

# ÍNDICE

DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA OBRA . . . . .	13
RESÚMENES . . . . .	14

## PRIMERA PARTE PRECEDENTE: TEORÍA GENERAL

ESTADO DE DERECHO, ADJUDICACIÓN Y RACIONALIDAD JURÍDICA . . .	21
Antonio Manuel Peña Freire	
1. INTRODUCCIÓN . . . . .	21
2. ESTADO DE DERECHO Y GOBIERNO DE LAS REGLAS. . . . .	22
3. ESTADO DE DERECHO Y ADJUDICACIÓN . . . . .	26
4. LOS LÍMITES DE LA ADJUDICACIÓN . . . . .	31
4.1. Una contradicción en el corazón del Estado de derecho . . . . .	31
4.2. Algunos mecanismos para superar la tensión entre previsibilidad y autonomía . . . . .	37
5. ADJUDICACIÓN Y RACIONALIDAD DEL DERECHO. . . . .	41
5.1. Arbitrariedad, discrecionalidad y racionalidad . . . . .	41
5.2. Una teoría mínima de la dimensión moral del derecho . . . . .	45
5.3. Otras teorías sobre la dimensión moral de la legalidad . . . . .	49
6. CONCLUSIONES . . . . .	50
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	52

<b>UN ANÁLISIS SOBRE LA FORMACIÓN DEL PRECEDENTE. . . . .</b>	<b>55</b>
David Sierra Sorockinas	
1. INTRODUCCIÓN . . . . .	55
2. EL PRECEDENTE COMO PRODUCTO DE INTERPRETAR . . . . .	56
3. LA ACCIÓN INTERPRETATIVA EN EL PRECEDENTE . . . . .	61
3.1. Categorías de los límites interpretativos: límites del lenguaje. . . . .	63
3.2. Categorías de los límites interpretativos: límites dogmáticos . . . . .	64
3.2.1. Los materiales jurídicos . . . . .	65
3.2.2. Las interpretaciones autorizadas . . . . .	65
3.2.3. Los conceptos propios del sistema jurídico . . . . .	66
3.3. Categorías de los límites interpretativos: límites circunstanciales . . . . .	66
3.3.1. Por cambios tecnológicos . . . . .	67
3.3.2. Por cambios en las condiciones culturales . . . . .	67
3.3.3. Por cambios en los sistemas normativos. . . . .	68
4. DINÁMICA DEL PRECEDENTE. . . . .	69
4.1. Fase inicial . . . . .	70
4.1.1. Estímulos dogmáticos . . . . .	71
4.1.2. Estímulos educativos y/o doctrinales . . . . .	72
4.1.3. Estímulos tecnológicos. . . . .	73
4.2. Fase media o embrionaria . . . . .	75
4.3. Fase final o de creación. . . . .	77
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	78
<b>LA RELEVANCIA DE LOS HECHOS PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN (ANALÓGICA) DE PRECEDENTES . . . . .</b>	<b>83</b>
Álvaro Núñez Vaquero	
1. INTRODUCCIÓN . . . . .	83
2. LA RELEVANCIA DE LOS HECHOS DEL CASO PARA LA FIJACIÓN DE LA <i>RATIO DECIDENDI</i> DEL PRECEDENTE . . . . .	84
2.1. Control de constitucionalidad (o legalidad) en abstracto. . . . .	85
2.2. Los hechos probados del caso . . . . .	86
2.3. Los hechos relevantes del caso . . . . .	87
2.4. Las propiedades relevantes . . . . .	88
2.5. Un modesto papel para los hecho del caso . . . . .	90
3. LA TESIS DE LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE ANALOGÍA Y PRECEDENTE	91
4. APLICACIÓN ANALÓGICA DE PRECEDENTES. . . . .	96
4.1. Interpretación, aplicación y analogía . . . . .	96

