (quien encuentra un modelo de reglas, superior a las alternativas); véase también Eisenberg, Melvin Aron, *The Nature of the Common Law*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1988, pp. 52-55, 62-76 (en el que sugiere que los tribunales generalmente aceptan el modelo de reglas del precedente, aunque asocia este modelo con una visión más amplia de los poderes anulatorios).

<sup>12</sup> Acerca de la naturaleza esencial de las reglas, véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, cit., pp. 26-35; Raz, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 1979, pp. 21, 22, 30-33; Schauer, *Playing by the Rules...*, cit., pp. 4-6, 38-50, 121 y 122. Si es racional o incluso psicológicamente posible seguir reglas de esta forma, es otra cuestión.

ficar la regla aplicable (si la hay) a la disputa que le ocupa, deducir el resultado prescrito por la regla y decidir en correspondencia. Si es racional para los tribunales aplicar reglas de esta forma es otra cuestión; asumimos que racionalmente o no, los tribunales son capaces de implementar un modelo de reglas del precedente.<sup>13</sup>

La identificación de reglas aplicables, por supuesto, implica interpretación. Nosotros asumimos que la interpretación, para este propósito, significa discernir la intención del tribunal que anunció la regla.<sup>14</sup> En efecto, una comprensión del precedente orientada por reglas, otorga autoridad a los tribunales previos para resolver disputas futuras al anunciar reglas. Esta autoridad de la resolución, a su vez, implica que la decisión deseada por el primer tribunal es la decisión que será adoptada, sin mayor aportación de posteriores aplicadores de la regla.

La autoridad preventiva de reglas serias también implica que si dos reglas entran en conflicto de modo que no puede ser resuelto por interpretación, una regla debe ser revisada o anulada. Las reglas serias no pueden ser ponderadas una contra otra en contexto; solo pueden ser obedecidas o rechazadas. Por otra parte, las reglas de precedente serias no proporcionan un cuerpo de derecho completo, capaz de resolver cada caso que pueda surgir. Volveremos después so-

<sup>13</sup> Véase Hurd, Heidi M., “Challenging Authority”, *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 1011 (en el cual rechaza la posibilidad de que las reglas puedan reemplazar al razonamiento); Johnston, Jason Scott, “Rules and the Possibility [of] Social Coordination”, en Meyer, Linda Ross, (ed.), *Rules and Reasoning: Essays in Honour of Fred Schauer*, Reino Unido, Hart Publishing, 1999, p. 109 (donde presenta un análisis económico acerca de seguir reglas); Moore, Michael S., “Authority, Law and Razian Reasons”, *Southern California Law Review*, California, vol. 62, 1989, núms. 3 y 4, pp. 827, 873-883 (en el que rechaza la capacidad de las reglas de excluir razones para la acción, pero sugiere que los actores pueden limitar su deliberación); Shapiro, Scott J., “Rules and Practical Reasoning” (dissertación de doctorado no publicada, Universidad de Columbia), 1996, pp. 138-206 (en la que sugirió que los pensadores individuales pueden comprometerse a sí mismos a cumplir con las reglas).

<sup>14</sup> Hemos defendido extensamente este supuesto en otros sitios. Véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, cit., pp. 96-122 (apoyados en una concepción de intención que incluye intenciones incipientes, pero no hipotéticas).

bre la cuestión de cómo debería proceder un tribunal cuando ninguna regla previa resuelve el caso que le ocupa.

La toma de decisión conforme a reglas establecidas en casos pasados es intrínsecamente inferior al *perfecto razonamiento moral TEC*.<sup>15</sup> Una dificultad es la generalidad de las reglas: la regla A dicta un resultado particular en toda una variedad de casos identificados por el predicado de la regla. Lo más que se puede esperar de una regla general es que, en conjunto, ocurran menos errores (o sean menos graves) si la regla es universalmente seguida, de los que ocurrirían si todas las personas sujetas a la regla actuaran mediante su mejor juicio, empleando el razonamiento moral TEC. Una regla puede satisfacer este criterio de mejoramiento general a partir de un razonamiento no restringido —calificándose de este modo como una regla sólida y deseable— y, sin embargo, generar un resultado erróneo en algunos de los casos que rige. Esta consecuencia es inevitable; no puede ser evitada al excluir aquellos casos en los cuales la regla produce un resultado incorrecto porque cualquiera encargado de identificar los casos excepcionales está sujeto a los mismos errores de juicio personal que la regla está diseñada a prevenir. En otras palabras, habrá casos en los cuales buenas reglas de precedente produzcan malos resultados.

Adicionalmente, un enfoque del precedente que trate las reglas anunciadas en casos previos como vinculantes para tribunales posteriores puede consolidar reglas que son sustantivamente indeseables, esto es, indeseables además de su necesaria sobre y sub-inclusividad. Las reglas pueden fracasar al desarrollarse sobre razonamiento moral TEC irrestricto, ya sea porque fueron erróneamente concebidas desde el principio o porque las circunstancias cambiantes las han vuelto obsoletas. A menos que la autoridad de tal regla sea limitada de alguna forma, ésta permanecerá, no

<sup>15</sup> Véase Schauer, *Playing by the Rules...*, cit., pp. 49-50 (donde discute el afianzamiento así como la sobre-incluyente y sub-incluyente naturaleza de las reglas).

obstante, como un precedente que reemplaza el razonamiento moral TEC del tribunal.

Además, la naturaleza de la adjudicación plantea riesgos especiales de que las reglas asentadas en las opiniones judiciales no satisfarán el criterio de beneficio neto. Los tribunales anuncian reglas durante la resolución de disputas particulares. Evidencia, argumentos y mentes de los jueces están en consonancia con los hechos que les ocupan, mientras que otras situaciones cubiertas por reglas potenciales permanecen comparativamente oscuras.<sup>16</sup> Como resultado, los tribunales no son creadores ideales de reglas.

Teniendo estas dificultades en mente, creemos, no obstante, que un sistema autoritativo de reglas producirá mejores resultados que un sistema de razonamiento moral TEC. Hemos advertido que los individuos tienden a confiar en las decisiones judiciales, y más importante aún: que si los tribunales protegen la confianza alcanzando decisiones consistentes a lo largo del tiempo, todos los actores obtendrán los beneficios de la coordinación. Permitir a los tribunales establecer reglas autoritativas contribuye en dos formas a la protección de la confianza. Primero, la generalidad de las reglas aumenta el alcance de lo que ha sido formalmente asentado. Segundo, la autoridad preventiva de reglas de precedente asegura que la confianza no será subvalorada en futuras tomas de decisiones. El razonamiento moral TEC, perfectamente ejecutado, toma en cuenta la necesidad de proteger y fomentar la confianza; sin embargo, como hemos observado, los tribunales enfocados en disputas concretas pueden perder de vista consideraciones remotas de este tipo. El reemplazo del razonamiento natural dentro del ámbito de las reglas de precedente elimina ese peligro.

Muchos otros beneficios prácticos se siguen de una resolución más amplia hecha posible por las reglas de precedente y a partir de las restricciones que las reglas autoritativas establecen sobre los tribunales. Las reglas consolidadas pueden reducir el costo de la toma de decisión judicial

<sup>16</sup> Véase Tversky y Kahneman, “Availability...”, cit.

y al menos en algunas circunstancias fomentar los acuerdos privados.<sup>17</sup> Al limitar la discreción, las reglas de precedente reducen también las oportunidades para la parcialidad en la toma de decisión y por consiguiente, incrementan la confianza pública en la imparcialidad de los tribunales.<sup>18</sup>

En general, sin embargo, consideramos que las reglas autoritativas de precedente son, o al menos tienen la capacidad de ser superiores al razonamiento moral TEC caso por caso. Otra forma de decir esto es que aunque las reglas de precedente vinculantes conducirán a errar a algunos tribunales, cuando de otro modo no lo harían, una autoridad que supervisa el sistema judicial en su totalidad y observa el índice de error en el razonamiento moral TEC caso por caso, preferiría que todos los tribunales obedecieran las reglas de precedente. Nuestra conclusión está sujeta a refinamientos que serán discutidos más adelante. Primero, no obstante, debemos considerar si algún otro enfoque del precedente, menos rigurosamente preventivo del razonamiento judicial puede proporcionar un compromiso útil entre razonamiento moral TEC caso por caso y reglas.

### 3. Alternativas

Tribunales y teóricos han rechazado un enfoque estricto del precedente basado en reglas por diferentes razones.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> Véase Hart Jr., Henry M. y Sacks, Albert M., *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, en Eskridge Jr., William N. y Frickey, Philip P. (eds.), Nueva York, Foundation Press, 1994, p. 568.

