



Michele Taruffo^(*)

Consideraciones sobre el Precedente^(**)^(***)

Considerations about the Precedent

Resumen: En el presente artículo, el autor nos habla acerca del precedente y sus características, así como de su papel en el Derecho. Asimismo, profundiza la situación de un precedente emitido por una Corte Internacional y sus implicancias en el derecho interno de cada país. Asimismo, define qué no es un precedente y nos señala cuál es su eficacia en el Derecho. Finalmente, nos menciona acerca de la particularidad y el universalismo en los precedentes, para luego dar su reflexión final sobre el tema.

Palabras Clave: Precedente - Uniformidad - Jurisprudencia - Precedente Supranacional - Hechos Particulares - Teoría General del Derecho

Abstract: In this article, the author tells us about the precedent along with its characteristics, as well as its role in the law. He tells us, also, about the situation of a precedent ruled by an International Court and its implications in the domestic law of each country. Likewise, he defines what is not a precedent and points us how effective is in the Law. Finally, he points us about the particularity and the universalism in the precedents, then he gave us his final thought of this theme.

Keywords: Precedent - Uniformity - Jurisprudence - Supranational Precedent - Particulars Facts - General Theory of Law

1. Introducción

Desde el momento en que se adquirió consciencia del hecho de que, también en los sistemas del *civil law* se equiparan a veces las decisiones de casos posteriores a decisiones de casos anteriores, sobre todo si

(*) Abogado por la Universidad de Pavia. Doctor en Derecho por la Universidad de Pavia. Profesor de Derecho Procesal y de Resolución de Disputas en la Universidad de Pavia. Secretario General de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Especialista en Derecho Procesal, Teoría General del Derecho, Derecho Comparado, Historia del Derecho. Correo electrónico: michelino.taruffo@iusspavia.it; taruffo@unipv.it.

(**) La Traducción fue realizada por Wálter Vásquez. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: walter.vasquez@ppulegal.com.

(***) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 13 de agosto de 2016 y su publicación fue aprobada el 15 de agosto del mismo año.

Consideraciones sobre el Precedente *Considerations about the Precedent*

estos últimos provienen de cortes supremas o superiores⁽¹⁾, la invocación al precedente judicial se ha convertido en una especie de *mantra* repetidamente recitado por la doctrina⁽²⁾, la jurisprudencia, y también por algún legislador.

Las razones de este fenómeno son numerosas, y pueden tener aristas distintas en diferentes contextos, pero una de ellas se impone por encima de todas las otras explicaciones: se trata de la *uniformidad* en la interpretación y en la aplicación del derecho, la cual desde hace tiempo constituye un valor considerado como fundamental, una suerte de objeto de deseo por parte de quienes se ocupan de la administración de justicia. No existe nada particularmente nuevo respecto a ello: para limitar el discurso a Italia basta recordar al Calamandrei de la *Cassazione civile*⁽³⁾ o el artículo 65 de la ley del ordenamiento judicial, donde se dice que la Corte de Casación “asegura la observancia exacta y la interpretación uniforme de la ley”, además de garantizar “la unidad del derecho objetivo nacional”⁽⁴⁾.

Por lo tanto, la uniformidad debe ser considerada como un fin que debería ser tendencialmente obtenido por todo sistema jurídico y encuentra diversas justificaciones que van desde la necesaria igualdad de trato a todos los ciudadanos con ocasión a la resolución de casos iguales (o mejor: de casos similares) hasta la conveniencia de que las decisiones judiciales sean previsibles (también en la esperanza de que ello reduzca el número de conflictos), pasando por la necesidad de garantizar la certeza del derecho a través de la continuidad de las

orientaciones interpretativas⁽⁵⁾. Por ende, precisamente de esta manera, el precedente es generalmente considerado como el instrumento fundamental para asegurar la realización de ciertos valores o principios que son considerados esenciales por el ordenamiento jurídico y para su coherente aplicación a través de la jurisprudencia, no solo en los sistemas del *common law*, sino también en aquellos del *civil law*.

Sin embargo, si se echa un vistazo aunque sea superficial al complejo panorama doctrinal, jurisprudencial y normativo concerniente al precedente, afloran algunos problemas importantes que caracterizan este tema, al menos en las modalidades en las que aquel es frecuentemente abordado y discutido. En particular, uno se topará con una serie de equívocos que hacen vagos, imprecisos, y a menudo inatendibles, muchos de los discursos que se viene realizando en torno al precedente.

2. ¿Qué es un precedente?

Un primer error, bastante relevante, guarda relación con aquello de lo que se habla cuando se hace referencia al precedente. El error nace

- (1) En la amplia literatura sobre el particular *cónfer* recientemente, las ponencias compiladas en *El precedente y el ejercicio del Derecho ante las Altas Cortes*, Medellín 2015. También *cónfer* especialmente para el análisis de carácter comparatístico relacionado también a países de *civil law*, los informes publicados en *Precedent and the law*, al cuidado de E. Hondius, Bruselas, 2007 y los ensayos recogidos en *Interpreting precedents. A comparative study*, al cuidado de D.N. MacCormick y R. S. Summers, Aldershot-Brookfield-Singapur-Sydney, 1997. Véase también Taruffo, “Precedente e giurisprudenza,” *Riv. trim. dir. proc. civ.* (2007): 709 y siguientes., y Taruffo, “Dimensioni del precedente giudiziario,” *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1994): 411 siguientes., también para numerosas indicaciones ulteriores.
- (2) Con particular referencia al derecho penal, véase por todos Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali* (Roma, 2012): 29 siguientes. En particular, a propósito del derecho administrativo, *cónfer* Pesce, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Nápoles, 2012, y Rojas López, “Reflexiones en torno a la aplicación del precedente jurisprudencial en el campo administrativo,” *El precedente judicial*, 329 y siguientes.
- (3) *Cónfer* Calamandrei, *La Cassazione civile. II. Disegno generale dell'istituto*, 1920, en ID., *Opere giuridiche*, vol. VII, (Nápoles, 1976), 57 y siguientes.
- (4) Sobre el particular, véase Taruffo, *La Corte di Cassazione e la legge*, en ID., *Il vertice ambiguo*, 59 y siguientes., 70 y siguientes., y recientemente Ricci, *Il giudizio civile di Cassazione*, (Turín, 2013), 32 y siguientes.
- (5) Sobre el particular, véase las contribuciones citadas en la nota 1 del presente artículo, y Taruffo, “Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizi,” *Riv. trim. dir. proc. civ.* (2014) 35 y siguientes.



