

ANATOMÍA DEL PRECEDENTE INTERNACIONAL (ESBOZO PARA LA DISCUSIÓN)

Mauricio Iván DEL TORO HUERTA

Al doctor Jorge Carpizo, jurista ejemplar; sirva este texto como un homenaje a su memoria. Mi agradecimiento y afecto al doctor Miguel Carbonell por hacerlo posible.

SUMARIO: I. *Palabras preliminares*. II. *Aproximación conceptual y naturaleza*. III. *Reglas del precedente*. IV. *Dimensiones del precedente*. V. *Perspectivas del precedente internacional*. VI. *Funciones del precedente internacional*. VII. *Usos del precedente internacional*. VIII. *Comentario final*.

I. PALABRAS PRELIMINARES

En la actualidad, uno de los debates más interesantes del derecho procesal constitucional, en su dimensión nacional y supranacional, está referido a la importancia práctica del precedente internacional. De hecho, nunca antes en la historia de la judicatura nacional la ruta de la interpretación de los derechos humanos estuvo tan marcada por la incidencia de la jurisprudencia internacional como en los últimos años, los primeros del siglo XXI, y no obstante su importancia en el ámbito de las relaciones interestatales, jamás el derecho internacional tuvo tanto peso y persuasión sobre los operadores jurídicos internos ni hubo tanta reflexión sobre su valor y relevancia jurídica.

Asimismo, nunca como ahora los caminos del derecho constitucional y del derecho internacional se entrecruzaron e interactuaron en el horizonte de los derechos y las libertades fundamentales para definir, con un lenguaje común, sus alcances y sus limitaciones, en la doble dinámica de internacionalización del primero y de constitucionalización del segundo.

Es verdad que la discusión sobre el papel del juez nacional en la aplicación e implementación del derecho internacional no es nueva, así como

tampoco lo es la relevancia del precedente judicial en las diferentes tradiciones jurídicas y la relevancia práctica y jurídica de la doctrina jurisprudencial internacional; menos aún, el debate en torno a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, y la recepción del derecho y la jurisprudencia internacionales. Lo nuevo es la condición en que opera el derecho internacional en el ámbito interno de los Estados, inserta en un escenario de mundialización o globalización jurídica, con una progresiva internacionalización de los derechos humanos y la proliferación de tribunales internacionales, así como la creciente apertura constitucional al derecho internacional, aunado al cuestionamiento de la labor interpretativa de los jueces y la mayor exigencia de justificación de sus determinaciones. Lo nuevo es también el impulso hacia una cultura de la globalidad y de cosmopolitismo judicial.¹

La doble fuente normativa —constitucional e internacional— de los derechos humanos conlleva necesariamente a la complementariedad de ambos sistemas, a relaciones intersistémicas de cooperación, coordinación y recepción; al diálogo y a la interrelación textual y contextual,² lo que se proyecta también en el ámbito de la interpretación de los derechos, a partir de la doble fuente judicial: nacional e internacional.³

Tales relaciones y dualidades no están exentas de asimetrías, tensiones y, en ocasiones, manifiestos conflictos, de ahí la importancia de la búsqueda de vías para la estabilización, armonización y confluencia de principios, normas y prácticas comunes. Entre tales esfuerzos está la identificación de perspectivas, funciones y usos del precedente internacional como instrumentos o textos relevantes en la conformación de un lenguaje jurídico común y de un sentido normativo coincidente.

Las siguientes líneas tienen por objeto explorar esa temática de manera general y preliminar, por lo que no se presentan posiciones concluyentes ni juicios definitivos, sino que nos limitamos a ilustrar algunos de los aspectos

¹ Ordóñez Solís, David, *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global. Globalización, derecho y jueces*, España, Aranzadi, 2008; McLaughlin Mitchell, Sara y Powell, Emilia Justyna, *Domestic Law Goes Global. Legal Traditions and International Courts*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011; Nollkaemper, André, *National Courts and the international rule of law*, Nueva York, Oxford University Press, 2011; Shany, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Nueva York, Oxford University Press, 2007; Del Toro Huerta, Mauricio I., “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 325-363.

² En general, véase Robles Morchón, Gregorio, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del derecho*, España, Aranzadi, 2007.

³ Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.

más relevantes de la discusión, a modo de piezas de rompecabezas que espero y les resulten útiles para la reflexión teórica y, en su caso, para la práctica judicial.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y NATURALEZA

No obstante la relevancia de la jurisprudencia internacional en la conformación del derecho internacional, no existe en este ámbito una teoría general del precedente judicial, así como tampoco un modelo para su aplicación.⁴ Tanto el uso argumentativo como la función de precedente en el conjunto del sistema internacional dependen de la práctica judicial de cada instancia internacional o nacional que aplique normas internacionales.⁵

Como lo advierte Christine Chinkin, en principio, el derecho internacional no precisa cuál es valor de las “decisiones judiciales” como “fuentes subsidiarias” o “medios auxiliares” para la determinación de las reglas de derecho, en términos del artículo 38, numeral 1, inciso d, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; de hecho, el artículo 59 dispone que “la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”, lo que se ha interpretado como el rechazo a cualquier doctrina del precedente en el ámbito de ese tribunal internacional. No obstante, si bien la perspectiva formal supone que los tribunales internacionales no crean derecho y que sus decisiones solo son obligatorias para las partes en litigio y pueden ser obviadas en casos futuros, lo cierto es que tal perspectiva

⁴ Gardner, John, “Judicial Precedent in the Making of International Public Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, tercera serie, vol. 17, núm. 4, 1935, pp. 251-259; Guillaume, Gilbert, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, núm. 1, 2011, pp. 5-23; Jacob, Marc, “La función sistémica del precedente: perspectivas del derecho internacional”, en Bogdandy, Armin von et al. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. II, pp. 675-716.

⁵ El valor de las decisiones judiciales en el derecho internacional está reconocido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, referente ineludible cuando se analiza el sistema de “fuentes” de ese ordenamiento, el cual —en su párrafo 1, inciso d— identifica a las “decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59”. Este último precepto obliga al cumplimiento de las decisiones de la Corte por los Estados partes de un litigio. Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional reconoce, en su artículo 21, que la Corte “podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”; ello en el entendido de que, según el numeral 3 del mismo precepto, la aplicación e interpretación del derecho “deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

ignora la realidad que confirma que es a través de la interpretación y la aplicación de los tratados y la costumbre que las decisiones judiciales dilucidan y desarrollan el derecho internacional.⁶

El término “precedente” alude a una decisión previa y relevante para la decisión de un caso posterior, una situación determinada por la existencia de un pronunciamiento judicial sobre una materia específica, ya sea que implique la atribución de derechos, el establecimiento de deberes, la delimitación de facultades, la valoración jurídica de hechos o la interpretación de preceptos normativos. En este sentido, se reconoce que los precedentes constituyen una forma de “derecho judicial” y “son resoluciones en las que la misma cuestión jurídica, sobre la cual hay que resolver nuevamente, ha sido ya resuelta una vez por un tribunal en otro caso”, lo que no supone prejuzgar la resolución del caso actual, sino que solo existe ya una respuesta sobre una cuestión jurídica en el marco de la fundamentación de un juicio previo; esto es, la interpretación de una norma que se estima correcta dada la autoridad del intérprete y los argumentos que la sustentan.⁷

En general, el sentido del uso del precedente es justificatorio más que regulativo, salvo en los sistemas que así lo imponen (tradicionalmente aquellos sistemas identificados con el *common law*),⁸ y su aplicación incide en el ámbito de la interpretación y argumentación judicial. De ahí que el uso del precedente adquiera relevancia en la práctica judicial nacional e internacional, a partir de su “uso argumentativo” como parámetro de regularidad, compatibilidad o uniformidad, al momento de justificar una decisión.

De esta forma, se afirma que el uso argumentativo del precedente consiste en “la referencia a decisiones anteriores que jueces y magistrados realizan con el fin de aportar un argumento extra en la justificación jurídica”, lo que denota, en primer lugar, que el ámbito de los precedentes es el de la interpretación y la justificación de nuevas decisiones, y en segundo lugar, que

⁶ Al respecto, Chinkin precisa lo siguiente: “In a decentralized legal system that lacks a legislature and where unwritten law is developed through the amorphous processes of state practice and opinion juris, judicial decision making carries great weight through exposition of the law. At national, regional and international levels courts play an especially important role in developing and moulding human right law in accordance with changing social circumstances and understandings of rights”. Chinkin, Christine, “Sources”, en Moeckli, Daniel *et al.* (eds.), *International Human Rights Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 115.

⁷ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 430-436.