<sup>19</sup> Véase Summers, Robert S., "Precedent in the United States (New York State)", en MacCormick, D. Neil y Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Reino Unido, Dartmouth-Ashgate, 1997, pp. 378-394, 401-404 (quien revisa las actitudes y prácticas variables de jueces americanos en los Estados Unidos, con ejemplos del Tribunal de Apelaciones de Nueva York). Algunas opiniones americanas características del siglo XXI acerca del precedente se pueden encontrar en Cardozo, Benjamin N., *The Nature of Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921; Hart y Sacks, *The Legal Process...*, cit., pp. 545-596; Levi, Edward H., *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, University of Chicago Press, 1949, pp. 1-6; Llewellyn, Karl N., *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, Nueva York, Oceana Publishing, 1960, pp. 66-69, 186-189; "Confe-

## LOS JUECES COMO CREADORES DE REGLAS

Como ya fue expuesto, las reglas serias limitan la toma de decisión moral particularizada por los tribunales, restringiendo su capacidad para corregir resultados erróneos e injustos. Las reglas también son un obstáculo para la innovación jurídica.<sup>20</sup> Finalmente, un enfoque del precedente basado en reglas designa a los tribunales como creadores de reglas y contradice así el supuesto tradicional de que lo que hacen los tribunales es aplicar el derecho más que crearlo.<sup>21</sup>

Estas inquietudes han conducido a una variedad de descripciones alternativas del papel del precedente en la toma de decisión, en las cuales las decisiones previas restringen a tribunales posteriores pero no reemplazan el razonamiento judicial y la innovación. Las posturas de compromiso de este tipo han sido adoptadas ampliamente, en formas discrepantes. Para propósitos de discusión, las dividimos burdamente en dos grupos: enfoques del precedente basados en resultados y enfoques del precedente basados en la coherencia. En nuestra opinión, ningún grupo produce un

rence: The Status of the Rule of Judicial Precedent”, *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, vol. 14, 1940, p. 203 (en la cual la mayoría de los participantes coinciden acerca de que la doctrina del precedente no requiere una estricta adhesión a las reglas de precedente).

En el siglo XIX, la Cámara de los Lores aprobó lo que pareció ser un modelo de reglas del precedente. *Beamish vs. Beamish*, (1861) 9 HLC 274; *London Tramways vs. London County Council*, [1898] AC 375. Sin embargo, la Cámara distinguió casos frecuentemente (una práctica que discutimos más adelante) y finalmente abandonó su posición. Véase Bankowski, Zenon, MacCormick, D. Neil y Marshall, Geoffrey, “Precedent in the United Kingdom”, en MacCormick y Summers, *Interpreting Precedents...*, cit., p. 326. El enfoque inglés había sido muy criticado como una fuente de rigidez, injusticia, inconsistencia y falsa interpretación. Véase por ejemplo Hart y Sacks, *The Legal Process...*, cit., p. 575 (preguntándose de la Cámara de los Lores: “¿Ha cumplido su misión histórica como la voz de razón jurídica en el mundo angloamericano o se ha convertido en el prisionero degradado y distinguidor chapucero de sus propios precedentes?”).

<sup>20</sup> Véase Levi, *An Introduction...*, cit., p. 2 (el cambio en reglas de caso a caso es “la cualidad dinámica indispensable del derecho”).

<sup>21</sup> Véase Simpson, A. W. B., “The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent”, en Guest, A. G. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Nueva York, Oxford University Press, 1961, pp. 148, 160-163, 167; Simpson, A. W. B., “The Common Law and Legal Theory”, en Simpson, A. W. B., (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, Oxford University Press, 1973, pp. 77, 84-86.

compromiso efectivo entre razonamiento moral TEC y reglas de precedente.

#### A. *El modelo de resultados del precedente*

En su forma más típica, lo que hemos llamado el modelo de resultados del precedente, reconoce decisiones previas como restrictivas pero también permite a los tribunales distinguir casos precedentes que difieren en cuanto a los hechos, de los casos ante ellos.<sup>22</sup> Este enfoque del precedente es atractivo porque parece acomodar la evolución del derecho dentro de un esquema de vinculación. Los tribunales deben tratar las decisiones previas como correctas y obtener resultados análogos cuando se enfrenten con problemas semejantes. Cuando los precedentes son distinguibles, sin embargo, el tribunal posterior es libre de obtener resultados contrarios, aun cuando las opiniones previas establezcan una regla que parece regir la controversia posterior y demanden un resultado diferente. No es sorprendente que esta opinión del precedente fuera popular entre los realistas jurídicos americanos, quienes buscaron liberar el razonamiento jurídico de lo que ellos veían como una preocupación artificial sobre reglas doctrinales.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Este enfoque del precedente es defendido analíticamente en Raz, *The Authority of Law...*, cit., pp. 183-189; Hortsy, John F., "The Result Model of Precedent", *Legal Theory*, Reino Unido, vol. 10, núm. 1, 2004, p. 19; Lamond, Grand, "Precedent as decision" (manuscrito inédito en archivo del autor). Véase también Burton, Steven, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, 2a. ed., Boston, Little Brown and Co., 1995, pp. 27-41 (quien defiende el razonamiento analógico a partir de resultados); Levi, *An Introduction...*, cit., pp. 1-19 (lo mismo).

<sup>23</sup> Véase por ejemplo, Levi, *An Introduction...*, cit., pp. 1-19; Llewellyn, *The Bramble Bush...*, cit., pp. 72-75 (quienes argumentan que los tribunales son libres para maximizar el efecto de una decisión previa, aplicando una regla establecida, o para minimizar su efecto, distinguiendo casos con hechos diferentes, como ellos deseen). Véase en general, Leiter, Brian, "American Legal Realism", en Golding, Martin P. y Edmunson, William A., (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Reino Unido, Blackwell, 2005. Leiter aclara que los realistas jurídicos no fueron uniformemente hostiles hacia las reglas, sin embargo, tenían en común la creencia de que las reglas jurídicas existentes fracasaban al vincular las decisiones judiciales y ocultaban las consideraciones que de hecho influenciaban a los jueces.

La práctica de distinguir precedentes es frecuentemente caracterizada como una forma acreditada de seguir reglas. Las reglas establecidas por tribunales previos son autoritativas, excepto que los tribunales posteriores pueden modificarlas reduciendo su alcance. En otras palabras, el tribunal posterior concibe una nueva versión de la regla que respalda el resultado del caso precedente pero excluye el caso posterior basado en algún hecho crítico nuevo.<sup>24</sup>

Supongamos, por ejemplo, que el caso precedente (*P*) involucró hechos de los tipos *a*, *b*, *c*, *d*, y *e*. El tribunal que preside sobre *P* obtuvo el resultado *X* y anunció una regla, “Si *a*, *b* y *c*, entonces *X*”. Los hechos *d* y *e* fueron mencionados pero no discutidos. Después, surge un nuevo caso *N* que involucra hechos de los tipos *a*, *b*, *c*, *d* y *f*. El tribunal posterior podría distinguir su caso al observar que involucra el nuevo hecho de tipo *f* y reformular la regla de precedente como “Si *a*, *b* y *c* y no *f*, entonces *X*”. O bien, podría distinguir su caso al observar que éste no involucra el hecho tipo *e* y reformular la regla como “Si *a*, *b*, *c* y *e*, entonces *X*”.<sup>25</sup>

De hecho, no obstante, la referencia a reglas es desconcertante porque bajo el enfoque que ahora estamos discutiendo, las reglas establecidas en casos previos no representan en realidad ningún papel en el razonamiento de tribunales posteriores. Ninguna regla de precedente puede ser suficientemente determinada para dictar resultados y a la vez, suficientemente comprensiva para abarcar todas las circunstancias de cualquier disputa dada. De esto se sigue que cada nuevo caso presentará algún hecho que no está especificado por el predicado de la regla de precedente y

<sup>24</sup> Por ejemplo, Raz trata la práctica de distinguir precedentes como una práctica de modificar reglas de precedente. En consecuencia, él impone dos condiciones: (1) la regla modificada debe ser la regla establecida en el precedente, restringida por la adición o una condición mayor para su aplicación; (2) la regla modificada debe ser tal que justifique el orden impuesto en el precedente. Raz, *The Authority of Law...*, cit., p. 186.

