

Sandra Gómora Juárez*

Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México)

sandragj.iiij@gmail.com

**La posibilidad conceptual y el argumento histórico
en torno al estudio del precedente****

*Conceptual possibility and historical argument regarding
the study of precedent*

*A possibilidade conceitual e o argumento histórico em
torno do estudo do precedente*

Artículo de investigación: recibido 22/05/2017 y aprobado 11/08/2017

* Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

** Este artículo es resultado del Proyecto de investigación Análisis conceptual del precedente, con fecha de inicio en noviembre de 2015 y que continúa actualmente.

Resumen

El presente artículo plantea la posibilidad de estudiar el concepto de precedente desde una perspectiva general, lo cual es viable desde la filosofía analítica del derecho, pero centra la atención en cómo esta empresa se respalda también con argumentos históricos. La tesis de fondo sostiene que –con independencia de las características particulares que cualquier sistema jurídico particular posea o de la familia cultural a la que pertenezca– es posible identificar ciertas propiedades necesarias que son constantes en el concepto de precedente donde se presente, intentando hacer evidentes tales propiedades. El análisis sugiere que es posible que hayamos construido teorías, evaluaciones, críticas y propuestas en torno al precedente sobre la base de una de tantas nociones locales que tenemos acerca de él, mientras su concepto sigue siendo oscuro. Tal afirmación evidencia dos necesidades: primero, que necesitamos esclarecer el concepto del precedente, entender su significado para estar en condiciones de evaluar, criticar o proponer adecuadamente cualquier cosa en torno a esta institución. Segundo, para llegar a dilucidar el concepto del precedente necesitamos eliminar las barreras y limitantes que usualmente se han impuesto a los estudios sobre este tema y abrirnos camino en otras direcciones al intentar un tipo de investigación que permita analizarlo desde un punto de vista general.

Palabras clave: Precedente; Análisis conceptual; Tradición jurídica; Argumento histórico.

Abstract

This article raises the possibility of studying the concept of precedent from a general perspective, which is viable from the analytical philosophy of law, but focuses on how this company also supports historical arguments. The thesis maintains that –regardless of the particular characteristics that any particular legal system possesses or of the cultural family to which it belongs– it is possible to identify certain necessary properties that are constant in the concept of precedent where it is presented, trying to make evident such properties. The analysis suggests that we may have built theories, evaluations, critiques and proposals around the precedent based on one of the many local notions we have about him, while his concept remains obscure. This affirmation demonstrates two needs: first, that we need to clarify the concept of the precedent, understand its meaning in order to be able to evaluate, criticize or adequately propose anything around this institution. Second, in order to elucidate the concept of the precedent, we need to eliminate the barriers and limitations that

have usually been imposed on studies on this subject and to open the way in other directions by attempting a type of research that allows us to analyze it from a general point of view.

Keywords: Precedent; Conceptual analysis; Legal tradition; Historical argument.

Resumo

O presente artigo propõe a possibilidade de estudar o conceito de precedente de uma perspectiva geral, o qual é viável da filosofia analítica do direito, mas concentra a atenção em como esta empresa se sustenta também com argumentos históricos. A tese de fundo sustem que –com independência das características particulares que qualquer sistema jurídico particular possua ou da família cultural que a que pertença– é possível identificar certas propriedades necessárias que são constantes no conceito de precedente donde se apresente, tentando fazer evidentes tais propriedades. A análise sugere que é possível que tenhamos construído teorias, avaliações, críticas e propostas em torno ao precedente sobre a base de uma de tantas noções locais que temos sobre ele, enquanto seu conceito continua sendo escuro. Tal afirmação evidencia duas necessidades: primeiro, que necessitamos esclarecer os conceito do precedente, entender seu significado para estar em condições de avaliar, criticar e propor adequadamente qualquer coisa em torno a esta situação. Segundo, para chegar a entender os conceito do precedente, necessitamos eliminar as barreiras e limitantes que usualmente se impuseram aos estudos sobre este tema e abrir-nos caminho em outras direções ao tentar um tipo de investigação que permita analisá-lo de um ponto de vista geral.

Palavras chaves: Precedente; Análise conceitual; Tradição jurídica; Argumento histórico.

Los estudios en torno al precedente

El precedente es una institución jurídica sumamente interesante y prolífica, tanto que ha sido objeto de diferentes tipos de estudio: jurídicos, históricos, sociológicos, comparados y algunos otros. Podemos encontrar abundantes obras de muy variadas procedencias que abordan la forma de operar del precedente;¹ su desarrollo histórico y variaciones legislativas a lo largo del tiempo;² las influencias que reciben los jueces al sentar reglas (Caldarone, 2004; Cross, 1977; Itoh, 2010; Jaffe, 1969; Magallón, 2004); las influencias de esas reglas en la sociedad (Linares, 2008; Oda, 1999); las ventajas y desventajas de su aplicación (económicas, en percepción, en acceso a la justicia, etcétera) (Fix-Fierro, 2006; González, 2006; Magaloni, 1997); la forma de operar del precedente en distintos países del mundo y el contraste o similitud entre ellos (Caldarone, 2004; Chloros, 1956; Cossio y Raigosa, 1997; Cross, 1977; Eng, 2000; García Marillo, 1990; Jaffe, 1969; Quiroz, 1998; Von Mehren, 1956).

Curiosamente, la mayoría de los estudios que se pueden revisar acerca del precedente está dedicada de manera concreta al precedente de un sistema jurídico particular.³ Aun en los casos de los estudios de derecho comparado, se acostumbra enfocarse en sistemas jurídicos particulares para después hacer la comparación entre ellos, pero sin perder de vista las particularidades de cada orden. De modo que observamos estudios de muy variada naturaleza y procedencia acerca de un único y delimitado orden o sistema jurídico en cada caso.

Este ejercicio exploratorio revela que hemos estado inmersos en una tendencia dominante a examinar los problemas jurídicos particulares dentro del marco de sistemas jurídicos concretos,⁴ lo cual es lógico, necesario y hasta inevitable, pues es en el ámbito nacional –al interior de cada sistema jurídico– donde se experimentan los desafíos y conflictos que han de ser resueltos, es con las normas

1 Smith (1969); Cross (1977); García Gil (1992). Zertuche García (1992); Acosta Romero y Pérez Fonseca (1998); Nieto (2001-2002); Rosales Guerrero (2005); González Oropeza (2006); Silva Silva (2006); Moral Soriano (2007); Landa (2007); Serna de la Garza (2009); Zander (1980).

2 Ambriz (2006); Goodhart (1934); Holdsworth (1934); Guerrero y Guadarrama (1984); Guerrero y Santamaría González (1990); Zertuche (1992); Carbonell (1995); Acosta (1998); Magallón Ibarra (2004); Rosales (2006); Cabrera Acevedo (1985); Cortés Ontiveros (2003).

3 En este rubro destaca la obra de Neil MacCormick, 2016. Para profundizar en trabajos destacados en nuestro contexto latinoamericano, véanse: Rojas, 2015 y Da Rosa De Bustamante, 2016.

4 Una excepción a esta tendencia es la obra de Raimo Siltala (2000), que ofrece una explicación del precedente desde la teoría del discurso y la ideología judicial, es decir, con herramientas metodológicas y fundamentos teóricos distintos a los que este trabajo plantea.

jurídicas establecidas en el ámbito interno que se intentará dar solución a los desafíos y conflictos, pero además son el marco contextual al que pertenecemos y las herramientas con las que contamos los que nos conducen inevitablemente a reflexionar en términos locales, pues precisamente tomamos como referente las instituciones que conocemos y aplicamos; aquellas con las que vivimos y a las que estamos directamente vinculados.

Esta tendencia es la forma primaria a partir de la cual podemos aprender y conocer nuestras propias instituciones jurídicas, y es realmente útil en la medida en que constituye la herramienta a través de la cual se focalizan y personalizan los esfuerzos de análisis, propuesta, transformación, perfeccionamiento e implementación de cada sistema jurídico particular y de las instituciones reconocidas al interior de cada uno de ellos –el precedente no es la excepción–.

En términos generales, la modificación, perfeccionamiento e implementación de los sistemas jurídicos concretos y sus instituciones pueden ser entendidos como los principales propósitos de este tipo de estudios, digamos, *particulares*. De modo que los méritos de las investigaciones «locales» radican precisamente en la utilidad práctica y la comprensión que proporcionan acerca de las instituciones y procedimientos vigentes en un sistema jurídico, junto con sus circunstancias y particularidades, y como tales están dirigidos y a la vez restringidos.

El tipo de investigaciones que involucran el análisis de las instituciones locales están destinadas a explicar, analizar, evaluar y proponer soluciones sobre problemáticas muy concretas que surgen de la interacción y el contexto particular del sistema jurídico de que se trata; por esa misma razón, el alcance de sus resultados está limitado en varias formas. Por ejemplo: los resultados de este tipo de investigaciones tienen una aplicación restringida, porque se estudió un problema con características determinadas en un contexto particular, por lo que las soluciones proporcionadas están confeccionadas a la medida; hay problemas o instituciones específicas que son muy propias de ciertas regiones o lugares que no se encuentran en otros sitios,⁵ por lo que su estudio solo adquiere relevancia local;⁶ las evaluaciones acerca de problemáticas o instituciones se

5 Sobre los objetivos en los estudios y teorías, véase Bix (2010), especialmente el capítulo 2.

6 Si bien es cierto que la globalización ha impactado las actividades humanas en diversas formas, también es cierto que las soluciones ofrecidas con base en datos y problemas específicos son relevantes para el lugar del que surgen, independientemente de si (en algún momento) tales soluciones pudieran resultar útiles también o provocar algún efecto hacia el exterior.

realizan con base en la información local, de modo que los resultados obtenidos en un lugar varían respecto de los obtenidos en otro lugar.⁷

Pero más allá del alcance y utilidad probada de los estudios particulares, lo cierto es que hay otra dimensión en los estudios teóricos que trabaja con una lógica diferente y que, por tanto, debe ser abordada desde otra perspectiva. El estudio conceptual del precedente pertenece a esa otra dimensión que se caracteriza por su tendencia a la generalidad y a la regularidad. En ese sentido, y considerando las acotaciones previas, es posible que la circularidad y reflujos de las mismas ideas que se procesan en el interior de los sistemas jurídicos no tengan la capacidad de aportar mayor claridad ni permitan comprender a profundidad el concepto de precedente; en el aspecto conceptual no pueden lograrse avances significativos manteniendo una perspectiva local.

La posibilidad del estudio conceptual del precedente

El planteamiento inicial nos invita a considerar seriamente la posibilidad de que existan instituciones que poseen una naturaleza y, como tales, no son exclusivas de un sistema jurídico concreto, sino que están presentes en varios sistemas. De ahí que, si diferentes sistemas jurídicos emplean y tienen una noción de esa institución, es posible que la explicación del concepto surja de las regularidades presentes en todos esos sistemas, lo que convierte a la explicación del precedente en una explicación *general* que no está ligada a un sistema jurídico particular, sino a todos.

Si se observa con detenimiento, el concepto del precedente es un concepto que implícita e incluso inconscientemente comparten diferentes sistemas jurídicos, pues cualquier sistema que cuente con esta institución –con independencia del nombre local que reciba– identifica en su existencia ciertas características que le son propias, que le dan identidad y que podemos ubicar de manera constante en todo lugar en donde existe. Al ser esta la estructura del concepto, es evidente que los estudios enfocados al interior de los sistemas jurídicos o estudios particulares persiguen objetivos distintos, y por tal motivo no satisfacen la condición de generalidad que el estudio conceptual del precedente demanda.

Al ser el precedente una institución jurídica presente en varios y muy diversos sistemas jurídicos, como ya veremos, es viable explorar la vía conceptual en el

⁷ Aunque pueden presentarse coincidencias de vez en cuando, generalmente, una investigación dirigida produce resultados dirigidos. Por ejemplo: Caldarone (2004).

análisis con el fin de hallar una explicación general de lo que se entiende por precedente. Se podría avanzar en la solución de una buena parte de los problemas que se suscitan en torno al precedente una vez que se haya esclarecido el concepto. Si bien es cierto que hemos vivido con las nociones locales, también lo es que hay problemas teóricos⁸ y prácticos⁹ sin resolver en torno al precedente que podrían ser resueltos –o al menos, mejor comprendidos como un primer paso hacia su solución– una vez que se esclarezca el concepto.

Las observaciones previas nos permiten advertir que, a pesar de la gran cantidad de textos y las valiosas contribuciones que se han generado en torno al precedente, sigue siendo una institución *enigmática*,¹⁰ cuyo significado y naturaleza aún permanecen oscuros, o, en el mejor de los casos, nos encontramos ante la inexistencia de una forma única de entender el precedente. Es decir, se tiene una variedad de nociones intuitivas¹¹ acerca de lo que el precedente es y las implicaciones que dicha afirmación conlleva, pero no existe claridad conceptual sobre el tema.¹²

8 Como los siguientes: ¿cuáles son las condiciones necesarias para conceder autoridad a un resultado jurisdiccional? ¿Qué tan conveniente es conceder autoridad a un resultado jurisdiccional previo? ¿Cuáles son las implicaciones y el alcance de la obligatoriedad del precedente? ¿Deben establecerse límites a la obligatoriedad del precedente? Y si es así, ¿cómo pueden determinarse o cuáles deben ser? ¿Es la explicación del precedente como regla vinculante la explicación que mejor satisface la función del derecho de brindar coordinación? ¿Es posible reevaluar, desconocer o incluso anular un precedente? Si es así, ¿cuáles son las condiciones necesarias para hacerlo?