Michele Taruffo

del hecho de que la palabra *precedente* es empleada para indicar objetos muy distintos entre sí, algunos de los cuales no tienen nada que ver con el precedente en sentido propio.

Una primera diferenciación que debe ser tenida en cuenta es la que se impone entre *precedente* y *jurisprudencia*. En efecto, el *verdadero* precedente se encuentra constituido o puede encontrarse constituido, por *una* decisión que posteriormente es considerada como una regla que también se aplica a los casos siguientes. En cambio, la jurisprudencia se encuentra constituida por un *conjunto* de decisiones que incluso puede ser numeroso y pueden incluir cientos o miles de sentencias sobre las mismas cuestiones de derecho. No es extraño entonces que la jurisprudencia pueda ser (y, a menudo es) redundante, variable, ambigua y contradictoria, ya que sobre la misma cuestión de derecho se pueden verificar orientaciones interpretativas distintas y variables. Radicalizando el discurso (pero no demasiado) se puede decir que una jurisprudencia como aquella producida por la Corte de Casación italiana resulta equiparable a una especie de inmenso supermercado donde, con la debida paciencia, todos pueden encontrar lo que quieren (y también lo opuesto)⁽⁶⁾.

Regresando al precedente en sentido propio, es necesario observar que este se define esencialmente en función a dos factores. El primer factor deriva del hecho que lo que *constituye* precedente no es todo lo que se dice en la decisión en cuestión, sino la *ratio decidendi*, es decir, la regla de derecho a la cual el juez ha hecho referencia para calificar jurídicamente los hechos jurídicos concretos controvertidos en la decisión y (precisamente) para decidir sobre estos. En cambio, no constituyen precedente los *obiter dicta*, es decir, todos los argumentos o consideraciones que la sentencia contiene, pero que no son directamente relevantes para la decisión del caso. Nada impide que un juez posterior haga referencia

a un *obiter dictum*, pero en este caso no se trataría de un precedente en sentido propio⁽⁷⁾. El segundo factor esencial se encuentra constituido por la *necesaria analogía entre los hechos* del primer caso y los hechos del caso posterior⁽⁸⁾: para que en este último se puede aplicar la misma *ratio decidendi* que ha determinado la decisión en el primer caso, es necesario que los hechos de los dos casos sean *suficientemente similares*, resultando obvio (en el caso de divergencias entre las situaciones de hecho) que no se justificaría una decisión según aquella *ratio decidendi*. En esta situación, el segundo juez recurrirá al denominado *distinguishing*, es decir, a la demostración de tales diferencias, justificando con ello la inaplicación del precedente.

Desde esta perspectiva, parece razonable efectuar una observación que a primera vista podría parecer paradójica, a saber, que en realidad es el segundo juez el que (por así decirlo) *crea* el precedente mediante la adopción de la misma *ratio decidendi* del caso anterior. En efecto, solo en esta hipótesis, se puede decir propiamente que la primera decisión tiene eficacia de precedente respecto a la segunda. Es evidente que el primer juez puede adoptar un *ratio decidendi* hipotéticamente universalizable, y por ende, potencialmente aplicable también a los casos posteriores, pero el éxito de esta predicción, depende en cualquier caso de lo que decidirán los jueces de estos casos ulteriores⁽⁹⁾. Nótese, por otro lado, que el *distinguishing* no es la

(6) Sobre este tema, véase más ampliamente Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, 713 y siguientes.

(7) Sobre estos conceptos, fundamentales y obvio en la teoría del precedente, existe una vastísima literatura, sobre la cual cualquier cita sería casual e incompleta. En la literatura italiana vale la pena de todos modos revisar los ensayos recogidos en *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, al cuidado de G. Visintini, Padua, 1988, 25 y siguientes., 113 y siguientes., 125 y siguientes. Véase además Taruffo, *Dimensioni del precedente giudiziario*, 420 y siguientes.

(8) Al respecto véase ampliamente Serio, "La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese," *Casistica e giurisprudenza*, al cuidado de L. Vacca, (2014): 91 y siguientes.; Wittaker, "Precedent in english law: a view from the citadel," *Precedent and the law*, 41 y siguientes.

(9) Cónfer Wittaker, *Precedent in english law: a view from the citadel*, 42.

Consideraciones sobre el Precedente *Considerations about the Precedent*

única técnica de la que dispone el segundo juez para evitar seguir el precedente y, por consiguiente, para justificar su ineficacia: de hecho, el juez inglés dispone de un vasto repertorio de maneras por las cuales puede *liberarse* del precedente⁽¹⁰⁾. De cualquier forma, la referencia a los hechos permanece como el factor determinante para la aplicación o inaplicación del precedente en los casos posteriores.

De ello se deriva una consecuencia importante en la perspectiva de la definición del precedente en sentido propio. Aquella consiste en que no existe precedente en sentido propio siempre que el segundo juez no razone en torno a los hechos de su caso, más aun habida cuenta de que semejante actividad *no* ha sido realizada por el primer juez. Esto sucede siempre que la decisión que se asume como hipotético precedente no se ocupe, en realidad, de los hechos, sino que se limita a enunciar una regla de derecho sin que aflore alguna conexión con los hechos de *aquel* caso.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta el hecho de que se encuentra ampliamente difundido el hábito de usar la palabra *precedente* no tanto en su sentido propio y original (que se acaba de definir), sino en un sentido genérico, impreciso, no riguroso y sustancialmente distinto. Básicamente, se habla de precedente a propósito de cada decisión, cualquiera sea su forma y contenido (pero la referencia más frecuente es a las sentencias de las cortes superiores o supremas) que de alguna manera influencia, o pueda influenciar, la decisión de casos posteriores⁽¹¹⁾.

3. El precedente supranacional

Las consideraciones hechas hasta ahora se han basado en la premisa de que el fenómeno del precedente surge dentro

de específicos ordenamientos jurídicos nacionales. No obstante, es necesario tener en cuenta la compleja realidad constituida, por un lado, por la existencia de cortes supranacionales de distinta naturaleza y las consecuencias que pueden relacionarse a sus pronunciamientos, y, por el otro, el importante aspecto de la globalización jurídica representada por la *circulación* supranacional de precedentes, especialmente cuando se trata de decisiones de las cortes supremas. Se intuye fácilmente que el tema es demasiado amplio y complejo para ser aquí abordado con la profundidad que ameritaría⁽¹²⁾. Sin embargo, permaneciendo en el ámbito del discurso sobre el precedente, vale la pena hacer referencia sintética a estos dos fenómenos, dada su particular importancia.