⁸ En general, véanse Cross, Rupert y Harris, J. W., *El precedente en el derecho inglés*, Madrid, Marcial Pons, 2012; Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Madrid, Civitas, 1995; Magaloni, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, MacGraw-Hill, 2001.

esta relevancia práctica prescinde de un tratamiento jurídico que imponga el seguimiento de los precedentes o de su fuerza vinculante.⁹

En consecuencia, el precedente es el resultado del ejercicio de una facultad de un órgano jurisdiccional —en particular de aquellos de decisión última, supremos o límites— que constituye una decisión judicial (documento-determinación-razonamiento), que atendiendo a la tipografía competencial en el ámbito internacional, puede derivar del ejercicio de una función contenciosa (sentencia de admisibilidad, fondo o reparaciones), consultiva (opinión o parecer), o precautoria (resolución de medidas provisionales). Cada tipo de resolución tiene su propia naturaleza y no pueden equipararse en sus efectos, los cuales también son variables dependiendo el ordenamiento internacional de que se trate, pero que admiten tratamientos equivalentes en función a que no existe un modelo único o estandarizado.

De esta forma, en principio, se consideran “precedentes internacionales” aquellas determinaciones (razonamientos y decisiones) emitidas por órganos judiciales supranacionales o internacionales, tanto en el ámbito universal como regional, ya sea que tengan competencia general, como la Corte Internacional de Justicia, o competencia especializada, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar; los tribunales regionales en materia de derechos humanos (por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos); la Corte Penal Internacional y otros tribunales penales (en específico los establecidos para Ruanda y la ex Yugoslavia); los diferentes tribunales establecidos en el ámbito regional del derecho comunitario, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o la Corte Centroamericana de Justicia; entre otros.

Tales precedentes se distinguen, en general y en su aspecto formal, de la doctrina internacional que generan los órganos de naturaleza no jurisdiccional (recomendaciones derivadas del sistema no convencional de Naciones Unidas, como son el sistema de relatores, grupos de trabajo, expertos independientes, las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos, etcétera), a los que se reconoce generalmente un “efecto orientador”, o aquella doctrina de los órganos de naturaleza cuasijurisdiccional, la cual, no obstante, suele equipararse en sus efectos interpretativos a las resoluciones de las instancias judiciales, dado su carácter de instancia resolutoria y orientadora (tal es el caso de los informes y recomendaciones de los diferentes comités de Naciones Unidas o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). No obstante las diferencias formales, en la práctica judicial nacional suelen tener

⁹ Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 17.

también el mismo uso argumentativo, como parámetros de justificación de una decisión.

De esta forma, la noción de precedente implica uno o varios criterios, argumentos o razonamientos judiciales relevantes contenidos en una sentencia o resolución judicial, que pueden tener un alcance interpretativo de un enunciado jurídico (interpretación); un aspecto integrador de un texto normativo (integración), o implicar la proyección de un sentido evolutivo del ordenamiento (actualización). En general, la referencia a un precedente supone identificar una sola determinación judicial, aunque la noción implica también la idea de jurisprudencia en sentido estricto (doctrina judicial, *case law*, jurisprudencia constante), entendida como el conjunto de pronunciamientos contenidos en decisiones judiciales que determinan un criterio reiterado sobre una cuestión jurídica (normativa o fáctica).¹⁰

En este sentido, la jurisprudencia o el sistema de precedentes contribuyen a la continuidad, al dinamismo y a la coherencia del sistema jurídico, y tiene una función hermenéutica, epistemológica, constructiva o creativa, y evolutiva.

Asimismo, el deber de motivación y fundamentación, aunado a la exigencia de justificación y argumentación, hacen que la jurisprudencia y el precedente judicial representen no solo la expresión de la voluntad de un juez o un colegiado, sino una racionalidad técnico-jurídica “garantizada” (por las garantías mínimas del debido proceso) y condicionada a factores endógenos (sistema de fuentes, estructura orgánica, criterios de vinculación) y exógenos (cultura jurídica, herramientas de información) del órgano judicial.

III. REGLAS DEL PRECEDENTE

El precedente o la jurisprudencia constante constituyen “interpretaciones oficiales” de “órganos autorizados” de carácter último o definitivo sobre el sentido y alcance de un texto normativo, que definen el estándar normativo exigible a los operadores jurídicos o la valoración jurídica de determinada situación fáctica. De ahí que se afirme que el sentido y el alcance de una

¹⁰ Carbonell, Miguel, “Jurisprudencia: concepto, alcances y significados”, en Zaldivar Lelo de la Larrea, Arturo (coord.), *Derecho procesal constitucional, obra jurídica enciclopédica. En homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario*, p. 506; Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 245 y 247.

disposición están determinados conjuntamente por el texto que la expresa y por su interpretación autorizada, así como por su contexto.¹¹

En conjunto, se pueden identificar dos nociones del precedente: un sentido amplio del término, referido a toda decisión judicial que resulta relevante para un caso posterior, y en un sentido estricto, como aquella decisión que además de ser relevante y pertinente, resulta obligatoria, vinculante o persuasiva, en cierto grado, para el órgano que la emite o para otros órganos del mismo sistema o de uno diferente.