9 Como la configuración y alcance de los derechos, libertades y obligaciones contenidos en las constituciones y leyes secundarias.

10 Por «enigmática» me refiero simplemente a la propiedad o cualidad de dificultad o complejidad que muestra una cosa para entenderse, como es el caso del precedente. Definición de «enigmático» en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=enigm%C3%A1tico>

11 Por «nociones intuitivas» me refiero a la idea o comprensión particular que tienen de su propia institución del precedente las personas que participan de él al interior de un sistema jurídico concreto, de modo que esa noción plasma toda la riqueza cultural local de la institución y, por lo tanto, muestra rasgos particulares de un sistema jurídico a otro.

12 Ciertamente ha habido algunos esfuerzos conceptuales por analizar el precedente, pero, como antes dijimos, están restringidos a un único sistema jurídico. Por ejemplo, Rupert Cross (1977) comparte algunas de las inquietudes que he planteado antes, como el hecho de dar por sentado los significados de ciertas instituciones que utilizamos en la vida jurídica cotidiana, y hace la aclaración de que se trata de un estudio del concepto de precedente «confinado a la operación del precedente en el derecho inglés» (p. 2). A pesar de ser este un trabajo representativo en materia conceptual, se trata de un trabajo dirigido acerca de un sistema jurídico particular, analizando la propia noción de precedente y asumiéndola como «el concepto».

Podemos decir que un concepto se utiliza para representar una idea o un objeto abstracto y sirve como mediador entre el pensamiento y el lenguaje, por una parte, y como referente, por otra (Margolis y Laurence, 2008). De este modo, la explicación del concepto nos ayuda a obtener un entendimiento común sobre algún fenómeno,¹³ que es una condición previa para discutir aspectos como la bondad, adecuación, utilidad o funcionalidad de algo. De ahí la relevancia de realizar este estudio, pues antes de iniciar cualquier otra empresa acerca de las instituciones requerimos «fijar un punto de partida común para la investigación y la discusión» (Bix, 2010).

Las afirmaciones acerca de la naturaleza del precedente implican que existen regularidades o propiedades que exhibe y que son generales a todos y cada uno de los sistemas jurídicos que tienen al precedente como una de sus instituciones. Cuando hablamos de la «naturaleza» de «x», asumimos que el objeto, fenómeno o institución «x» posee una esencia que se compone de propiedades características. Tales propiedades características de «x» se distinguen por ser generales y constantes: son generales porque se exhiben donde quiera que «x» existe y son constantes porque, cualesquiera que estas sean, tales propiedades características todas y cada una se exhiben invariable y permanentemente en todo lugar.¹⁴

Cuando algo no posee una naturaleza, entonces, las propiedades que le distinguen son particulares y contingentes: particulares porque las propiedades del objeto, fenómeno o institución solo las exhibe un único y singular objeto en algún lugar singular, pero no en todos los lugares; y contingentes porque tales propiedades pueden o no presentarse en el mismo objeto o en uno similar de un lugar a otro.

Es posible, entonces, que hayamos construido teorías, evaluaciones, críticas o propuestas en torno al precedente sobre la base de una de tantas nociones

13 Es posible que las controversias en torno a la descripción adecuada o definición de un «objeto» no sean realmente disputas, pues los participantes se están refiriendo a objetos distintos. Por tal motivo es necesario convenir desde un inicio en el fenómeno que tratamos de definir. Convenir sobre el objeto se complica tratándose de objetos abstractos que no podemos observar ni tocar físicamente, a diferencia de una silla, por ejemplo. Wagona Makoba (1992) hace una reflexión similar en el contexto de la comparación entre sistemas jurídicos occidentales y no occidentales y sostiene que es posible acercarse a un consenso al ponerse de acuerdo sobre lo que se estudia (independientemente del obstáculo del lenguaje o los términos empleados), teniendo presentes los derechos y obligaciones que conlleva cada transacción o relación humana en cualquier sistema social.

14 Para un estudio más amplio sobre el tema, véase Bix (2010), Moore (1992) y Raz (2001).

intuitivas que tenemos acerca de él, mientras su concepto sigue siendo oscuro. Esta afirmación evidencia dos necesidades: primero, que necesitamos esclarecer el concepto del precedente, entender su significado para estar en condiciones de evaluar, criticar o proponer adecuadamente cualquier cosa en torno a esta institución. Segundo, para llegar a dilucidar el concepto del precedente necesitamos eliminar las barreras y limitantes que usualmente se han impuesto a los estudios sobre este tema y abrirnos camino en otras direcciones al intentar un tipo de investigación que permita analizarlo desde un punto de vista general.

Me parece que restringir los estudios acerca del concepto del precedente al análisis de las nociones propias que se tienen del precedente al interior de los sistemas jurídicos constituye una barrera y una limitante, hablando en términos conceptuales, pues de entrada no nos permite ver más allá de nuestras propias fronteras ni darnos cuenta de todo lo que es común entre sistemas, para distinguir que muchas de las propiedades que están presentes en nuestra noción del precedente están presentes de manera constante también en las nociones de muchos otros sistemas jurídicos; por tanto, compartimos un concepto que ya funciona de cierto modo en diferentes lugares y que necesita ser esclarecido mediante un estudio general.

Probablemente el hecho de que el significado del precedente continúe en la oscuridad se deba entre otros factores a: 1) la tendencia a examinar los problemas jurídicos dentro del marco de sistemas jurídicos concretos, gracias a la cual se han generado diferentes nociones intuitivas o ideas acerca de lo que es el precedente, pero en ellas no hay claridad, uniformidad ni regularidad, en suma, no hay un concepto; 2) las nociones intuitivas o ideas que se tienen acerca de lo que es el precedente al interior de cada sistema jurídico suelen estar mezcladas con elementos culturales locales, y por tanto contingentes, que hacen suponer que en cada sistema jurídico se está hablando de instituciones diferentes, cuando muy probablemente no es el caso; 3) que se trata de una institución jurídica compleja e intangible, cuyo carácter social y, por ende, cambiante hace que sus límites sean controvertidos; 4) la ausencia de estudios dedicados a esclarecer el concepto del precedente, es decir, dedicados a esclarecer las propiedades necesarias del concepto y a separarlas adecuadamente de las propiedades contingentes.

Un estudio de este tipo es relevante por diversas razones. Al tratarse de una institución que sirve a la sociedad, la falta de claridad conceptual del precedente afecta e incumbe directamente a aquellos a quienes se aplica: jueces o autoridades judiciales encargadas de crearlo y aplicarlo, litigantes, las partes en

un juicio. Pero además de los sujetos directamente afectados, hay terceros cuyas planes de vida se ven afectados por el precedente, quizá de manera indirecta, pues coordinan y planean sus actividades y proyectos tomando como referencia o base sólida la información disponible acerca del precedente, y esperan de esta institución ciertos resultados; en ese sentido, la vida y planes de muchas personas –cuyas actividades pueden verse ligadas directa o indirectamente al precedente– dependen de la comprensión y buen funcionamiento de la institución.¹⁵

Seguramente, la trascendencia del precedente solo se percibe como decisiva cuando las personas se ven involucradas en un conflicto judicial o deciden someter algún asunto a la decisión de los tribunales, en cuyo caso habrán de evaluar (por sí mismas o asesoradas) los cursos de acción a tomar y sus respectivas ventajas. No obstante, todo individuo está expuesto a la posibilidad de verse involucrado voluntaria o involuntariamente en un proceso judicial, lo que hace relevante conocer el precedente. De modo que son estos sujetos los que tienen una idea oscura del precedente y para quienes necesitamos esclarecerlo. No es suficiente tener una noción o intuición acerca de una institución de tal relevancia –como es el precedente– que cotidianamente se emplea para entender un aspecto de nuestra realidad jurídica, así como para coordinarnos; antes bien, requerimos comprenderla plenamente a través de su concepto.

En ese orden de ideas, es preciso señalar ahora que en el ámbito jurídico existen categorías jurídicas¹⁶ que son susceptibles de ser explicadas de esta forma conceptual,¹⁷ y es mi objetivo mostrar que el precedente es una de esas categorías poseedoras de una naturaleza y, en consecuencia, susceptible de ser explicada mediante una teoría general en términos de propiedades o condiciones

15 Si bien es cierto que existe un buen número de circunstancias bajo las cuales no actuamos racionalmente y somos propensos a decidir con base en creencias y estereotipos, me inclino a pensar que en el caso de decisiones que pueden afectar nuestros propios intereses tendemos a considerar detenida y racionalmente los elementos o factores que pueden afectar nuestro resultado. En este sentido, considero que el caso del precedente se encuentra dentro de este supuesto, pues las decisiones de las personas relacionadas con la intervención del aparato jurisdiccional están vinculadas a expectativas más o menos claras. Adicionalmente, asumo que las instituciones jurídicas y su ejercicio funcionan bajo esquemas racionales, o al menos la mayoría de ellas. Para un estudio empírico sobre la toma de decisiones en circunstancias de incertidumbre, véase Tversky y Kahneman (1974).

16 Una «categoría jurídica» puede entenderse como una unidad de explicación y clasificación que representa una fracción de nuestra realidad y a través de la cual esta es explicada. Así, podemos identificar tantas categorías como instituciones o prácticas diferenciadas tengamos.

17 Véase «análisis conceptual» en «Jurisprudencia analítica» (Bix, 2009).

necesarias. Cuando se dice que algo tiene un concepto, decimos que tal cosa posee una naturaleza, una esencia, que puede explicarse a través de propiedades necesarias que son invariablemente exhibidas. Por lo tanto, esa naturaleza es de carácter general, es decir, exhibe las mismas propiedades dondequiera que la cosa se presenta.

El análisis conceptual se propone principalmente aportar una nueva claridad acerca de las instituciones o hechos conocidos de la sociedad, –mas no descubrir nuevos hechos–, labor que realiza al sentar los límites de las categorías, definiendo los objetos a partir de condiciones necesarias y suficientes (Bix, 2010). De esta manera, el fenómeno que se estudie debe poder reunir las condiciones establecidas por el análisis conceptual para estar en posibilidad de recibir la etiqueta¹⁸ de la categoría social que se estudia. Las categorías se utilizan para ordenar algún aspecto de la vida de las sociedades; en este caso, la categoría que se estudia es reconocida con la etiqueta de «precedente» y ordena cierto aspecto de la vida jurídica de la sociedad.

Así pues, para esclarecer el concepto del precedente tenemos que ir más allá y desplazarnos desde los estudios restringidos a un sistema jurídico concreto hacia los estudios de naturaleza general, que no se limitan a un solo sistema jurídico, sino que explican el concepto o naturaleza del precedente como institución que –estando presente en muchos sistemas jurídicos– funciona de cierto modo, cumple ciertas funciones y exhibe ciertas propiedades comunes, cuya regularidad en todos esos sistemas permite conocer que se trata de un concepto compartido.

Asumo que compartimos un concepto del precedente dondequiera que esta existe, por lo que las particularidades adicionales y variables que pudiera exhibir en y entre sistemas jurídicos particulares no son relevantes para explicar su naturaleza. De esta forma, cualquier sistema jurídico que tenga al precedente como una de sus instituciones exhibirá invariablemente ciertas propiedades que lo hacen ser *precedente* y no alguna otra institución.

Pensemos a manera de ejemplo, y como una analogía de esta relación, en un niño que tiene una colección de canicas rojas contenidas en una caja. Esas canicas sirven a los niños de manera característica y relevante para jugar; esa es una característica importante que las canicas pueden tener para cualquier niño en cualquier lugar en las que estas existen. Es posible, sin embargo, que los niños de otros lugares guarden su colección de canicas verdes, azules y blancas

18 Término utilizado por Brian Bix (2010).

no en una caja, sino en un bote o una bolsa, y, además, que a esos niños las canicas les sirvan también para detener la puerta, molestar a las niñas o pagar apuestas entre compañeros.

Es claro que el color de las canicas y el tipo de recipiente que las contiene no es relevante para explicar su naturaleza, pues no afecta ni modifica en modo alguno las propiedades esenciales de las canicas –ni el color ni el recipiente hacen que sirvan mejor–, y el hecho de que los demás niños ocupen las canicas también para otros fines tampoco dice nada acerca de su naturaleza, ya que los otros servicios que se les atribuyen no son de ninguna forma característicos de manera exclusiva de las canicas, ni tampoco son así empleadas de manera constante por todos los niños que poseen canicas, sino, acaso, de manera contingente.

El concepto de precedente y el argumento histórico

Si bien el estudio general que se ha esbozado es una tarea de filosofía analítica, me parece que esta labor encuentra sustento también en un argumento histórico según el cual diversas circunstancias han determinado la configuración de la totalidad o de partes específicas de los sistemas jurídicos mundiales, digamos, por ejemplo, sus instituciones. Los acontecimientos a los que me refiero son de diversa naturaleza y se han presentado en diferentes momentos históricos; sin embargo, han propiciado que hoy sea posible identificar en todo sistema jurídico que tiene una institución denominada precedente¹⁹ ciertas propiedades que le son características y que exhibe regularmente.