<sup>25</sup> Este formato está tomado burdamente de Raz. Véase *The Authority of Law...*, cit., pp. 183-189, Raz es cuidadoso al distinguir entre los *hechos* de casos, por ejemplo, *a*, *b* y *c*, y los *tipos de hechos* identificados en las reglas, por ejemplo *A*, *B* y *C*.

que, por consiguiente, puede servir como un hecho distintivo.<sup>26</sup> Si cada tribunal posterior es libre de distinguir cada regla de precedente, entonces la autoridad de las decisiones precedentes, si la hay, debe radicar en sus hechos y resultados, no en alguna regla anunciada por el tribunal precedente.<sup>27</sup> Al distinguir una decisión previa, el tribunal posterior simplemente está comparando el conjunto de hechos *a, b, c, d y e* con el conjunto de hechos *a, b, c, d y f*. Si los dos conjuntos difieren, como inevitablemente lo harán, el nuevo caso puede ser distinguido y la regla de precedente ignorada. De ahí nuestra descripción de esta forma de razonamiento judicial como el “modelo de resultados” del precedente.

Este enfoque del precedente, sin embargo, suscita la cuestión de si los resultados —resultados en el contexto de hechos particulares— pueden de hecho proporcionar alguna vinculación sobre decisiones posteriores. La forma más plausible de vinculación por resultados es un efecto *a fortiori*: si las razones para el resultado alcanzado por el tribunal precedente son al menos tan fuertes en el contexto del caso posterior como lo fueron en el contexto del caso precedente, entonces el tribunal posterior debe obtener un resultado análogo, a pesar de su creencia de que, en ausencia del

<sup>26</sup> Véase por ejemplo, Llewellyn, *The Bramble Bush...*, cit., pp. 72-73 (“Esta regla sólo se aplica a las personas pelirrojas que manejan coches color rosa marca Buick.”).

Raz intenta evitar esta conclusión sosteniendo que la nueva regla debe ser una versión restringida de la regla de precedente y debe *justificar* el resultado del caso precedente; no es suficiente que la nueva regla sea simplemente *compatible* con el resultado del caso precedente. El ejemplo que proporciona Raz es que si el caso precedente anunció una regla “si *A, By C*, entonces *X*” sobre hechos de los tipos *a, b, c, d y e*, un tribunal posterior que adjudique hechos de los tipos *a, b, c, d, fy no e* podría adoptar una regla distintiva “si *A, B, Cy E* entonces *X*”, pero no podría adoptar una regla “si *A, B, Cy no D*, entonces *X*”. Raz, *The Authority of Law...*, cit., pp. 186 y 187. Raz agrega, sin embargo, que el tribunal posterior podría adoptar legítimamente una regla distintiva si *A, B, Cy no F*, entonces *X*. *Ibidem*, p. 187. Nuestro punto es que siempre habrá una *F*. Raz establece también que el tribunal debe “adoptar sólo esa modificación que perfeccionará mejor la regla”, pero esta advertencia es demasiado vaga para vincular. Agrega además que “usualmente [una] regla modificada puede ser justificada sólo mediante un razonamiento muy similar al que justifica la regla original”; sin embargo, no aclara porqué esto es así. *Idem*.

<sup>27</sup> Véase Harty, “The Result Model of Precedent”, cit., p. 21.

precedente, el resultado es incorrecto. En otras palabras, los precedentes son distinguibles solo cuando las razones para el resultado precedente son más débiles en el caso posterior que en el caso precedente.<sup>28</sup> El razonamiento *a fortiori* sufre de un buen número de dificultades, tanto en su ejecución como en sus efectos sistémicos.

Para determinar si un caso nuevo presenta razones más débiles o más fuertes para un resultado particular que un caso previo, el tribunal tiene que asignar pesos —y con ello, los resultados hacia los cuales se inclinan esos pesos— a los diversos hechos presentes en cada caso.<sup>29</sup> Una dificultad inicial es que el acceso del tribunal a los hechos del caso precedente está limitado a la descripción proporcionada por el tribunal precedente. Supongamos, por ejemplo, que la opinión en el caso precedente establece sólo que el demandante fue lesionado mientras manejaba un automóvil fabricado por el acusado y aprueba una sentencia a favor del acusado. Si, en casos futuros, los tribunales se sienten obligados a seguir el precedente y desestiman todas las demandas de conductores lesionados contra fabricantes de automóviles, entonces un tribunal precedente inteligente (o un tribunal precedente irreflexivo) habrá tenido un impacto poderoso sobre casos futuros, simplemente por minimizar su descripción de los hechos.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Para una defensa de la validez del razonamiento *a fortiori* dentro de ciertos límites, véase Harty, “The Result Model of Precedent”, *cit.* Para crítica, véase Alexander, “Constrained by Precedent”, *cit.*, pp. 29 y 30.

<sup>29</sup> Véase Harty, “The Result Model of Precedent”, *cit.*, pp. 23-27 (presentando el razonamiento *a fortiori* con una serie de ecuaciones basadas en las “polaridades” de hechos). El análisis en los párrafos siguientes rastrea argumentos presentados en Alexander, “Constrained by Precedent”, *cit.*, pp. 34-37, 42-44.

<sup>30</sup> Harty señala que el efecto de una descripción libre difiere del efecto de una regla. Por ejemplo, un tribunal precedente menciona los hechos a (tendientes a favor del demandante), b (tendientes a favor del acusado) y c (tendientes a favor del acusado) y decide a favor del demandante. También anuncia una regla, “si a, b y c, decidir a favor del demandante”. Después surge un caso que involucra los hechos a, b, c y d (tendientes a favor del acusado). Este nuevo caso está cubierto por la regla precedente, pero no es un caso *a fortiori* basado sobre el resultado precedente. Harty, “The Result Model of Precedent”, *cit.*, pp. 28-29. Así, según este entendimiento de la decisión precedente, el modelo de resultados no se confunde con el

Lo más probable, no obstante, es que los tribunales posteriores asumirán que los hechos no mencionados por el tribunal precedente no estuvieron presentes y por lo tanto califican como base para distinguir el caso nuevo.<sup>31</sup> Si es así, la vinculación impuesta por el caso precedente es mínima, cuando no ilusoria. Hemos observado que un tribunal posterior casi siempre puede identificar algún hecho acerca de su propio caso que no aparece en el expediente del caso precedente.<sup>32</sup> Dado lo anterior, por definición, el tribunal posterior considera que la decisión precedente estaba equivocada e incluso es muy probable concluir que estos nuevos hechos inclinan la balanza a favor de un nuevo resultado. Por ejemplo, una opinión precedente puede revelar que el demandante fue lesionado cuando un automóvil comercializado con llantas defectuosas colapsó sobre la carretera. En un caso posterior, el demandante es lesionado cuando un automóvil costoso comercializado con llantas defectuosas colapsa sobre la carretera. Si el tribunal precedente decidió a favor del acusado y el tribunal posterior desea decidir a favor del demandante, el tribunal posterior sólo necesita asumir que el hecho “costoso” no existió en el caso precedente porque la opinión precedente no lo mencionaba.

Este efecto podría ser moderado al aplicar una noción de relevancia: el precio del automóvil simplemente no es relevante para el resultado del caso. Aun así, es difícil ver cómo un tribunal pueda tomar esta determinación de relevancia sin referirse a algún *parámetro* por el cual la relevancia sea calculada. Ese parámetro podría ser una *regla jurídica* no expresada, hallada en los casos precedentes: el precio de los automóviles es irrelevante de acuerdo con la regla de que el deber de cuidado no varía con el precio. Se supone, sin embargo, que un enfoque del precedente basado en resultados, opera sin la ayuda de reglas. De otra manera, éste

modelo de reglas, pero si permite al tribunal precedente controlar un amplio rango de casos futuros al delimitar su exposición de los hechos.

<sup>31</sup> Raz propone que los tribunales posteriores pueden asumir que los hechos no mencionados no estuvieron presentes. Raz, *The Authority of Law...*, cit., p. 187.

<sup>32</sup> Véase nota 26 y el texto que la acompaña.

es meramente una versión del modelo de reglas del precedente que utiliza tanto reglas implícitas como reglas explícitas halladas en casos precedentes (discutimos el uso de reglas implícitas en la sección III.1).

Alternativamente, el tribunal podría emplear como su parámetro de relevancia algún *principio* que extraiga de casos pasados tomados como un todo. Esta alternativa es el “modelo de principios” que discutimos en la siguiente subsección, así que aplazaremos nuestras críticas de este modelo hasta entonces. Aquí basta decir que, si el modelo de principios fracasa, como sostenemos que lo hace y el modelo de resultados no es meramente una versión del modelo de reglas que admite consideración de reglas implícitas, entonces el modelo de resultados carece de los parámetros de relevancia necesarios para que los precedentes vinculen a tribunales subsecuentes.