En general, toda determinación judicial que establezca un criterio jurídico puede constituirse en un precedente, al menos en un autoprecedente del órgano emisor. No obstante, suelen establecerse “reglas del precedente” (*case law*) o un “sistema de precedentes”, que definen las reglas y principios relativos a la formación, modificación y aplicación de las decisiones judiciales en el conjunto del sistema judicial.¹²

Las reglas del precedente derivan de la práctica judicial o de disposiciones legales. Asimismo, la fuerza jurídica vinculante (efectos o eficacia) de un precedente puede estar determinada en la legislación, derivar de la práctica judicial o provenir de las reglas y de los principios generales de la argumentación judicial.

A la regla jurídica del precedente subyace un criterio de universalidad (máxima de universalidad), que se traduce en la regla según la cual “los casos similares deben ser decididos de manera similar” (la regla del *stare decisis*, estarse a lo decidido previamente), lo que supone que en presencia de un mismo hecho o situación ha de darse la misma respuesta jurídica, o también como la máxima de que se deben tomar decisiones que en el futuro se esté dispuesto a respaldar ante las mismas circunstancias.¹³ De esta forma, se identifican algunos principios generales básicos reconocidos en los sistemas nacionales y en el internacional que rigen en el ejercicio de la función judicial —como ejercicio de un juicio racional—, entre los que destacan la uniformidad, la consistencia y la certeza, la seguridad jurídica, la universalidad, la igualdad en la aplicación del derecho, la coherencia argumentativa y la predictibilidad, así como la justificación mediante una argumentación racional, como parte del deber de una debida motivación y fundamentación.

¹¹ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *op. cit.*, p. 245.

¹² *Ibidem*, p. 252.

¹³ Gascón Abellán, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 31; Taruffo, Michele, “Precedente y ejemplo en la decisión judicial”, *Cinco lecciones mexicanas. Memoria del Taller de Derecho Procesal*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, p. 217 (incluido también en *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal*, Madrid, Marcial Pons, 2012); Cross, Rupert y Harris, J. W., *op. cit.*, p. 23.

En términos generales se distinguen dos tradiciones en el uso del precedente judicial: por un lado, la doctrina del *common law*, caracterizada por otorgar fuerza vinculante al precedente, por establecer la distinción fuerte entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, así como por determinar la aplicación de operaciones de distinción (*distinguishing*) y de abandono (*overruling/revirement*), y por otro, la doctrina del *civil law*, que suele otorgar solamente eficacia persuasiva al precedente. La práctica y la dinámica de los diferentes sistemas jurídicos, sin embargo, demuestran que los usos del precedente son mucho más dinámicos y que las categorías tienden a difuminarse o a resultar muy reduccionistas del fenómeno, de ahí que la regla del *stare decisis*, concebida en el sistema del denominado *common law*, no resulta trasladable, sin más, a otros sistemas jurídicos nacionales, así como tampoco al internacional.¹⁴

Como se adelantó, en el ámbito internacional no existe un sistema específico que regule el uso del precedente, a diferencia, por ejemplo, del sistema de *stare decisis*, y tampoco se atribuye exclusivamente un valor persuasivo a la *jurisprudence constante* de los tribunales internacionales como en el modelo del *civil law*.

Asimismo, en la práctica judicial internacional tampoco existe una clara distinción entre *ratio decidendi* (razonamiento que determina el sentido de la decisión) y *obiter dicta* (razonamientos contextuales o complementarios que, aunque están relacionados con la cuestión jurídica a resolver, no determinan la decisión).

En cualquier caso, la “regla de oro” no es absoluta y se admiten excepciones, giros, matices jurisprudenciales razonables o abandono (*overruling*) de criterios previos, atendiendo al sentido evolutivo de la interpretación judicial y a la necesidad de actualización y vivificación del derecho frente a nuevas situaciones, cambios de postulados, y nuevos paradigmas. Ello también repercute en la eficacia del precedente, lo mismo que en algunos criterios interpretativos, como el principio pro persona o la interpretación evolutiva, en tanto que configuran un límite material al uso del precedente como criterio hermenéutico.

Respecto a las reglas de formación del precedente, basta la adopción de un criterio judicial en una resolución (parte dispositiva o considerativa, sean sentencias estimativas o no) que sirva como pauta para casos posteriores; aunque se deben tener en cuenta algunas circunstancias que dotan al precedente de mayor autoridad: a) el tipo de órgano que la emite y el sistema

¹⁴ Taruffo, Michele, “Dimensiones del precedente judicial”, *Cinco lecciones mexicanas. Memoria del Taller de Derecho Procesal*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, p. 194 (incluido también en *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal*, Madrid, Marcial Pons, 2012).

al que pertenece; b) la votación que obtuvo su adopción (unanimidad o mayoría); c) su reiteración (jurisprudencia constante); d) la evolución del mismo (actualidad y oportunidad), y e) el contexto de la decisión (margen de apreciación y juicio de ponderación).