Ya sea por un origen histórico común entre sistemas jurídicos o debido a que las circunstancias históricas permitieron la adopción de instituciones jurídicas originarias de otros sistemas jurídicos, por la implementación de todo un sistema jurídico a semejanza de aquellos del *Common Law* o *Civil Law*, o debido a una larga tradición nacional, lo cierto es que un gran número de los sistemas jurídicos actuales cuentan con una institución jurídica que responde a la denominación de «precedente».

De modo que podemos suponer que los hechos y transformaciones históricas que han experimentado los sistemas jurídicos han propiciado la existencia y configuración del concepto de precedente, mismo que, considero, diferentes

¹⁹ La denominación lingüística con que se le conoce no es relevante para este estudio (precedente, jurisprudencia o cualquier otra). Puede considerarse, en cambio, como una de las tantas propiedades contingentes del concepto que no ayudan a explicar su naturaleza.

países compartimos. Sostengo que la posibilidad del estudio conceptual del precedente encuentra sustento no solo como un ejercicio de filosofía analítica del derecho, sino también en el estudio exploratorio comparativo que revela ciertas propiedades constantes del precedente en los sistemas jurídicos, las cuales en buena medida se explican gracias al argumento histórico. De esta última tesis me ocuparé en lo que sigue.

Atendiendo a la práctica del precedente en diferentes sistemas jurídicos, podemos identificar como propiedades las siguientes: se consideran reglas con cierto estatus o autoridad, son reglas que surgen en un contexto jurisdiccional de administración de justicia y pretenden mostrar a otros tribunales cómo resolver casos semejantes.²⁰ Tales características son elementos constantes que muestran elementos valiosos a considerar en el análisis del concepto de precedente, que, como objeto de otro trabajo, habrá de explicar los elementos que conforman cada propiedad, así como las interrelaciones que se presentan entre ellas. Para efectos de este planteamiento, basta con advertir cómo estas características aparecen invariablemente en los sistemas jurídicos que cuentan con la institución del precedente.

Es posible que la combinación de lo histórico con lo conceptual pueda causar inquietudes, en razón de tratarse de estudios de naturaleza diversa, pero considero que hay buenas razones para considerar productiva esta conjunción que permite hacer de ambos esfuerzos un trabajo complementario antes que excluyente.

Las investigaciones históricas y conceptuales consideradas aisladamente persiguen objetivos distintos –determinar causas y efectos versus explicar significados–, pero tal distinción no las convierte en excluyentes, sino en complementarias, dado que se ocupan de diferentes aspectos de una misma realidad, lo que sin lugar a dudas aporta mayor riqueza y comprensión acerca del objeto que se estudia.

Es así que mientras que la indagación histórica nos permite conocer los procesos y cambios que a lo largo del tiempo llevaron al precedente a su configuración, la indagación conceptual nos permite explicar su significado. Una vez conocidas las causas por las que existe el concepto del precedente, podemos explicar su significado.

20 Esta regularidad se hace patente, por ejemplo, al identificar la práctica de jueces y abogados colombianos que fueron configurando este recurso prestando especial atención a la igualdad en la impartición de justicia, aun antes de su legalización (Rojas, 2015).

Ambos tipos de estudio guardan entre sí una relación de complementariedad y la posibilidad de constatar históricamente la existencia, surgimiento, adopción o implementación de la institución del precedente en sistemas jurídicos cuyas raíces culturales son diferentes. Esta es una razón adicional para afirmar que un estudio conceptual y general del precedente es posible.

De la verificación de que el precedente existe mediante la indagación histórica pasamos a la explicación de su concepto o al esclarecimiento de su significado. Si una institución como el precedente existe en diferentes sistemas jurídicos, es posible que también se entienda de manera similar en todos esos sistemas o incluso que compartan el concepto, aun cuando no se tenga la conciencia de ello y aunque no se haya llevado a cabo un análisis para hacer explícitas las propiedades necesarias de ese concepto. Que hasta ahora esté oculto e implícito en nuestras prácticas y no sea evidente no implica que no exista.

Así, se advierte, por una parte, que los estudios restringidos a un único sistema jurídico no han rendido frutos en la comprensión del concepto del precedente como único punto de partida para cualquier indagación adicional en torno al mismo. Por otra parte, se advierte que no hay nada que nos impida eliminar esas limitaciones o localismos en el estudio teórico del concepto del precedente y que, en cambio, sí hay razones históricas que refuerzan el interés por desarrollar una investigación acerca del precedente como categoría jurídica y social, cuya naturaleza es comprendida de manera común por los sistemas jurídicos que lo emplean.

Cultura y sistemas jurídicos

Siguiendo esa línea de análisis, resulta esclarecedor revelar los contenidos de cada uno de los conceptos que guían la indagación histórica del concepto de precedente, ya que a partir de esas nociones es posible comprender la trayectoria que ha tenido en una dimensión más completa. Este ejercicio, sin embargo, se apoya también en los estudios comparativos, en virtud de que las regularidades del precedente de las que he hablado se advierten gracias a este ejercicio de identificación y comparación entre sistemas jurídicos.

Comencemos por hablar de «cultura»; podemos entenderla provisionalmente como el conjunto integrado de conocimiento humano, creencias, costumbres, moral y otras capacidades y hábitos adquiridos como miembro de la sociedad (Prinz, 2016). Por su parte, los términos «cultivar» y «cultura», en otro de sus sentidos, hacen alusión al libre crecimiento de algo de acuerdo con sus propias

leyes, aunque ciertamente –según Joachim Lege (2009)– en el caso del ser humano la cultura determina su comportamiento conforme a las normas sociales, impidiendo así que despliegue su comportamiento natural.²¹

De este modo, el derecho y su práctica como un conocimiento diferenciado son solamente un aspecto y una manifestación de la cultura a la que pertenecen (Van Hoecke, 2002).²² Este panorama ampliado del papel del derecho en la vida social sirve como punto de partida que permite extraer el precedente de contextos restringidos y ubicarlo, en cambio, como una institución y práctica jurídica que, si bien tiene influencias culturales particulares, exhibe a la vez ciertas propiedades que son comunes en todos los lugares en los que se presenta.

Para John Bell (Van Hoecke y Warrington, 1998, p. 498) una cultura jurídica es «una forma específica en la cual valores, prácticas y conceptos están integrados en la operación de instituciones jurídicas y la interpretación de textos jurídicos». De esto se sigue que es posible entender las instituciones sociales como entidades portadoras de una cultura que refleja determinados valores y creencias humanas, toda vez que ellas mismas son producto de ese modelo.

Al tratar de entender una institución social como propongo hacerlo, el principio básico es partir de las diferencias y coincidencias culturales entre comunidades y considerar el grado en el que el sistema jurídico del que surge la institución está enraizado en una tradición cultural similar (Van Hoecke, 2002, pp. 212-213).²³

La tendencia dominante en el derecho ha definido al sistema jurídico como «el conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad» (Castán, 1957, p. 5). Entendido de este modo, existen en el mundo muchísimos sistemas jurídicos, tantos como Estados, pues hacen referencia principalmente al derecho nacional de un país (Sirvent Gutiérrez y Villanueva Colín, 1996). Cada sistema jurídico posee así características propias impresas en sus leyes e instituciones que le definen como único.

21 Así pues, nuestros conceptos no son sino una construcción cultural o un producto de la cultura a la que pertenecemos. Aunque no podemos dejar de notar que las diferencias entre sistemas jurídicos cada vez son menos sustanciales.

22 Para el autor, la formación cultural con la que funciona un sistema jurídico, es el principal y primer elemento para comparar y distinguir sistemas jurídicos.

23 *Cfr.*, Este principio parte del supuesto de que cualquier comparación ha de realizarse no entre reglas jurídicas, conceptos e instituciones aisladas de su contexto antropológico, sino entre sociedades, tradiciones y visiones del mundo.

No obstante las características singulares que distinguen a cada sistema jurídico de otro y sus inevitables divergencias, es posible identificar también numerosas similitudes entre sistemas jurídicos (Pargendler, 2012).²⁴ Los comparativistas han sostenido que gracias a la existencia de afinidades, elementos comunes y coincidencias entre sistemas jurídicos (Castán, 1957; Sirvent, 1996; Van Hoecke, 2002) es posible clasificarlos en familias²⁵ jurídicas. Agrupar los sistemas jurídicos en familias jurídicas permite el estudio comparado de todos ellos, pero más importante para nosotros aún es comprender que las similitudes que aparecen entre ellos son numerosas y trascendentes para la comprensión de su pertenencia cultural y para el estudio conceptual.

A este respecto, es preciso advertir que diversas voces han cuestionado la utilidad de la tradicional clasificación en familias jurídicas, al considerarlas categorías más ideales que funcionales en derecho comparado, en tanto que otras voces abogan por la permanencia de dicha clasificación. En algunos casos, se sugiere que el desarrollo del trabajo académico de derecho comparado ha desembocado en un refinamiento de los ejercicios comparativos cuya categoría central ha sido la de «familias jurídicas», lo cual ha traído como resultado la incorporación de figuras alternativas como recurso didáctico (Pargendler, 2012).

Las voces que han cuestionado el ejercicio comparativo han centrado sus objeciones en dos bloques, tendientes a cuestionar la forma de hacer derecho comparado, así como las tradicionales categorías que emplea. El primer bloque ataca primariamente las deficiencias en que la disciplina ha incurrido, tales como la falta de hacer algo más que la sola descripción o yuxtaposición de leyes, la insuficiencia en el tratamiento de las dimensiones históricas o filosóficas en las aproximaciones y el aislacionismo. El segundo bloque ha cuestionado el fundamento mismo de la actividad comparativa, partiendo de la idea de que el universo jurídico se entiende en términos de complejidad, ambigüedad y

24 De hecho, es interesante notar que los primeros estudios comparativos no giraban en torno a las diferencias entre sistemas jurídicos, sino a las convergencias, y, en última instancia, la separación y diferenciación fue una tendencia más reciente.

25 Diversas acepciones de «familia» hacen referencia a: a) un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas, b) conjunto de personas que comparten alguna condición, opinión o tendencia; o c) conjunto de objetos que presentan características comunes que lo diferencian de otros (Diccionario de la Lengua Española). En este contexto, una familia puede entenderse como integración de entidades independientes en un grupo, mismas que se encuentran vinculadas entre sí por determinadas características que comparten.

heterogeneidad antes que en términos de unidad, armonía y asimilación gradual (Reimann, 2002).

En contrapartida, las voces que han pugnado por la persistencia de la disciplina han advertido un proceso de transformación en la forma de concebir los ejercicios comparativos, que transitaron hacia la necesidad de estudiar las semejanzas entre sistemas jurídicos a partir no de leyes, sino de instituciones, procedimientos y técnicas; de ahí el surgimiento de nuevas categorías de análisis como «familia», «tradicición» o «cultura jurídica». Todo esto implicó la adopción de un enfoque funcional en la disciplina, en razón de considerar los problemas que se resuelven al interior de los sistemas jurídicos o al «derecho en acción» (Reimann, 2002).

En todo caso, es preciso tener en mente que el objeto de este trabajo no se vincula con suscribir alguna de estas posturas en el ámbito del derecho comparado, ya que, de hecho, la explicación del precedente que se sugiere no responde primariamente a esos fenómenos ni pretende explicarlos a la luz de ellos. En ese sentido, el uso de estas categorías de análisis facilita la organización de la investigación. Partiendo de esa premisa, empleo una categoría explicativa a partir de la cual plantear el análisis, pero el argumento a favor de un concepto general no depende propiamente de esta categoría, sino de las propiedades que exhibe el precedente de los sistemas jurídicos bajo estudio, por lo que las discusiones subyacentes no inciden en este estudio.

Familias culturales y tradiciones jurídicas

John Merryman (1989) explica que la tradición se refiere al:

conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho (p. 17).

En ese sentido, el sistema jurídico es tan solo una expresión parcial de la cultura.

Empleo el término «tradicición» para referirme al concepto más amplio y comprensivo de origen, evolución e historia compartida de ciertos sistemas jurídicos, que puede abarcar una o más familias jurídicas, como es el caso de

la tradición jurídica occidental y las familias jurídicas que contempla, como la familia del *Common Law* y de derecho civil; estas, a su vez, se componen de diversos sistemas jurídicos que son expresiones particulares de la propia familia.²⁶

Considerando que no se puede negar la riqueza e individualidad de cada sistema jurídico, Merryman (1989) considera que existen muchos sistemas jurídicos dentro de cada una de las familias de sistemas jurídicos, pero el hecho de que se les agrupe en familias significa que tienen algo en común que los distingue de otras familias de sistemas jurídicos.

Son numerosas y muy variadas las clasificaciones que se han elaborado en torno a las posibles familias jurídicas, pues cada una toma como referencia un criterio distinto para la clasificación. Sin embargo, durante el siglo XX se gestó una opinión distinta en torno a los criterios sobre los cuales es posible clasificar los sistemas jurídicos en familias. Este enfoque –que en opinión de diversos especialistas es el más adecuado– es conocido como «sociológico» o «antropológico» y toma como criterio de clasificación las actitudes de las comunidades hacia el derecho, la manera en que el derecho se inserta en la sociedad; en general, considera la cultura de las comunidades para determinar mediante ella su pertenencia (Van Hoecke, 2002) (Castán, 1957) (Sirvent y Villanueva, 1996).