El primero de estos fenómenos se refiere a los efectos de las decisiones de las cortes instituidas por convenios o tratados internacionales: los ejemplos más importantes están dados por la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos creada por el Pacto de San José de Costa Rica y, en muchos aspectos, también la Corte de Justicia de la Unión Europea y las cortes penales internacionales. Se sabe que las decisiones de estas Cortes tienen una eficacia que puede definirse como *directa* en relación a la controversia específica que ha sido resuelta y respecto de los Estados involucrados en la controversia⁽¹³⁾, pero esto no es lo que interesa particularmente en esta sede. El

(10) Para un interesante análisis de estas técnicas *cónfer* Marshall, "Trentatre cose che si possono fare con i precedenti," *Ragion pratica* (1996) fasc. 6, 29 y siguientes.

(11) Sobre las modalidades de esta influencia véase *infra*, par. 5.

(12) Sobre el particular, véase recientemente, también para referencias adicionales, Lamarque, "Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti," *Dir. pubbl.* (2013): 727 y siguientes. Con referencia al derecho penal *cónfer* en particular Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, 77 y siguientes., 131 y siguientes.

(13) Sobre el particular, véase recientemente, García Ramirez, "Relación entre la jurisdicción interamericana y los estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes," *El precedente judicial*: 411 y siguientes. A propósito de las decisiones de la Corte de Justicia de la UE véase por todos D'Alessandro, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia. Oggetti ed efficacia della pronuncia* (Turín, 2012) 212 siguientes., 314 y siguientes.



Michele Taruffo

aspecto importante de estas decisiones es que constituyen precedentes respecto a todos los jueces de los Estados que en cada caso se encuentran involucrados en la controversia, pero también respecto a los jueces de los Estados que se han adherido a la respectiva convención o al respectivo tratado, los cuales deben considerarse como pertenecientes a un sistema judicial para ciertos aspectos uniforme (en las materias reguladas por dichas convenciones y tratados⁽¹⁴⁾). Al respecto, probablemente se pueda hablar de precedentes en sentido propio, ya sea porque estos presentan una dimensión vertical, estando dirigidos jueces en cierto sentido *inferiores* pertenecientes a aquel sistema, ya sea porque su aplicación a casos posteriores se funda frecuentemente en la analogía de situaciones de hecho a las cuales se refiere la decisión anterior y los casos posteriores.

El segundo de los fenómenos que merecen ser destacados lleva desde hace algún tiempo el nombre de *judicial globalization*. Se trata de la tendencia, que en los últimos años ha recibido un número creciente de manifestaciones, a hacer referencia a decisiones dictadas por cortes pertenecientes a otros ordenamientos. Aquel fenómeno se manifiesta principalmente a nivel de las cortes superiores y de las cortes constitucionales que adoptan argumentaciones utilizadas por otras cortes del mismo nivel, sobre todo en decisiones relativas a la interpretación y a las garantías de los derechos fundamentales⁽¹⁵⁾. Se entiende fácilmente que aquí no se está frente a precedentes en sentido propio, ni

verticales ni horizontales, ya que se trata de referencias a decisiones tomadas en ordenamientos *distintos*. Sin embargo, no se puede desconocer la importancia de este fenómeno, del cual emerge la tendencia globalizadora a hacer referencia a principios comunes (entendidos como universales), para crear una jurisprudencia posiblemente constante y coherente en la protección de los derechos fundamentales⁽¹⁶⁾.

4. ¿Qué no es un precedente?

La uniformidad en la interpretación y en la aplicación del derecho se persigue con diversas técnicas. Algunos se basan, como acabamos de ver, en el precedente, entendido en sentido propio o en sentido amplio, mientras que otras técnicas no deben ser confundidas con el precedente.

Una técnica peculiar de esta categoría que está teniendo cierto éxito en algunos ordenamientos se basa en las enunciaciones formuladas por los tribunales o cortes supremas con el fin de determinar la interpretación de las disposiciones legislativas, eliminando

(14) Con referencia a la Corte Europea de los derechos humanos v. sobre el particular Zagrebelski, "La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti," *La fabbrica delle interpretazioni*, 61 y siguientes. En general, sobre los precedentes de las Cortes europeas en materia penal véase Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, 28 y siguientes., así como Donii, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, (Milán, 2011).

(15) Recientemente *cónfer* Groppi, "El uso de precedentes extranjeros por parte de las cortes constitucionales," *El precedente judicial*, 339 y siguientes. Asimismo, *cónfer* Markesinis, Fedke, *Judicial recourse to foreign law. A new source of inspiration?* (Londes, 2006); IDD., *Engaging with foreign law*, (Oxford-Portland, 2009), 134 y siguientes., 159 y siguientes.; Slaughter, "Judicial globalization," *Virginia journal of international law*, vol. 40, (1999-2000): 1103 y siguientes.; Taruffo, *Globalization, Processes of judicial*, en *Enc. of law & society. American and global perspectives*, al cuidado de D.D. Clark, Los Angeles, vol. 2, (2007) 656; Bahdi, "Globalization of judgment: transjudicialism and the five faces of international law in domestic courts," *The George Washington international law review*, vol. 34, (2002-2003): 555 y siguientes.

El precedente supranacional también puede tener eficacia en el ordenamiento interno: *cónfer* Damaris Pabón Giraldo, "Incidencia de criterios jurisprudenciales desarrollados por algunos tribunales internacionales en las reformas procesales y práctica judicial colombiana," *El precedente judicial*, 357 y siguientes.

(16) Ello no descarta que existan casos, como el de Estados Unidos y el de Francia, de ordenamientos que no participan de esta tendencia, aunque por razones distintas en cada caso, respectivamente. Sobre el particular, véase extensamente Markesinis, Fedke, *Engaging with foreign law*, (Oxford-Portland, 2009), 187 siguientes.

Consideraciones sobre el Precedente *Considerations about the Precedent*

eventuales dudas que hayan surgido o puedan surgir al respecto. Estas enunciaciones tienen eficacia vinculante para todos los jueces posteriores (y, por lo general, también para todos los organismos públicos) para cada caso que recaiga en el campo de aplicación de las normas interpretadas. No faltan significativos ejemplos de estas técnicas: un ejemplo relevante consistió en las *directivas* que emanaron de la corte suprema de la Unión Soviética, y que hoy son emitidas por la casación cubana y aún por la corte suprema de la Federación Rusa⁽¹⁷⁾. Estas directivas no se derivan de las decisiones sobre casos específicos, sino de las decisiones en sentido lato *normativas*, las cuales están destinadas a establecer cómo debe interpretarse ciertas disposiciones. Por lo tanto, no parece que aquellas decisiones puedan ser tratadas como precedentes.