Un segundo acertijo consiste en lo que significa exactamente decir que un hecho apunta hacia un resultado particular. Presumiblemente, un hecho apunta hacia un resultado judicial particular cuando una decisión a favor de una parte u otra, dado el hecho, produciría bien en el mundo o estaría conforme a un principio considerado correcto. Tomar esta determinación no es una tarea simple. El tribunal debe involucrarse en un proceso de razonamiento complejo (¿es justo y eficiente apoyar expectativas superiores de seguridad en los consumidores que pagan altos precios?) o referirse de nuevo a una regla no expresada (el deber de cuidado varía o no varía con el precio). Si excluimos la posibilidad de referirse a reglas, se sigue que el modelo de resultados del precedente no reducirá significativamente los errores del razonamiento natural.

Asumiendo que el tribunal tiene acceso a una útil colección de hechos y puede asignar tendencias a esos hechos, persiste todavía el problema del peso. Para comparar la fuerza de hechos diferentes a favor o contra un resultado, el tribunal debe emplear una métrica que asigne peso a los hechos en una divisa común. Si no hay tal métrica, esto es,

si los diversos hechos, clave de múltiples principios y políticas no son léxicamente ordenados o reductibles a un principio común maestro, entonces la comparación no es posible.<sup>33</sup>

Si hay una métrica común como utilidad o igual bienestar, cuando un caso es controlado por otro, la determinación se convierte en meramente cuantitativa. El cálculo de peso es ahora posible en principio, pero precedentes incorrectos producirán resultados perniciosos. Supongamos, por ejemplo, que medimos los efectos de los resultados judiciales por el número de *utilidades* que producen. En un caso precedente, un tribunal decidió erróneamente a favor del acusado, cuando una decisión a favor del demandante —dado el conjunto de hechos pertinentes— habría producido diez *utilidades* más. El análisis *a fortiori* sugiere que de este punto en adelante, los tribunales deben decidir a favor del acusado en *todos* los casos en los cuales el balance de la utilidad favorezca al demandante por diez o menos *utilidades*, sin importar cuán desvinculados puedan parecer los casos. De esta forma, un caso de daños y perjuicios puede ser un precedente para un caso de contrato que no tiene semejanza alguna con él en absoluto.

Bajo un modelo de resultados que aplica una métrica común para la comparación de casos, las consecuencias de decisiones incorrectas son sistémicas. Supongamos que un tribunal precedente decidió incorrectamente que la serie de hechos *a*, que favorecía al demandante, pesaba más que la

<sup>33</sup> Harty sostiene que los precedentes pueden tener un efecto *a fortiori* en la ausencia de una métrica para comparar el peso de diferentes hechos. Específicamente, si un caso precedente es decidido a favor del demandante y si todos los hechos que apoyaron al demandante en el caso precedente están presentes en un caso posterior y todos los hechos que apoyan al acusado en el caso posterior estuvieron presentes en el caso precedente, entonces el caso posterior se sigue *a fortiori* del caso precedente. Harty, "The Result Model of Precedent", *cit.*, pp. 23 y 24. Esto parece correcto pero la vinculación proporcionada por el precedente es mínima. Todo lo que se necesita para liberar al tribunal posterior para decidir como mejor considere, es un solo hecho nuevo en apoyo del acusado. Además, Harty admite que dentro del limitado alcance de la vinculación por precedentes, los precedentes inconsistentes podrían conducir a casos que están *a fortiori* a favor tanto del demandante como del acusado. *Ibidem*, p. 26.

serie de hechos *b*, que favorecía al acusado. Surge un nuevo caso que involucra la serie de hechos *x* por el demandante y la serie de hechos *y* por el acusado y el tribunal decide que *y* pesa más que *x*. El tribunal podía, no obstante, estar obligado a decidir a favor del demandante si *x* pesa más que *a* y *b* pesa más que *y*. En otras palabras, si de hecho hay una métrica común por la cual los hechos puedan ser ponderados y los casos comparados jurídicamente, entonces, incluso unas pocas decisiones erróneas harán incoherente la totalidad de la doctrina jurídica.

Además, es seguro que el cuerpo de precedentes incluya tanto casos que fueron decididos correctamente, como casos que fueron decididos incorrectamente. Si esto es así, entonces, cada caso posterior estará restringido en direcciones opuestas e irreconciliables. Supongamos que en un caso precedente en el cual la balanza de utilidad favoreció al demandante por una *utilidad*, ganó el demandante. En otro caso precedente, la balanza de utilidad favoreció al demandante por diez *utilidades* pero ganó el acusado. Ahora todos los casos posteriores en los cuales la balanza de utilidades favorezca al demandante por entre una y diez *utilidades* son casos *a fortiori* para ambos, demandante y acusado.

El modelo de resultados del precedente tiene la virtud de adecuarse a las descripciones propias que los tribunales tienen de su tratamiento de decisiones previas. Los tribunales pretenden estudiar y seguir precedentes y se esfuerzan por distinguir precedentes que desean evitar. No obstante, sin importar lo que pudieran decir, los tribunales no pueden aplicar el modelo de resultados del precedente de la manera que su lógica les dicta. Más probablemente, el proceso de distinguir casos es una forma de razonamiento moral TEC o particularismo sensible a reglas,<sup>34</sup> asociado con

<sup>34</sup> Este término es de Frederick Schauer. Véase Schauer, *Playing by the Rules...*, cit., pp. 94-100. Sobre el escepticismo acerca de la habilidad del particularismo sensible a las reglas para asegurar los beneficios de las reglas, véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, cit., pp. 61-68.

una tendencia conservadora que resulta de la *creencia* de los tribunales de que están obligados por los resultados de casos previos.

### B. *El modelo de principios*

Otro enfoque que ha ganado apoyo entre los teóricos sostiene que los tribunales deben resolver las disputas sobre la base de “principios” jurídicos derivados de decisiones pasadas.<sup>35</sup> Un tribunal que enfrenta una disputa concreta examina las decisiones previas y discierne o construye un principio o razón subyacente que explica esas decisiones. El principio resultante proporciona una fuente de derecho autoritativa en el caso que está ahora ante el tribunal. Si el caso presente parece estar dentro de los términos de una regla judicial anunciada previamente, el principio puede también servir como fundamento para distinguir y limitar la regla.<sup>36</sup> Al mismo tiempo, los principios jurídicos no rigen los resultados a la manera de reglas de todo o nada. El cuerpo de material jurídico puede sugerir varios principios válidos pero conflictivos en una disputa dada, en cuyo caso el tribunal debe determinar los pesos relativos de los principios al ser aplicados a la disputa.<sup>37</sup>

Esta versión de la toma de decisión judicial implica la existencia de un cuerpo de derecho formado y definido por

<sup>35</sup> Véase Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1986, pp. 240-250, 254-258; Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1978, pp. 22-31; Hart y Sacks, *The Legal Process...*, cit., pp. 545-596; Pound, Roscoe, “Survey of the Conference Problems”, *Conference, University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, vol. 14, 1940, pp. 324, 328-331.

<sup>36</sup> Véase Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. 257 y 258 (donde sugiere que los jueces deben tratar tanto las reglas como los principios articulados en el pasado como “provisionales”, para ser reconsiderados a la luz de una nueva concepción del principio); Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 37 (en el que sugiere que los principios pueden justificar un cambio en las reglas).

<sup>37</sup> Véase Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 25-27 (un principio “establece una razón que argumenta en una dirección, pero no exige una decisión particular”); Pound, “Survey...”, cit., p. 329 (“un principio no sienta ningún estado de hechos definido y detallado y no asigna ninguna consecuencia jurídica definitiva”).

coherencia interna.<sup>38</sup> Al identificar principios que conectan y explican decisiones previas y extender esos principios a nuevas disputas, los tribunales componen casos pasados y presentes en un todo consistente. Además, una vez que la masa fundamental de decisiones está en su lugar, la obligación de buscar coherencia proporciona una solución (aunque quizás no, una única solución) a todos los casos que puedan surgir. Los tribunales pueden determinar soluciones para cada nueva disputa por referencia a los principios inmanentes a decisiones previas.<sup>39</sup>

Como el modelo de resultados del precedente, el modelo de principios está diseñado para lograr un compromiso entre razonamiento moral TEC y reglas de precedente serias. Pero los enfoques basados en resultados y basados en principios aún difieren en varias formas. Primero, el modelo de principios toma en cuenta una colección más amplia de material jurídico que el modelo de resultados. El modelo de resultados limita la autoridad precedente de casos previos a la combinación de hechos y resultados revelados; las reglas anunciadas por tribunales previos son irrelevantes.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Véase Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 225 (“El principio adjudicativo de integridad instruye a los jueces a identificar derechos y deberes jurídicos tanto como sea posible, sobre la asunción de que todos fueron creados por un solo autor —la comunidad personificada— expresando una concepción coherente de justicia y equidad.”). Véase también Dworkin, *ibidem*, pp. 228-232; Kress, Kenneth J., “Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin’s Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions”, *California Law Review*, California, vol. 72, 1984, pp. 369, 370 (quien asocia a Dworkin con la teoría de la coherencia); Baum Levenbook, Barbara, “The Meaning of a Precedent”, *Legal Theory*, Reino Unido, vol. 6, núm. 2, 2000, pp. 185, 233-234 (que interpreta la teoría del precedente de Dworkin como una teoría de la coherencia). Cf. Raz, Joseph, “The Relevance of Coherence”, *Boston University Law Review*, Boston, vol. 72, 1992, p. 273 (donde discute y critica teorías de la coherencia en el derecho). Raz trata el trabajo de Dworkin alternativamente como un ejemplo de teoría de la coherencia y sugiere que Dworkin puede no estar comprometido con una teoría de la adjudicación basada en la coherencia. *Ibidem*, pp. 315-321.