Sobre la aplicación del precedente, se debe distinguir entre aquella que realizan los órganos emisores (autoprecedente); la realizada por órganos jerárquicamente subordinados, orgánica o funcionalmente, pertenecientes al mismo ámbito internacional (precedente vertical), como podría ser en el ámbito interamericano la Comisión respecto a la Corte Interamericana, y la que realizan instancias judiciales internacionales pertenecientes a otro ámbito de jurisdicción (precedente horizontal). Asimismo, se debe distinguir entre aquella aplicación del precedente internacional que realizan los operadores internos, en particular los jueces nacionales, que se encuentran en una situación que va de sujetos regulados (en tanto órganos del Estado) a agentes del derecho internacional (en tanto órganos de garantía), y el uso de la jurisprudencia internacional por órganos nacionales que no pertenecen al sistema de origen del precedente internacional (uso como referencia al derecho comparado regional). En cualquiera de estos supuestos adquieren relevancia las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, en tanto que la aplicación del precedente internacional puede operar como factor de cumplimiento de un deber de respeto y garantía, o como mecanismos de prevención y promoción de un derecho en un contexto de consenso regional o global.¹⁵

En definitiva, la fuerza y la eficacia del precedente internacional dependerán del sistema del precedente, del contexto y del órgano que lo aplica.

Ahora bien, por cuanto hace a la forma de invocación y utilización del precedente, esta debe ser verificable, por lo que resulta conveniente que al momento de aplicar o considerar un precedente internacional se identifique claramente el órgano emisor, los datos mínimos de identificación respecto a la resolución o sentencia en que se contiene el criterio judicial (fecha, tipo de resolución, número de párrafo de la versión oficial, en su caso, el sitio, página o dirección de Internet donde está disponible, y la traducción de ser necesaria), y de ser pertinente y posible, las ocasiones en que se ha reiterado.

¹⁵ Sobre el uso del derecho comparado en general, véanse Häberle, Peter, “Derecho constitucional nacional, «uniones de Estados» regionales y el derecho internacional como derecho universal de la humanidad: convergencias y divergencias”, y Pegoraro, Lucio, “Derecho constitucional y método comparado”, ambos en Serna de la Garza, José María (coord.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 3-22 y 69-102, respectivamente; Vergottini, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, Civitas.

Finalmente, es importante distinguir entre la recepción de la jurisprudencia internacional por los jueces nacionales y el cumplimiento de las sentencias de los órganos internacionales por los órganos internos de los Estados condenados, entre ellos tenemos a los propios jueces nacionales.¹⁶ Este último aspecto suele regirse de manera específica a través de reglas que disponen el deber de los Estados de cumplir las sentencias en aquellos casos en que son parte, como es el caso, respectivamente, de los artículos 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 46.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.¹⁷

IV. DIMENSIONES DEL PRECEDENTE

En la actualidad se reconoce una creciente complejidad y diversidad de modelos de sistemas de precedentes, que hacen poco operativas las distinciones entre los sistemas tradicionales del *common law* y el *civil law*.

Michele Taruffò identifica cuatro dimensiones del precedente, cuya interrelación permiten identificar a los modelos de uso del precedente en los diversos sistemas jurídicos: a) dimensión institucional, b) dimensión objetiva, c) dimensión estructural y d) dimensión de la eficacia.¹⁸

¹⁶ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *op. cit.*, p. 255.

¹⁷ “Artículo 69. El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención”; “Artículo 46.1. Las Altas partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”, y “Artículo 59. La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. Para el tema de la ejecución de sentencias internacionales, véanse, entre otros, Corzo Sosa, Edgar *et al.* (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirand lo Blanch, 2013; Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, San José, Cejil, 2007; Salado Osuna, Ana, “La ejecución de las sentencias indemnizatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, y Arangüena Fanego, Coral, “El cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la revisión de sentencias firmes”, ambos en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 257-288 y 289-323, respectivamente; Schulte, Constanze, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