Una técnica sorprendentemente análoga (no se evidencia, de hecho, que el legislador brasileño se haya inspirado en el modelo soviético) es aquella que hoy (después de la reforma constitucional de 2004) se basa en *súmulas vinculantes*. Se trata de máximas que el *Supremo Tribunal da Justiça* enuncia luego de una reunión de sus miembros, quienes votan sobre el particular (con una mayoría de dos tercios) cuando se trata de resolver interpretaciones contrastantes a las surgidas en la jurisprudencia de los tribunales inferiores. Aquellas máximas son vinculantes para todos los jueces, y también para otros organismos públicos. Las *súmulas* brasileñas tienen naturaleza de actos en el sentido lato *normativos* y no son enunciadas con ocasión a la resolución de casos específicos. Por consiguiente, en este caso tampoco parece apropiado referirse al concepto de precedente, ni siquiera en sentido muy amplio⁽¹⁸⁾. Consideraciones similares se aplican también al fenómeno de *plenos no jurisdiccionales* con los que los tribunales supremos de distintos tipos de ordenamientos

del área hispana enuncian, sin decidir casos específicos, la interpretación que consideran correcta de las normas sobre las cuales surgen problemas interpretativos.

5. Eficacia del precedente

Un aspecto muy importante del precedente judicial se refiere a su eficacia, esto es, a la capacidad que tiene para influir en (o incluso de determinar) la decisión de casos posteriores. A menudo se dice que el precedente tiene eficacia *vinculante*⁽¹⁹⁾, pero esta definición parece impropia, además de producir confusiones con pronunciamientos que no son precedentes, como aquellos examinados en el apartado 4.

De hecho, existen múltiples razones para negar que el precedente, correctamente entendido, tiene en realidad una eficacia vinculante respecto a los jueces de los casos similares posteriores.

Una de estas razones se deriva de la teoría de las fuentes: en efecto, se puede sostener, por ejemplo, en el ordenamiento italiano, que la Constitución niega que los precedentes sean vinculantes, es decir, que los jueces tengan un verdadero y propio *deber* de seguirlos⁽²⁰⁾; sería más bien inconstitucional una norma ordinaria que pretenda introducir en nuestro derecho la regla del precedente vinculante⁽²¹⁾. Ello no niega que la uniformidad en la interpretación

(17) *Cónfer* Rudovkas, "Precedente giudiziario come fonte di diritto nell'ordinamento giuridico della Federazione Russa," *Casistica e giurisprudenza*, 129 y siguientes.

(18) Sobre el particular, *cónfer* Soares, "O precedente judicial e a súmula com efeito vinculante no novo código de processo civil brasileiro," *El precedente judicial*, 115 y siguientes.; Higashiyama, "Teoria do direito sumular," *Rev. de processo* (2011): 74 y siguientes.; Bahia, "As súmulas vinculantes e a Nova Escola da Exegese," *Rev. de processo* (2012): 362 y siguientes.

(19) *Cónfer*, por ejemplo, Marinoni, *O STJ enquanto corte de precedentes. Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema* (San Pablo, 2013) 154, 162 y siguientes.; Pesce, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, 153 y siguientes.

(20) En la jurisprudencia italiana véase recientemente Cas. civ., secc. VI, 9 enero 2015, Nro. 174, y *cónfer* Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, 480.

(21) *Cónfer* Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, 480.



Michele Taruffo

y en la aplicación del derecho sea considerada como un valor que debe ser perseguido en nuestro ordenamiento⁽²²⁾, pero eso no implica en absoluto que con ese fin se pueda o se deba considerar el precedente como vinculante.

Otro argumento importante es de carácter comparatístico y deriva de la consideración de que el precedente no es realmente vinculante ni siquiera en los ordenamientos que típicamente se basan en aquel, es decir, Inglaterra y Estados Unidos. En cuanto a Inglaterra, se ha visto que el juez dispone de un amplio repertorio de instrumentos de los cuales se puede servir para apartarse del precedente, y el *Practice Statement* de 1966, con el cual la *House of Lords* afirmó que desde ese momento ya no se consideraría vinculada a sus precedentes, es aplicable también a la *Supreme Court* que en los últimos años ha tomado el lugar de la *House of Lords* en la cúspide del ordenamiento jurídico inglés. Por ende, en sustancia, el juez inglés desatiende el precedente cuando considera apropiado hacerlo con el fin de lograr una decisión más justa⁽²³⁾. En cuanto a los Estados Unidos, no solo la Corte Suprema ejerce el poder de apartarse de sus precedentes tantas veces como lo considere oportuno, sino que todos los jueces en todos los niveles tienen la posibilidad de no adherirse al precedente cuando se considere que ello llevaría a una decisión injusta e inaceptable en el caso específico⁽²⁴⁾. De otro lado, en múltiples ordenamientos del *civil law* como regla no se atribuye al precedente ninguna eficacia vinculante, aunque se reconoce que los precedentes pueden influir en las decisiones posteriores⁽²⁵⁾.

Sin embargo, resulta claro que negar de manera general que el precedente tiene eficacia vinculante no significa decir que no tiene *ninguna* eficacia. Por el contrario, resulta necesario reconocer que aquel puede tener una *fuerza* propia respecto

a los jueces posteriores. En otros términos, se trata de admitir que el precedente puede *influir*, pero no determinar formalmente las decisiones de estos jueces. Hablar de fuerza del precedente significa entonces reconocer que el precedente tiene una eficacia puramente *persuasiva*⁽²⁶⁾, y por ende, significa considerar que esta eficacia puede subsistir en *grados* muy diferentes según cómo operen diversos factores, como por ejemplo, la estructura del ordenamiento jurisdiccional, la función realizada por diversas cortes y, en particular, por las cortes supremas, la autoridad de estas cortes, la calidad de las argumentaciones con las que se justifica la decisión del precedente, la compatibilidad de esta decisión con los valores que inspiran el ordenamiento jurídico de un país y en el momento en el cual la decisión es tomada, la posibilidad de que aquella induzca a los jueces posteriores a tomar decisiones justas, y así por el estilo.

De ello deriva la consecuencia que, a manera de máxima, el juez posterior no se encuentra jamás verdaderamente obligado a someterse al precedente. Más bien, aquel se encuentra obligado a *justificar* adecuadamente su decisión cuando elige no adherirse al precedente, explicando las razones por las cuales realiza esta elección⁽²⁷⁾. Por tanto, no se tiene un deber de aplicar el precedente, sino una obligación de motivar la decisión en la cual el precedente no es aplicado.