<sup>39</sup> Véase Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 82-84 (en el que elabora la “tesis de los derechos”); Hart y Sacks, *The Legal Process...*, cit., p. 569 (donde se refieren al *Common Law* como “un proceso de resolución que trata de relacionar los fundamentos de la determinación presente, de alguna forma razonable, con los principios, políticas, reglas y estándares previamente establecidos”).

<sup>40</sup> Véase el texto que acompaña la nota 27.

Bajo el modelo de principios, tanto las reglas anunciadas como las razones justificantes cuentan como evidencia de principios jurídicos, aunque las reglas anunciadas no son autoritativas *como reglas*.<sup>41</sup> Segundo, como se ha observado, la autoridad de principios jurídicos bajo un modelo del precedente basado en principios no es absoluta en ningún rango de casos. Bajo el modelo de resultados, la conclusión que un caso posterior sigue *a fortiori* de los hechos y el resultado de un caso previo, pone fin a la deliberación. Un principio jurídico, sin embargo, puede aplicarse a un caso dado y aún así fracasar al dictar un resultado si otros principios competitivos están también en juego.<sup>42</sup> Finalmente, el modelo de principios proporciona un efecto de más amplio alcance a las decisiones precedentes del que proporciona el modelo de resultados. La fuerza del precedente bajo un modelo de resultados está limitada a las implicaciones de hechos coincidentes, si hay alguna. En contraste, el conjunto de principios derivados de información jurídica proporciona un extenso, aunque cambiante, cuerpo de autoridad para futuras decisiones.<sup>43</sup>

Un número de influyentes expertos jurídicos han respaldado y desarrollado la idea de la toma de decisión de acuerdo con principios jurídicos. Roscoe Pound incorporó principios jurídicos dentro de su filosofía del derecho funcionalista, en la

<sup>41</sup> Véase Hart y Sacks, *The Legal Process...*, cit., p. 569; Llewellyn, *The Bramble Bush...*, cit., p. 191 (en donde elogian la “Gran Tradición” de toma de decisiones de apelación en la cual las opiniones “tienen sentido y dan orientación para los casos concretos del futuro”) (énfasis en el original); Pound, “Survey...”, cit., pp. 330 y 331 (donde indica que los principios son formulados gradualmente por una serie de tribunales, mediante expresiones de razonamiento en sus opiniones). Dworkin es ambiguo en esta cuestión. Por ejemplo, él establece que “Ajustarse a lo que los jueces hicieron es más importante que ajustarse a lo que ellos dijeron,” y que “una interpretación [del precedente] no necesita ser consistente con actitudes u opiniones judiciales pasadas, con cómo jueces pasados vieron lo que estaban haciendo, para contar como una interpretación elegible de lo que de hecho hicieron”. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 284. Sin embargo, él agrega que ajustarse a opiniones judiciales es “un desiderátum que podría con creces, ser superado por otros”, *ibidem.* p. 285. Cf. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 110-115 (donde se refiere a la “fuerza reglamentaria” y a la “fuerza gravitacional” de los precedentes).

<sup>42</sup> Véase nota 37.

<sup>43</sup> Véase nota 39.

que sostuvo que el derecho estaba compuesto no sólo de reglas sino también de principios de rango superior que servían como “punto[s] de partida autoritativos para el razonamiento jurídico en todos los casos análogos”.<sup>44</sup> En su enfoque del derecho basado en procesos, Henry Hart y Albert Sacks identificaron la “elaboración razonada” de principios ubicada en el cuerpo del derecho como el sello de la toma de decisión judicial.<sup>45</sup>

La idea de principios jurídicos fue revivida posteriormente por Ronald Dworkin, quien la hizo piedra angular de su concepción de “integridad” en el derecho. De acuerdo a Dworkin, un juez ideal utiliza su juicio racional y moral para desarrollar los mejores principios decisarios que puedan satisfacer el requerimiento de “ajuste” a decisiones previas y después decidir en consonancia el caso ante él.<sup>46</sup> En otras palabras, el juez de Dworkin busca coherencia con los precedentes existentes pero también se involucra en el ra-

<sup>44</sup> Pound, “Survey...”, cit., p. 331.

<sup>45</sup> Véase Hart y Sacks, *The Legal Process...*, cit., pp. 568-570. Véase también Postema, Gerald J., “Classical Common Law Jurisprudence (Part II)”, *Oxford University Commonwealth Law Journal*, Oxford, vol. 3, núm. 1, 2003, pp. 11-17 (donde sugiere que la concepción del precedente en el *Common Law*, como se presentó en el siglo XVII, estaba basado en parte, en una obligación entendida de mantener coherencia entre las decisiones). Postema advierte una diferencia de opinión acerca de si la razón jurídica dependía de principios o simplemente del modelo de decisiones pasadas. Su propia interpretación es que los precedentes eran autoritativos en el sentido de que ellos proporcionaron ejemplos de razón jurídica sólida y guías para la decisión. Véase *ibidem*, pp. 14-17.

<sup>46</sup> Véase Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. 230-232, 254-258; Dworkin *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 115-118. El sistema de Dworkin puede ser mejor categorizado como un híbrido que combina elementos del modelo de resultados y del modelo de principios. Los principios jurídicos juegan un papel central y los jueces no calculan mecánicamente las implicaciones de resultados previos. Al mismo tiempo, Dworkin sugiere en ocasiones que los resultados de casos, más que las reglas o explicaciones expuestas en opiniones previas, son la información primaria de la cual se extraen los principios jurídicos. Véase por ejemplo, Dworkin *Law's Empire*, cit., pp. 284-285. Una característica afín de su enfoque es que cada juez construye un principio para propósitos de decisión, en lugar de aplicar principios identificados por tribunales previos. Véase por ejemplo, *ibidem*, pp. 255 y 256. Si los principios son el trabajo de jueces actuales sin el aporte de las explicaciones que jueces previos ofrecieron para sus decisiones, el único componente autoritativo de una decisión previa es su resultado, dada su selección de hechos.

zonamiento moral para alcanzar el mejor resultado posible dentro de la restricción que proporciona la coherencia.<sup>47</sup>

Los principios jurídicos tienen varias ventajas aparentes sobre las reglas vinculantes. Los tribunales están constreñidos por el derecho, pero no se les requiere suprimir su mejor juicio moral al resolver disputas; en cambio, participan en la formulación de principios rectores y ponderan principios en conflicto.<sup>48</sup> El problema de reglas de precedente erróneas u obsoletas se resuelve al situar la autoridad de decisiones previas en preceptos más flexibles de un orden superior. De este modo, el derecho puede evolucionar con la sociedad pero el ritmo de cambio está controlado porque pasado y presente están ligados por principios comunes. Finalmente, los principios jurídicos ofrecen orientación para los tribunales y continuidad en el derecho en los casos que no son regidos por ninguna regla preexistente.

En nuestra opinión, esta atractiva idea es engañosa. En lugar de proveer un feliz compromiso, los principios jurídicos combinan las peores características del razonamiento moral TEC y de las reglas de precedente vinculantes, mientras que al mismo tiempo eliminan las ventajas de ambos.

Los principios jurídicos inherentes al cuerpo del derecho están, en varias formas, menos determinados que las reglas de precedente propuestas por tribunales previos. La más evidentemente es que los principios tienden a ser más vagos y más dependientes de términos cargados de valores que las reglas propuestas que prescriben resultados para casos futuros. Por ejemplo, el principio de que nadie debe obtener ganancias de una injusticia no proporciona una orientación determinada porque deja indefinidas las nociones de injusticia y de ganancia. En comparación, una regla que establece que un heredero culpable de asesinar al as-

<sup>47</sup> Bankowski, MacCormick y Marshall acertadamente se refieren a ésta como una teoría “determinativa” del precedente: Ni los tribunales deducen resultados de opiniones previas, ni deciden de manera independiente lo que es mejor; en cambio, los tribunales determinan el mejor resultado consistente con casos previos. Bankowski, MacCormick y Marshall, “Precedent in the United Kingdom”, *cit.*, p. 332.