¹⁸ Taruffò, Michele, “Dimensiones del precedente...”, *cit.*

1. *Dimensión institucional*

La dimensión institucional se refiere al modelo de organización judicial y de las relaciones de autoridad en el sistema de las cortes de justicia, y distingue entre precedente vertical, precedente horizontal y autoprecedente. En el primero rige una jerarquía orgánica o funcional, y se suele advertir una eficacia vinculante del precedente. Por su parte, en el segundo existe una relación de igual jerarquía judicial dentro del mismo sistema jurídico, o respecto de otras jurisdicciones, ya sea que se trate de instancias extranjeras o internacionales, donde el precedente opera como ejemplo, más que como precedente en “sentido estricto”. Finalmente, el autoprecedente si bien se estima generalmente que no es obligatorio, cumple una función de coherencia y de pretensión de universalidad, así como de garantía jurídica de igualdad en la aplicación del derecho, lo que exige una justificación del abandono del autoprecedente.¹⁹

En el caso del modelo del sistema interamericano, esta dimensión se configura como un control complementario y subsidiario respecto de la protección nacional de los derechos humanos internacionalmente reconocidos en los tratados internacionales, de ahí que estemos dentro de una modalidad del “precedente vertical en clave de subsidiariedad”.²⁰ Estas relaciones suponen la “preconfiguración de criterios judiciales” que sirven como parámetros de control o de influencia dentro del conjunto del sistema. En materia de derechos humanos, dada su naturaleza, existe una pretensión de universalidad reforzada en función de la materia y no solo del funcionamiento del aparato de justicia.

¹⁹ En algunos Estados se han explorado con más claridad el valor del precedente y las consecuencias de su desconocimiento. Véanse, por ejemplo, los trabajos de Néstor Pedro Sagües, José Antonio Rivera, Eloy Espinosa-Saldaña, Humberto Nogueira, Miguel Ángel Fernández, Francisco Zúñiga, Marisol Peña, José Antonio Ramírez, Domingo Hernández y Mario Verdugo, publicados en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Santiago, año 4, núm. 1, 2006. Asimismo, véanse Ollero, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; Hernández Meza, Nelson, *Las consecuencias disciplinarias del desconocimiento del precedente judicial en Colombia. Bases teóricas de una propuesta de construcción*, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2012; Tamayo Jaramillo, Javier y Jaramillo J., Carlos I., *El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*, Colombia, Centro de Estudios Constitucionales-Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

²⁰ Del Toro Huerta, Mauricio, “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”, en Becerra, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 23-61.

2. *Dimensión objetiva*

La dimensión objetiva del precedente se refiere a la determinación de aquello a lo que se le atribuye eficacia de precedente, es decir, a la capacidad de influenciar a la decisión sucesiva. Esta pasa por las tradicionales distinciones entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, y a la eficacia persuasiva del precedente, aunque la práctica confirma que abarca diferentes aspectos, tales como: a) el criterio jurídico para calificar hechos relevantes; b) los principios jurídicos utilizados como criterios de interpretación de un texto específico; c) argumentos jurídicos empleados para justificar la decisión relativa a la calificación de los hechos o la decisión relativa a la selección de la *regula iuris*, o ambas.²¹

En general, los principios de relevancia y pertinencia operan como parámetros de identificación. Una resolución puede contener uno o más criterios, principios o argumentos relevantes, que pueden servir de precedente en casos futuros, siempre que resulten pertinentes. De forma tal que no constituye precedente en sentido estricto aquello que es irrelevante para la solución jurídica de un caso futuro. La decisión sobre la pertinencia se inscribe en el ámbito de la discrecionalidad judicial y de la deliberación argumentativa, aunque también resulta relevante considerar el hecho de que los tribunales internacionales, en particular en materia de derechos humanos, emiten criterios interpretativos-autoritativos en razón de ser tribunales especializados, con jueces de reconocido prestigio y con plena competencia material.

En el propio escenario del derecho internacional, cada vez es más común el diálogo horizontal entre tribunales internacionales, basado en el reconocimiento de la autoridad y especialidad de cada instancia, de forma tal que los tribunales de derechos humanos suelen citar jurisprudencia de tribunales penales internacionales o de otras instancias internacionales y viceversa, cuando ello es pertinente, en lo que se conoce como ejemplos de recíproca influencia (*cross-fertilization*) y respetuosa deferencia (*judicial comity*), ya sea como un factor de legitimación, como una mejor justificación o como una mayor persuasión ante el auditorio (Estados, jueces nacionales, actores internacionales, etcétera) nacional, regional e internacional.²²

²¹ Taruffo, Michele, “Dimensiones del precedente...”, *cit.*, pp. 198 y 199.

²² Véanse, entre otros, McCrudden, Christopher, “Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights”, *Oxford J Legal Studies*, 20 (4), 2000, pp. 499-532; Lupu, Yonatan y Voeten, Erik, “Precedent in International Courts: A Network Analysis of Case Citations by the European Court of Human Rights”, *British Journal of Political Science*, vol. 42, Issue 02, abril de 2012, pp. 413-439.