Así pues, este enfoque de «familias culturales» parte de la premisa de que los sistemas jurídicos que integran cada familia muestran algún rasgo relevante común, comparten una forma específica de concebir y comportarse ante prácticas, conceptos y valores, independientemente de las notas características muy propias de cada uno de ellos; lo cual no significa de ninguna manera que sean idénticos. Las cuatro grandes familias culturales son: la cultura occidental, la cultura asiática, la cultura islámica y la cultura africana (Lege, 2009).

Las notas propias de cada familia reflejan a grandes rasgos una porción de la cultura subyacente. En ese sentido, siguiendo la clasificación de las familias según sus rasgos característicos planteada por Van Hoecke (2002), la familia

26 Cabe tomar en consideración que el tratamiento que hace Merryman de la «tradición jurídica» se corresponde al que yo adscribo a la «familia jurídica» y, en ese sentido, debe tenerse presente que en el contexto de este trabajo se sostiene una sutil pero real diferencia entre las tradiciones y las familias jurídicas. Suscribo la idea de esta distinción, y lo que para Merryman son las tradiciones de derecho común, civil y socialista, en términos de este trabajo se trata de tres familias jurídicas de tradición occidental. Del mismo modo, puede haber otras tradiciones, como la tradición legal de orientación religiosa con familias jurídicas definidas o familias legales autóctonas, por ejemplo. En todo caso, aunque quizá estos ejemplos no han sido estudiados suficientemente, el planteamiento es razonable.

occidental está fuertemente arraigada en el individualismo, que busca asegurar la autonomía y libertades del individuo, en el racionalismo y la capacidad del hombre para conocer, organizar y adueñarse de la realidad objetivamente, así como en la creencia de la secularización del derecho.

La familia asiática asume que existe un orden natural de la realidad y favorece una visión colectivista de la sociedad en la que el hombre queda subordinado a la comunidad, en oposición al individualismo occidental. Cada hombre debe respetar el orden natural de las cosas, de modo que debe actuar en consecuencia para mantener la armonía y evitar los contrastes o dicotomías. El ejercicio activo de los derechos individuales equivale a oponerse a la sociedad y dañarla con esa actitud combativa. El individuo tiene, antes que cualquier derecho individual, deberes hacia los demás y hacia la misma sociedad.

La familia islámica muestra una mezcla de las leyes y prácticas del derecho, la moral y la religión; no existe en realidad una división entre ellas. Las principales fuentes del derecho son la Sharia (cuerpo tradicional del derecho basado en el Corán, su libro sagrado) y la costumbre, que tienen preeminencia sobre la legislación. Adicionalmente, la justicia individual que imparten los jueces considera la posición del individuo en la sociedad como un factor relevante para la toma de decisiones judiciales.

La familia africana ve al derecho como un medio de protección al interior de la sociedad. A semejanza de otras familias, no hay una separación entre la moral, la religión y el derecho, pero la presión al interior de la comunidad para cumplir con sus normas hace que los individuos vivan de acuerdo a esta visión y eviten la exclusión social, pues antes que la declaración de derechos formales, la concesión y el arreglo mutuos son la prioridad.

Al describir a estas cuatro grandes familias culturales, se observa que las notas características que comparten los miembros de la familia son también las que les distinguen de otras familias. Con algunas variaciones, en general, los autores coinciden en que la familia cultural occidental, por ejemplo, se distingue de las otras tres familias culturales sobre todo por las notas de racionalismo e individualismo que le caracterizan. Para Joachim Lege (2009), estas notas características se aprecian en la historia de familia (occidental), que es sobre todo «una historia de libertad, una historia de protección de los débiles y los honestos frente a los astutos y los poderosos» (p. 287).

Es, ciertamente, esa historia de familia compartida la que ha configurado durante largo tiempo la composición y características particulares que hoy día

tienen los sistemas jurídicos que son parte de alguna de las familias culturales antes señaladas.

Ahora bien, en lo que respecta al precedente, debe decirse que las notas características que atribuimos a la institución formal no se advierten en los sistemas jurídicos no seculares en los que buena parte de las actividades sociales se rigen por normas religiosas; esto ocurre en las familias islámicas y algunas africanas, por ejemplo. Por otra parte, debe tomarse en consideración que algunos sistemas jurídicos han recibido una fuerte influencia de las familias occidentales mediante ocupación o colonización, por lo que varias instituciones jurídicas se han adoptado de manera casi automática.

La tradición jurídica occidental

En términos de Harold Berman (1983), es posible identificar históricamente una «tradición jurídica occidental» para hacer referencia al conjunto de instituciones y prácticas jurídicas que se sustentan en una visión concreta del hombre y la relación de este con su entorno, que se ha gestado históricamente a lo largo de varios siglos.

Es a partir de su estudio que podemos rastrear no solo el origen de la tradición jurídica occidental, sino también los cauces históricos que ha seguido hasta obtener la configuración que actualmente tiene.

Para Berman, la *tradición* se entiende como el sentido de continuidad histórica entre el pasado y el futuro de una sociedad, con especial referencia a la continuidad y desarrollo de instituciones jurídicas a través de las generaciones y los siglos. Al referirse a que esa tradición es *jurídica* se refiere a los conceptos, instituciones, reglas y procedimientos que pertenecen al derecho desarrollado en las naciones de Occidente a partir del siglo XII. Y finalmente, que la tradición jurídica sea occidental, implica:

Por el «Occidente» me refiero a la cultura desarrollada históricamente de las gentes de la Europa Occidental, quienes desde finales del siglo once hasta principios del siglo dieciséis compartieron una afiliación común a la jerarquía papal católica romana y quienes del siglo dieciséis al veinte experimentaron una serie de revoluciones nacionales, cada una de las cuales tuvo repercusiones por toda Europa; incluyo también a las gentes no europeas, quienes eventualmente fueron traídas dentro del desarrollo

histórico de la cultura occidental por colonización o, en el caso de Rusia, por afinidad e intercambio religioso, político y cultural (Berman, 2000, p. 730).

La idea de la tradición en este sentido está fuertemente vinculada con la peculiaridad de que las instituciones jurídicas de Occidente (desde finales del siglo XI) se desarrollaron de manera continua y consciente de generación en generación, a lo largo de los siglos, a través de un proceso de construcción y reformulación de los conocimientos previos.

La idea de continuidad descansa en la creencia acerca de la capacidad de las instituciones de reinventarse, de transformarse, de experimentar cambios, pero no desde cero sino a partir del enfrentamiento y choque de los valores viejos con los nuevos, lo que resulta en una institución que, aunque transformada y aumentada, conserva los principios o valores que le dieron origen. Esta idea responde a la necesidad interna de la tradición de resolver la tensión entre el cambio, ajuste y adaptación de las instituciones con la estabilidad, relacionada con la permanencia de ideas, valores y creencias subyacentes a las mismas (Berman, 1996).

Las diferentes revoluciones nacionales que configuraron –a lo largo de los siglos– la tradición jurídica occidental permitieron generar y afianzar esta continuidad de las instituciones, ya que ellas mismas constituyeron no un rompimiento de las instituciones pasadas con las presentes, sino más bien una transformación de las instituciones pasadas en una forma distinta, lo que dio lugar a un compromiso con el pasado, pero también a la materialización de los propósitos, metas y valores que las luchas persiguieron.

Así, Berman (1996) distingue diez características centrales que posee la tradición jurídica occidental,²⁷ o, en otras palabras, las características que muestran y comparten los procesos, instituciones y prácticas de los sistemas jurídicos que se denominan «occidentales»:

1. Existe una distinción más o menos clara entre las instituciones, procesos y conceptos jurídicos y otros tipos de instituciones, procesos y conceptos, especialmente con los vinculados a la religión, la política, la moral y la costumbre.

27 Se expone de manera breve y muy resumida lo que el autor desarrolla más ampliamente a lo largo de la obra.

2. Cuentan con personas especializadas que se encargan de manera profesional de la administración de las instituciones y procedimientos jurídicos.
3. Las personas profesionales en derecho reciben una educación especializada y diferenciada en escuelas profesionales.
4. Es considerado derecho todo aquello que los especialistas dicen o escriben acerca de las instituciones, procesos y conceptos del derecho; digamos, la doctrina.
5. Se concibe al derecho como un cuerpo independiente y coherente, como un sistema integrado capaz de desarrollarse.
6. La capacidad de desarrollo y cambio orgánico del cuerpo o sistema de derecho a través de las generaciones y los siglos y la fe en dicha capacidad es exclusivamente occidental.
7. Se presupone que los cambios que experimenta el sistema jurídico ocurren por una razón: la necesidad de reinterpretar el pasado para adaptarse y satisfacer necesidades actuales y futuras.
8. El sistema o cuerpo de derecho es concebido como obligatorio para el propio Estado.
9. El pluralismo jurídico, que implica la coexistencia y competencia de diferentes jurisdicciones y sistemas jurídicos en una misma comunidad, hace que sea posible y necesaria la supremacía del derecho.
10. Hay una tensión permanente entre lo estable y lo cambiante, entre dinamismo y estabilidad, lo que ha conducido en el pasado al derrocamiento del sistema jurídico de manera violenta; en suma, existe una tensión permanente entre tradición y revolución.

Debe tenerse presente que las diez características que Harold Berman distingue son una referencia puntual a la serie de procesos y transformaciones complejas experimentadas por la tradición jurídica occidental a través de nueve siglos. Esas características son el resultado de la trascendencia e impacto general que arrojaron las distintas revoluciones particulares o locales experimentadas por las diferentes naciones que forman parte de esta tradición.

A pesar de que antes de los siglos XI y XII en Europa Occidental existían diferentes órdenes jurídicos, en ellos no había distinción ni diferenciaciones de ninguna clase entre el derecho y otras disciplinas o áreas de la vida social; es decir, no se diferenciaba entre el derecho, la costumbre, la política, la religión

y sus respectivas instituciones. De modo que todas ellas, y de paso el derecho secular y eclesiástico, estaban mezcladas y nadie intentaba organizarlas dentro de diferentes estructuras (Berman, 1997).

Desde esta perspectiva, se considera que el origen de la tradición jurídica occidental tuvo lugar precisamente con la separación de la jurisdicción eclesiástica de la secular. La denominada Revolución Papal, Querrela de las Investiduras o Reforma Gregoriana que inició el papa Gregorio VII a través de un movimiento revolucionario para liberar a la Iglesia de Roma de la servidumbre a emperadores, reyes y señores feudales, y establecer una jerarquía independiente del sacerdocio bajo el papado –incluyendo la jerarquía de tribunales eclesiásticos profesionales para resolver disputas y hacer cumplir la legislación papal–, fue la primera transformación violenta que marcó el origen de la tradición jurídica occidental (Berman, 1983).²⁸

Toda vez que fue la primera en sistematizar un cuerpo de derecho (eclesiástico) que era considerado y acatado como autoritativo, la Iglesia se convirtió en el primer estado moderno (con las restricciones y acotaciones que la noción pudo haber tenido en aquel momento). La Iglesia tenía su derecho eclesiástico, que era más amplio y comprendía más materias que el incipiente derecho secular naciente,²⁹ así que sirvió como modelo a seguir para los sistemas territoriales de derecho secular inglés, alemán y francés.

Esto permite comprender las razones por las que se gestó la supremacía del derecho. La coexistencia de sistemas jurídicos diferentes –inglés, alemán, francés, etcétera– y de jurisdicciones distintas –eclesiástica (que comprendió una amplísima lista de materias relacionadas con el clero y los laicos) y secular (que comprendió el derecho real, feudal, señorial, urbano y mercantil)– hizo posible y también necesario hacer del derecho la autoridad suprema, que tuvo ese carácter tanto en la esfera eclesiástica como en la secular.

Además, el conjunto de decisiones, reglas, prácticas y textos jurídicos era considerado autoritativo y objetivamente establecido, por lo que no era cuestionado. El surgimiento de especialistas en derecho (eclesiásticos y seculares) que se ocupaban de él profesionalmente fomentó también esa supremacía, tanto como lo hizo la aparición de las primeras universidades, en el siglo XII, que

28 El autor advierte que este enfoque desafía estipulaciones históricas generalmente aceptadas como ciertas, pero es preciso adoptarlo para llegar a conocer los eventos de la «historia real».

29 Como respuesta al surgimiento del nuevo derecho canónico, los reinos europeos comenzaron a crear sus propios sistemas jurídicos seculares, generalmente, en rivalidad con el canónico.

enseñaron derecho a partir del redescubrimiento de la compilación romana de Justiniano y de la utilización del método escolástico de análisis y síntesis del derecho, para reconciliar los textos jurídicos en conflicto debido a la coexistencia de diferentes sistemas y jurisdicciones.

