Errores en la creación y aplicación del derecho
Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco (eds.)
ISBN: 979-13-87913-34-2
Madrid, 2025 pp. 269-292
DOI: *10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/10*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International Licens

PRECEDENTES ERRADOS Y SEGURIDAD JURÍDICA

Víctor García-Yzaguirre*

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, es posible observar un mayor grado de interés en analizar cómo entender, identificar y descomponer un sistema de precedentes [1]. Esto ha permitido aclarar un gran número de prácticas habituales en nuestros sistemas de *civil law*, así como identificar nuevos problemas prácticos y teóricos.

---

* Profesor asistente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tarapacá.. Código ORCID: 0000-0002-4662-2919. *garciayzaguirre@gmail.com*

Este capítulo ha sido escrito bajo el auspicio de dos proyectos de investigación. Por un lado, el Proyecto «Los errores en la producción y en la aplicación del derecho (EPAD)», PID2020- 114765GB-100. Por otro lado, el Proyecto de Investigación «Epistemología Social y Derecho: Funciones y Medios del Conocimiento Jurídico», PID2024-159612NB-I00. Ambos financiados por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Agradezco a Hugo Osorio Morales y a los asistentes al panel «Legal Precedents» del congreso ICON, celebrado en junio de 2024, por sus comentarios y críticas a una versión previa de este texto.

[1] Dentro de la literatura especializada cabe resaltar algunas de las principales propuestas de lenguajes teóricos para analizar los sistemas de precedentes: Núñez Vaquero, 2022a; Alexander, 2015; Lammond, 2023; Cross y Harris, 2012; Duxbury, 2008, la del *Bielfelder Kreis* contenida en MacCormick, Summers y Goodhart, 2016 y la de Chiassoni, 2015. Son principales en tanto son propuestas: i) sobre las que hay discusiones abiertas sobre su corrección o incorrección; y/o ii) que se toman como puntos de partida para elaborar nuevos argumentos.

En este contexto es posible identificar una serie de discusiones y argumentos centrados en identificar y analizar qué justifica la implementación y/o conservación de un conjunto de normas que regulen el seguimiento de precedentes[2]. En ellas, se suele sostener que dichas prácticas son idóneas para garantizar la seguridad jurídica en nuestros ordenamientos jurídicos.

Frente a ello, el objetivo del presente capítulo es analizar a qué nos compromete el uso de la noción de la seguridad jurídica como justificación de los sistemas de precedentes frente al seguimiento de un precedente calificado como errado por el aplicador del derecho que debe resolver un caso actual. Sostendré que la seguridad jurídica, en este contexto, es mejor entendida como un concepto valorativo denso cuyo uso es útil para describir y dar, a la vez, razones *pro tanto* a favor de la implementación de una serie de medidas que sean idóneas para satisfacer un determinado conjunto de preferencias. En tal sentido, sostendré que esta noción puede ser empleada para justificar tanto el otorgamiento de competencia para hacer un *distinguishing* a precedentes errados como para no hacerlo.

Para alcanzar este objetivo, llevaré a cabo los siguientes pasos. En el apartado 2 analizaré qué es un sistema de precedentes, el discurso de quienes los justifican utilizando la noción de seguridad jurídica y qué es un precedente errado. En el apartado 3, presentaré una propuesta de reconceptualización de la seguridad jurídica como concepto valorativo denso y cómo ello nos permitiría entender, de mejor manera, su empleo en la justificación de los sistemas de precedentes.

2. SISTEMA DE PRECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

Entenderé por sistema de precedentes a un conjunto de normas que, por lo menos, regulan qué decisiones (de los aplicadores del derecho[3]) cuentan como precedente, quiénes son competentes para dictarlos, cuál es su alcance y fuerza, y qué aplicadores del derecho pueden llevar a cabo un *distinguish* y/o un *overruling*. Además, dichas normas han de prever tanto la ordenación entre precedentes, como su ordenación en relación con otras normas[4].

No hay un único modelo de sistema de precedentes. Cada uno puede variar dependiendo del contenido que se les dé a las normas indicadas y a

---

[2] Cabe precisar que esta pregunta es diferente a la discusión sobre si un aplicador del derecho debería o no seguir decisiones pasadas propias y/o de cortes superiores.

[3] Por aplicador del derecho aludo a aquellas personas que son competentes, en sede judicial o administrativa, para resolver problemas normativos. Un problema normativo es una pregunta sobre cuál es la calificación jurídica de un conjunto de acciones o de una acción, es decir, es un pedido para determinar si una acción, conforme al sistema jurídico, es obligatoria, prohibida, permitida o es facultativa.

[4] Al respecto, véanse García Yzaguirre, 2024a; Zorzetto, 2022: 101.

las clases de aplicadores del derecho a los que se les otorgue las competencias mencionadas. En efecto, cada comunidad jurídica puede implementar diversos modelos, incluso, implementar diferentes modelos para cada área del derecho[5]. Cada modelo está condicionado por las condiciones materiales y sociales de la comunidad en la que se implementa[6], pero, especialmente, lo está por las razones que justifican (o que se utilizan para justificar) su implementación. Dentro de la literatura especializada se suelen esgrimir múltiples razones para justificar la implementación y/o conservación de un sistema de precedentes[7]. De todos ellos, me centraré en uno de los discursos principales y más frecuentemente empleados: el de aquellos que sostienen que dichos sistemas son medios idóneos para concretar la seguridad jurídica dentro de una comunidad.

Uno de los principales desafíos teóricos y prácticos al que nos enfrentamos es si la seguridad jurídica opera como una razón a favor o en contra de diseñar un modelo de precedentes que otorgue la competencia para hacer un *distinguish*, en especial, frente a la posibilidad de que se dicten precedentes errados por parte de un aplicador del derecho de superior jerarquía. Para profundizar sobre estos puntos, en este apartado partiré por descomponer algunas de las exigencias de la seguridad jurídica en el sistema de precedentes. Tras ello, haré una breve estipulación de qué cuenta como precedente errado.

2.1. Sistemas de precedentes y seguridad jurídica

Quienes sostienen que la seguridad jurídica justifica implementar un sistema de precedentes suelen emplear el siguiente argumento[8]: si el *stare decisis*[9] establece que el seguimiento de un precedente es condición necesaria o contribuyente de la validez de las decisiones institucionales de un aplicador del derecho, ello supondrá un aumento del grado de certeza y estabilidad del derecho. Lo anterior, debido a que le ofrecerá, por un lado, a los aplicadores del derecho un criterio de corrección de sus decisiones (al igual que una razón para que se contengan y limiten el ejercicio de la discrecionalidad judicial) y, por el otro lado, una expectativa a los habitantes del país respecto a cómo decidirán quienes resuelven controversias.

---

[5] Por ejemplo, es posible que la jurisdicción constitucional de un determinado país adopte un determinado modelo de sistema de precedentes, pero su jurisdicción tributaria emplee uno diferente.

[6] Véase, por todos, Taruffo, 2026.

[7] Para una sistematización de ellos ver Núñez Vaquero, borrador, MacCormick, Summers y Goodhart, 2016: Cap. 15. Schauer, 1987: 595 y ss. Waldron, 2012, Postema, 1991.

[8] Véanse, por todos, Schauer, 1987: 571, 595-98; Duxbury, 2008: 160-62; Marinoni, 2013: 136 y ss, Cross y Harris, 2012: 32.

[9] Entiendo por *stare decisis* al conjunto de metanormas o reglas sobre precedentes que regulan los efectos del uso de decisiones pasadas en los procesos de resolución de problemas normativos por parte de aplicadores del derecho. Véase Núñez Vaquero, 2022a: 138.

En tal sentido, si un aplicador del derecho ha de decidir un caso actual de la misma manera a cómo fue resuelto en el precedente, entonces los destinatarios del derecho estarán en mejores condiciones para tomar decisiones estratégicas. Ello dado que podrán pronosticar, con mayor grado de probabilidad de éxito, cómo se calificarán jurídicamente sus acciones. Además, los precedentes serán socialmente productivos porque los destinatarios podrán emplearlos en sus razonamientos (como razones para la acción), podrán justificarse en ellos al tener que interactuar con otros e, incluso, podrán exigir su cumplimiento[10]. En fin, la predictibilidad del uso de precedentes puede ofrecer un potencial desincentivo a la litigiosidad, pues supondría que cada parte tendrán más facilidad para calcular los riesgos de ir a proceso.