(22) En efecto, así, en la jurisprudencia italiana, Cas. civ., S.U., ord. 6 noviembre 2014, n. 23675, donde se establece, con diversos argumentos, que este valor debe ser realizado sobre todo en materia procesal, en tanto en esta serían mayores los inconvenientes derivados de una excesiva variabilidad de la jurisprudencia.

(23) *Cónfer* Bankowski, MacCormick, Marshall, "Precedent in the United Kingdom," *Interpreting precedents*, 325 y siguientes.; Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, 716.

(24) *Cónfer* Summers, "Precedent in the United States (New York State)," *Interpreting precedents*, 369 y siguientes.

(25) *Cónfer* los ensayos de Alexy-Dreier, Aarnio, Eng e Bergholz-Peczenik, *Interpreting precedents*, 17 y siguientes., 65 y siguientes., 189 y siguientes., 293 y siguientes.

(26) *Cónfer* en particular Peczenik, "The binding force of precedent," *Interpreting precedents*, 461 y siguientes.; Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, 480.

(27) Cas. civ., S.U., ord. 6 noviembre 2014, Nro. 23675, comparte esta perspectiva afirmando que el juez que no sigue el precedente debe aducir "buenas razones" para justificar su elección (razones que deben ser "óptimas" en materia procesal).

Consideraciones sobre el Precedente *Considerations about the Precedent*

Este deber puede tener mayor o menor intensidad en los diversos ordenamientos, y es advertido como más intenso en los sistemas en los cuales rige el *stare decisis* y en los cuales existen verdaderas y propias cortes del precedente, mientras que es advertido de manera más débil y flexible en los sistemas en los cuales (en vez de precedentes en sentido propio) se tiene una jurisprudencia que, como sucede en Italia, es abundante y a menudo contradictoria.

Por un lado, es necesario observar que la *fuera persuasiva* de una decisión, o sea su capacidad de influir en decisiones posteriores, puede existir también respecto a decisiones que pueden no considerarse precedentes en sentido propio (y quizás ni siquiera en sentido lato). De otro lado, es posible distinguir, respecto (precisamente) a las decisiones que de algún modo constituyen precedentes, otras decisiones que sin embargo pueden constituir puntos de referencia para decisiones posteriores porque pueden ser *ejemplo para tales decisiones*⁽²⁸⁾. Su función, ciertamente, no es indicar una regla que debería ser seguida en otros casos, sino simplemente indicar que cierta norma fue aplicada de cierto modo en aquel caso. Se puede así dar ejemplos *negativos*, es decir, decisiones que resultaron erróneas o infundadas, que no debieron ser tomadas en cuenta. En tal caso, el juez posterior hace referencia a un tipo de decisión que deja de lado por ser errónea o injusta.

Sintetizando las situaciones más importantes en las que se puede hablar de ejemplos, y no de precedentes, se puede recordar los casos en los que una corte hace referencia a decisiones de cortes del mismo nivel (como en el caso de diversas cortes supremas del mismo ordenamiento, a las cuales se ha hecho referencia anteriormente), o también en casos en que una corte hace referencia a las decisiones de un juez de rango inferior. Por otra parte, el caso más importante, y por distintas razones el más interesante para hacer referencia a ejemplos, es el de la *judicial globalization* a la cual se ha hecho mención anteriormente: en efecto, es claro que si la corte suprema de un país hace referencia a una decisión pronunciada por una corte suprema de otro país, esto nada

tiene que ver con el precedente. Sin embargo, precisamente este fenómeno hace evidente cómo pueden haber ejemplos que en realidad manifiestan una importante fuerza persuasiva sobre las decisiones posteriores⁽²⁹⁾.

6. *Universalismo vs particularismo*

En las páginas anteriores se ha seguido la perspectiva que aparece como ampliamente prevaleciente, según la cual la uniformidad en las interpretaciones y en la aplicación del derecho es un valor fundamental, y la función principal que se atribuye a las cortes supremas es la de asegurar que tal valor sea conseguido a través de la producción y la gestión de precedentes que deberían condicionar la decisión de los casos posteriores. Se ve fácilmente que esta perspectiva es común a diversos ordenamientos, y que se funda (de manera más o menos explícita) en una imagen ideal del ordenamiento jurídico según la cual este debe ser sincrónicamente coherente, uniforme y estático, y también debería asegurar que todas las controversias que surjan en el mismo sean resueltas en la mayor medida posible de manera unitaria. Permanece al margen del horizonte conceptual que caracteriza a esta perspectiva la eventualidad de que en el ordenamiento existan excepciones y variaciones, y se acepta, pero sin atribuirle particular importancia, la posibilidad de que el sistema evolucione, y por ende se modifique en el tiempo.

Nada particularmente nuevo en todo esto: se trata de la imagen de “un ordenamiento jurídico perfectamente homogéneo, unitario,

(28) Sobre esta distinción, más ampliamente en Taruffo, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, en *Scritti per Uberto Scarpelli*, al cuidado de L. Gianformaggio y M. Jori, Milán (1998) 783 y siguientes.; Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, 720 y siguientes.

(29) Véase más ampliamente Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, 720 y siguientes.



Michele Taruffo

ordenado” que según Vittorio Frosini “no existe más que en las abstracciones de los juristas formalistas, pero no pertenece al mundo real de la experiencia jurídica”⁽³⁰⁾. Así pues, si se considera la tarea que en esta imagen se asigna a las cortes supremas, aflora también una dimensión especialmente burocrática (y sustancialmente autoritaria) del funcionamiento del sistema. Ciertamente, las cortes supremas ocupan las cúspides de las respectivas pirámides judiciales y (como en todas las estructuras burocráticas centralizadas) todo el verdadero poder se coloca en la cúspide, y desde allí desciende condicionando el comportamiento de los sujetos (en nuestro caso, los jueces) que, estando en los niveles inferiores, se encuentran subordinados a lo que dice la cúspide. De otro lado, la Corte Suprema termina con ser más importante que el mismo legislador: este último produce normas generales y abstractas, pero es la Corte la que establece el *verdadero* significado de estas normas y lo impone tendencialmente a todos los jueces inferiores.

Esta imagen representa un caso específico y, no obstante, ello, muy importante de lo que la teoría general del derecho se suele llamar *universalismo jurídico*, es decir, la concepción según la cual el Derecho estaría constituido por normas generales y abstractas. Estas normas, además, deberían ser aplicadas de manera uniforme por los jueces a través de la *subsunción*, en aquellas, de los singulares casos particulares⁽³¹⁾.