<sup>48</sup> Véase Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, p. 255.

cendiente del que espera heredar no puede reclamar una participación de la herencia del ascendiente es, considerablemente, más fácil de aplicar. La regla puede ser inconvenientemente sub-incluyente —como cuando el asesino se suicida antes del juicio— pero esto evita una incursión dentro del concepto de injusticia, cuyos bordes son indefinidos.

Más allá del problema de forma, los juicios acerca de la coherencia dentro del cuerpo del derecho son probablemente tanto inaccesibles como inestables. Múltiples principios pueden calificar como explicaciones plausibles para el material jurídico existente, dejando lugar para el desacuerdo acerca de cuál se ajusta mejor al material así como cuál es, en general, el más deseable.<sup>49</sup> Además, aun cuando el conjunto de principios elegibles no es controvertido, los principios contendientes dentro de ese conjunto deben ser ponderados. Hemos observado que los principios jurídicos no son definitorios de resultados: son “puntos de partida” para el razonamiento o consideraciones a las que les es concedido un “peso”, que pueden entrar en conflicto el uno con el otro en un caso particular.<sup>50</sup> El proceso lógico por el cual los jueces deben ponderar dos o más principios contendientes en contexto es ambiguo y en todo caso, parece no menos propenso a controversia y error que el mejor resultado del razonamiento moral TEC.<sup>51</sup>

Una fuente más de indeterminación es que la información a partir de la cual los principios son extraídos (decisiones y opiniones) cambia con cada nueva decisión. No sólo

<sup>49</sup> Véase Levenbook, “The Meaning of a Precedent”, *cit.*, pp. 236-238 (donde analiza las consecuencias de “la opinión implícita de que el significado de algo en el derecho depende de su relación con muchas otras cosas”). Dworkin admite que las interpretaciones del derecho en su explicación, pueden diferir sustancialmente. Véase Dworkin, *Law’s Empire*, *cit.*, pp. 256 y 257.

<sup>50</sup> Véase nota 37.

<sup>51</sup> Para un esfuerzo de sistematizar este proceso, véase Hurley, S. L., “Hypothetical Cases and Precedent”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 10, núm. 2, 1990, p. 221 (donde sugiere que los casos resueltos, actuales e hipotéticos, proporcionan orientación acerca del peso relativo de principios en escenarios fácticos particulares).

la nueva decisión es agregada al cuerpo del derecho,<sup>52</sup> sino que algún número de decisiones existentes pueden necesitar ser abandonadas o discontinuadas como resultado de la inconsistencia. La exigencia de coherencia o “ajuste” con la información jurídica existente no puede ser una exigencia de perfecta armonía con todas las decisiones previas. Para ser factible, debe estar limitada a alguna proporción de decisiones, más allá de la cual los jueces sean libres de ignorar casos recalcitrantes.<sup>53</sup> De hecho, se puede esperar que un juez que busca el mejor principio calificador deseche tantos de los casos que rechaza como la prueba de ajuste lo permita.<sup>54</sup> Y eso significa, a su vez, que cada nueva decisión abrirá el camino para un nuevo principio al ocasionar que otro caso pasado sea elegible para desechar.

Por estas razones, los principios jurídicos carecen de la capacidad que tienen las reglas para frenar el error, facilitar el acuerdo y la coordinación y proteger y fomentar la confianza. Además, generalmente se entiende que los principios jurídicos anulan las reglas de precedente; por consiguiente, un modelo de coherencia del precedente que dependa de principios jurídicos, elimina los beneficios de acuerdo y coordinación de las reglas.

Al mismo tiempo, los principios jurídicos, como las reglas, son intrínsecamente inferiores al razonamiento moral TEC ideal. La exigencia de coherencia o ajuste limita la habilidad de los tribunales de seguir su mejor juicio al resolver disputas. El tribunal no puede ignorar todas las decisiones pasa-

<sup>52</sup> Véase Kress, “Legal Reasoning and Coherence Theories...”, *cit.*, pp. 380-383 (donde discute el “efecto dominó”).

<sup>53</sup> Dworkin hace esto explícito en su discusión de una prueba de “ajuste”. Véase Dworkin, *Law’s Empire*, *cit.*, pp. 230, 255.

<sup>54</sup> La intercambiabilidad de principios jurídicos es particularmente aparente en la explicación de Dworkin, en la que los principios jurídicos no son transmitidos de tribunal a tribunal, sino que son reelaborados como cada juez identifica el mejor principio que se ajuste al modelo de decisiones previas. Véase *ibidem*, pp. 255 y 256. Otros que se pronuncian por la decisión sobre la base de principios jurídicos, parecen tener en mente que los principios se transmiten de tribunal a tribunal en una forma cada vez más confiable. Véase Pound, “Survey...”, *cit.*, p. 330 (“obtenemos gradualmente una línea de decisiones que desarrollan un principio”); Hart y Sacks, *The Legal Process...*, *cit.*, pp. 569 y 570.

das que considere erróneas, pues si pudiera, el cuerpo de decisiones no ejercería fuerza de precedente y el tribunal simplemente estaría involucrado en un razonamiento moral TEC puro. En consecuencia, el tribunal debe construir o inferir su principio a partir de la información que incluye, al menos, algunos errores de tribunales pasados.

En otras palabras, los principios jurídicos no son principios morales, a los que se llega mediante un proceso de equilibrio reflexivo que comienza por la intuición acerca de resultados correctos. Los principios jurídicos son preceptos que incorporan, al menos, algunos resultados que el tribunal actual considera son incorrectos. La extraña tarea asignada al tribunal es determinar qué principios serían principios morales correctos en un mundo en el que ciertas decisiones erróneas fueran correctas.<sup>55</sup> De este modo, si asumimos que los principios jurídicos de hecho existen —esto es, que la toma de decisión de acuerdo a principios jurídicos está restringida en algún grado por el cuerpo de decisiones previas— entonces, como las reglas, los principios jurídicos afianzan el error. Los tribunales pueden tener más espacio para corregir errores y provocar cambios en el derecho del que tienen en un sistema de reglas de precedente vinculantes, pero su razonamiento está distorsionado sin el valor de resolución compensatorio de la toma de decisión de acuerdo con reglas.

### III. LAS REGLAS DE PRECEDENTE REEXAMINADAS

Asumamos que estamos en lo correcto en nuestra conclusión de que un sistema de reglas de precedente vinculantes es superior a un sistema de precedentes que vincula sólo por sus resultados y que deja a los tribunales con el poder de distinguir precedentes. Asumamos de igual manera, que estamos en lo correcto al decir que un sistema de reglas de precedente vinculantes es superior a un sistema

<sup>55</sup> Véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, cit., p. 147; Alexander, “Precedent”, cit., p. 509. Para una sugerencia similar, véase Raz, “The Relevance of Coherence”, cit., p. 307.

de precedentes basado en principios jurídicos. Aun así, un número de preguntas esperan ser contestadas. Nosotros no pretendemos contestarlas por completo: nuestros objetivos son identificar problemas que necesitan ser resueltos para hacer atractivo un sistema de reglas de precedente vinculantes y mostrar que estos problemas no son tan inextricables como para descalificar las reglas de precedente como una característica plausible del derecho.

### *1. Identificación de reglas de precedente*

El objeto de una regla es resolver controversias y proporcionar coordinación en casos de incertidumbre y desacuerdo. Para ese propósito, una regla debe ser general, cubrir un rango de casos futuros.<sup>56</sup> Ésta también debe estar suficientemente determinada para ser aplicada sin consideración directa de las cuestiones que fue designada a resolver.<sup>57</sup>

Idealmente, una regla de precedente aparecerá en esta forma en la opinión, acompañando una decisión previa. Cuando esto ocurre, la regla no sólo es capaz de orientar decisiones futuras, sino que el tribunal que escribió la opinión probablemente ha elaborado la regla con futuros casos en mente. Pero como los tribunales son reacios a legislar abiertamente, puede ser difícil encontrar reglas de precedente explícitas. Una típica opinión judicial contiene una descripción narrativa de hechos, un sumario de argumentos de las partes y una explicación de la decisión de los tribunales, pero raramente expone canónicamente una regla explícita para el futuro.

El modelo de reglas del precedente, sin embargo, no depende necesariamente de la promulgación judicial deliberada de reglas en forma canónica. Una versión más amplia

<sup>56</sup> Véase Schauer, *Playing by the Rules...*, cit., pp. 1-12, 23-27 (en el que define “reglas”).