Por otra parte, para los aplicadores del derecho, que el diseño institucional garantice la predictibilidad del uso de precedentes puede suponer, por lo menos, dos efectos beneficiosos. Por un lado, una reducción de una tasa de revocatorias y de gastos de recursos judiciales para resolver una controversia (no será necesario deliberar, nuevamente, la forma de resolver un determinado problema normativo). Por otro lado, impone un incentivo a quienes tienen la competencia para dictar precedentes de evaluar, cuidadosamente, los posibles efectos prácticos y jurídicos de su decisión.

Ahora bien, cabe precisar que la predictibilidad, como condición de la seguridad jurídica, se suele predicar de diversas prácticas. Esto supone que es un discurso justificativo empleado para sostener múltiples posturas, no todas ellas necesariamente concordantes entre sí. Veamos alguna de ellas.

En primer lugar, predictibilidad se predica[11], por un lado, de los mandatos jurídicos, esto es, de la capacidad de predecir únicamente las reacciones jurídicamente autorizadas (se predicen solo actos jurídicos válidos). En otras palabras, las predicciones son sobre cómo se entenderán los precedentes (identificación de su *ratio decidendi*); y cómo dichas interpretaciones serán empleadas en la toma de decisiones jurídicas futuras. Desde esta perspectiva, habrá seguridad jurídica si es predecible que los aplicadores del derecho usarán los precedentes relevantes.

Por otro lado, la predictibilidad se puede predicar de los resultados. Esto es, se predice cómo reaccionarán los agentes (privados y públicos) con los que un sujeto interactúa ante sus acciones presentes o futuras. Esto supone determinar no solo cómo el derecho calificaría una acción, sino también cómo los agentes encargados de hacerlo efectivo reaccionarían ante dicha acción. Desde esta perspectiva, habrá seguridad jurídica si es predecible cómo actuarán los

---

[10] Como podrá notarse, la seguridad jurídica es una justificación de los sistemas de precedentes de tipo consecuencialista. Como tal es insuficiente, por sí solo, para ofrecer una adecuada justificación de este tipo de diseños institucionales. Sobre este punto profundizaré en ulteriores investigaciones.

[11] En este punto sigo lo señalado en García Yzaguirre, 2023a y García Yzaguirre, 2024b.

aplicadores del derecho frente a un problema normativo, sea que usen o no los precedentes relevantes.

La diferencia entre la predictibilidad de los mandatos jurídicos y de los resultados radica en cómo se entiende la predicción de la eficacia del modelo de sistema de precedentes. Para la predictibilidad de los mandatos jurídicos, una alta probabilidad de éxito de una predicción del no seguimiento de precedentes o del uso de precedentes que son casos claros de violación de derechos no serían casos de seguridad jurídica. Para la predictibilidad de resultados, que seamos capaces de predecir con un alto grado de probabilidad de éxito qué pasará en el futuro supone un escenario de seguridad jurídica, sin que sea relevante si la decisión supone la violación de obligaciones jurídicas.

En segundo lugar, se sostiene que la predictibilidad que puede ofrecer un modelo de sistema de precedentes ha de ser apta para generar expectativas sobre cómo se resolverá un caso actual. Además, dichas expectativas han de ser protegidas mediante un diseño institucional idóneo para ello. Esto supone que la predictibilidad, como bien señala Waldron (2012: 9-10), justifica implementar medidas a favor de la generación de expectativas y para la protección de expectativas. Respecto a lo primero, mientras el diseño del modelo ofrezca mayor cognoscibilidad del derecho y medidas que incentiven el grado de predictibilidad de una práctica (predictibilidad de mandatos jurídicos, para ser más preciso), entonces habrá mayor seguridad jurídica en el sistema normativo. Respecto a lo segundo, la predictibilidad justifica implementar normas que protejan dichas expectativas a través del aumento de probabilidad de que se seguirán los precedentes. Sobre este punto cabe precisar que esta concretización de la predictibilidad es, necesariamente, relativa y gradual. Relativa, en tanto, se predica en relación con un determinado objeto de estudio[12]. Es gradual, en tanto, es una propiedad que puede ser alcanzada en mayor o menor medida[13].

En este escenario, los sistemas de precedentes están justificados en la predictibilidad en tanto es un medio idóneo para aumentar su grado de concretización en una determinada práctica. En ese mismo sentido, estará más justificado un modelo que cuente con reglas claras de qué cuenta como precedente, sobre las competencias[14], sobre los efectos de no seguir el precedente, entre otros. Al respecto, por ejemplo, uno de los temas más debatidos en la literatura especializada es la identificación de la *ratio decidendi*. Frente a este punto,

---

[12] Este puede ser o bien una determinada práctica jurídica de una comunidad (a manera de generalización a partir de todas las áreas de aplicación del derecho), o bien de una determina práctica jurídica en un área específica (por ejemplo, de la jurisdicción constitucional de una determinada región de la comunidad).

[13] Sistema de precedentes no debe ser entendido como un ideal de certeza absoluta. Ello no solo debido a que es imposible (véase, por todos, Llewellyn, 1969: 17), también lo es debido a que la certeza absoluta es el antónimo a la noción de libertad (véase García Yzaguirre, 2024b).

[14] Por ejemplo, se suele sostener que ofrecerá una mayor cognoscibilidad y predictibilidad de actos si el modelo de sistema de precedentes opera con reglas expresas y no con reglas implícitas.

en extrema síntesis, es posible diferenciar entre modelos con identificación maximizada y con identificación no maximizada[15]. Los primeros aluden a los modelos que incluyen una metanorma que requieren al aplicador del derecho (u otro funcionario) que especifique el conjunto de enunciados (la máxima) a partir de los cuales se identificará la *ratio decidendi*[16]. Los segundos, en cambio, no hay regulación que requiera la especificación de qué enunciados son relevantes para identificar la *ratio decidendi*. Esto genera problemas de indeterminación sobre cómo identificar dicha norma. Como podrá notarse, los primeros ofrecen (potencialmente) un mayor grado de protección de expectativas, pues generarán condiciones para una mayor predictibilidad de seguimiento de precedentes que los segundos.

En tercer lugar, la predictibilidad puede ser empleada como un discurso prescriptivo respecto a cómo se deben dictar (y usar los precedentes)[17]. En síntesis, es posible sostener que los precedentes serán predecibles si su contenido se ajusta a un criterio normativo socialmente compartido y habitualmente empleado para calificar el derecho como axiológicamente aceptable. Por ejemplo, en una comunidad donde se comparte la idea de que la responsabilidad civil extracontractual debería estar orientada a concretar la justicia correctiva, los precedentes serán predecibles si se ajustan, de la mejor manera posible, a concretar la justicia correctiva. En efecto, la predictibilidad en este caso no va orientada, únicamente, sobre qué harán los aplicadores del derecho. Adicionalmente a ello, se emplean predicciones sobre las direcciones que ha de tomar el sistema normativo para satisfacer las exigencias de la moral social.

Esta forma de entender la predictibilidad puede ser utilizada para justificar, incluso, el no seguimiento de un precedente. En efecto, podemos diferenciar entre precedentes que se ajustan a las exigencias normativas y aquellos que no lo hacen. Bajo esta perspectiva, solo aquellos precedentes que cumplan con dichas exigencias ofrecerán seguridad jurídica, ya que satisfarán las expectativas de la comunidad de referencia. En este sentido, la predictibilidad justificaría el seguimiento únicamente de estos precedentes adecuados, pero no ofrecería tal justificación para los precedentes que no generen dicha adecuación.

En cuarto lugar (y en relación con el punto anterior), cabe diferenciar entre la predictibilidad generada por los efectos de los precedentes y por la jerarquía[18]. La primera alude a las expectativas generadas por los posibles efectos prácticos que generará determinado precedente. En tal sentido, se entenderá

---

[15] Tomo la expresión «maximización» de la propuesta de Nuñez Vaquero (2022a), quien la toma a partir de «máximas» del Ufficio del Massimario italiano. Además, véase Aarnio, 1995: 86 y ss.

[16] Tenemos, por ejemplo, casos como el de Perú, Brasil, Italia y México. Sobre este punto, véase el volumen 29 de la *Revista Discusiones,* en la que se discutió sobre la conveniencia o no de esta estrategia de identificación de la *ratio decidendi.*

[17] Sobre este punto ver, por todos, Linarelli, 2017: 173 y ss.