Después del origen, la primera transformación violenta que influyó en la conformación de la tradición jurídica occidental fue la primera revolución³⁰ protestante de la Alemania luterana. La principal afirmación del luteranismo –movimiento iniciado por Martín Lutero en 1517– era la abolición de la jurisdicción eclesiástica. La reforma luterana reemplazó la anterior teoría de las «dos espadas» por la de los «dos reinos»: que la iglesia invisible y el sacerdocio de todos los creyentes pertenecían al reino celestial gobernado por el evangelio, mientras que el reino terrestre y las cosas de este mundo, incluyendo la institución de la Iglesia, debían ser gobernadas por el derecho, cuya competencia exclusiva pertenecía al príncipe y sus consejeros. Las principales aportaciones de esta revolución local con impacto general fueron la división del cuerpo de derecho en ramas, subramas y materias, así como el sometimiento de la institución de la Iglesia al derecho nacional, como las demás instituciones, lo que promovió la creación de sistemas jurídicos nacionales (Berman, 1983).

La segunda revolución, la de la Inglaterra calvinista, también conocida como la guerra de los treinta años (1618-1648), fue provocada por la crisis religiosa que surgió a causa de la división del protestantismo en diferentes denominaciones, así como por la crisis política causada por el surgimiento de las monarquías absolutas en Europa, que fue atacado por el calvinismo. Las consecuencias y aportaciones de este movimiento fueron varias: a) el establecimiento de la supremacía del parlamento sobre la corona; b) la reducción de la Iglesia de Inglaterra, que pasó de ser iglesia de Estado a ser simplemente una iglesia establecida junto con muchas otras; c) independencia de los jueces respecto del monarca e independencia del jurado respecto de los jueces; d) introducción de la prueba de testigos y regla de evidencia; e) aparición de la doctrina del precedente (en su sentido moderno), que introdujo la distinción entre las reglas implícitas y las razones del tribunal (Berman, 1983).

La tercera revolución fue la Revolución Francesa del racionalismo deísta (1789-1830). La noción que guió este movimiento fue la creencia en la capacidad

30 En este contexto, se entiende por «revolución» la transformación fundamental, rápida, violenta y duradera del sistema político y social de una sociedad.

racional del ser humano, que naciendo libre e igual a cualquier otro puede por sí mismo alcanzar el conocimiento y la felicidad. Sus principales aportaciones fueron la democracia, el sistema estricto de separación de poderes, la elección democrática de la legislatura, los derechos civiles, la codificación y las libertades individuales.

La americana fue –en términos de Harold Berman (1983)– la cuarta revolución, que se reflejó en la guerra de independencia norteamericana. Sus grandes aportaciones fueron: a) su capacidad para combinar y reconciliar en sus propios términos las ideas liberales y las conservadoras: las garantías de libertades como la religiosa, de expresión, de prensa y de asamblea; b) los tres principios constitucionales: el federalismo, el continentalismo y la revisión judicial de la constitucionalidad de leyes.

La quinta y última revolución, en el sentido en que se ha venido expresando, fue la Revolución Rusa de 1917, que, desde el punto de vista de Berman (2002), recibió diversas influencias occidentales. Rusia se fue occidentalizando poco a poco entre el siglo XVIII y el XX, pero se pueden distinguir dos características propias de su sistema jurídico que a la vez nutrieron y contribuyeron a la configuración de la tradición jurídica occidental. La primera fue la regulación administrativa del Estado soviético para controlar las actividades económicas y sociales; la segunda aportación fue la utilización del derecho por parte del Estado soviético con fines educativos sobre las personas para guiar, entrenar y disciplinar sus creencias y actitudes. El resultado de esta influencia se materializó en la tendencia de los Estados a asumir un papel paternal de control directo y activo sobre diferentes esferas de la vida económica y social, lo que a su vez fomentó las burocracias y legislaciones administrativas.

Tal es la configuración que –siguiendo a Berman– caracteriza a los sistemas jurídicos occidentales, que pertenecen a una tradición a la que subyacen raíces históricas comunes que se traducen en principios, valores, conceptos, métodos e ideales compartidos.

En ese orden de ideas, es cada vez más evidente que distintos factores han contribuido a atenuar las grandes brechas que parecían erigirse entre los sistemas jurídicos pertenecientes a familias culturales diferentes. Los procedimientos, instituciones y nociones jurídicas –siendo solo un tipo de manifestación de la cultura– han seguido un camino peculiar, pues aquellas que antes parecían irreconciliables hoy en día parecen haberse vuelto permeables, se han adaptado, sustituido, o bien, se han transformado.

Sea por el impacto de la globalización en diversas áreas de la vida de los Estados, por el avance y la gran influencia del derecho comparado, por la voluntad de cooperación y diálogo entre los Estados o por cualquier otro motivo, que no identifique ni pretendo desarrollar aquí, lo cierto es que son muchas y muy significativas las coincidencias de prácticas e instituciones jurídicas entre las diferentes familias culturales, como es el caso del precedente.

Silvio Ferrari (2004) coincide en el hecho de que «el análisis histórico del derecho revela las influencias recíprocas, los prestamos e intercambios que se producen—en la formación de las instituciones jurídicas—entre los ordenamientos religiosos y los seculares que predominan en determinado lugar y tiempo» (p. 35). Trasciende de dicha observación que la posibilidad de elementos comunes entre sistemas jurídicos es sostenida por la historia.

La evidencia nos muestra que hoy en día, más allá de las contingencias culturales y el toque cultural que cada sistema jurídico lleva impreso, es posible que gran parte de estos sistemas jurídicos, si de hecho cuentan con ciertas instituciones comunes o similares, compartan también una forma de entenderlas que quizás no se ha hecho explícita. El proceso de formación de la tradición jurídica occidental da la pauta para considerar la plausibilidad de este planteamiento, ya que el precedente en su concepción actual surgió en el proceso de conformación de la tradición jurídica occidental y muestra varios de sus rasgos característicos.

Es preciso advertir que una buena parte de los países no occidentales contemporáneos han adoptado algún tipo de sistema jurídico siguiendo el modelo del *Common Law* o de derecho continental; o bien son sistemas híbridos que combinan elementos de ambos sistemas, o incluso manteniendo su propio sistema jurídico han adoptado instituciones, procedimientos o prácticas aisladas de corte occidental.

En ese sentido, es razonable afirmar que los sistemas jurídicos que se encuentran en alguno de los supuestos referidos necesariamente muestran algunas de las características subyacentes de la tradición jurídica occidental. Esto quiere decir que es posible estudiar las instituciones jurídicas que comparten algún tipo de vínculo, como categorías jurídicas que exhiben de manera constante una forma de funcionar y una serie de propósitos a los que sirven.

Por otro lado, es posible que aun y cuando no se encontraran en ninguno de los supuestos anteriores, esto es, cuando no se encuentra alguna clase de vínculo fáctico, los sistemas jurídicos de familias culturales diversas posean instituciones,

prácticas o procedimientos que –concebidos y tratados de diferente forma entre familias culturales– pueden ser explicados a partir de las regularidades y constantes que muestran, de las propiedades que les caracterizan de manera constante en todo lugar en el que se presentan, más allá de las propiedades locales o contingentes que cada sistema pudiera poseer de manera adicional y muy particular.

Las implicaciones de este hecho son extraordinarias, no solo para el presente estudio, sino en general para la comprensión de los sistemas jurídicos y sus instituciones; principalmente, para la institución del precedente. Visto con el enfoque de la formación de la tradición jurídica occidental, se revela un argumento que encuentra sustento en la historia acerca de la posibilidad del análisis conceptual del precedente desde el enfoque analítico.

El precedente contemporáneo: algunos ejemplos

Derivada de la reflexión anterior y siguiendo con el análisis, a continuación, mostraré la forma en la que se ha configurado el concepto de precedente, o prácticas muy semejantes, en sistemas jurídicos de diferentes familias culturales, los cuales, aun cuando han seguido históricamente cauces distintos, han desembocado en la adopción y empleo de una institución particular que es entendida de manera similar en todos ellos: el precedente.

No pretendo hacer un desarrollo exhaustivo de los sistemas jurídicos que pueden analizarse por cada familia cultural. Mi objetivo en esta sección no es afirmar que todos los países de las familias culturales referidas tienen precedente, sino llevar a cabo un ejercicio exploratorio que muestre que aquellos países que tienen al precedente como una de sus instituciones muestran ciertas características constantes reseñadas previamente.

Con ese objetivo en mente, explicaré brevemente en qué consiste la idea de precedente en México, Francia,³¹ Reino Unido y Japón. Los países elegidos tienen especial importancia: por mi origen nacional y especial interés por la jurisprudencia mexicana; por las características peculiares que reviste la

31 Como parte del estudio de sistemas jurídicos ejemplares de la familia jurídica romano-germánica, estudiaré como ejemplares tanto al sistema jurídico de Francia como al de México; el primero por ser un sistema característico de esta familia con una larga historia de consolidación, y el segundo por ser de especial interés personal el estudio de la jurisprudencia nacional, la cual puede beneficiarse con este estudio. Adicionalmente, se presenta la peculiaridad de que aunque ambos sistemas pertenecen a la misma familia jurídica, solo en uno de ellos existe una obligación formal de aplicarla.

práctica en alguno de ellos; y por encontrar el origen del precedente, sin dejar de mencionar que las fuentes son óptimas y propicias.

El precedente en México

México pertenece a la familia cultural y jurídica conocida como romano-canónica, romano-germánica o de derecho civil; familia así denominada debido a la fuerte influencia que recibió del derecho canónico, de las universidades o de la primacía de la materia civil como parte sustancial del derecho a lo largo de su desarrollo (Zárate, Martínez García y Ríos Ruiz, 1997). La evolución del sistema jurídico mexicano va ligada a la de la familia como tal hasta el momento en que México se convierte en una nación independiente y adquiere personalidad propia. Pero incluso hasta nuestros días, el curso de las transformaciones experimentadas es aquel que, en mayor o menor medida, han seguido la propia familia y sus miembros.³²

Un momento central para el concepto de precedente en México está ligado al origen –por decreto presidencial, el día 8 de diciembre de 1870– del Semanario Judicial de la Federación (Guerrero, 1984),³³ mismo que ordenó la publicación de las sentencias definitivas de amparo de los tribunales federales en tal instrumento desde 1867 en adelante (González Oropeza, 2006).³⁴

Posteriormente, la Ley de Amparo de 1882 estableció por primera vez la obligatoriedad de las ejecutorias de la Corte; es decir, el origen formal de la jurisprudencia. Esta ley recibió importantes aportaciones de Ignacio L. Vallarta e Ignacio Mariscal. Por ejemplo, Mariscal aportó la idea de que las sentencias de amparo alcanzaban un doble propósito: primero, resolver el caso concreto; y segundo, interpretar el derecho público y constitucional, para lo cual se determinó que tales fines solo podrían alcanzarse mediante el pronunciamiento de cinco sentencias consecutivas en el mismo sentido. Por su parte, Vallarta

32 Véase por ejemplo la experiencia del precedente judicial colombiano (Rojas, 2015).

33 Las publicaciones del Semanario Judicial de la Federación se dividieron en dos grandes periodos, comprendidos antes y después de la Constitución Política de 1917, los cuales fueron divididos, a su vez, en épocas. A la jurisprudencia publicada durante las primeras cuatro épocas se le conoce como jurisprudencia histórica, mientras que la jurisprudencia publicada de la quinta a la novena época es conocida como jurisprudencia aplicable. La novena época dio inicio el 4 de febrero de 1995.

34 Acosta (1988) señala en su obra la aparente confusión en torno al momento exacto del surgimiento formal de jurisprudencia, ya que algunas fuentes la asocian erróneamente con el nacimiento del Semanario Judicial de la Federación; se dice «erróneamente» porque dicho instrumento publicaba ejecutorias que no tenían carácter de precedentes ni jurisprudencias todavía.

ideó el sistema de formación de jurisprudencia a través de cinco precedentes como una fórmula que permitía profundizar el análisis del criterio (Acosta, 1998; Carmona Tinoco, 1995; Suprema Corte, 2005).

La primacía de la ley fue entendida durante largo tiempo como una fuente inagotable de sabiduría, lo cual implicaba que el juez podía encontrar alguna forma de ley para solucionar cualquier problema que se le presentara. La insistencia en la separación total de los poderes legislativo y judicial exigía que los códigos fueran completos, coherentes y claros. El espíritu prevaleciente del racionalismo optimista sostenía que era posible una legislación sistemática que tuviera esas características, de modo que –bajo esa concepción– la función del juez se limitaba a seleccionar la disposición aplicable del código y darle su significación obvia en el contexto del caso (Merryman, 1989). Como se desprende de la evidencia histórica, esta fue la concepción más tradicional en el sistema jurídico mexicano.

En ese sentido, la interpretación no siempre ha sido bien vista en esta familia jurídica, y el caso mexicano lo confirma. De hecho, en sus inicios se creía que la solución correcta en caso de duda era enviar las leyes dudosas a las legislaturas para su interpretación, pues la premisa subyacente es que el juez no puede tener los poderes creativos del legislador y por lo tanto su poder debe ser restringido para evitar la arbitrariedad (Merryman, 1989).³⁵

A esta fórmula poco exitosa siguieron una serie de otras soluciones: tribunales legislativos, tribunales facultados para revisar y corregir las interpretaciones de los inferiores, que finalmente condujeron a la aceptación gradual de la facultad de interpretación de los tribunales. En opinión de Merryman (1989), esta evolución se puede observar también a través de la gran cantidad de escritos que se han esforzado por justificar la interpretación, definir sus límites y la forma de su ejercicio.