4.2. Interpretación analógica de precedentes . . . . .	101
4.3. ¿Aplicación analógica? . . . . .	103
5. A MODO DE CONCLUSIÓN: SOBRE LA ANALOGÍA COMO MÉTODO DE SEGUIMIENTO DE PRECEDENTES. . . . .	105
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	106
<b>OBITER DICTA ABUSIVOS: EN BUSCA DE UNA TIPOLOGÍA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES ABUSIVOS . . . . .</b>	<b>109</b>
Thomas da Rosa de Bustamante	
1. INTRODUCCIÓN . . . . .	109
2. A VUELTAS CON LA DISTINCIÓN ENTRE <i>RATIO DECIDENDI</i> Y <i>OBITER DICTUM</i> . . . . .	110
3. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LOS <i>OBITER DICTA</i> . . . . .	113
4. UNA CONCEPCIÓN AMPLIA DE <i>OBITER DICTUM</i> . . . . .	115
5. LA NOCIÓN DE <i>OBITER DICTUM</i> ABUSIVO. . . . .	118
6. UNA TIPOLOGÍA DE LOS <i>OBITER DICTA</i> ABUSIVOS. . . . .	120
6.1. <i>Obiter dicta</i> abusivos en sentido estricto (intra-procesales) . . . . .	120
6.1.1. <i>Obiter dicta</i> políticamente inductivos . . . . .	120
6.1.2. <i>Obiter dicta</i> abusivos trans-procesales. . . . .	123
6.2. <i>Obiter Dicta</i> extra-procesales . . . . .	126
6.2.1. <i>Obiter dicta</i> prejuzgadores e inductivos. . . . .	127
6.2.2. <i>Obiter dicta</i> de competición interna . . . . .	129
6.3. <i>Obiter dicta</i> abusivos en sentido impropio . . . . .	130
7. CONCLUSIONES . . . . .	132
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	133

## SEGUNDA PARTE

### LA PRÁCTICA Y EFICACIA DEL PRECEDENTE Y LA JURISPRUDENCIA

<b>LA REGLA DEL PRECEDENTE EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL BRASILEÑO. UN MODELO <i>SUI GENERIS</i> . . . . .</b>	<b>139</b>
Rodrigo de Souza Gonçalves	
1. INTRODUCCIÓN . . . . .	139

2. LA LOCALIZACIÓN DEL <i>STARE DECISIS</i> DENTRO DE LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. . . . .	140
3. EL EFECTO VINCULANTE EN LA TRADICIÓN DEL <i>CIVIL LAW</i> : LAS FUENTES JURÍDICAS Y LA PRIMACÍA DE LA JURISPRUDENCIA . . . . .	142
4. SIGLO XX: AUMENTO DE LA «INTERFERENCIA HORIZONTAL» ENTRE <i>COMMON LAW</i> Y <i>CIVIL LAW</i> . . . . .	143
4.1. ¿«Commonlización» del Derecho brasileño?. . . . .	147
5. ¿EXISTE UNA REGLA DEL PRECEDENTE EN EL SISTEMA DE JUSTICIA BRASILEÑO? . . . . .	148
5.1. Sistema jurisdiccional a partir de 2015: ¿ <i>stare decisis</i> , jurisprudencia vinculante o modelo <i>sui generis</i> ? . . . . .	150
6. EL EFECTO VINCULANTE DEL ART. 927 DEL CPC: PRECEDENTES A LA BRASILEÑA . . . . .	153
7. ESTABILIDAD, COHERENCIA E INTEGRIDAD COMO POSIBLES VECTORES DEL <i>STARE DECISIS</i> . . . . .	157
8. CONCLUSIONES . . . . .	161
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	162
<b>MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS Y JURISPRUDENCIA. ¿CUMPLE NUESTRA JURISPRUDENCIA SU FUNCIÓN? . . . . .</b>	<b>165</b>
Marina Gascón Abellán	
1. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA . . . . .	165
1.1. Qué jurisprudencia . . . . .	165
1.2. El valor de la jurisprudencia para la unificación del derecho . . . . .	167
1.3. El alcance de (la vinculación a) la jurisprudencia. Independencia judicial y carácter difuso de la jurisdicción. . . . .	172
2. ¿CUMPLE LA JURISPRUDENCIA EFICAZMENTE SU FUNCIÓN? . . . . .	177
2.1. Sentencia, comunicación de razones y lenguaje: jurisprudencia y motivación . . . . .	177
2.2. Defectos de la motivación que dificultan la función jurisprudencial . . . . .	179
2.2.1. La identificación de los hechos relevantes (y probados) . . . . .	179
2.2.2. La calidad de la motivación: claridad, estructura, rigor y concisión . . . . .	181
3. CONCLUSIÓN . . . . .	185
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	187