[18] Para una sistematización de las discusiones generadas en la literatura norteamericana sobre este punto, véase Kozel, 2017.

por concretización de la seguridad jurídica aquellos casos en los que sea predecible el seguimiento de precedentes que generen consecuencias prácticas deseables. La segunda, en cambio, alude a la expectativa generada por sobre los aplicadores del derecho a que ellos sigan los precedentes dictados por sus superiores jerárquicos (precedentes verticales). Dicho de otro modo, habrá seguridad jurídica si es predecible que seguirán dichos precedentes. Este tipo de predictibilidad ha sido entendida por parte de la literatura especializada como la tesis de la independencia (Postema, 1991: 1160 y ss.; Hellman, 2013: 64 y ss.): se espera que los aplicadores del derecho sigan los precedentes con independencia de lo que ellos piensen de la decisión[19].

Este último punto, cabe señalar, permite diferenciar dos tipos modelos de sistema de precedentes en función a cuál es la razón para seguir el precedente y su relación con la predictibilidad de usos de precedentes[20]. Por un lado, en un modelo basado en la corrección del precedente, está justificado el seguimiento de precedentes que ofrezcan consecuencias prácticas consideradas jurídicamente y axiológicamente admisibles dentro de una determinada comunidad. Este modelo requerirá, por lo menos, que se prevea la competencia para hacer *distinguish* a determinados precedentes. Bajo este tipo de modelo, la predictibilidad está en lo que haga el aplicador del derecho frente a un balance de razones. Esto es, se predice qué se ponderará, cómo se ponderará y cuál es el resultado de tal ponderación (si usará o no el precedente). De esta forma, a mayor grado de probabilidad de éxito de la predicción, entonces habrá mayor seguridad jurídica. Como tal, adopta una forma de entender la predictibilidad como un discurso prescriptivo.

Por otro lado, en un tipo modelo basado en la competencia del agente emisor del precedente, está justificado el seguimiento de precedentes que hayan sido emitidos por una autoridad competente, con independencia de su corrección. Este modelo no requiere que se prevea la competencia para hacer *distinguish*. En efecto, bajo este tipo de modelo, la predictibilidad versa sobre si el aplicador del derecho usará o no el precedente relevante. Así, a mayor grado de probabilidad de que siga el precedente, entonces habrá mayor seguridad jurídica. Cabe precisar que, bajo este segundo tipo de modelo, la predictibilidad puede ser empleada, además, como una forma de justificar un determinado

---

[19] Los precedentes ofrecen una razón para resolver una controversia actual, o bien a razón de su corrección, o bien por haber sido dictadas por una determinada autoridad (y con independencia de su corrección). En el caso de estos últimos, el sistema de precedentes opera de tal manera que un aplicador del derecho que decide un caso actual usa la *ratio decidendi* dictada en un precedente y la razón justificante para hacerlo no es por el contenido de la *ratio* (esto es, por estar de acuerdo con ello), sino por quién lo dictó a mérito de su competencia para ello. Al respecto, véase Alexander, 2013: 48.

Cabe precisar que la tesis de la independencia no implica el carácter inderrotable de un precedente. Lo único que expresa es que es una razón *pro tanto* para llevar a cabo una acción. Esta podrá ser derrotada a razón de otras razones *pro tanto* jurídicamente relevantes.

[20] Sobre este punto, solo en parte, a Stevens, 2018: 435-7. Para una presentación de este punto en términos de razones excluyentes y protegidas, véase Perry, 1987.

conjunto de ideologías interpretativas basadas en la deferencia al superior jerárquico. Dicho en breve, en el escenario de un sistema normativo en el que se ha implementado un sistema de precedentes y un aplicador del derecho (de primera instancia) se enfrenta a un caso difícil[21], caben dos posibilidades: i) que actúe conforme a sus propias preferencias ideológicas; o ii) que pretenda resolver el caso de la manera en que lo haría la máxima instancia a través de un precedente. En este escenario, la predictibilidad puede ser utilizada para justificar que dicho actor deba realizar predicciones sobre el contenido de los posibles precedentes que las cortes competentes implementarían en este tipo de casos y tomar decisiones conforme a dichas predicciones. De esta forma, el aplicador del derecho actual (en aras de generar una práctica que garantice la predictibilidad de las decisiones) operará, en términos de Caminker[22], como un juez *proxy* de la máxima instancia: cada aplicador del derecho ha de decidir como si fuese la última instancia que resolverá el caso. Sobre los problemas de esta ideología interpretativa profundizaré en ulteriores investigaciones.

Como se podrá ver, la predictibilidad, como condición de la seguridad jurídica, se suele predicar de prácticas diversas que no necesariamente llevan a resultados concordantes. Resulta útil ordenar estos discursos.

Es posible identificar, por un lado, autores que consideran que la mejor forma de entender la seguridad jurídica es como un concepto que alude a la capacidad de un determinado conjunto de agentes de predecir, con un alto grado de probabilidad de éxito, cómo se comportarán el resto de los agentes públicos y privados (en contextos jurídicamente relevantes). A este conjunto de autores les denominaré predictibilistas[23]. Los juicios descriptivos de seguridad jurídica desde esta perspectiva incluyen una evaluación *ex ante* de la previsibilidad de los actos del aplicador del derecho y una evaluación ex post para confirmar si las predicciones se cumplieron. Los juicios prescriptivos, por su parte, se enfocan en que los aplicadores del derecho actúen de manera predecible y en el diseño de reglas procedimentales que faciliten esta predictibilidad. En tal sentido, a manera de generalización, quienes formen parte de este conjunto emplearán la predictibilidad de mandatos para formular juicios descriptivos. En cambio, para formular juicios prescriptivos (respecto del diseño de reglas), podrán estar de acuerdo con un sistema maximizado de *ratio decidendi* y con modelo basado en la competencia del agente.

Por otro lado, es posible identificar autores que sostienen que la seguridad jurídica alude a la aceptabilidad de los resultados de la aplicación del derecho. Entre ambos grupos, como es notorio, se emplean conceptos diferentes. Definen la seguridad jurídica como la capacidad de justificar externamente las decisiones legales utilizando razones correctas desde un punto de vista axiológico.

---

[21] A razón de casos de laguna normativa, vaguedad, antinomia y/o laguna axiológica.

[22] Véanse Caminker, 1991; Dorf, 1995.

[23] Para una presentación más clara de esta distinción, véase García Yzaguirre, 2023a.

Esto implica que las decisiones jurídicas deben ser tomadas conforme a un procedimiento basado en valores formales y que las calificaciones jurídicas de los actos sean coherentes con valores sustantivos. A este conjunto de autores les denominaré controlabilistas. Los juicios descriptivos, desde esta perspectiva, se realizan ex post, después de la decisión jurisdiccional, y los juicios prescriptivos se centran en la argumentación y coherencia con principios y valores establecidos. En tal sentido, a manera de generalización, quienes formen parte de este conjunto emplearán la predictibilidad de mandatos jurídicos para formular juicios descriptivos. En cambio, para formular juicios prescriptivos (respecto del diseño de reglas), podrán estar de acuerdo con un sistema maximizado de *ratio decidendi* y con un modelo basado en la corrección del precedente.

2.2. Precedentes errados

Como hemos visto en el subapartado anterior, dentro de la literatura especializada, la noción de seguridad jurídica suele ser empleada para justificar diferentes modelos de sistemas de precedentes[24]. Algunos de los modelos de sistema de precedentes justificados en la seguridad jurídica pueden suponer, por lo menos, dos costos[25]. Por un lado, genera una razón *pro tanto* en contra de la implementación de nuevas medidas en contextos cambiantes, lo que aumenta el grado de posible ineficiencia (o, incluso, de anacronismo) de un precedente para resolver un problema. Por otro lado, supone una razón para no resolver una experiencia recalcitrante[26]. De ambos, el punto en común es que la predictibilidad, aparentemente, nos compromete a tener que seguir un precedente errado.

Ahora bien, ¿a qué nos compromete la seguridad jurídica? ¿Proporciona la seguridad jurídica razones *pro tanto* para no otorgar una competencia expresa a un aplicador del derecho para realizar un *distinguish* de un precedente erróneo emitido por una autoridad de mayor jerarquía?

Suele ser el caso que un aplicador del derecho considere que el precedente aplicable al caso que debe resolver es errado[27]. Por precedente errado entenderé los siguientes casos[28]:

---

[24] Esta justificación, además de ser diversa, tiene sus propios desafíos. No profundizaré en ellos, pero cabe señalar que uno de los más importantes es la necesidad de determinar qué metodologías son útiles para alcanzar los resultados esperados (predicción con altos grados de probabilidad de éxito) y establecer un criterio de preferencia para elegir una de ellas. En este sentido, la predictibilidad plantea un problema epistémico: cómo acceder a la información que permita saber qué pasará en el futuro. Sobre los problemas generados por el carácter práctico y reflexivo de las predicciones en el derecho, véase García Yzaguirre, 2023b.