En algunos sistemas opera el modelo del *reporting*, que es una sistematización, maximización y publicación de criterios jurisprudenciales que compilan aquellos criterios o resoluciones que cumplen con las exigencias del sistema de precedentes; no obstante, en el ámbito internacional si bien existe una serie de compilaciones de criterios y de sistematización de la jurisprudencia, son las propias resoluciones y sus versiones oficiales y finales, publicadas en series y sitios oficiales, las que deben considerarse al momento de hacer referencia a un criterio internacional.

3. *Dimensión estructural*

La dimensión estructural (abierta o cerrada) atiende a aquello que constituye el precedente o a su dinámica de consolidación, esto es, a los requisitos cuantitativos (un solo precedente modelo, una jurisprudencia constante, o un número específico de resoluciones). Ello permite identificar también criterios contradictorios que impiden la consideración del precedente en sentido estricto o imposibilitan su identificación, o requieren de establecer procedimientos de resolución de contradicciones de criterios. En el ámbito internacional, dada la naturaleza complementaria de su jurisdicción, una sola decisión supone la adopción de un precedente que sirve de parámetro para casos futuros,²³ aunque suele también aludirse a la noción de “jurisprudencia constante” para enfatizar la consolidación del criterio. En general, son los propios tribunales o sus jueces en sus votos particulares los que identifican las líneas jurisprudenciales. De ahí la importancia del análisis y el estudio crítico de las sentencias internacionales, que permite identificar las posibles contradicciones y deficiencias argumentativas.

4. *Dimensión de la eficacia*

La dimensión de la eficacia del precedente se refiere a la naturaleza y a la intensidad de la “influencia” que este ejerce en la resolución de casos sucesivos. Desde esta perspectiva multidimensional, el problema del precedente no puede reducirse a la simple alternativa entre eficacia vinculante y no vinculante, sino que se requiere identificar una “escala compuesta por varios grados de eficacia del precedente”, que va de la obligatoriedad absoluta, y

²³ Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la suficiencia de una única sentencia para considerar que existe una regla relativa a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (caso Pentidis y otros contra Grecia). Citado en Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al tribunal constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 135.

sin excepciones, a la plena discrecionalidad del juez frente al precedente (es una cuestión de oportunidad), pasando por diferentes “grados intermedios”, como la vinculación fuerte (obligación específica) que admite excepciones y limitaciones previstas en el ordenamiento (deber/excepción); la vinculación general donde el precedente debe seguirse como máxima (deber general), mas admite su inobservancia si existen razones relevantes que se pueden determinar libremente, pero que deben ser indicadas y justificadas (deber/a menos que); la conveniencia de oportunidad para seguir el precedente, pero sin consecuencias de relevancia en caso de no hacerlo, sin que el juez esté obligado a justificar sus motivos (vinculación débil). Adicionalmente, se advierten tres situaciones que deben destacarse: a) el uso del precedente a título de ejemplo, a fin de mostrar un posible significado de una regla, pero sin pretensión de derivar consecuencias relevantes para la decisión del asunto; b) la situación de rechazo expreso o sustitución del precedente (*overruling/re-virement*), donde si bien se reconoce la eficacia previa del criterio, este ha sido superado por cuestiones jurídicas o de hecho, esto es, el precedente se cita con el fin de excluir su aplicación, y c) el desconocimiento o ignorancia del precedente (*ignorantia iuris*).²⁴

V. PERSPECTIVAS DEL PRECEDENTE INTERNACIONAL

Los procesos de internacionalización de los derechos humanos, la creciente apertura constitucional al derecho internacional y la incidencia de la jurisdicción regional de derechos humanos en el ámbito interno de los Estados han generado un intenso debate sobre el valor jurídico del precedente internacional a la luz del sistema de fuentes del derecho internacional, así como del deber de control de convencionalidad y del creciente diálogo jurisprudencial entre tribunales.²⁵

En general, se distinguen diversas perspectivas sobre el precedente internacional que van desde aquellas perspectivas minimalista que reconocen una completa discrecionalidad a los jueces nacionales frente a la aplicación de la jurisprudencia internacional y ninguna eficacia jurídica a esta, hasta las posiciones maximalistas que reconocen la obligatoriedad de la jurisprudencia, pasando por las críticas al activismo judicial o al exceso de “parroquialismo”.

²⁴ Taruffò, Michele, “Dimensiones del precedente...”, *cit.*, pp. 204 y 205.