<b>EL RECURSO A LA JURISPRUDENCIA COMO HERRAMIENTA INTERPRETATIVA EN POLONIA</b> . . . . .	191
Paulina Konca	
1. EL RECURSO A LA JURISPRUDENCIA: CARACTERIZACIÓN GENERAL EN EL SISTEMA POLACO.. . . . .	192
2. EL RECURSO A LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DIRECTRICES SOBRE LA INTERPRETACIÓN. . . . .	197
3. EL RECURSO A LA JURISPRUDENCIA: UN EJEMPLO SIGNIFICATIVO. . . . .	200
4. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES . . . . .	206
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	208

### TERCERA PARTE PRECEDENTE INTERNACIONAL

<b>EQUILIBRIO GLOCAL</b> . . . . .	213
Rodrigo Camarena González	
1. INTRODUCCIÓN . . . . .	213
2. POSTURAS INTERMEDIAS CON METODOLOGÍAS INCOMPLETAS . . . . .	215
3. EL EQUILIBRIO GLOCAL. . . . .	221
3.1. Fuentes anómalas y lagunas axiológicas . . . . .	223
3.2. Los cuatro pasos del Equilibrio Glocal . . . . .	224
4. EL EQUILIBRIO GLOCAL EN LA PRÁCTICA: <i>BROWN V. BOARD OF EDUCATION</i> EN MÉXICO. . . . .	225
4.1. Primer paso: reconstruyendo los conjuntos. . . . .	226
4.2. Segundo paso: identificando particularidades nacionales y lagunas axiológicas. . . . .	227
4.3. Tercer paso: confirmando peculiaridades nacionales, integrando lagunas y revisando precedentes. . . . .	229
4.4. Cuarto paso: glocalizando <i>Brown</i> . . . . .	230
5. CONCLUSIÓN: HACIA UN EQUILIBRIO GLOCAL. . . . .	231
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	232
SENTENCIAS . . . . .	234

<b>PRECEDENTE EXTRANJERO ¿DIÁLOGO O DISCURSO? . . . . .</b>	<b>237</b>
Leonor Moral Soriano	
1. FORMAS DE DIÁLOGO . . . . .	238
2. EL DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE JUECES EXTRANJEROS. A LA BÚSQUEDA DEL <i>IUS COMUNE</i> . . . . .	242
3. LOS PRECEDENTES EXTRANJEROS EN EL CONTEXTO DEL DESCUBRIMIENTO . . . . .	244
4. LOS PRECEDENTES EN EL CONTEXTO DE LA JUSTIFICACIÓN: ARGUMENTO COMPARADO Y DERECHO COMPARADO. . . . .	246
5. LOS PRECEDENTES PERSUASIVOS DEL <i>COMMON LAW</i> . . . . .	249
6. PRECEDENTES EXTRANJEROS COMO CANON DE INTERPRETACIÓN EN EL DISCURSO JURÍDICO. . . . .	252
7. EPÍLOGO: USO DE LOS PRECEDENTES EXTRANJEROS Y FERTILIZACIÓN CRUZADA . . . . .	254
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	256

## DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA OBRA

Aunque el seguimiento de precedentes suele ser visto como un rasgo distintivo de los sistemas de *Common Law*, el recurso al precedente es también una constante en los sistemas de *Civil Law*, donde es asimilado a menudo a la idea de jurisprudencia. También en estos sistemas los jueces adoptan sus decisiones atendiendo a lo que otros tribunales (particularmente los Tribunales Supremos y Constitucionales) han dicho en supuestos análogos. Es más, el seguimiento de precedentes trasciende el plano puramente interno, pues los tribunales estatales prestan cada vez más atención al modo en que otros altos tribunales extranjeros o internacionales han resuelto casos significativos.