[25] Véase, por todos, Schauer, 1987: 597-98.

[26] Sobre los problemas que ello puede generar, véase García Yzaguirre, 2023b.

[27] En Nelson, 2021, es posible encontrar una recopilación de jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense en la que ella califica a un precedente como errado. Véase, además, Kozel, 2017: 12 y ss.

[28] El elenco indicado refiere a los principales casos identificados. No pretende ser exhaustivo.

En primer lugar, a un precedente relevante que es considerado inválido o irregular porque fue emitido fuera del alcance de las competencias del aplicador del derecho que dictó el precedente. Es irregular, principalmente (pero no únicamente) debido a que la *ratio decidendi* es sobre una materia sobre fuera del alcance de las normas competencia o debido a que la emisión se llevó a cabo sin seguir el procedimiento establecido para ello.

En segundo lugar, a una *ratio decidendi* que ofrece una solución normativa inaceptable. Ello puede deberse, al menos, a dos circunstancias. Por un lado, a que el caso genérico de la norma no contiene una propiedad que debió haber sido introducida (conforme al sistema valorativo del intérprete). En términos más simples: el antecedente no contiene una distinción que debería contener[29]. Por otro lado, debido a que el caso genérico ha sido adecuadamente identificado, pero este ha sido correlacionado con un consecuente que no refleja, adecuadamente, el balance de principios jurídicamente relevantes al caso[30]. Dicho en breve, es un precedente errado por contener una *ratio decidendi* con un antecedente, ya sea diseñado inadecuadamente o diseñado adecuadamente, pero solucionado de manera equivocada.

En tercer lugar, un precedente será errado en caso de que su *ratio decidendi* ha dejado de ser coherente con nuestras convenciones sociales y morales. En tal sentido, el precedente ha devenido en anacrónico.

En cuarto lugar, un precedente será errado, en caso de estar en un modelo de sistema de precedentes con identificación maximizada de la *ratio decidendi*, si se considera que la máxima no es útil para identificar la *ratio decidendi*.

Un aplicador del derecho, frente a un precedente errado, podrá o bien seguirlo, o bien realizar alguna operación para evitar que la validez de su decisión esté condicionada al seguimiento de dicho precedente[31], entre ellas, un *distinguish*. Esta última operación será jurídicamente correcta, siempre que el

---

[29] Alchourrón y bulygin, 2012: 154 y ss. Una manera alternativa de presentar esta clase de supuestos es como un ilícito atípico, véase Atienza y Ruiz Manero, 2012: 244.

[30] Algunos autores presentan este punto señalando que se debería preferir seguir la Constitución antes que un precedente inconstitucional. Véase, por todos, Baude, 2019.

[31] Para un elenco de acciones posibles ver Marshall, 1996. En algunos casos la identificación de un precedente errado puede ser una razón para derogar el precedente. Respecto a esto último, para parte de la literatura, la verificación de un precedente errado es condición necesaria, pero no suficiente para justificar su derogación. Al respecto véanse Alexander, 1989-1990: 59; Núñez Vaquero, 2022b: 151.

Además de lo anterior, cabe precisar que un precedente errado puede convertirse en, siguiendo a Núñez Vaquero, un precedente negativo. Esto es, un precedente cuyo seguimiento generaría que la decisión sea considerada como injustificada, de manera que su uso generaría la invalidez de la sentencia. Sobre este punto: «un precedente negativo se da cuando se considera que una decisión jurisdiccional no resulta irrelevante, sino que es considerada como relevante, pero de manera negativa. Dicho con más precisión: seguir la *ratio decidendi* de un precedente negativo constituye una condición, contribuyente o suficiente, para que la decisión sea considerada inválida». Núñez Vaquero, 2022a: 254. En este supuesto se genera una situación inversa a la señalada en el texto principal: es condición de validez de la decisión del aplicador del derecho la omisión del uso del precedente.

aplicador del derecho tenga la competencia para llevarla a cabo y satisfaga las cargas de argumentación pertinentes. Ahora bien, ¿qué justifica que se deba otorgar la competencia para hacer un *distinguish*?

Para diversos autores, dicha competencia está justificada por razones diversas a la seguridad jurídica[32]. Como pasaré a precisar, esta afirmación es problemática.

3. SEGURIDAD JURÍDICA COMO CONCEPTO DENSO

A efectos de precisar, de mejor manera, qué supone el uso de la noción de seguridad jurídica en la justificación de un determinado modelo de sistema de precedentes, considero que es pertinente formular una reconceptualización de esta noción. Como es evidente, no es mi pretensión ofrecer una reconstrucción que sea capaz de explicitar los presupuestos implícitos de toda la literatura especializada en la materia, pues en ella hay desacuerdos teóricos que hacen inviable dicha labor.

Al respecto, la mejor forma de entender la literatura especializa no es como una discusión sobre los criterios que describen una práctica jurisprudencial o una sentencia usando el concepto de seguridad jurídica, sino como una discusión sobre cuál es la mejor forma de presentar a qué nos compromete la seguridad jurídica. El punto de divergencia está en las consideraciones normativo-valorativas: qué actos de los aplicadores del derecho merecen alabanza o rechazo.

Para ello, voy a sostener que la mejor forma de reconstruir qué es y a qué compromete la seguridad jurídica es como un concepto valorativo denso. Eso supone lo siguiente: i) la seguridad jurídica es una evaluación que un determinado sujeto realiza de una jurisprudencia y/o precedente; ii) dicha evaluación requiere adoptar el punto de vista interno de la práctica jurídica en la que se realizó el proceso de aplicación del derecho; y iii) esta evaluación supone, por un lado, generar (de manera justificada) predicciones sobre cómo actuarán los aplicadores del derecho y, por otro lado, formular preferencias que permitan calificar dichas expectativas. Veamos estos puntos.

---

[32] «*To take a dramatic example, past genocide does not generate an equality reason—not even a weak one—for continuing genocide in the present. Nor do any less dramatic past injustices have the effect of making what would otherwise be a present unjust act no longer unjust*». ALEXANDER, 2010: 495. Aquí, como podemos ver, el argumento está basado en una afectación a una forma de entender la pretensión de corrección de las decisiones judiciales.

3.1. Conceptos densos

Podemos diferenciar entre conceptos descriptivos y conceptos valorativos. Los conceptos descriptivos son aquellos empleados para presentar una característica del mundo. Por tanto, son verificables y no permiten expresar juicios de valor. En cambio, los conceptos valorativos son aquellos que permiten expresar juicios de valor.

Dentro de los valorativos, siguiendo a Bernard Williams (1995: 29), podemos diferenciar entre conceptos valorativos ligeros y densos. Un concepto valorativo ligero es aquel que es puramente evaluativo. Esto supone que es un concepto mediante el cual formulamos una razón *pro tanto*[33] para apreciar positivamente o negativamente[34]: son conceptos que usamos para expresar juicios sobre cómo debería ser el mundo, esto es, guían la acción.

En cambio, los conceptos valorativos densos son aquellos que nos permiten, por un lado, describir una determinada acción, objeto, hecho o estado de cosas y, por otro lado, alabarla o condenarla por poseer cierta (o ciertas) propiedad(es)[35]. Estos poseen dos componentes: i) uno valorativo (el mismo que ofrece un concepto valorativo ligero); y ii) uno descriptivo no valorativo (da cuenta de cómo es aquello de lo que se habla). La combinación de ambos ofrece conceptos que permiten expresar una razón *pro tanto* a favor o en contra y, a la vez, describe el mundo.

En extrema síntesis, un concepto valorativo denso es aquel que combina una evaluación y una descripción no evaluativa que, como bien señala Williams, opera tanto como guía de acción y son guiadas por el mundo[36]. Como se puede ver, este último elemento lo diferencia de los conceptos valorativos ligeros[37].

Veamos dos ejemplos de conceptos valorativos densos. En la afirmación «Juan es una persona egoísta», al calificar a Juan como egoísta lo que hacemos es dar cuenta de un conjunto de actos realizados. Pensemos que Juan prioriza sus intereses personales por sobre los de otros o por sobre la comunidad de

---

[33] Sobre la noción de razones *pro tanto* (y su diferencia con las razones *prima facie*), véase García Yzaguirre, 2022a.