Se hizo evidente que la legislación requería interpretación debido a su recurrencia habitual en términos o expresiones que carecen de precisión, lo que fue requiriendo una interpretación de los jueces dentro del respeto de la ley, aunque esta constituye solo el esqueleto del orden jurídico que requiere vida

35 Esta noción explica por qué la certeza (a pesar de ser uno de los objetivos de todos los sistemas jurídicos) es una especie de valor supremo, un dogma indiscutible, una meta fundamental en la familia de derecho civil.

propia, concedida en gran medida por otros factores como la jurisprudencia y la doctrina (David y Jauffret-Spinosi, 2010).

Actualmente, hay un gran número de países de la misma familia cultural que, como México, han incorporado en sus respectivas legislaciones e incluso en su Constitución Política la institución del precedente, y no solo con carácter de criterio orientador, sino con carácter obligatorio,³⁶ una vez que las sentencias han cumplido la serie de requisitos que se consideran adecuados para concederla. Es de gran relevancia notar que la práctica de seguir resoluciones previas es constante.

Es usual que se piense que hablamos de instituciones distintas cuando nos referimos a la jurisprudencia y al precedente, cuando la única diferencia radica en el carácter cuantitativo y la fuerza concedida a una y otro, que varía de país a país. Generalmente, se entiende por precedente la decisión que resolvió un caso particular, mientras que por jurisprudencia se entiende un amplio conjunto de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos (Taruffo, 2007).

Así, cuando se habla de jurisprudencia se hace referencia al conjunto de resoluciones en un mismo sentido que han sido emitidas en un número reiterado de ocasiones, lo que le otorga la autoridad para ser seguida de manera obligatoria por tribunales inferiores.³⁷ Algunos altos tribunales han optado por elaborarla en forma de máximas, una especie de frases o enunciaciones generales de contenido prescriptivo acerca de las reglas jurídicas cuyo contenido es más específico que el de la propia regla, que generalmente no incluyen los hechos objeto de la decisión,³⁸ por lo que la aplicación de la jurisprudencia no suele fundarse sobre analogía de los hechos, sino en la subsunción del caso en una regla general, la de jurisprudencia (Taruffo, 2007). El caso descrito es muy aproximado al caso mexicano.³⁹

36 David señala como ejemplos de países que han adoptado el esquema obligatorio para los juzgadores de apegarse al sentido jurisprudencial de uno o varios precedentes a: Alemania, Argentina, Colombia, Suiza, Portugal, España, México y Honduras (David y Jauffret-Spinosi, 2010).

37 Esta afirmación, sin embargo, tiene sus excepciones, ya que en algunos países «precedente» y «jurisprudencia» se utilizan en forma intercambiable o se atribuye su contenido de manera invertida. Véase, por ejemplo, Bernal (2008).

38 Esto es especialmente cierto en Colombia (López Medina, 2006).

39 Diez Picazo (1964) se refiere al procedimiento para elaborar jurisprudencia como aquel que consiste en extraer una afirmación (muchas veces, cualquier afirmación) sacándola de contexto y separándola del resto de la sentencia, generalizándola, para convertirla en una máxima o afirmación a la cual llamamos jurisprudencia; por su parte, César Landa (2007) explica que el precedente es dotado de una autoridad que sirve para establecer reglas jurídicas abstractas y generales que serán

En México la noción de precedente es precisamente una afirmación o conjunto de afirmaciones derivadas de los considerandos de la sentencia, las cuales enuncian las razones relevantes que solucionan un caso. Tales afirmaciones deben ser reiteradas en cinco ocasiones para ser consideradas autoritativas y obtener por con ello, el carácter obligatorio.

El precedente en Francia

La principal fuente de derecho en Francia es el derecho legislado por el Parlamento, aunque también las regulaciones emitidas por el Gobierno tienen ese carácter. El derecho consuetudinario, aunque fue prácticamente abolido durante el periodo revolucionario, se conserva como una fuente de menor importancia. La jurisprudencia y la doctrina no son reconocidas como fuentes formales del derecho y solo se les atribuye un valor persuasivo. Han de considerarse también los principios generales del derecho (principalmente en materia administrativa y constitucional) que se han extraído por los tribunales desde el derecho escrito.⁴⁰

Existen dos grandes sistemas de tribunales en Francia: el sistema de tribunales administrativos y el sistema ordinario de tribunales, que responden, a grandes rasgos, a las necesidades de carácter jurisdiccional que surgen de la división entre asuntos de derecho privado y de derecho público (Cummins, 1986; David y De Vries, 1958), así como al temor fundado de evitar la posibilidad de que los tribunales interfieran con las funciones del Gobierno, como acontecía en el periodo previo a la revolución (Abraham, 1998).

El sistema ordinario de tribunales se ocupa de los asuntos civiles y criminales. Los tribunales locales son los encargados de juzgar en primera instancia y sus resoluciones pueden ser recurridas ante la Corte de Apelación regional y sobre asuntos de derecho se puede apelar a la Suprema Corte de casación (West et al., 1992; *El papel del tribunal de casación francés*, 2013).

Los tribunales de apelación, tanto en la jurisdicción ordinaria (en materia civil y penal de cada circunscripción) como en la administrativa, tienen la función de revisar un caso que fue planteado y decidido contra el recurrente, lo cual garantiza la prevención de errores tanto de hecho como de derecho cometidos

de aplicación obligatoria para casos iguales en el futuro, y sirve especialmente para dar coherencia al derecho y otorgar certeza a las partes.

⁴⁰ Como parte del derecho legislado se entienden comprendidas las leyes del parlamento, las regulaciones administrativas emanadas del Gobierno, los tratados internacionales signados por el país, así como las leyes orgánicas (West, Desdevices, Fener, Gaurier y Heussaff, 1992).

por los tribunales ordinarios de primera instancia, y están autorizados para reevaluar las pruebas. Asimismo, en la jurisdicción ordinaria, los tribunales de apelación reciben apelaciones de los tribunales especializados (Abraham, 1998; David y De Vries, 1958; West et al., 1992).

Ahora bien, el Tribunal francés de Casación es la suprema corte de la jurisdicción ordinaria y atiende por vía de apelación los casos de derecho controvertidos procedentes de los tribunales de apelación. Esto significa que no es una tercera instancia, sino más bien de revisión, pues no evalúa los hechos sino el derecho aplicado a las decisiones (*El papel del tribunal...*, 2013). Debido a su posición jerárquica, es considerada la encargada de asegurar y uniformar la interpretación y aplicación del derecho.

Con la casación, el tribunal supremo reenvía el asunto a un tribunal inferior distinto del originario pero de la misma jerarquía para que reconsidere la sentencia (Abraham, 1998), aunque el tribunal al que le corresponde reconsiderar no está obligado a seguir la interpretación establecida por la Corte de Casación (West et al., 1992). Es interesante saber que si el mismo asunto llegara nuevamente a la Corte de Casación y esta decidiera que fue nuevamente resuelto contra derecho, el caso se reenvía a un tercer tribunal, que aunque puede valorar los hechos, esta vez, está obligado a implementar la interpretación establecida por la Corte de Casación (David y De Vries, 1958; West et al., 1992).

Es usual que cuando un tribunal ordinario de primera instancia se enfrente ante cuestiones de derecho novedosas, que advierta pueden representar dificultades en diferentes casos, acuda a la Corte de Casación por consejo antes de emitir su fallo; en sentido estricto, el tribunal que hace la consulta no está obligado a seguir el consejo, pero en la práctica la opinión emitida es normalmente seguida (Lacabarats, 2005).

Las leyes generales contenidas en los códigos deben ser aplicadas por los tribunales a casos concretos, así que cuando la ley no es clara, es muy amplia o las situaciones de hecho que se le plantean al juez no fueron previstas por el legislador, el juez se ve en la necesidad de interpretar la legislación de acuerdo con la voluntad del legislador (Cummins, 1986)⁴¹ para aplicarla al caso concreto. Sin embargo, la interpretación que hace un juez no se considera vinculante u

41 Existe una presunción de que las leyes adoptadas por el parlamento o legislatura electa democráticamente, expresan la voluntad del pueblo.

obligatoria para otros jueces que enfrenten un litigio con los mismos hechos en el futuro (West et al., 1992).

El objetivo de fondo de esta forma de operar pretende que cualquier usuario, pero especialmente el juez, entienda y aplique el derecho de una manera uniforme y esté sujeto a un órgano central regulatorio que asegure coherencia y consistencia (Canivet, 2007). Al mismo tiempo, la complejidad de la vida moderna ha forzado a permitir a los jueces un papel más activo en la aplicación de la ley a través de cierta creatividad en la interpretación.⁴²

Para comprender esta organización jurisdiccional, es necesario considerar que la finalidad esencial del Tribunal de Casación es unificar la jurisprudencia y asegurarse de que la interpretación de los textos sea la misma en todo el territorio; es así como los tribunales ordinarios, al seguir una guía única, afianzan la uniformidad de dicha interpretación, y es así como se presenta la creación de una jurisprudencia llamada a hacer autoridad (*El papel del tribunal...*, 2013).

En general, se advierte la fuerte tendencia de los tribunales a interpretar el derecho en una forma muy respetuosa de la legislación existente, intentado siempre adherirse a ella o buscando en el texto la intención del legislador (West, 1992). Esta opinión, sin embargo, tiene oposición, pues en la práctica se advierte que el mero hecho de que el poder judicial deba implementar los tratados internacionales en sus resoluciones implica innovación en la interpretación (no derivada de la legislación) en algún grado y, por lo tanto, la «actividad legislativa» tan criticada (Lacabarats, 2005).

Desde el Tribunal de Casación se ha admitido que la situación de la jurisprudencia en Francia es ambigua, pues mientras que el Código Civil parece restringirla posicionando al juez como un simple facilitador del derecho, también le impone la obligación de solucionar siempre los casos que se sometan a su conocimiento, aun ante la inexistencia de leyes aplicables, además de la obligación de velar por la efectividad de los acuerdos internacionales firmados por Francia, que en algunas ocasiones contravienen el derecho interno (Lacabarats, 2005).⁴³

El carácter no vinculante de la jurisprudencia quedó establecido en el artículo 4 del Código Civil, del que se advierte la prohibición que tienen los jueces de

42 Sin embargo, advierte Cummins (1986), esto que parece una práctica simple ha requerido la constante justificación de esta actividad de los tribunales en el marco de la teoría democrática de tradición constitucional revolucionaria.

43 Alain Lacabarats era consejero de la Corte de Casación Francesa cuando escribió acerca de esta ambigüedad.

dictar decisiones generales o regulatorias respecto de los casos que resuelven. Incluso la propia Corte de Casación está impedida de justificar una respuesta con una resolución previa (West, 1992). Por su parte, la teoría de la supremacía del derecho legislado quedó establecida en el artículo 5 del Código Civil, que establece la obligación ineludible de los jueces de impartir justicia, aunque el derecho legislado sea insuficiente para dar una respuesta (Watt, 1997).

Como resultado de la combinación de las estipulaciones legales previas, un tribunal no puede justificar sus decisiones solamente sobre la base de una decisión previa –si bien no hay impedimento alguno en citar decisiones previas–; deben fundar su decisión en la legislación para evitar dar un ejemplo equivocado que lleve a la inadmisibles violación de la obligación de los tribunales de abstenerse de legislar. En consecuencia, la resolución solo es vinculante para las partes del juicio. Así que, estrictamente hablando, los tribunales no pueden crear reglas; únicamente aplicar la legislación pre-existente y, en ausencia de una regla clara, recurrir a la equidad, la razón o la justicia, pero no al precedente judicial (Lacabarats, 2005) (David y De Vries, 1958).⁴⁴

Aunque muy importante, algunos autores consideran solo subsidiario el papel de la jurisprudencia francesa, ya que, al no estar reconocida formalmente como una fuente del derecho, los tribunales no pueden fundar sus decisiones únicamente en casos previos. Deben referirse invariablemente al derecho legislado (Watt, 1997), y por lo tanto sus resoluciones no contienen un análisis detallado de los casos relevantes previamente resueltos. No obstante, tiene un valor persuasivo, especialmente cuando ha habido una serie de casos que confirman un mismo punto de derecho contenido en los códigos (West, 1992).⁴⁵

Paradójicamente, en la práctica, las decisiones de la Corte de Casación y del Consejo de Estado son ampliamente difundidas y regularmente citadas ante los tribunales por los abogados litigantes para favorecer sus posturas, así como son objeto de investigación y análisis por parte de académicos (West, 1992). Así es como, a pesar de la ausencia de una teoría formal de *stare decisis*, existe una fuerte tendencia –algunos dirían espontánea y natural, incluso entre tribunales–

⁴⁴ Lacabarats afirma que «el precedente no existe en Francia»; sin embargo, admite que aun con todas las limitaciones, su valor creativo es real.

⁴⁵ Contrario a lo que pudiera pensarse, las sentencias más recientes son aquellas que tienen mayor importancia entre los tribunales, por responder en mayor grado a las circunstancias actuales, lo que hace improbable que un tribunal superior siga una decisión muy antigua (David, 1958).