<sup>57</sup> Véase *ibidem*, pp. 53-62 (en el que discute la “autonomía semántica” de las reglas).

del modelo también reconocería como autoritativas, las reglas implícitas derivadas de las opiniones judiciales. Una explicación del tribunal sobre su razonamiento, los hechos que particularmente enfatiza y sus referencias a casos previos, pueden revelar que el tribunal apoya, sin establecerlo explícitamente, una regla de decisión identificable. Si esta regla puede ser identificada con razonable confianza y reformulada en forma canónica, entonces puede servir como una regla de precedente seria.

La noción de reglas de precedente implícitas está limitada en diferentes formas. Primero, la autoridad de cualquier regla, incluyendo una regla de precedente, proviene del acuerdo general entre los miembros de la sociedad para investir a su autor con poder para resolver futuras controversias; por lo tanto, la fuerza y significado de la regla son funciones de la intención del autor.<sup>58</sup> De esto se sigue que una regla de precedente implícita debe haber sido entendida por el tribunal precedente para ocupar un lugar dentro del cuerpo del derecho y guiar casos futuros a la manera de una regla. Una regla considerada por un tribunal posterior como inherente al modelo de decisiones pasadas, pero no entendida de ese modo por tribunales previos, no es una regla de precedente. Segundo, las reglas deben prescribir resultados. Por consiguiente, para que una regla implícita califique como una regla de precedente, ésta debe haber sido entendida por el tribunal previo como una que provee una respuesta a todas las disputas que caigan dentro de sus términos y no simplemente como un principio a ser ponderado contra otras razones para la decisión.

La expansión del modelo de reglas para incluir reglas implícitas conlleva algunos riesgos. Una regla que no es obvia pierde mucha de su capacidad para coordinar la conducta privada. Hay además un peligro de que aunque haya tenido

<sup>58</sup> Nuestras opiniones sobre estas cuestiones son expuestas a detalle en Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, cit., pp. 11-25 (resolución), 97-101 (intenciones). Véase también Raz, "The Relevance of Coherence", cit., pp. 295 y 296 (donde discute al derecho como una función de la autoridad).

la regla en mente, el tribunal precedente no considerara sus consecuencias tan cuidadosamente como lo habría hecho si estuviera involucrado en legislación deliberada. Como resultado, la regla puede ser diseñada pobremente. No obstante, el reconocimiento de reglas implícitas es probablemente necesario para asegurar los beneficios de un modelo de reglas del precedente, dadas las prácticas dominantes de los tribunales en el presente. Por otra parte, dada la conveniencia de que el modelo de reglas del precedente sea internalizado plenamente por los tribunales, éstos podrían comenzar a hacer explícitas sus reglas y confeccionarlas con mayor cuidado.

## *2. Condiciones previas para la autoridad del precedente*

Los beneficios de una regla dependen de su capacidad para reducir el error en el rango de casos al cual se aplica. Un tribunal precedente puede algunas veces anunciar una regla en forma general y determinada, pero hacerlo de manera muy informal. Cuando esto ocurre, es particularmente probable que la regla fracase en su tarea de reducir el error. Si el tribunal precedente no pretendía de hecho que su anunciación operara como una regla, no existe ninguna regla. Si el tribunal pretendió una regla, pero actuó irreflexivamente, entonces sin algún refinamiento del modelo, la regla es vinculante sobre tribunales futuros.

Una posible estrategia para evitar el afianzamiento de reglas indeseables es examinar las reglas de precedente por conveniencia de la deliberación al estudiar el proceso que rodeó su adopción. Los alegatos y argumentos presentados al tribunal precedente, por ejemplo, podrían revelar que no hubo debate contencioso significativo sobre el tema de la regla.<sup>59</sup> Si es así, un tribunal posterior podría ignorar la re-

<sup>59</sup> Véase Sherwin, Emily, “The Story of *Conley*: Precedent by Accident”, en Clermont, Kelvin M. (ed.), *Civil Procedure Stories*, Estados Unidos, Foundation Press, 2004.

gla sobre la base de que no fue formulada con suficiente cuidado.

Una condición que se centra en la calidad de la deliberación de tribunales precedentes, no obstante, puede representar peligros para el sistema de precedente. Una investigación de la seriedad con la cual el tribunal precedente examinó su regla, especialmente cuando es conducida por un tribunal posterior que cree que la regla va a producir un resultado erróneo, podría debilitar el hábito de conformidad del que depende cualquier sistema de toma de decisión basado en reglas. De cualquier manera, quizá porque la evidencia de la reflexión judicial no está disponible fácilmente, la investigación dentro de los antecedentes deliberativos de las reglas de precedente no es una característica común de la práctica jurídica.

Otra posibilidad, una que depende de criterios más objetivos y que, por lo tanto, representa menos peligros al hábito de seguir reglas, es examinar las reglas de precedente para la aceptación judicial. Una regla de precedente, de acuerdo a esta condición, no es vinculante sobre tribunales reacios hasta que haya alcanzado con el tiempo la aprobación de varios tribunales. Sólo entonces, a través del escrutinio y la prueba repetidos, la regla ha ganado la asunción de que evitará más error del que causará si es aplicada consistentemente.<sup>60</sup> En efecto, hay evidencia de que los tribunales aplican con frecuencia una prueba de este tipo.<sup>61</sup>

De modo interesante, una condición de aceptación y uso judicial a lo largo del tiempo altera el origen de la regla de precedente. El autor ya no es el tribunal que anunció primero la regla sino la serie de tribunales que la adoptaron

<sup>60</sup> Véase Burke, Edmund, *Reflections on the Revolution in France and on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event*, [s.l.e.], [s.e.], 1790, reimpresso en Burke, Edmund, *Selected Writings and Speeches*, en Stanlis, Peter J. (ed.), [s.l.e.], Regnery Gateway, 1963, pp. 424, 470 (al referirse al derecho común como “la sabiduría de las épocas”).

<sup>61</sup> Gerald Postema sugiere que la aceptación y el uso repetido por los tribunales fue entendido como el criterio dominante para la autoridad precedente en la jurisprudencia del *Common Law* clásico. Postema, “Classical Common Law...”, cit., pp. 13, 17, 24-25.

después. Esto, sin embargo, no debe representar un problema serio para el modelo de reglas. Siempre que la regla sea emitida por una fuente autoritativa y su significado sea entendido uniformemente, ésta puede funcionar como una regla de precedente seria.

Más problemática es, para cualquier prueba de “aceptación judicial” para reglas de precedente, su inherente e inexorable indeterminación. ¿Cuántos y qué tribunales deben aceptar la regla?, ¿deben los tribunales aceptarla en una forma canónica idéntica?, ¿qué deben hacer los actores primarios durante el periodo posterior a aquél en el que la regla es primeramente anunciada pero antes de que sea “aceptada”? Éstas y otras preguntas podrían ser contestadas “reglamentando” este modelo de reglas-más-aceptación (“la regla debe ser aceptada por tres tribunales de rango paralelo dentro de la misma jurisdicción en diez años, etcétera, etcétera”). Al final, sin embargo, la complejidad agregada de una regla para aceptación podría debilitar las ventajas que un modelo de reglas del precedente intenta asegurar. El modelo se convertirá entonces en uno mucho más elaborado que el modelo de reglas simple.