[34] Pensemos, por ejemplo, en los conceptos bueno, malo, correcto, incorrecto, responsable, propiedad, entre otros.

[35] Pensemos, por ejemplo, en los conceptos de valiente, prudente, economía, frugalidad, grosero, entre otros.

[36] «*[S]uch concepts are "action-guiding". At the same time, their application is guided by the world*». Williams, 1985: 141-42.

[37] En términos de Kirchin, lo que diferencia un concepto valorativamente ligero de uno denso es que los primeros indican una valoración sobre un objeto (la cual es comparable con otras valoraciones). En cambio, los segundos realizan tal valoración, pero además nos informan sobre cómo es el objeto. Kirchin, 2012: 5.

la que forma parte: solo se pone en contacto cuando necesita algo, pero no está disponible para ayudar o apoyar cuando los demás lo necesitan. Al caracterizar los actos de Juan como egoístas hemos aprendido algo más sobre él, pero solo no eso. También se expresa una valoración de que esos actos son condenables y que no deben ser realizados. En tal sentido, se expresa una descripción de lo ocurrido, pero también un compromiso valorativo en el sentido de que ni otros, ni el hablante, deben llevar a cabo dichos actos.

Veamos la afirmación «este argumento es válido». Aquí estamos llevando a cabo dos cosas: estamos describiendo el argumento y, a la vez, lo estamos evaluando. Una primera apariencia es que, al predicar la validez, estamos describiendo que el argumento es válido por haber satisfecho determinados criterios contenidos en un lenguaje técnico. Por ejemplo, por haber satisfecho las exigencias contenidas en el modelo estándar de lógica de Von Wright. Sin embargo, el estudio de los desacuerdos entre los lógicos deónticos es demostrativo que ello sería insuficiente: al discutir sobre la validez de un argumento se está discutiendo sobre los compromisos filosóficos que los llevan a considerar al argumento como aceptable. Esos argumentos se reflejan, en parte, en las críticas a los lenguajes técnicos[38] y en la formulación de nuevos lenguajes lógicos en función a consideraciones normativas (se aspira ofrecer un lenguaje que capture la argumentación correcta y la diferencie de la incorrecta). Así, en breve, al predicar la validez de un argumento, lo que se hace es formular una descripción en base a un lenguaje técnico y a un compromiso normativo[39]. Como vemos, el uso de este concepto nos da una idea de cómo está estructurado y, además, exhibe nuestro compromiso de aprobación.

Para una adecuada comunicación será necesario que el hablante tenga comprensión y dominio de ambos elementos. El uso de los conceptos valorativos densos exige adoptar el punto de vista interno de una práctica jurídica[40]. En efecto, una determinada caracterización usando este tipo de conceptos requiere una manera de comprender aquello que se está describiendo. Esto supone una carga convencional compartida por una comunidad de referencia. Habrá, en ese sentido, usos correctos o incorrectos en función a si se adecúan a la práctica convencional o no[41].

---

[38] Véase Rodríguez, 2021: Cap. I, apartado 4. Asimismo, Russell, 2015.

[39] Sobre este punto, vase Arbeiter, 2023.

[40] Esta precisión es relevante, pues lleva a la discusión sobre cuál es la mejor manera para medir la seguridad jurídica de una práctica de aplicación del derecho en un determinado lugar. Sobre este punto no profundizaré en este capítulo de libro. Al respecto, cabe contrastar la metodología empleada en Ferrer y Fernández Blanco, 2015, basada en indicadores y la metodología empleada por el Civil Law Instititute para elaborar el *Index of Legal Certainty*, basada en encuestas de cómo expertos percibían las prácticas juridisccionales de sus propios países.

[41] Por ejemplo, señalar que una persona se ha comportado de manera lasciva supondrá descripciones disitintas dependiendo del lugar donde nos encontremos (y, por supuesto, del momento histórico). Lo que es considerado lascivo en Lima en junio de 2024 no necesariamente coincidirá con lo que es considerado lascivo en Barcelona en ese mismo momento o en la Barcelona de 1990. En este sentido,

Sobre los conceptos valorativos densos hay abiertas múltiples discusiones filosóficas. Para los efectos de este capítulo no será necesario abordarlas. Asumiré que es posible emplear este concepto para realizar precisiones conceptuales sin comprometerme con alguna de las respuestas a dichas discusiones[42].

3.2. Reconsideraciones a la discusión actual

Cuando calificamos una determinada práctica o decisión jurisdiccional como un caso que instancia la noción de seguridad jurídica estaríamos llevando a cabo una evaluación del objeto. Una expresión como «esta práctica de seguimiento de precedentes ofrece seguridad jurídica» o como «este precedente del Tribunal Supremo ofrece seguridad jurídica», sería una manera de expresar una descripción y una evaluación[43].

Kirchin (siguiendo a Williams), señala «Once we encounter other societies with their different evaluative concepts we may call into question the usefulness and truth of our own. But, if anything can give us confidence in our moral dealings it is our thick concepts, as they (supposedly) get more purchase on the world». Kirchin, 2012: 4.

Este punto ha generado una interesante discusión sobre el conocimiento de los deberes (e interpretación del derecho). Sobre este punto profundizaré en futuros artículos. Al respecto, véase Raz, 2017, Redondo, 2018; 71-73. Moreso, 2000: 109-11.

[42] Para ver un elenco de problemas filosóficos abiertos en relación con los conceptos valorativamente densos, véase Eklund, 2011.

A efectos de claridad y precisión, paso ahora a señalar las discusiones más complejas y que, potencialmente, podrían ser relevantes para la investigación:

En primer lugar, uno de los principales puntos de discusión es cómo los conceptos valorativos densos combinan una evaluación y una descripción no evaluativa. A ello se le suele denominar el problema de la combinación. Al respecto, caben dos posibles respuestas. Por un lado, algunos autores señalan que el carácter evaluativo se debe a la semántica del lenguaje empleado (véase, por ejemplo, Dancy, 1995). De esta forma, el componente valorativo es parte del significado del concepto. Señalar, de esta forma, que «Juan es una persona egoísta» implicaría la afirmación «Juan es una persona mala» y «Juan es una persona que prioriza sus intereses por sobre el interés de los demás». Por otro lado, otros autores señalan que el carácter evaluativo se debe a la pragmática (Väyrynen, 2013: 60 y ss.). Así, el componente valorativo no forma parte del significado, sino que es una implicación conversacional (Véase Moreso, 2008: 182).

En segundo lugar, del punto anterior se ha generado la discusión respecto a si los conceptos valorativos densos ponen en duda la separación entre ser y deber ser. A ello se le suele denominar el problema de la separación. Para muchos autores esta separación entre los hechos y las valoraciones supone que no es posible combinar un enunciado valorativo con uno descriptivo, pues no es lógicamente posible derivar un juicio de deber ser a partir de una proposición descriptiva. En tal sentido, o bien los conceptos valorativamente densos socavan dicha distinción, o bien no lo hacen y será necesario reconsiderar dicha conclusión.

[43] Cabe señalar que estas expresiones son, desde la aproximación que asumiré, gramaticalmente incorrectas. No es adecuado señalar que un sistema de precedentes o un precedente ofrece seguridad jurídica. La seguridad jurídica, desde esta aproximación, es una propiedad que dichos objetos poseen y que nosotros, como participantes de una determinada práctica, describimos y asumimos un compromiso valorativo al hacerlo. En tal sentido, la expresión «ofrece» (o cualquiera análoga) no es correcta. Sin perjuicio de ello, en vista a los usos lingüísticos vigentes, mantendré este tipo de expresiones a efectos de no generar propuestas lingüísticas disonantes o que distraigan la atención de la discusión. Agradezco a Maribel Narváez por las discusiones sobre este punto.

Si entendemos la seguridad jurídica como un concepto denso, ¿de qué manera ello nos permitiría aclarar, de mejor manera, si ofrece una razón pro tanto a favor o en contra de tener un modelo de sistema de precedente que prevé que ciertos aplicadores del derecho puedan hacer un *distinguishing* a precedentes?

Conforme a lo que se ha expuesto, sería necesario explicitar dos preguntas (relacionadas entre sí): ¿qué se describe? y ¿cómo se valora? De este modo, cabría diferenciar, en materia de seguridad jurídica, dos aspectos: expectativas fácticas y preferencias.

a) Expectativas fácticas

Por expectativas fácticas aludo al conjunto de criterios empleados para dar cuenta de estados de cosas futuros o de hechos. Si se trata de estados de cosas futuros les llamaré expectativas predictivas. Si se trata de hechos les llamaré expectativas de hechos. Veamos cada una.