Este libro recoge un conjunto de trabajos que se presentaron a discusión en el workshop *La construcción del precedente en los sistemas de civil law* (celebrado en Lucerna, Suiza, en julio de 2019 en el seno del *IVR World Congress of Philosophy of Law*), con la finalidad de estimular una reflexión sobre el papel institucional y el valor de la práctica del precedente en los ordenamientos de *civil law* que comparten unas mismas características. Se abordan en ellos distintos aspectos relevantes: 1) sobre el valor del precedente, con particular atención a su función en la justificación de las decisiones judiciales, así como a la relación entre el seguimiento de precedentes y el «gobierno de las leyes»; 2) sobre la formación del precedente y su práctica, con especial referencia al papel de los hechos y al valor de los *obiter dicta*; 3) sobre la creciente influencia del precedente de los tribunales extranjeros y la formación del precedente «transnacional»; 4) o sobre la relación entre precedente y jurisprudencia y la dificultad para convertir a las Cortes Supremas en verdaderas cortes de precedentes.

## RESÚMENES

### 1. Estado de derecho, adjudicación y racionalidad jurídica. Antonio Manuel PEÑA FREIRE

Este trabajo pone de manifiesto que la aplicación judicial del derecho y, en particular, sus métodos constitutivos —procedimientos judiciales, participación de las partes en el proceso, actitud considerada del juez, publicidad de las sentencias, vinculación a la jurisprudencia y precedentes, etcétera— son condición del Estado de derecho, pues contribuyen a hacer posible el gobierno mediante reglas del comportamiento de los individuos. Ahora bien, una concepción instrumental del Estado de derecho, vinculada a un modelo estrictamente formal de adjudicación, no garantiza que el comportamiento de los individuos quede siempre efectivamente gobernado por reglas, ni puede evitar manifestaciones de arbitrariedad judicial. Por esta razón, adicionalmente, se analiza si una teoría material del Estado de derecho es apta para asegurar cierta racionalidad en la aplicación del derecho y puede suplir esas limitaciones y asegurar una realización plena del ideal del gobierno de las reglas o imperio de la ley.

### 2. Un análisis sobre la formación del precedente. David SIERRA SOROCKINAS

Este trabajo propone un concepto de precedente como resultado de la interpretación dentro del esquema conceptual de una nueva teoría. Uno de los objetivos de esta teoría es establecer una distinción entre el precedente y la regla del precedente. De acuerdo con este marco, se describen las principales características del concepto de precedente: i) el precedente es la interpretación de una sentencia dada por un juez; ii) la regla del precedente consiste en la extensión —vía analogía— de la aplicación de una regla particular a casos similares; y iii) se pueden reconocer tres etapas diferentes en el proceso de formación del precedente: a) inicial (el conjunto de las sentencias que el juez puede utilizar para deliberar sobre un nuevo caso); b) intermedia o embrionaria (los abogados y el juez que intervienen en el proceso proponen varias interpretaciones); c) definitiva (el juez elige las razones a partir de una sentencia anterior para apoyar su decisión en un nuevo caso).

### 3. La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analogica) de precedentes. Álvaro NÚÑEZ VAQUERO

El objetivo de este trabajo es mostrar la relevancia que tienen los hechos en la interpretación y aplicación de precedentes. Para ello se analizan tres tesis. La primera de ellas es la tesis, sumamente difundida, según la cual la *ratio deci-*



*dendi* de los precedentes ha de ser identificada a la luz de los hechos del caso. La segunda y la tercera tesis versan sobre la relación entre precedente y analogía; en particular, sobre la relación, respectivamente, de incompatibilidad e implicación entre ambas. La segunda tesis será analizada a la luz de la tesis de Frederick Schauer, según la cual precedente y analogía son instituciones diferentes y contrapuestas. La última tesis asegura que los precedentes han de ser, necesariamente, aplicados analógicamente. La conclusión es que los hechos juegan un papel muy modesto en la interpretación y aplicación de los precedentes, salvo cuando se aplican caso a caso, pero ello puede llegar a frustrar los objetivos que se persiguen mediante un sistema de precedentes.