Sin embargo, desde hace tiempo el universalismo ha sido objeto de múltiples críticas, fundadas sobre todo en la consideración

de que la decisión judicial jamás es solamente el fruto de la aplicación mecánica de normas generales, en tanto su interpretación y aplicación depende directamente de la complejidad del caso específico que es objeto de decisión⁽³²⁾. Al respecto, basta considerar que como regla son los hechos sobre los cuales el juez debe decidir los que condicionan y determinan la interpretación y la aplicación de las normas que regulan el caso⁽³³⁾. Surgen entonces perspectivas diversas y alternativas respecto al universalismo que se agrupan bajo la denominación general de *particularismo jurídico*⁽³⁴⁾. La idea fundamental del particularismo es (precisamente) que la decisión judicial debe tener en cuenta sobre todo⁽³⁵⁾ las circunstancias específicas (los denominados *particulars*) del caso concreto⁽³⁶⁾. En las versiones más moderadas del particularismo no se descarta que de algún modo la decisión también tenga en cuenta las normas relativas al caso⁽³⁷⁾, permaneciendo incólume la idea de que sobre todo son las circunstancias del caso las que determinan la interpretación de las normas.

Sin extender ulteriormente el análisis sobre la visión *particularística* de la decisión judicial,

(30) *Cónfer* Frosini, *Ordine e disordine nel diritto* (Nápoles, 1979), 23.

(31) En la amplia literatura sobre ese tema, *cónfer* en particular Bouvier, *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012), 9 y siguientes., 38 y siguientes. *Cónfer* además Palazzo, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo* (Nápoles, 2011); Grossi, *Universalismo e particolarismo nel diritto* (Nápoles, 2011); Sacco, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi* (Nápoles, 2011).

(32) *Cónfer* en distinto sentido, a los autores citados en la nota anterior.

(33) Al respecto, véase más ampliamente en Taruffo, “Il fatto e l’interpretazione,” *La fabbrica delle interpretazioni*, 123 y siguientes. Desde una perspectiva análoga *cónfer* BIN, *op. cit.*, p. 22 siguientes.

(34) Véase sobre todo Bouvier, *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, 58 y siguientes., 175 y siguientes., 309 y siguientes., 349 y siguientes., pero también los autores de la cita nt. 48 y Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti* (Bari, 2009) 200 y siguientes.

(35) In alcune versioni estreme si afferma che il giudice dovrebbe tener conto *soltanto* di queste circostanze, senza riferirsi ad alcuna norma, ma queste versioni sono ovviamente inaccettabili nel contesto di un ordinamento giuridico in cui viga il principio di legalità.

(36) *Cónfer* sobre todo los ensayos recogidos en *The universal and the particular in legal reasoning*, al cuidado de Z. Bankowski y J. MacLean, Aldershot, 2006.

(37) *Cónfer* por ejemplo MacCormick, “Particulars and universals,” *The universal*, 3 y siguientes.; Walker, “The burden of universalism,” *The universal*, 53 y siguientes.

Consideraciones sobre el Precedente *Considerations about the Precedent*

vale la pena resaltar que para esta visión se derivan al menos dos consecuencias importantes para el discurso que se está realizando.

La primera de estas consecuencias es que, en el momento en que se insiste en la relevancia esencial que revisten los hechos como *particulars* del caso concreto y como factores determinantes para la interpretación y la aplicación de las normas que el juez toma como criterio de decisión, surge una clara conexión con la concepción originaria y rigurosa del precedente en sentido propio, que se ha mencionado anteriormente. En efecto, si la aplicación del precedente por parte del segundo juez se funda esencialmente en analogía que aquel realiza entre los hechos del caso que debe decidir y los hechos que fueron objeto de la decisión anterior, surge con toda claridad que el precedente en sentido propio implica necesariamente el examen y la consideración de los *particulars* de los dos casos.

La segunda consecuencia importante concierne a la forma en que se configura la estructura del ordenamiento jurídico. En efecto, es fácil ver que nos encontramos frente a dos modelos o paradigmas divergentes. Por un lado, el paradigma *universalístico* se asemeja a un modelo piramidal en el cual es tendencialmente una sola cúspide la que *pronunciará el derecho* de manera vinculante para todos y *once and forever*. De este modo, además, el derecho viene *pronunciado* enunciando fórmulas con alto grado de abstracción, sin considerar una cosa obvia, a saber, que mientras más se extiende hacia lo alto en la escala de las abstracciones, más se pierde de vista la realidad concreta. En cambio, el paradigma particularista no implica un sistema piramidal gobernado rígidamente por cortes supremas, sino que, en cambio, hace referencia a los niveles inferiores de la administración de justicia, o sea, sobre todo los jueces de primer grado, en la medida que son estos jueces los que típicamente deben ocuparse de los hechos, y, por lo tanto, de los *particulars*.

Por lo tanto, se trata de paradigmas divergentes aunque no necesariamente contradictorios. En efecto, es muy probable, y

ello sucede como regla, que aquellos coexistan (aunque generando una tensión relevante)⁽³⁸⁾ dentro del mismo sistema jurídico⁽³⁹⁾. Por consiguiente, por un lado, puede encontrarse el paradigma *universalístico* centrado en la formulación y la interpretación de reglas generales y abstractas; por otro lado, se encuentra el paradigma particularístico, centrado en la consideración de los hechos particulares del caso concreto. Nada niega que exista cierta correlación entre los dos paradigmas, si se acepta que la atención necesaria a los *particulars* se conjuga con la determinación de reglas tendencialmente universales aplicables a una pluralidad de casos. Por otra parte, la situación prevalente en cada ordenamiento jurídico particular se ubica en el espacio existente entre los dos paradigmas, y según sea el caso puede ser más cercana al paradigma universalístico o al paradigma particularístico. Por ejemplo, se puede sostener que el derecho penal es más cercano al paradigma particularístico pero debe inclinarse hacia el paradigma universalístico en vista de la actuación de valores universales y de la tutela de los derechos humanos⁽⁴⁰⁾. En otras áreas del ordenamiento parece posible que el derecho esté relativamente más orientado hacia el particularismo, especialmente cuando se trata de dar adecuada consideración a las situaciones sociales, culturales y económicas de los sujetos involucrados, sobre todo cuando estos sujetos son “débiles” y sus derechos fundamentales deben ser particularmente tutelados. Desde este punto de vista, pueden existir diversas razones, jurídicas o metajurídicas, para interpretar de forma distinta las mismas normas en situaciones concretas diferentes. En razón de esta posible

(38) Palazzo, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, 7 y siguientes., habla al respecto de *tensión vital* y de *dinamismo complejo*, sin negar (p.10) que esto pueda convertirse en una conflictividad exasperada.

(39) Más ampliamente sobre el particular, véase Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, 44 y siguientes.