Por expectativas predictivas refiero al conjunto de predicciones que un determinado conjunto de agentes predictores relevantes realiza sobre cómo será la jurisprudencia y/o una decisión específica. La formulación de estas expectativas supondrá llevar a cabo un estudio descriptivo sobre cómo es una determinada práctica y emplear alguna técnica de formulación de predicciones que les permita inferir cómo será en el futuro.

Como hemos visto líneas atrás, para la formulación de este tipo de expectativas será necesario: i) describir y valorar la estabilidad de los *inputs* informativos[44]; y ii) formular una predicción (el *output* será una posible norma aplicable a un caso individual presente o futuro). Dicho de otro modo, este tipo de expectativas aluden a lo que se espera ocurra en una práctica jurídica.

Por expectativas de hechos refiero al conjunto de criterios empleados para describir un determinado estado de cosas, acción y/o evento. Dichos criterios son criterios de relevancia que identifican ciertas características y cuyo empleo en la descripción de un sistema normativo son útiles para aplicar ciertos conceptos u otros.

Un ejemplo de estas expectativas de hecho es el Proyecto sobre Indicadores de Seguridad Jurídica en Iberoamérica formulado por Ferrer y Fernández Blanco (2015). En ellos se establece un conjunto de criterios que permiten analizar y medir el grado de seguridad jurídica en un determinado sistema jurídico. Dicho de otro modo, aluden a lo que se espera encontrar en una práctica jurídica.

---

[44] Ello supondrá describir el derecho vigente, instituciones públicas, prácticas e ideologías jurídicas, entre otras.

b) Preferencias

Por preferencias refiero al conjunto de valoraciones que, una determinada comunidad jurídica, suele emplear para calificar que un determinado proceso y resultado de aplicación del derecho es satisfactorio. De esta forma, pretendo identificar el conjunto de valoraciones *pro tanto* empleadas por los juristas para calificar un determinado resultado como correcto o deseable.

Como hemos visto, dentro de la literatura especializada hay desacuerdos respecto a qué hace valioso a un determinado estado de cosas. Los predictibilistas, por ejemplo, consideran valioso un estado de cosas que les permita generar condiciones favorables para el ejercicio de la autonomía personal. En cambio, los controlabilistas, consideran valioso un estado de cosas que sea axiológicamente aceptable. De esta forma, con la noción de preferencia agrupo al conjunto de discursos prescriptivos sobre qué hace valiosa una jurisprudencia y/o decisión específica para generar estabilidad en un determinado sistema jurídico.

Una manera alternativa de presentar este punto es recurriendo a la noción de normalidad: las preferencias son aquellas que permiten identificar una práctica de aplicación del derecho que satisface nuestras exigencias de normalidad[45]. De manera más precisa, refiero a que la distinción entre lo normal y lo anormal se basa en criterios axiológicos. Un caso se considera normal si produce efectos aceptables. En contraste, los casos anormales ofrecen consecuencias inaceptables. Dicho de otro modo, los casos normales son aquellos en los que resulta razonable realizar un acto de la forma en que era desarrollado con anterioridad. En cambio, los casos anormales son situaciones en las que es pertinente cuestionar si las consecuencias previstas son, dadas las circunstancias, el curso de acción adecuado o correcto según algún criterio axiológico.

Como podrá notarse, los casos normales suponen que el derecho esté determinado (que no haya problemas de laguna normativa, de vaguedad ni de ambigüedad) y que, respecto a los posibles efectos de la aplicación de la *ratio decidendi* sea posible identificar que son: i) idóneos para satisfacer la justificación de su creación; ii) no contradicen desmesuradamente los propósitos de otras normas que forman parte del sistema normativo; y/o iii) sean casos claros de resultados axiológicamente aceptables para la comunidad jurídica de referencia.

En cambio, los casos anormales serán aquellos en los que el derecho padece de lagunas normativas, antinomias o presenta una laguna axiológica. En

[45] Sobre las diferentes maneras de entender la noción de normalidad y su uso en la justificación de actos de creación de excepciones a normas véase García Yzaguirre, 2022b.

este último supuesto, ello se puede dar en caso de que el posible efecto de la aplicación de la *ratio decidendi* sea: i) contrario a la justificación de su creación; ii) contrario de manera desmesurada a los propósitos de otras normas que forman parte del sistema normativo; y/o iii) sea un caso claro de resultado axiológicamente inaceptable para la comunidad jurídica de referencia.

Como podrá notarse, con el uso de la etiqueta «anormal» pretendo presentar el supuesto bajo el que un aplicador del derecho considera que la aplicación de un precedente generará consecuencias que no se deberían producir o, en algunos supuestos, que considera que tiene el deber de evitar (un precedente errado).

¿Cómo es posible identificar el parámetro de normalidad? Dentro de la literatura especializada de seguridad jurídica, estas preferencias pueden ser identificadas a partir de diversos materiales normativos. Al respecto, paso a ilustrar el punto señalando los principales[46]:

En primer lugar, es posible construir preferencias a partir de la normativa utilizada en los procesos de aplicación del derecho. Estas preferencias pueden elaborarse a partir del propósito legislativo de la normatividad que es usada en el universo de casos analizados. En extrema síntesis, aludo al universo de resultados sociales, económicos o de justicia esperados por el legislador al momento de dictar la normativa usada.

En segundo lugar, es posible construir preferencias partir de las razones que justifican la creación de la institución a la que pertenece el aplicador del derecho. Estas preferencias pueden elaborarse, por lo menos, a partir de: (a) un análisis funcional del para qué ha sido diseñada e implementada una determinada institución jurídica; y (b) de un análisis de los principios institucionales (siguiendo a Atienza y Ruiz Manero, se trata de aquellos que ofrecen guías de acción para una adecuada operatividad del derecho, estableciendo condiciones y mandatos para la ejecución de una de sus instituciones[47]).

---

[46] Cada uno de estos elementos variará en función a las preferencias de cada investigador.

[47] Algunos ejemplos de principios institucionales son: i) la preservación de la estabilidad del sistema jurídico que justifica la regulación de la declaración de estado de excepción que supone la suspensión del ejercicio de determinados derechos; ii) la efectividad de la investigación penal que justifica la regulación de la prisión preventiva; o iii) la separación de poderes que justifica, entre otras cosas, la presunción de constitucionalidad de las leyes. Atienza y Ruiz Manero, 2001: 127-28.

Los principios institucionales pueden ser utilizados en una ponderación para: a) dar razones a favor de la aplicación del principio sustantivo (confirman el resultado de la ponderación entre principios sustantivos); b) dar razones en contra de la aplicación del principio sustantivo (contradicen el resultado de la ponderación entre principios sustantivos); o c) no dar razones a favor ni en contra de la aplicación del principio sustantivo. En caso de que sean utilizados para dar razones en contra, se deberá ponderar el principio sustantivo con el principio institucional, lo que supone, como toda ponderación, que en algunos supuestos prevalezca el principio sustantivo y en otros el principio institucional. Esta idea ha sido expuesta previamente en García Yzaguirre, 2021: 382.

En tercer lugar, es posible construir preferencias a partir de la moral positiva. Por ella, aludo a las guías de conducta que son efectivamente aceptadas y compartidas por un grupo social en un momento y lugar determinados. Es una moral que existe en la práctica, regulando comportamientos de manera concreta y observable dentro de una sociedad específica. Esta moral es denominada positiva, pues son reglas que están vigentes y se aplican en la realidad social, independientemente de su corrección moral o justicia[48].

En cuarto lugar, es posible construir preferencias a partir de una teoría normativa. Esto es, a partir de un conjunto de preferencias valorativas ético-morales sobre cómo debería ser la regulación de una determinada acción o actividad.

Dicho en breve, bajo esta propuesta entenderé por seguridad jurídica aquellos casos en los que hay coincidencia de un conjunto de expectativas fácticas y preferencias. Ahora bien, como podrá notarse, el compromiso con determinadas preferencias implicará comprometerse, además, con ciertas expectativas fácticas (y rechazar otras). Ello, pues las preferencias supondrán asignar relevancia a un aspecto del mundo u otro. En efecto, por señalar un caso, un conjunto de preferencias podrá determinar si preferimos diseñar expectativas fácticas orientadas a la predictibilidad de mandatos (un controlabilista) o, en cambio, a la predictibilidad de resultados (un previsibilista).