#### **4. *Obiter Dicta* abusivos: en busca de una tipología de los pronunciamientos judiciales abusivos. Thomas BUSTAMANTE**

Este trabajo pretende precisar analítica y conceptualmente la noción de *obiter dictum*, entendida en una acepción amplia, así como reflexionar sobre sus circunstancias de legitimidad, y ello con el fin de identificar mejor los pronunciamientos judiciales abusivos que realizan actos de habla capaces de producir efectos sistémicos indebidos o daños al orden jurídico. Finalmente, ofrece también una tipología de *obiter dicta* ilegítimos y ejemplos de cada una de las clases identificadas.

#### **5. La regla del precedente en el sistema de justicia civil brasileño. Un modelo *sui generis*. Rodrigo DE SOUZA GONÇALVES**

El trabajo analiza el efecto vinculante en la tradición del *civil law*, desde la «primacía de la jurisprudencia» en el medievo, hasta el fenómeno de la «interferencia horizontal» entre *common law* y *civil law* en el siglo XX, poniendo de relieve que el sistema brasileño permanece vinculado a la tradición romanista. Se demuestra a continuación la inexistencia de una genuina regla del precedente en el sistema brasileño y se apunta la dificultad de categorizar su modelo jurisdiccional tanto en el paradigma del *stare decisis* como en la concepción de *jurisprudencia constante*, siendo un modelo *sui generis* dentro de la tradición del *civil law*. Finalmente se ofrece una propuesta para la materialización del *stare decisis* brasileño.

#### **6. Precedente, jurisprudencia y motivación de la sentencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia eficazmente su función? Marina GASCÓN ABELLÁN**

El seguimiento de la jurisprudencia es valioso, pues reduce la diversidad interpretativa y contribuye así a realizar mejor la predictibilidad y la igualdad

en la aplicación de la ley. De hecho, y como reflejo de ese valor, en los sistemas de *civil law* asistimos a la incorporación progresiva de mecanismos de formación de jurisprudencia. El objetivo de este trabajo es analizar en qué medida es capaz la jurisprudencia de cumplir eficazmente su función unificadora de la interpretación del derecho y cuáles son, en su caso, los retos para lograrlo. Como paso previo se analizan algunas cuestiones generales sobre el valor y alcance de la vinculación a la jurisprudencia. En particular, se sostiene que la vinculación a la jurisprudencia ha de interpretarse en términos compatibles con el principio democrático, la independencia judicial y el carácter difuso de la jurisdicción, lo que significa que la vinculación no cancela sino que potencia el diálogo entre tribunales. Se examina después si, a la vista de la praxis judicial existente, puede la jurisprudencia cumplir eficazmente su función de unificación del derecho. La respuesta que aquí se da a esta pregunta es «no», y para ello se procede en dos pasos. Primero se sostiene que hay una conexión entre la fundamentación de una decisión y su capacidad para crear eficazmente jurisprudencia. Después se analizan algunos déficits habituales que afectan a la motivación de las sentencias y que obstaculizan o incluso arruinan la función jurisprudencial.