(40) En ese sentido, véase Palazzo, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, 11 y siguientes., 17, 24 y siguientes., con una valoración sustancialmente negativa del particularismo penal.



Michele Taruffo

variedad de situaciones cambia también la función que se asigna al precedente y el modo en el que se determina el grado de su eficacia: será entonces mayor la fuerza condicionante del precedente si se encuentra en un sistema dominado por el paradigma *universalístico*, rigurosamente orientado hacia el valor de la uniformidad, mientras el paradigma *particularístico* implica precedentes más *débiles*, debiendo estos últimos referirse a realidades fácticas distintas, variables en el tiempo y en el espacio.

7. Un punto de vista distinto

La consideración que necesariamente debe ser atribuida al paradigma *particularístico* hace evidente que cuando uno se refiere al *derecho* no es posible limitarse a lo que de aquel se dice por parte de quienes siguen rígidamente el paradigma *universalístico*, bajo el riesgo de perder de vista el “mundo real de la experiencia jurídica”⁽⁴¹⁾. Sin embargo, esto puede ser considerado como un primer paso hacia una consideración más realista de este “mundo real” y de la naturaleza que el precedente asume en esta “experiencia”. Tal consideración puede quizás concretarse en la adopción de un paradigma distinto, que tenga adecuadamente en cuenta el *desorden* que caracteriza el ordenamiento jurídico en su integridad.

El tema del desorden del ordenamiento no es ciertamente nuevo en la teoría del derecho⁽⁴²⁾, y se centra en la consideración de que el derecho no está constituido solo por normas (y menos aún, solo por un sistema de conceptos), sino también por decisiones, actos administrativas, contratos,

laudos arbitrales, convenciones y tratados internacionales, y así sucesivamente, y, por ende, es irreduciblemente heterogéneo⁽⁴³⁾. Sin embargo, aunque se toma en consideración solo el nivel de las normas, se encuentran factores opuestos relevantes de complejidad y de desorden. De un lado, por ejemplo, analizando solo las *fuentes* del derecho italiano (y por lo tanto excluyendo a la jurisprudencia⁽⁴⁴⁾, actos privados, actos administrativos y *soft law*⁽⁴⁵⁾) resulta que estas se distinguen en no menos de 19 tipos⁽⁴⁶⁾. Por otra parte, ninguno conoce el número de los actos legislativos vigentes, y algunas estimaciones arrojan resultados impresionantes, oscilando entre los 40.000 a 150.000 actos⁽⁴⁷⁾, de modo que —aun cuando se quiera prescindir de los numerosos y a veces risibles defectos que caracterizan la producción normativa en Italia⁽⁴⁸⁾— parece evidente que uno se encuentra frente a una situación de inmenso desorden⁽⁴⁹⁾, en claro contraste con cualquier idea de orden y coherencia. En efecto, si se puede aceptar que esta idea es válida y plausible, *aspiración* de todo ordenamiento jurídico, no se puede perder de vista la constatación de que en la realidad los ordenamientos jurídicos se encuentran dominados por el desorden. Por lo tanto, parece que la mejor manera de afrontar el problema no es tratar de exorcizar el

(40) *Cónfer* Frosini, *Ordine e disordine nel diritto*.

(41) *Cónfer* por ejemplo Frosini, *Ordine e disordine nel diritto*, 19 y siguientes.; Van De Kerkhove, Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre* (Paris, 1988), 160 y siguientes.; Bin.

(42) *Cónfer* Van De Kerkhove, Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, 49 y siguientes.

(43) En el sentido de que los precedentes son fuentes del derecho *cónfer*, como contrapartida, Pizzorusso, *Fonti del diritto*, 2a ed. (Boloña-Roma, 2011), 705 y siguientes., 723 y siguientes.

(44) Sobre el particular, véase Bin, 38.

(45) *Cónfer* Guastini, *Teoria e dogmatica*, 80 y siguientes., amplio análisis de las diversas fuentes (véase páginas 271 y siguientes, 307 y siguientes, 414 y siguientes, 494 y siguientes, 549 y siguientes, 587 y siguientes, 615 y siguientes. Análogamente, *cónfer* el amplísimo análisis de Pizzorusso, *Fonti del diritto*, 2a ed., 353 y siguientes., 431 y siguientes, 491 y siguientes, 643 y siguientes, 747 y siguientes).

(46) *Cónfer* Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona* (Bari, 2002), 20.

(47) Sobre el particular, *Cónfer* Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, 135 y siguientes.

(48) Sobre el alternado sistema de las fuentes del derecho penal *cónfer* en particular Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, 14 y siguientes, 19.

(49) Desde una perspectiva distinta, pero en muchos aspectos plausible, *cónfer* Bin, 18 y siguientes, 55 y siguientes.

Consideraciones sobre el Precedente *Considerations about the Precedent*

desorden del derecho con conceptos o paradigmas abstractos como aquellas ofertas del universalismo jurídico, sino pensar en algún paradigma distinto que permita conocer mejor la realidad.

Entre las múltiples posibilidades, una opción que parece razonable consiste en hacer referencia a las teorías del caos (o de los sistemas complejos)⁽⁵⁰⁾. Aparte de su origen científico y matemático⁽⁵¹⁾, también se hace referencia a estas teorías para el análisis de fenómenos sociales⁽⁵²⁾, puesto que los sistemas complejos se encuentran en numerosas áreas de la vida social, económica, política y cultural⁽⁵³⁾. Por otra parte, no es difícil ver que el derecho, tal como se ha descrito ahora, presenta las características propias y fundamentales de un sistema caótico. Se trata ciertamente de un sistema complejo en sentido propio, estando compuesto por diversas partes que interactúan de distintos modos, pero en cualquier caso de forma no simple y cambiante en el tiempo⁽⁵⁴⁾. En su conjunto, también el sistema se encuentra caracterizado por la creciente tendencia al desorden entrópico⁽⁵⁵⁾, pero las teorías del caos concuerdan en resaltar que dentro del desorden global pueden surgir momentos de orden determinantes por diversos factores: en esencia, el caos no es total y no abarca todas las áreas del sistema, el cual aparece más bien como un todo complejo de elementos caóticos, y por ende de desorden, y de instantes en los cuales cesa el desorden y se crean estructuras ordenadas. Como se ha dicho, del mar del caos surgen islas de orden⁽⁵⁶⁾, de modo que el equilibrio entre orden y desorden se ubica “*at the edge of the chaos*”

⁽⁵⁷⁾. Un aspecto esencial es que el sistema es dinámico, se mueve y se desarrolla según la flecha del tiempo, y entonces la formación de las islas de orden resulta casual, móvil, jamás definitiva y abierta al cambio: lo que determina la evolución del sistema⁽⁵⁸⁾. La idea de que en el sistema caótico se verifican áreas de orden puede quizás hacer menos preocupante el espectro de un sistema en constante desorden dominado por la entropía, espectro que atemoriza juristas, jueces y legisladores y los incita, como se ha dicho al inicio, a conseguir la uniformidad de la interpretación y de la aplicación del derecho como valor fundamental del ordenamiento jurídico, aunque, como también se ha dicho, este valor es, en el mejor de los casos, difícilmente conseguible. Para exorcizar este espectro será oportuno mencionar brevemente cómo las islas de *orden jurídico* pueden surgir dentro del derecho en continuo desorden.