### *3. La toma de decisiones en ausencia de una regla de precedente*

El modelo de reglas del precedente requiere que los tribunales sigan las reglas de precedente, pero no dice nada acerca de cómo deben proceder los tribunales en los casos que no están comprendidos por los términos de ninguna regla. La posición por omisión más simple es que los tribunales deben regresar al razonamiento moral TEC en ausencia de reglas de precedente. Una posible alternativa para los tribunales, consistente con la práctica judicial común, es razonar por analogía, tratar de localizar casos previos que parezcan similares y llegar a resultados paralelos.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> Sobre razonamiento analógico, véanse las contribuciones de Eisenberg, Melvin y Postema, Gerald en “Common Law Theory”, en Edlin, Douglas E. (ed.), Nueva

Como una cuestión de lógica, nos preguntamos si esta opción existe.<sup>63</sup> Las semejanzas entre casos carecen de sentido en sí mismas: el hecho de que dos demandantes sean pelirrojos, por ejemplo, no significa que si uno gana, ambos deban ganar. Debe haber un principio o “regla justificadora de analogías” que identifique semejanzas que sean relevantes al resultado.<sup>64</sup> Si la analogía está respaldada por una regla implícita en la opinión previa, entonces, lo que parece ser razonamiento analógico es realmente una aplicación del modelo de reglas del precedente, entendido ampliamente para reconocer reglas implícitas. Si ninguna regla implícita está disponible, la mejor explicación del razonamiento analógico es que el tribunal posterior ha “abducido” un principio de un conjunto de casos previos, el cual identifica semejanzas entre esos casos y el caso ante el tribunal.<sup>65</sup> Este proceso de abducción puede o no ser una forma plausible de razonamiento, pero asumiendo que lo sea, el razonamiento por analogía es ahora un ejemplo del modelo de coherencia del precedente y padece de los defectos de ese modelo. Concretamente, un principio retrospectivo extraído de un conjunto imperfecto de información decisoria, incorpora los errores de las decisiones pasadas y carece del valor

York, Cambridge University Press, 2007; Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, cit., pp. 27-41; Levi, *An Introduction...*, cit., pp. 1-19; Sunstein, Cass R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Estados Unidos, Oxford University Press, 1996, pp. 62-100; Brewer, Scott, “Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy”, *Harvard Law Review*, Massachusetts, vol. 109, núm.5, 1996, pp. 925-929, 962-963. Para un punto de vista escéptico, véase Alexander, Larry, “Bad Beginnings”, *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, vol. 145, núm.1, 1996, pp.57, 80-86. Para un análisis más favorable, véase Sherwin, Emily, “A defense of Analogical Reasoning in Law”, *University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 66, otoño de 1999, p. 1179.

<sup>63</sup> Véase Posner, Richard A., *The Problems of Jurisprudence*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1990, pp. 86-98 (donde describe el razonamiento analógico como “una clase inestable de métodos dispares de razonamiento”); Schauer, *Playing by the Rules...*, cit., pp. 183-187 (donde describe el razonamiento analógico como una forma de deducción a partir de reglas).

<sup>64</sup> Véase Brewer, “Exemplary Reasoning...”, cit., p. 962. Pero confróntese con Moore, “Precedent, Induction, and Ethical Generalization”, cit., p. 188 y 189 (quien se pregunta si es lógicamente posible extraer una regla de una decisión basada en hechos particulares).

<sup>65</sup> Véase Brewer, “Exemplary Reasoning...”, cit., p. 962.

resolutivo de una regla. Como hemos sostenido, un principio de este tipo, no debe tratarse como autoritativo.

Así, desde el momento en que el razonamiento analógico difiere de la identificación de reglas de precedente implícitas que tribunales previos pretenden intencionadamente que operen como reglas, lo rechazamos como una fuente de restricción por precedentes. No obstante, puede haber beneficios potenciales para el razonamiento analógico como una práctica profesional entre abogados y jueces. Idealmente, un tribunal involucrado en razonamiento moral TEC probará principios decisarios potenciales contra ejemplos reales e imaginarios de su aplicación.<sup>66</sup> Los tribunales, sin embargo, tienen tiempo limitado para la reflexión. La práctica de estudiar casos pasados en busca de semejanzas relevantes asegura, al menos, que éstos sean expuestos a una variedad de patrones de hecho a los cuales podrían aplicarse sus propias hipótesis y también a varias líneas de razonamiento seguidas por tribunales previos. Por esta razón, los tribunales pueden cometer menos errores en la ausencia de reglas si creen que pueden e incluso están obligados a razonar por analogía a partir de casos pasados.<sup>67</sup>

#### *4. Anulación de reglas de precedente*

El modelo de reglas del precedente requiere que los tribunales sigan las reglas precedentes calificadas sin deliberar acerca de si los resultados que ellas prescriben son correctos, *todos los elementos considerados*. Los tribunales no pueden hacer una segunda conjetura acerca de los resultados de las reglas, ni pueden “distinguir” las reglas que parecen producir el resultado erróneo en un caso particular. Cuando las reglas precedentes están justificadas como *re-*

<sup>66</sup> Este proceso de razonamiento es capturado por el término de Rawls “equilibrio reflexivo”. Véase Rawls, John, *A Theory of Justice*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1971, pp. 46-53.

<sup>67</sup> Para una versión más detallada de este argumento, véase Sherwin, “A Defense of Analogical Reasoning in Law”, *cit.*

*glas* —esto es, cuando seguir las reglas en todos los casos producirá en total menos errores que la deliberación irrestricta— entonces, los resultados erróneos en casos particulares son simplemente un producto derivado de la generalidad de las reglas, lo cual no se puede evitar sin perder los beneficios de las reglas.

Sin embargo, algunas reglas no están justificadas como reglas: seguirlas en todos los casos no producirá un beneficio neto sobre el razonamiento moral TEC, sea porque las reglas fueron concebidas erróneamente o porque cambiaron las circunstancias que las han hecho obsoletas. Las objeciones más persuasivas al modelo de reglas del precedente se basan en su fracaso para ofrecer un escape de este tipo de reglas: una acumulación de reglas injustificadas debilita la afirmación de que las reglas de precedente serias minimizarán el nivel de error global. Por lo tanto, el modelo de reglas tiene que ser dotado de un poder para anular.

El enfoque más directo de la anulación implica evaluación judicial de la justificación de cada regla: antes de aplicar la regla a un caso particular, el tribunal se preguntaría si ésta evita más error global del que causa al prescribir resultados erróneos. Este tipo de evaluación, no obstante, le presenta una dificultad al tribunal, si no es que una tarea imposible. El tribunal debe evaluar la justificación global de la regla pero también debe abstenerse de evaluar el resultado que la regla prescribe para el caso que se encuentra ahora ante él. Aunque las dos funciones del tribunal —evaluación global de reglas y aplicación de reglas— son lógicamente distintas, un tribunal involucrado con los hechos de un caso particular puede encontrarlas prácticamente inseparables.

Como alternativa, los tribunales podrían adoptar, o una legislatura podría prescribir, una regla para anular. Esta estrategia, sin embargo, está condenada a fracasar. Una regla resuelve la controversia moral al sustituir la deliberación moral por una simple prescripción. La cuestión de cuándo seguir reglas no puede ser simplificada de esta ma-

nera. Una determinada regla para anular (“Anular todos los precedentes de más de diez años de antigüedad”) es capaz de orientar a los tribunales, pero su propia justificación puede entrar en duda, pues requiere una apelación a una regla de nivel superior. En algún punto en la regresión, si el problema ha de ser resuelto, el juicio moral es inevitable. En contraste, un parámetro indeterminado (“Anular las reglas de precedente cuando las razones para anularlas tengan una fuerza de X”) no puede funcionar como una regla. El juicio moral es requerido una vez más.

En nuestra opinión, la mejor solución es adoptar una presunción a favor de las reglas de precedente: los tribunales pueden anular, pero sólo cuando la regla está obvia y seriamente injustificada.<sup>68</sup> El parámetro de la falta de justificación obvia y seria, para este propósito, es un parámetro de evaluación global de la regla, no un parámetro de aplicación de la regla. Los tribunales deben aplicar las reglas a los casos ante ellos, aún si están convencidos de que el resultado es un error. Sólo si un tribunal está casi seguro de que la regla, si es seguida consistentemente, producirá bastante más error del que previene, puede rehusar seguirla.

Este parámetro no es ideal. La presunción a favor de las reglas previene a los tribunales de anular algunas reglas que deben ser anuladas. Mientras tanto, la vaguedad inevitable de la presunción significa que los tribunales diferirán en sus evaluaciones acerca de cuándo las reglas están obviamente injustificadas, y el potencial para el comportamiento judicial variable debilita, hasta cierto punto, el valor resolutivo de las reglas en sí mismas. Finalmente, aun cuando están limitados por una presunción a favor de las reglas, un poder anulatorio que pide a los tribunales eva-

<sup>68</sup> Psicológicamente, este enfoque implica un “vistazo” a la justificación de la regla, del tipo que Frederick Schauer recomienda en su discusión del “positivismo presuntivo”. Véase Schauer, *Playing by the Rules...*, cit., pp. 196 y 197. Aunque no creemos que el positivismo presuntivo sea exitoso como una solución del dilema general de las reglas, parece la mejor solución disponible a la cuestión de cuándo una regla debe ser totalmente abandonada. Véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, cit., pp. 68-73.

## LOS JUECES COMO CREADORES DE REGLAS

luar la justificación de reglas, pero no evaluar los resultados que ellas prescriben para el caso que les ocupa, requiere gimnasia mental de los jueces. No obstante, esta burda solución parece preferible a cualquier otra: algún poder para anular es necesario para escapar de la rigidez y el error innecesarios. Mientras tanto, las reglas para anular son impracticables y la evaluación irrestricta de reglas es inconsistente con el hábito de obediencia a las reglas, del cual depende el modelo de reglas del precedente.