3.3. Seguridad jurídica como la expectativa predictiva de la satisfacción de una preferencia

Ahora bien, ¿de qué manera esta reconceptualización nos permite analizar la relación entre la seguridad jurídica, precedentes errados y la competencia para hacer un *distinguish*?

En primer lugar, el uso de la noción de seguridad jurídica supone adoptar compromisos normativos respecto a qué debe ser alabado y qué no. En vista a que es un concepto valorativo, ello supone que su ejercicio es producto de haber identificado y usado un sistema normativo axiológico que, para el presente caso, sirve para que cada sujeto determine cómo cree que debe ser la práctica jurídica de seguimiento de precedentes[49]. Esto permite señalar que aquello que se predice, el para qué se predice y si lo predecible cuenta o no como un caso de seguridad jurídica es, bien entendido, una manifestación de un conjunto de preferencias ético normativas sobre cómo debería ser la práctica jurídica[50].

---

[48] Véase, por todos, Muffato, 2014: 124 y ss.

[49] Por ejemplo, quien asume que la justificación que ofrece la seguridad jurídica es traducible en una absoluta estabilidad del derecho es una manera de predicar un conjunto de tesis normativas en contra de la adaptabilidad del derecho frente a un mundo cambiante y/o de renunciar a deliberación.

[50] Justificar un modelo de sistema de precedentes en base a la seguridad jurídica es solo una manera de encubrir preferencias sobre cómo queremos que sea la práctica jurídica. Un polo extremo es que

En segundo lugar, las relaciones entre expectativas predictivas y las preferencias nos ofrecen un elenco de posibilidades que ilustran los diferentes discursos sobre la seguridad e inseguridad jurídica. En efecto, ambos tipos de expectativas pueden coincidir o no[51]. Veamos estos escenarios:

i) No es posible construir expectativas predictivas con altos grados de probabilidad de éxito (los procesos de aplicación del derecho son impredecibles).

ii) Es posible construir expectativas predictivas con altos grados de probabilidad de éxito, pero estos no son coincidentes con las preferencias.

iii) Es posible construir expectativas predictivas con altos grados de probabilidad de éxito y estos son coincidentes con las preferencias.

Conforme lo señalado líneas atrás, uno de los puntos principales a ser explicitados de la literatura especializada es que la seguridad jurídica supone que los aplicadores del derecho actuarán de manera predecible. Ahora bien, esto ya permite diferenciar dos grandes maneras de entender la seguridad jurídica.

Para un previsibilista la predictibilidad alude, principalmente, a la capacidad de un destinatario del derecho de formular predicciones con alto grado de probabilidad de éxito respecto a cómo actuarán los aplicadores del derecho. Ello, conforme lo señalado líneas atrás, en base a preferencias generadas a partir de una determinada forma de entender la autonomía personal[52]. En cambio, para un controlabilista la predictibilidad no alude a cualquier tipo de interacción institucional. Solo son considerados como seguridad jurídica aquellos resultados que son valorados empleando una razón *pro tanto* para su alabanza.

En tal sentido, para ambas concepciones, el escenario i) es incompatible con cualquier expectativa posible que pueda asociarse a la noción de seguridad jurídica, constituyendo un claro caso de inseguridad jurídica. El escenario ii) representa la predictibilidad de un estado de cosas futuro valorado de manera negativa, lo cual se considera un caso de predictibilidad de la inseguridad

---

encubre un discurso formalista y jerarquizado. El otro polo es que justifica una aplicación del derecho en base únicamente a principios, desprendiéndose de cualquier noción de regla.

[51] Veamos un ejemplo clásico de este punto, propio de la literatura sobre la noción de confianza. Por un lado, puedo tener predicciones sobre la hora a la Juan llegará a una reunión pactada construidas a partir de cómo te has comportado en el pasado. Puedo, en este sentido, predecir (y que la predicción se verifique) que Juan llegará 15 a 30 minutos por encima de la hora pactada y, además, que ofrecerá una frase de disculpas. Por otro lado, puedo tener expectativas sobre la hora que Juan debería llegar a una reunión pactada en base a las reglas sociales imperantes en la práctica local (en efecto, no lo es lo mismo que Juan llegue quince minutos tarde a una reunión en Lima que en Girona, pues el reproche será de distinto grado). Véase Hollist, 1998: 12-13.

[52] Cabe precisar que el discurso previsibilista varía en función a cómo se entienda la noción de autonomía. Por ejemplo, si asumimos una preferencia de promoción de la autonomía privada vinculada, además, con una concepción de las personas como sujetos que piensan con racionalidad de fines. De ser así, la predictibilidad de resultados no parece ser satisfactoria a estas expectativas. Ello, pues si nos comprometemos a ella, la predicción altamente probable y exitosa de la anomia y de la vulneración de derechos daría satisfacción a la predictibilidad, pero no tiene sentido pensar que es un medio para la autonomía que sea calculable un mundo sin autonomía.

jurídica. Por último, el escenario iii) abarca aquellos casos en los que se predice un estado de cosas valorado de manera positiva, lo que constituye un caso de seguridad jurídica. La diferencia entre una y otra es, como podemos ver, el contenido de la preferencia.

En tercer lugar, que sea predecible un precedente errado, como podemos ver, no necesariamente ofrecerá mayor seguridad jurídica. Conforme a lo señalado, ello dependerá de las preferencias que tengamos y de las expectativas predictivas que identifiquemos a partir de ellas.

Si consideramos los discursos sobre la predictibilidad de mandatos jurídicos y el controlabilismo, entonces el modelo de sistema de precedentes que no admite el *distinguish* está injustificado. Esto se debe a que no ofrece condiciones institucionales para la seguridad jurídica. Usualmente, como hemos visto, en la literatura se suele considerar que el *distinguish* está justificado como resultado de un conflicto entre la predictibilidad y otros principios (como la justicia o equidad). Sin embargo, la noción de seguridad jurídica no implica, necesariamente, tratar las normas como inderrotables.

Hacer que un precedente errado sea imponderable genera condiciones institucionales para la inseguridad jurídica. Si tenemos un precedente que, *prima facie*, generará un escenario de vulneración de un derecho, y el aplicador del derecho es incompetente para resolver esta situación, entonces es más probable que estemos frente a un sistema que permite resultados inaceptables. Por lo tanto, otorgar la competencia a los jueces para hacer un *distinguish* es ofrecer condiciones institucionales para la predictibilidad de resultados y la controlabilidad (dicho de forma más precisa: para concretizar las preferencias que las justifican).

De esto surgen dos implicaciones importantes para la justificación de la seguridad jurídica en los sistemas de precedentes. Por un lado, es necesaria una evaluación institucional: ¿qué aplicadores del derecho deberían ser competentes para hacer un *distinguish*? Esto puede suponer que todos sean competentes, solo algunos, o que en ciertas áreas del derecho ninguno lo sea, lo cual requiere una evaluación de riesgos en cada sistema normativo[53]. Por otro lado, una evaluación casuística es relevante: ¿podemos formular predicciones genéricas exitosas de que quienes ejerzan el *distinguish* lo harán de manera coherente con la seguridad jurídica?

En cualquier caso, el análisis de la seguridad jurídica como un concepto valorativamente denso muestra que la relación entre precedentes errados y competencia para hacerles un *distinguishing* está mediada por un conjunto de preferencias. Como tal, no es posible sostener que la seguridad jurídica sea, necesariamente, una razón para tener que seguir un precedente errado.

---

[53] Para una profundización de este punto véase García Yzaguirre y Kersic, 2025.

CONCLUSIONES

En el presente capítulo he formulado una propuesta de análisis sobre el uso de la noción de seguridad jurídica en la justificación de modelos de sistemas de precedentes y sobre si ella opera como una razón en contra de otorgar la competencia para hacer *distinguishing* a precedentes errados. En particular, se ha mostrado que:

1. La seguridad jurídica ha sido entendida de diversas maneras por diferentes autores. Al respecto, se ha propuesto diferenciar entre propuestas previsibilistas y controlabilistas. Bajo las primeras se entenderá por situaciones de seguridad jurídica, principalmente, a los casos en los que un destinatario del derecho es capaz de predecir con alta probabilidad de éxito las acciones de los aplicadores del derecho. Bajo las segundas, en cambio, se entenderá por situaciones de seguridad jurídica, principalmente, aquellas en las que un aplicador del derecho ha ofrecido resultados que son satisfactorios frente a un conjunto de principios procedimentales y sustantivos.