Las teorías del caos proporcionan sugerencias útiles en ese sentido. Con una terminología que deriva del origen químico-matemático de estas teorías, las zonas de orden que surgen del desorden son comúnmente definidas como *estructuras disipativas*⁽⁵⁹⁾. Estas nacen esencialmente de eventos denominados

(50) En la amplia literatura se encuentra la opinión de *cónfer* ad es. Smith, *Caos*, trad. it. (Turín, 2008).

(51) *Cónfer* Taylor, *The moment of complexity. Emerging network culture* (Chicago-London, 2003), 141.

(52) *Cónfer* Prigogine, Stengers, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, trad. it. (Turín, 1999), 175.

(53) Sobre estos aspectos *cónfer* Taylor, *The moment of complexity. Emerging network culture*, 141 y siguientes, 158.

(54) *Cónfer* Frosini, *Ordine e disordine nel diritto*, 19. Sobre la entropía del derecho v. en particular BIN, 61 y siguientes. La formación del desorden entrópico coopera con la imprevisibilidad de la justicia y de la administración, véase Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, 27.

(55) *Cónfer* WEISSERT, *Representation and bifurcation: Borges's garden of chaos dynamics*, en *Chaos and order. Complex dynamics in literature and science*, al cuidado de N.K. Hayles, Chicago-Londres, 1991, 224.

(56) *Cónfer* Taylor, *The moment of complexity. Emerging network culture*, 146, 165; análogamente Prigogine, Stengers, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, 187.

(57) Para la concepción del desorden como permanente posibilidad de nuevos órdenes *menores* entre sí vinculados o disociados, o incluso acumulados y redundantes, *cónfer* Frosini, *Ordine e disordine nel diritto*, 20 y siguientes, 24 y siguientes.

(58) *Cónfer*, por ejemplo, Prigogine, *Le leggi del caos*, trad. it. (Bari, 1993), 15 y siguientes.; Prigogine, Stengers, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, 148; Porush, “Fiction as dissipative structures. Prigogine’s theory and postmodernism’s roadshow,” *Chaos and order*, 56 y siguientes.

(59) La idea de la bifurcación había sido ya anticipada por Jorge Luis Borges en una narración de 1941 (*cónfer* Borges, *Il giardino*



Michele Taruffo

bifurcaciones, y que se verifican cuando un elemento del sistema que se desplaza en el tiempo, debiendo optar por dos o más alternativas posibles, adopta una de ellas, y continúa desplazándose en aquella dirección hasta que se propone una ulterior *bifurcación*⁽⁶⁰⁾.

En sustancia, la *bifurcación* determina un *nuevo punto* de orden en la fluctuación del sistema, y es el conjunto de las bifurcaciones lo que crea, al mismo tiempo, la dinámica del sistema y el surgimiento de áreas de orden dentro de esta dinámica.

Sin profundizar más allá de estos conceptos en el ámbito de las teorías del caos, se puede observar que estas proporcionan un útil punto de vista para el análisis de aquel particular sistema caótico que es el derecho. Más específicamente, las estructuras *dissipativas* que se crean por efecto de las bifurcaciones corresponden a los momentos en los cuales dentro del sistema complejo (caótico y dinámico) se crean las zonas *locales* (y temporales) de orden⁽⁶¹⁾. Esto puede suceder por varias razones, como por ejemplo la introducción de

una nueva norma que tiende a ser aplicada posteriormente, o la derogación de una norma, u otros eventos involucran a este o aquel punto de las fuentes del derecho. En este contexto se puede, por otra parte, resaltar que el precedente es bastante compatible con la idea de una estructura disipativa: es el fruto de una bifurcación, en el sentido que opta por una alternativa entre las diversas interpretaciones posibles de una norma, o enuncia una nueva interpretación, y tiende a establecer un área de orden siempre que sea seguido en decisiones posteriores, o sea, en tanto se encuentre en capacidad de hacer uniformes estas decisiones. Por así decirlo: hasta que dure, y dependiendo de cuántas y qué decisiones posteriores lo siguen, el precedente crea una isla de orden (es decir, de *uniformidad*) dentro del desorden global. Esta isla de orden no es estable ni eterna, surge con modalidades ampliamente casuales (debido a las *fluctuaciones* del sistema⁽⁶²⁾) y está destinada a desaparecer por efecto de las bifurcaciones posteriores⁽⁶³⁾. No obstante, y a pesar de estos límites, se trata aun así de un factor importante de orden dentro del caos del derecho.

En conclusión, si fuese posible indicar con una metáfora literaria qué son los precedentes en el ámbito de un derecho que fluye en creciente desorden a través de la flecha del tiempo, se podría decir que estos son *islas en la corriente*. Islas inestables, provisionales, limitadas en el espacio y que sin embargo representan todo el orden que se puede crear en un derecho caótico. 

dei sentieri che si biforcano, en Id., *Finzioni*, trad. it. (Turín, 1955), 79 y siguientes), pero viene luego a ser utilizada por la teoría del caos para explicar la dinámica fundamental de los sistemas. *Cónfer* Prigogine, *Le leggi del caos*, 16 y siguientes., 81; Prigogine, Stengers, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, 173 y siguientes., 187; Weissert, *Representation and bifurcation: Borges's garden of chaos dynamics*, 234 siguientes; Porush, *Fiction as dissipative structures. Prigogine's theory and postmodernism's roadshow*, 59; Taylor, *The moment of complexity. Emerging network culture*, 150; SMITH, *Caos*, 70 siguientes.

(61) *Cónfer* Weissert, *Representation and bifurcation: Borges's garden of chaos dynamics*, 232, y en sentido análogo Frosini, *Ordine e disordine nel diritto*, 19 y siguientes.

(62) *Cónfer* Prigogine, Stengers, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, 170 siguientes.

(63) BIN, 81 y siguientes, resalta precisamente cómo la eficacia de un precedente, por más autorizado que sea, bien puede decaer a causa de una decisión posterior que toma una dirección distinta.