## **7. La referencia a la jurisprudencia como herramienta interpretativa en Polonia. Paulina KONCA**

El recurso a la doctrina judicial es distinto en los países de *common law*, en los que funciona como *precedente* y representa un elemento esencial del sistema de fuentes, y en los del *civil law*, como España o Polonia, en los que se expresa y funciona como *jurisprudencia* con un alcance y estatus institucional distinto. Sin embargo, incluso en el sistema de *civil law* es posible otorgar al recurso a la jurisprudencia un papel similar al del recurso al precedente. De hecho, también en estos sistemas la remisión a los precedentes judiciales constituye un elemento habitual e importante de la justificación de las decisiones interpretativas. El presente trabajo analiza el papel que juega el recurso a la jurisprudencia como herramienta interpretativa en el sistema jurídico polaco. El texto se divide en cuatro partes. En la primera se explica el papel del recurso a la doctrina judicial en Polonia en comparación con soluciones adoptadas en otros lugares. En la segunda se destaca en particular la referencia a la jurisprudencia como fuente de directrices sobre la interpretación. En la tercera parte se presenta la cuestión mediante un ejemplo de un caso considerado por los tribunales polacos. En la cuarta se extraen algunas conclusiones provisionales sobre el papel de la referencia a la jurisprudencia.

## 8. Equilibrio Glocal. Rodrigo CAMARENA GONZÁLEZ

El debate acerca del uso del precedente extranjero ya no se limita a universalistas y particularistas, pues existe una postura intermedia. Autores como Vicki Jackson y Sujit Choudhry conciben lo global y lo local no como categorías sino a lo largo de un *continuum*. Ellos usan el precedente extranjero para analizar críticamente el derecho nacional para apelar después a analogías o diferencias históricas-teleológicas que justifican o rechazan la «importación» de precedentes extranjeros. Ambos tienen razón al rechazar la dicotomía global/local. Sin embargo, sus metodologías no logran explicar y justificar la interpenetración entre lo local y lo global, o sea, lo «glocal». Según ellos, una vez que se demuestra la similitud entre dos comunidades o contextos políticos, el juzgador se limita a «importar» el precedente extranjero en demérito de la agencia de actores locales. El método de la analogía tampoco logra capturar el potencial bidireccional de la interpenetración. ¿Cómo deben los juzgadores usar los precedentes extranjeros de manera que estén constreñidos por el derecho local pero al mismo tiempo lo enriquezca desde una perspectiva global? Con inspiración en el debate de las Humanidades sobre la glocalización de ideas, este trabajo propone una metodología glocal para usar el precedente constitucional extranjero. Los precedentes extranjeros permiten detectar creencias acerca del derecho local que pueden ser confirmadas o abandonadas, lagunas axiológicas que deben ser integradas, fuentes nacionales anómalas que deben ser revisadas, al mismo tiempo que se glocaliza el precedente extranjero a la luz de contexto nacional.

## 9. Precedente extranjero. ¿Diálogo o discurso? Leonor MORAL SORIANO

Cuando hablamos de los precedentes parece que nos vemos abocados a utilizar una terminología más cercana a la agronomía que a la dogmática jurídica. Hablamos así de fuentes del Derecho, o del humus (el sustrato) del Derecho; o incluso del «*herbarium* jurídico». Y cuando nos preguntamos por la utilización de los precedentes internacionales tampoco abandonamos ese campo semántico: trasplantar (instituciones jurídicas o interpretaciones judiciales), fertilizar, abonar, o incluso polinizar el Derecho son las imágenes que suelen utilizarse para referirnos a su uso. Pero otra imagen muy extendida a la hora de estudiar los precedentes internacionales es la del diálogo judicial. Se sostiene aquí que la doctrina del diálogo carece de método alguno que justifique la elección de las decisiones extranjeras, por lo que las críticas de arbitrariedad y activismo judicial alimentan las posiciones de quienes refutan el valor de dichas decisiones. Si bien se comparten las críticas de falta de método, el trabajo tematiza el uso racional de los precedentes extranjeros y en concreto su papel

en el discurso jurídico como canon de interpretación. Se abandona así la doctrina del diálogo judicial para abrazar la del discurso jurídico. Con este cometido, se analizan las distintas formas de diálogo judicial y de diálogo institucional entre jueces, y se examina el papel de los precedentes en el contexto del descubrimiento para luego abordar su estudio en el contexto de la justificación acudiendo al argumento comparado y al Derecho comparado. Finalmente, se sostiene que el uso de los precedentes como canon de interpretación en el discurso jurídico no dista de la doctrina del precedente persuasivo del *Common Law*.