(David y De Vries, 1958; Lacabarats, 2005) a seguir precedentes, especialmente de los tribunales superiores.⁴⁶

El precedente en Inglaterra

El derecho inglés muestra ciertas notas características en su estructura. Una de ellas es la formación de sus juristas, quienes en su mayoría estaban formados en la práctica, pues consideraban que estudiar y conocer los principios no hubiera contribuido mayormente en el ejercicio de su profesión. Esta aproximación hacia la práctica del derecho explica el interés preeminente en el procedimiento como medio para alcanzar los resultados justos, así como la interrogante que siempre ha estado presente en el ánimo del jurista inglés: «¿qué sentido tiene la afirmación de un derecho o de un principio si en la práctica no existe el medio adecuado para ejecutarlo? Tal actitud fue algo natural en un país donde no existía un cuerpo de reglas de derecho (David, 2010).

Aunque ha crecido el número de leyes que reglamentan amplias áreas del derecho, lo cierto es que el derecho inglés –síntesis de los diversos procedimientos del *Common Law* y de la *Equity*– continúa siendo esencialmente un derecho jurisprudencial (*case law*). Las reglas jurídicas surgen a nivel del caso concreto y los juristas en la práctica adoptan y asimilan las reglas de derecho formuladas por un legislador en la medida en la que han sido retomadas y reafirmadas por las cortes (David, 2010).

Una descripción del derecho inglés podría afirmar que este se ha formado como el conjunto de resoluciones de las Cortes que se van sumando a las anteriores y que por ello van formando una cadena, como ha advertido René David:

El derecho inglés es un sistema abierto que permite resolver toda clase de controversias, pero no desarrolla reglas de fondo que en su aplicación regulen toda clase de circunstancias. Su técnica consiste en tomar como punto de origen una *legal rule* ya creada y a partir de ella descubrir otra *legal rule* quizá nueva, que deberá ser aplicada a un caso específico; esta técnica se desarrolla en estrecha vinculación con los hechos de cada caso particular y deberá ponderar con esmero la nueva racionalidad existente que permita distinguir las nuevas condiciones de cada situación de su

46 David atribuye esta tendencia al prestigio de los jueces que emiten la sentencias, por la noción de compartir la responsabilidad por las decisiones como judicatura, para ahorrar tiempo e investigación para otros asuntos no decididos, para satisfacer las expectativas de las partes y, en general, para ofrecer un comportamiento predecible.

realidad con aquéllas que prevalecieron en el pasado. A una situación nueva corresponde o debe corresponder, según los juristas ingleses, una nueva regla de derecho. La función del juez es impartir justicia, mas no formular reglas de derecho que excedan la controversia que le ha sido sometida (David, 2010, p. 251).

El *Common Law* se ha creado como un derecho jurisprudencial gracias a las reglas de derecho contenidas en los precedentes emitidos por las Cortes de Westminster. Es natural que, en estas condiciones, a la jurisprudencia se la haya atribuido en Inglaterra mayor autoridad a la conferida en el continente europeo (David, 2010; Jaffe, 1969).

La práctica de observar las reglas que han sido creadas por los jueces (*stare decisis*) y de respetar los precedentes judiciales es el fundamento de un sistema de derecho jurisprudencial, pero, como se ha visto, la necesidad de certeza y de seguridad no siempre se ha experimentado en el mismo grado. La citación de casos se volvió más frecuente solo del siglo XVI en adelante, pero por algún tiempo los casos fueron citados a manera de ejemplo o analogía más que como precedente o autoridad (Geldart, 1966; Hood y Hudson, 1977).

De acuerdo a René David, fue después de la primera mitad del siglo XIX cuando la regla del precedente se estableció con rigor y se impuso a los jueces la obligatoriedad de observar las reglas de derecho creadas por sus predecesores. Los factores que contribuyeron al desarrollo de la doctrina del precedente en su forma actual fueron: la organización de una jerarquía judicial más sistemática por las *Judicature Acts*, el mejoramiento de la calidad de las compilaciones de jurisprudencia o *Law Reports* y, según Geldart, también la introducción de la imprenta (Cross, 1977; David, 1969).

Cuando un juez decide un caso está emitiendo una orden que da efecto a su decisión y la incorpora a los registros del tribunal. La decisión judicial o sentencia en sentido estricto es vinculante solo para las partes del caso, pero la sentencia está basada en algún principio jurídico (*ratio decidendi*) que debe ser aplicable a todos los casos de tipo similar, y es inevitable que los jueces en mayor o menor grado sigan las decisiones previas de ellos mismos y de sus colegas y predecesores (Hood y Hudson, 1977).

Cuando se dice que una decisión judicial es un precedente obligatorio significa que el principio o la razón sobre la que se basa la decisión es obligatoria en casos similares; la parte vinculante de la sentencia es la *ratio decidendi*. La

peculiaridad de la doctrina inglesa del precedente es que las decisiones judiciales no tienen solamente autoridad persuasiva, sino que son vinculantes en los casos posteriores de tipo similar, además de que son obligatorias individualmente (Hood y Hudson, 1977). Bajo reserva del principio jerárquico, el sistema del precedente atribuye fuerza vinculante no solo a una jurisprudencia constante, sino también a un precedente único, o más bien, a una *ratio decidendi*, su razonamiento esencial (Jolowicz, 1992).

De acuerdo a Losano, cuando el juez resuelve un caso concreto debe preguntarse cómo se resolvieron en el pasado los casos análogos. La situación más frecuente es que ya exista un ordenado núcleo de sentencias que determinan con claridad la decisión a tomar; ateniéndose a ellas, el juez dictará, entonces, una sentencia que entrará a formar parte del *Common Law* como un precedente que continúa una determinada tradición jurisprudencial. No es, sin embargo, infrecuente que el juez no encuentre precedentes para una situación nueva: decidirá, entonces, según los principios generales del derecho y su sentencia se convertirá en un «precedente original» al que deberán referirse los jueces sucesivos. De este modo, el derecho consigue adaptarse (Losano, 1982).

Dado que la pertinencia de un precedente se determina con base en los hechos, al juez casi siempre le asiste la posibilidad de sustraerse del precedente invocado en razón de que los hechos siempre difieren en menor o mayor grado de aquéllos que motivaron la regla original. En tal caso, el juez puede distinguir los hechos del caso presente de aquéllos que motivaron la regla, y respecto de los cuales considera que no se encuentra vinculado. En los casos en los que el juez considera que hay razones fuertes para ignorar el precedente, puede resolver de modo distinto emitiendo uno nuevo. Las técnicas de *distinguishing* y *overruling* evitan la cristalización del derecho y permiten adaptar y hacer evolucionar el derecho gradualmente (David, 2010).

El precedente en Japón

Este sistema jurídico bien puede ser considerado un sistema híbrido, ya que existen elementos para considerarlo de este modo más que como un ejemplar de la familia asiática, debido a las fuertes influencias del derecho romanista y del *Common Law* que actualmente incorpora. Sin embargo, su estudio resulta útil en cuanto a la descripción de la práctica y la dificultad de su plena aceptación en el contexto local.

El sistema jurídico japonés ha sufrido profundas transformaciones a lo largo de su historia, pero es el último de estos periodos el de mayores transformaciones –a decir de Oda Hiroshi (1989)–; tuvo lugar después de la segunda guerra mundial, cuando Japón quedó bajo el control de los poderes aliados, cuando en el periodo de ocupación se le impulsó a implementar grandes reformas bajo una fuerte influencia norteamericana (Itoh, 1989). El principal producto de esta transformación fue la Constitución de 1946 (Itoh, 2010; Dean, 2002),⁴⁷ adoptada como resultado de la aceptación de la rendición de Japón en agosto de 1945, con la que decidió tomar las medidas necesarias para implementar los principios democráticos, garantizar las libertades de la sociedad y respetar los derechos fundamentales (Matsui, 2011).

En palabras de Hiroshi Itoh, el derecho japonés ha sido una «mezcla de la ciencia jurídica occidental» (1970, p. 775). No obstante, John Owen Haley (1988) considera que la unión de instituciones extranjeras con la cultura local japonesa produjo un híbrido con un desarrollo único que va más allá de la simple unión y mezcla de ambas, pues en el trasfondo hay una interacción creativa y a la vez destructiva entre el pasado cultural y la novedad institucional, en cuyo proceso los jueces han tenido un papel relevante por su actividad creativa de armonizar las normas jurídicas con los valores de la sociedad japonesa en varias materias de derecho positivo.⁴⁸

Dadas sus características y antecedentes particulares, en Japón se tiene una mayor confianza en el derecho legislado o codificado como la fuente primaria del derecho (Dean, 2002; Itoh y Ward, 1978), y este tiene prioridad sobre otras fuentes. No obstante, aunque no se hace tanto énfasis en la revisión judicial (Beer, 1988), cada vez más se ha reconocido en Japón, así como en otros países, la importancia del precedente judicial y del papel creativo de los jueces en su integración (Oda, 1989). De hecho, siguiendo con Oda, el precedente judicial también es respetado y seguido como una de las principales fuentes del

47 A decir de Hiroshi Itoh, después de la segunda guerra mundial, un gran número de profesionales de Japón viajaron a Estados Unidos y otros países para absorber y digerir reglas y técnicas de procedimientos judiciales y reglas sustantivas, a fin de adoptarlas en los tribunales japoneses. Ha tomado mucho tiempo a los juristas japoneses comprender e implementar los conceptos de derechos y libertades ajenos al conocimiento tradicional, introducidos por la Constitución de 1946.

48 Meryll Dean (2002) coincide en que el trasplante y adopción de elementos de derecho extranjero, combinados con el derecho autóctono han creado un híbrido, lo que hace necesario considerar tanto el derecho escrito como la costumbre local.

derecho productoras de reglas jurídicas. Prueba de ello es que las sentencias y resoluciones de la Suprema Corte de Japón, así como de los tribunales inferiores, son consultadas y comentadas por académicos y abogados; y de hecho, las colecciones de precedentes seleccionados provenientes de la Suprema Corte y de los tribunales inferiores son publicadas normalmente.

Para dar a conocer las resoluciones que pueden tener valor de precedente o ser de interés para los litigantes, la Suprema Corte de Japón cuenta con un comité sobre precedentes judiciales que se encarga de seleccionar y publicar las decisiones de la Suprema Corte. En un informe previamente seleccionado por los ministros encargados se incluyen las decisiones que parecen reflejar importantes interpretaciones jurídicas y que se conviertan probablemente en nuevos precedentes; aquellos casos que pueden ser útiles para los practicantes, así como los casos que nos muestran importantes interpretaciones jurídicas de la Suprema Corte, pero que son socialmente importantes y que vale la pena preservar para futuras referencias (Itoh, 1989).

La facultad de la Suprema Corte para determinar la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad va más allá del simple pronunciamiento, y el efecto de sus sentencias es una cuestión debatida en el ámbito académico. Lo anterior en virtud del origen de esa sentencia, que, en opinión de Lawrence Beer (1988), solo debería obligar a los tribunales inferiores con respecto al caso relacionado, pero no en general.⁴⁹

El caso del precedente en Japón es muy peculiar, ya que la Constitución no lo distingue explícitamente como una fuente del derecho, lo cual ha desatado una controversia en torno al tema. Esto se explica porque los tribunales inferiores pueden interpretar de manera independiente el texto de la Constitución para resolver una disputa, y resolver o no en el mismo sentido del precedente en cualquier momento (Matsui, 2011; Oda, 1989). No obstante, la opinión predominante considera que las resoluciones de los tribunales sí son una fuente del derecho, aunque de carácter suplementario, porque no tienen la misma fuerza vinculante que una ley y porque la doctrina del *stare decisis* no tiene un fundamento explícito en el derecho japonés (Oda, 1989).

Esta opinión predominante en torno al precedente se sustenta en una característica propia del precedente japonés, ya que su fuerza vinculante y la

⁴⁹ Lawrence Beer considera que aunque generalmente se honra la consistencia de las decisiones judiciales, no se sigue una doctrina del *stare decisis*.

actitud consistente de los tribunales en su uso proviene no de un documento formal, sino del *principio operante* del *stare decisis* que tiende a contribuir a la estabilidad y predictibilidad de la toma de decisión judicial en los diferentes niveles judiciales (Itoh, 1989).

Además de esto, el precedente ha cumplido dentro del sistema jurídico japonés ciertas funciones importantes:⁵⁰ a) complementar de manera significativa la legislación existente en varias áreas del derecho, como el caso de los derechos humanos; b) ayudar a mitigar los efectos perniciosos de ciertas leyes que pudieran resultar injustas si se aplicaran estrictamente; c) controlar de manera más adecuada los resultados en la aplicación de la ley, desviándose de su letra cuando sea necesario (Oda, 1999); d) proporcionar reglas procedimentales importantes que regulan no solo el acceso a la Corte, sino también el resultado de demandas sobre derechos y deberes sustantivos (Dean, 2002).

Es posible, entonces, distinguir el recurso a precedentes judiciales como una práctica consistente entre los tribunales japoneses. Concretamente, la Suprema Corte sigue su propia política y se apega a los precedentes que ha creado de acuerdo con el principio operante del *stare decisis*, y muy rara vez cambia su postura; la consistencia se ha vuelto una característica común de la vida judicial (Itoh 1978, 1989, 2010).