2. Si entendemos la seguridad jurídica como un concepto valorativo denso ello permitirá explicitar un conjunto de premisas relevantes para entender los diferentes discursos justificativos de los sistemas de precedentes. Al respecto, he propuesto entender por seguridad jurídica a aquellos casos en lo que hay coincidencia de un conjunto de expectativas fácticas (conjunto de criterios empleados para dar cuenta de estados de cosas futuros o de hechos) y preferencias (conjunto de valoraciones que, una determinada comunidad jurídica, suele emplear para calificar que un determinado proceso y resultado de aplicación del derecho es satisfactorio). El compromiso con un determinado conjunto de preferencias condiciona la identificación de las expectativas fácticas.

3. La atribución de la competencia para hacer un *distinguishing* a precedentes errados, desde esta perspectiva, puede operar como un medio para generar seguridad jurídica o no. Ello dependerá del conjunto de preferencias a las cuales cada agente se comprometa y lo lleven a adoptar una tesis previsibilista o controlabilista.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A., 1995: *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho,* México: Fontamara.

Alchourrón, C., y Bulygin, E., 2012: *Sistemas Normativos*, Bogotá: Astrea.

Alexander, L., 1989-1990: «Constrained by precedent», *Southern California Law Review*, 63 (1): 3-64.

— 2010: «Precedent», en D. Patterson (ed.): *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Wiley Blackwell: 493-503.

— 2013: «Did Casey Strike Out? Following and Overruling Constitutional Precedents in the Supreme Court», en C. J. Peters (ed.): *Precedent in the United States Supreme Court*, Springer: Netherlands: 47-62.
— 2015: «La vinculación del precedente, su alcance y su fuerza: un breve análisis acerca de sus posibilidades y sus virtudes», en C. Bernal Pulido y Th. Bustamante (Coord.): *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Bogotá: Externado de Colombia: 159-178.
Arbeiter, S., 2023: «Validity as a thick concept», *Philosophical Studies*, 180: 2937-2953.
Atienza, M., y Ruiz Manero, J., 2001: «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», Doxa, 24: 115-130.
— 2012: «Rules Principles and Defeasibility», en J. Ferrer, Jordi y G. B. Ratti (ed.): *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford: Oxford University Press: 238-253.
Baude, W., 2019: «Precedent and discretion», *The Supreme Court Review*, (1): 313-334.
Caminker, E. H., 1991: «Precedent and Prediction: The Forward-Looking Aspects of Inferior Court Decisionmaking», *Texas Law Review*, 73 (1): 1-82.
Chiassioni, P., 2015: «La filosofía del precedente: análisis conceptual y reconstrucción racional», en C. Bernal Pulido y Th. Bustamante (Coord.): *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Bogotá: Externado de Colombia: 21-66.
Cross, R., y Harris, J. W., 2012: *El precedente en el derecho inglés*, Madrid: Marcial Pons.
Duxbury, N., 2008: *The nature and authority of precedent*, Cambridge: Cambridge University Press.
Dancy, J., 1995: «In defense of thick concepts», *Midwest Studies in Philosophy*, 20: 263-279.
Dorf, M. C., 1995: «Prediction and the Rule of Law», *UCLA Law Review*, 42: 651-715.
Eklund, M., 2011: «What are Thick Concepts?», *Canadian Journal of Philosophy*, 41 (1): 25-49.
Ferrer, J. y Fernández Blanco, C., 2015: «Proyecto sobre indicadores de seguridad jurídica en Iberoamérica», en C. Cruz Moratones, C. Fernández Blanco y J. Ferrer Beltrán (coord.): *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, Madrid: Marcial Pons: 243-281.
García Yzaguirre, V., 2021: «Derrotabilidad de reglas y principios. Una propuesta de análisis», *Derecho PUCP*, 87: 373-404.
— 2022a: «"A primera vista" Un análisis sobre las normas prima facie», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 25: 31-85.
— 2022b: *excepciones implícitas e interpretación. una reconstrucción analítica*, lima: palestra.
— 2023a: «Aproximaciones a la seguridad jurídica. Una propuesta de reconstrucción», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 50: 29-56.
— 2023b: «Non-Application and Justified Violation of Norms. A Proposal for the Study of Defeasibility in the Theory of Law», *Analisi e diritto*, 2023-II: 153-185.

— 2024a: «El modelo peruano de sistema de precedentes. Una propuesta de reconstrucción» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 168: 121-149
— 2024b: Seguridad jurídica y predictibilidad. Una propuesta de reconstrucción, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie.
García Yzaguirre, V., y Kersic, M., 2025: «¿Deberían todos los aplicadores del derecho ser competentes para ponderar? Una discusión pendiente», *Revista Derecho de Estado*.
Hellman, D., 2013: «An Epistemic Defense of Precedent», en C. J. Peters (ed.): *Precedent in the United States Supreme Court*, Springer: Netherlands: 63-74.
Hollis, M., 1998: *Trust Within Reason*, Cambridge: Cambridge University Press.
Kirchin, S., 2012: «Introduction: Thick and Thin Concepts», en S. Kirchin (ed.), *Thick Concepts*, Oxford: OUP: 1-19.
Kozel, R., 2017: *Settled Versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge: Cambridge University Press.
Lammond, G., 2023: «The Doctrine of Precedent and the Rule of Recognition», en T. Endicott, H. Kristjánsson, y S. Lewis, (Coord.), *Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford: OUP: 21-34.
Linarelli, J., 2017: «Legal Certainty: A Common Law View and a Critique», en S. Fenwick y S. Wrbka (Coord), *The shifting meaning of legal certanity in comparative and transnational law*, Oxford: Hart Publishing: 159-176.
Llewellyn, K., 1960: *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston: Little, Brown & Co.
Postema, G. J., 1991: «On The Moral Presence Of Our Past», *McGill Law Journal*, 36 (4): 1153-1180.
Maccormick, N., Summers, R., y Goodhart, A. (Coord.), 2016: *Interpreting precedents*, Londres: Routledge.
Marinoni, L. G., 2013: *Precedentes obligatorios*, Lima: Palestra.
Marshall, J., 1996: «Trentatre cose che si possono fare con i precedenti. Un dizionario di common law», *Ragion Pratica*, 6: 29-35.
Moreso, J. J., 2000: «Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional», *Doxa*, 23: 105-118.
— 2008: «Teoría del Derecho y neutralidad valorativa», *Doxa*, 31: 177-200.
Muffato, N., 2014: «Morale positiva vs morale critica», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2014-1: 115-147.
Nelson, C., 2001: «Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents», *Virginia Law Review*, 87 (1): 1-84.
Núñez Vaquero, A., borrador: «Las razones, a favor y en contra, de los sistemas de precedentes».
— 2022a: *precedentes: una aproximación analítica*, madrid: marcial pons.
— 2022b: «Derogación y resolución de antinomias entre precedentes», en A. Martínez Verástegui (Coord.): *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*, México: Centro de Estudios Constitucionales SCJN: 131-180.
Perry, S. R., 1987: «Judicial Obligation, Precedent and the Common Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 7 (2): 215-257.
Raz, J., 2017: «Notas acerca del valor y la objetividad», en B. Leiter (Ed.): *Objetividad en el derecho y en la moral*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 305-265.

Redondo, M. C., 2018: *Positivismo jurídico interno*, Krnaj: Revus.
Rodríguez, J., 2021: *Teoría Analítica del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.
Russell, G., 2015: «The Justification of the Basic Laws of Logic», *Journal of Philosophical Logic,* 44: 793-803.
Schauer, F., 1987: «Precedent», *Stanford Law Review*, 39 (3): 571-605.
Stevens, K., 2018: «Case-to-Case Arguments», *Argumentation*, 32: 431-455.
Taruffo, M., 2016: «Institutional factors influencing precedents», en N. MacCormick, R. Summers y A. Goodhart (Coord.): *Interpreting precedents*, Londres: Routledge: 437-460.
Waldron, J., 2012: «Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach», *Michigan Law Review*, 111 (1): 1-32.
Williams, B., 1985: *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge: Harvard University Press.
Väyrynen, P., 2013: *The lewd, the rude and the nasty: A study of thick concepts in ethics*, Oxford: OUP.
Zorzetto, S., 2022: «Argumentos jurídicos y precedentes jurisprudenciales. Un experimento de sociología judicial entre la práctica y la teoría», *Revista Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 16: 85-128.