Así, el hecho de que se mantenga la práctica de seguir precedentes aun cuando no es legalmente exigido nos da una idea acerca de la importancia intrínseca que tiene esta institución en la sociedad japonesa.

Conclusiones

La práctica judicial según la cual los tribunales siguen y aplican sentencias judiciales previas es una práctica ampliamente recurrida y muy extendida en sistemas jurídicos de diferentes familias jurídicas. Son diversos los factores que han contribuido a la difusión y socialización del precedente entre familias jurídicas, pero este se ha establecido en sistemas jurídicos muy diversos, adoptando además características propias muy particulares.

Independientemente de las características particulares que el precedente de cualquier sistema jurídico particular posea o de la familia cultural a la que pertenezca, esta reflexión muestra que es posible identificar determinadas características comunes que explicarían el concepto que inadvertidamente

⁵⁰ Algunas de dichas funciones pueden apreciarse y consultarse por materias (Itoh, 1989).

comparten, más allá de las características adicionales particulares y diversas que la práctica local muestra.

En ese sentido, es necesario modificar el enfoque con el que estudiamos el concepto de precedente, que implica un esfuerzo por tratar de entenderlo como una institución presente en sociedades diversas, que trasciende limitaciones locales o pertenencias culturales. Es preciso repensar el concepto y considerar que, tal vez, la vía para su plena comprensión y las respuestas a sus problemáticas no se encuentran primariamente dentro de los confines de la propia teoría jurídica local, sino más allá de ella, en el punto de regularidad en todo sistema jurídico.

Esta afirmación acerca del precedente puede sostenerse si atendemos a la práctica que se tiene en los sistemas jurídicos estudiados, por ejemplo, que pertenecen a alguna de las familias culturales antes señaladas y que muestran ciertas características que el precedente exhibe de manera constante en todos ellos. Un siguiente paso en esta indagación conducirá a analizar desde la filosofía analítica del derecho las propiedades necesarias de ese concepto, es decir, a profundizar y explicitar el concepto oculto en nuestras prácticas que el argumento histórico ha revelado.

Bibliografía

- Abraham, H. J. (1998). *The Judicial Process. An Introductory Analysis of the Courts of United States, England and France* (7.^a ed.). New York: Oxford University Press.
- Acosta Romero, M. y Pérez Fonseca, A. (1998). *Derecho Jurisprudencial Mexicano*. México: Porrúa
- Ambriz, A. (2006). La jurisprudencia en México, su evolución e importancia. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 21.
- Beer, L. (1988). Japan's Constitutional System and its Judicial Interpretation. En Haley, J. O. (ed.). *Law and Society in Contemporary Japan, American Perspectives*. Dubuque, Iowa: Kendall/Hunt.
- Berman, H. (1983). *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- Berman, H. (1996). *La formación de la tradición jurídica de occidente* (M. Utrilla de Neira, trad.). México: Fondo de Cultura Económica.

- Berman, H. (1997). The Origins of Western Legal Science. *Harvard Law Review*, 90, (5), 895.
- Berman, H. (2000). The Western Legal Tradition in a Millennial Perspective: Past and Future. *Louisiana Law Review*, 60, (3), 739.
- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista de Derecho del Estado, nueva serie*, 21, 90.
- Bix, B. H. (2009). *Diccionario de teoría jurídica* (E. Rodríguez Trujano y P. Villarreal Lizárraga, trads.). México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Bix, B. H. (2010). *Filosofía del Derecho: ubicación de los problemas en su contexto* (3ª ed.). (I. Flores, R. Ortiz y J. Vega, trads.). México: UNAM-IIIJ.
- Cabrera Acevedo, L. (1985). La Jurisprudencia. En Díaz Infante, E (comp.). *La Suprema Corte de Justicia y el Pensamiento Jurídico*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Caldarone, R. P. (2004). Precedent in Operation: A Comparison of the Judicial House of Lords and the US Supreme Court. *Public Law*. London.
- Canivet, G. (2007). The Court of Cassation: Looking into the Future. *The Law Quarterly Review*, 123, 407-410.
- Carbonell, M. (1995). Una aproximación al surgimiento histórico de la jurisprudencia en México. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLV, (199-200).
- Carmona Tinoco, J. U. (1995). La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 83, 527-531.
- Castán, J. (1957). *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* (2ª edición). Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Chloros, A. G. (1956). Certainty and the Function of Precedent in Comparative Law. *Revue Hellénique de Droit International*, 9 année.
- Cortés Ontiveros, R. (2003). Evolución de los sistemas de interpretación a través de las distintas épocas del Semanario Judicial de la Federación. *Revista de la Facultad de Derecho UNAM*, Vol. 53, 240, (45-73).

- Cossio, J. R. y Raigosa Sotelo, L. (1997). Teoría del derecho y dogmática jurídica: un punto de vista. *Anuario de Derecho Público*, 1.
- Cross, R. (1977). *Precedent in English Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cummins, R. J. (1986). The General Principles of Law, Separation of Powers and Theories of Judicial Decision in France. *International and Comparative Law Quarterly*, 35, Part 3, 595.
- Da Rosa De Bustamante, T. (2016). *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*. Lima: Legales Ediciones.
- David, R. y De Vries, H. (1958). *The French Legal System. An Introduction to Civil Law System*. New York: Oceana Publications.
- David, R. y Jauffret-Spinozi, C. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (11ª ed.). (J. Sánchez Cordero, trad.). México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad Libre de Derecho de Monterrey.
- Dean, M. (2002). *Japanese Legal System* (2ª ed.). London: Cavendish Publishing Limited. Consultado en <http://books.google.com.mx/books?id=lt9jB5CjFRIC&hl=es>
- Diez Picazo, L. (1964, noviembre). Reflexiones sobre la jurisprudencia del tribunal supremo (la jurisprudencia en broma y en serio). *Revista de Derecho Privado*, p. 934.
- (2013). *El papel del Tribunal de Casación Francés*. Consultado el 20 de noviembre de 2013 en: http://www.courdecassation.fr/IMG/File/CC_Espagnol_septembre2010.pdf
- Eng, S. (2000). The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law-Some Common and Specific Features. En Wahlgren, P (ed.). *Scandinavian Studies in Law*. Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law.
- Familia. En Diccionario de la Lengua Española, edición del tricentenario. Consultado en: <http://dle.rae.es/?id=HZnZiow>
- Ferrari, S. (2004). *El espíritu de los derechos religiosos: judaísmo, cristianismo e islam* (G. Canal Marcos, trad.). Barcelona: Herder.

- Fix-Fierro, H. (2006). *Tribunales, justicia y eficiencia: estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*. México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- García Gil, F. J. (1992). *Jurisprudencia familiar y sucesoria*. Pamplona: Aranzadi.
- García Marillo, J. (1990). *La justicia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (vol. IV). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Geldart, W. (1966). *Elements of English Law* (7.^a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- González Oropeza, M. (2006). *La Jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*. México: Poder Judicial de la Federación - Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Goodhart (1934). Case Law-A Short Replication. *The Law Quarterly Review*, 50.
- Guerrero Lara, E. y Guadarrama López, E. (1984). *La interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917- 1982)*. México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Guerrero Lara, E. y Santamaría González, L.F (1990). La publicidad de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en el periodo de 1877-1887. *La Suprema Corte de Justicia en el primer periodo del porfirismo (1877-1880)*. México: Poder Judicial de la Federación - Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Haley, J. O. (ed.). (1988). *Law and Society in Contemporary Japan, American Perspectives*. Dubuque, Iowa: Kendall/Hunt.
- Holdsworth, W. S. (1934). Case Law. *Law Quarterly Review*, 50.
- Hood Phillips, O. y Hudson, A. H. (1977). *A First Book of English Law* (7.^a ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Itoh, H. (1970). How Judges think in Japan. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. XVIII, (4), 775.
- Itoh, H. (1989). *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*. New York: Markus Wiener Publishing Inc.
- Itoh, H. (2010). *The Supreme Court and benign elite democracy in Japan*. Surrey: Ashgate.

- Itoh, H. y Beer, L. (1978). *The Constitutional Case Law of Japan, Selected Supreme Court Decisions, 1961-70*. Seattle: University of Washington Press. Consultado en http://books.google.com.mx/books?id=EHjVVFesryMC&pg=PR3&hl=es&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false
- Jaffe, L. (1969). *English and American Judges as Lawmakers*. Oxford: Clarendon Press.
- Jolowicz, J.A. (1992). *Derecho inglés* (A. R. Brewer-Carías y L. C. Leiva, trads.). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Lacabarats, A. (2005). The State of Case Law in France. *Loyola Law Review*, 51, (1), 84.
- Landa, C. (2007). Los precedentes constitucionales. *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año III, 5.
- Lege, J. (2009). El derecho como bien de la cultura. Por qué es estéril el debate entre positivismo jurídico y iusnaturalismo. *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 3, 264-273.
- Linares, S. (2008, abril). Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes. *Isonomía, Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, 28.
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2ª ed.). Bogotá: Universidad de los Andes - Legis.
- Losano, M. (1982). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (A. Ruiz Miguel, trad.). Madrid: Debate.
- MacCormick, D. y Summers, R. S. (eds.). (2016). *Interpreting Precedents*. New York: Routledge-Taylor and Francis Group.
- Magallón Ibarra, J. M. (2004). *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana*. México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Magaloni, A. L. (1997). La jurisprudencia constitucional y su carácter integrador del contenido normativo de los derechos fundamentales en Estados Unidos, España y México. *Anuario de Derecho Público, Los controles constitucionales*, 1.

- Makoba, J. W. (1992). On the Use and Application of Legal Concepts in the Study of Non-Western Societies. *International Journal of the Sociology of Law*, 20, (3), 220.
- Margolis, E. y Laurence, S. (2008). Concepts. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2008 edition. Recuperado de: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/concepts/>
- Matsui, S. (2011). *The Constitution of Japan. A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing.
- Merryman, J. H. (1989). *La tradición jurídica romano-canónica* (E. L. Suárez, trad.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Moore, M. (1992). Law as a functional kind. En George, R. (ed.). *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Oxford University Press.
- Moral Soriano, L. (2007). El precedente judicial en el sistema jurídico alemán. *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año III, 5.
- Nieto, A. (2001-2002). Valor legal y alcance real de la jurisprudencia. *Teoría y Realidad Constitucional*, 8-9.
- Oda, H. (1999). *Japanese Law*. New York: Oxford University Press.
- Pargendler, M. (2012). The Rise and Decline of Legal Families. *The American Journal of Comparative Law*, 60, (4).
- Prinz, Jesse, «Culture and Cognitive Science», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/culture-cogsci/>>.
- Quiroz Acosta, E. (1998). El precedente en México y en los Estados Unidos. *Lex, Difusión y Análisis*, año 4, (34).
- Raz, J. (2001). The Nature of the Theory of Law. En Coleman, J. (ed.). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. New York: Oxford University Press.
- Reimann, M. (2002). The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century. *The American Journal of Comparative Law*, 50, (4), 680-681.

- Rojas, A. M. (2015). Teorización sobre el uso de precedentes jurisprudenciales en Colombia. *Revista Precedente*, 7.
- Rosales Guerrero, E. G (2005). *Estudio sistemático de la jurisprudencia*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Serna de la Garza (2009). The concept of *jurisprudencia* in Mexican Law. *Mexican Law Review, New Series*, 1, (2).
- Silva Silva, J. A. (2006). La función del juez como creador de normas jurídicas en el derecho internacional privado. *Revista de Derecho UNED*, 1.
- Siltala, R. (2000). *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Portland: Hart Publishing.
- Sirvent Gutiérrez, C. y Villanueva Colín, M. (1996). *Sistemas jurídicos contemporáneos*. México: Oxford University Press-Harla México.
- Smith, J. C. (1969). La autoridad del precedente judicial en el «Common Law» estadounidense. *La Ley, Jurisprudencia, Doctrina, Bibliografía*, 134, suplemento.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2005). *La jurisprudencia en México*. México.
- Taruffo, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente, Anuario jurídico*, p. 87.
- Tversky, A. y Kahneman, D. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science, New Series*, 185, (4157). Consultado en: <http://www.jstor.org/stable/1738360>.
- Van Hoecke, M. y Warrington, M. (1998). Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, 47 (3), 495-536.
- Van Hoecke, M. (2002). Western and non-western legal cultures. *Rechtstheorie*, 33, Heft 2-4, 197.
- Von Mehren, A. (1956). The Judicial Process: A Comparative Analysis. *The American Journal of Comparative Law*, V, (2).
- Watt, B. (1997, enero). Why French Law Rejects Judicial Precedent. *International Business Lawyer*, 25, (1), 18.

- West, A., Desdevices, Y., Fener, A., Gaurier, D., y Heussaff, M. (1992). *The French Legal System. An introduction*. London: Fourmat Publishing.
- Zander, M. (1980). *The Law-Making Process*. London: George Weidenfeld and Nicolson Ltd.
- Zárate, J., Martínez García, P. O. y Ríos Ruiz, A. (1997). *Sistemas jurídicos contemporáneos*. México: McGraw-Hill.
- Zertuche García, H. G. (1992). *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano* (2ª ed.). México: Porrúa.