²⁵ Sobre estos temas, véanse, entre otros, Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012; Vergottini, Giuseppe de, *op. cit.*

La discusión suele centrarse, desde una perspectiva formal, en el debate respecto del efecto vinculante, o no, de los precedentes internacionales a partir del análisis del sistema de fuentes (tratados, costumbre, principios generales y fuentes auxiliares, entre ellas las decisiones judiciales y la doctrina). No obstante, destaca también la perspectiva argumentativa en torno a la coherencia del conjunto del sistema de garantías establecido tanto en el ámbito nacional como internacional, donde el principio pro persona o la interpretación evolutiva adquieren importancia al momento de valorar la pertinencia y el uso argumentativo del precedente internacional.

La perspectiva material, además de considerar el sistema de fuentes, toma en cuenta las obligaciones y los deberes de respeto, garantía y adecuación del orden interno al internacional, previstos en los tratados internacionales y reforzados recientemente con las consideraciones en torno al deber de control de convencionalidad definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por los principios de responsabilidad internacional del Estado, en específico el principio que dispone el cumplimiento de buena fe de los tratados, de las normas de interpretación y el efecto útil que tienen, y aquel que establece que ningún Estado puede alegar normas o prácticas internas para justificar el incumplimiento de sus compromisos internacionales (artículo 27 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Al respecto, la Corte Interamericana en la sentencia del caso del Campo Algodonero *vs.* México destacó lo siguiente:

la Convención de Viena contiene una regla que debe interpretarse como un todo. El sentido corriente de los términos, la buena fe, el objeto y fin del tratado y los demás criterios confluyen de manera unida para desentrañar el significado de una determinada norma. Por otra parte, la Corte recalca que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso como el presente, debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.²⁶

²⁶ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C núm. 205, párr. 33.

Igualmente, la Corte Interamericana también ha destacado que el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado deben ser en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin, considerando que “las transformaciones ocurridas”, así como “su interpretación”, no pueden dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho. Además, “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación”, en específico el hecho de que “el *corpus juris gentium* se ha enriquecido considerablemente” y que el derecho internacional de los derechos humanos “ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección”, considerando finalmente que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.²⁷ En gran medida, los precedentes internacionales constituyen los referentes más objetivos para valorar en qué medida se constata “la evolución de los tiempos”, así como la “práctica subsecuente” a la adopción de un tratado internacional por los Estados, para efecto de su interpretación.²⁸ Ello a partir de los argumentos contenidos en las sentencias internacionales respecto de la valoración de determinadas conductas de sujetos relevantes para la conformación de normas de derecho internacional; la interpretación de hechos vinculados con un tratado, o el efecto, en el conjunto del ordenamiento jurídico, de la adopción de determinados instrumentos internacionales (declaraciones, recomendaciones, resoluciones, etcétera) por los órganos de las diferentes organizaciones internacionales. De la misma forma, la jurisprudencia internacional es un referente necesario al momento de determinar el alcance, la cristalización o la conformación de una norma consuetudinaria o la aplicación de un principio general del derecho.

Adicionalmente, se advierte una perspectiva pragmática que considera a los precedentes no tanto como fuentes, sino como argumentos a partir de la estructura lógica que considera que cuando existe la situación “A”, la respuesta jurídica debería ser “B”, porque “A” fue resuelta de forma “B”, considerando que cuando “C” es idéntica o similar que “A”, esta debería resolverse de forma “B”.²⁹ De esta forma, los precedentes crean una carga argumentativa y, por tanto, limitan la discrecionalidad del juez en la toma de

²⁷ “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”. Opinión consultiva OC-16/99 del 1o. de octubre de 1999. Serie A núm. 16, párrs. 113 y ss.

²⁸ Orakhelashvili, Alexander, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 359-365.

²⁹ Jacob, Marc, *op. cit.*, p. 679.

decisiones, sobre la base de la similitud pertinente y de las reglas del lenguaje, considerando además técnicas de control argumentativo —como el discernimiento (distinción significativa)—, a fin de declarar inaplicable el precedente, con independencia de su fuerza jurídica, o el abandono o separación sobre mejores razones o argumentos.

Lo anterior, considerando también el principio de no contradicción y la exigencia de que las decisiones judiciales se encuentren justificadas racionalmente, lo que supone necesariamente un grado razonable de coherencia, teniendo en cuenta, además, que los precedentes forman parte del ordenamiento jurídico; por lo que si, como señala Manuel Atienza, desde el punto de vista argumentativo, para los órganos jurisdiccionales el derecho opera como un sistema excluyente, en tanto que solo se pueden considerar razones contenidas explícita o implícitamente en el propio ordenamiento jurídico, los precedentes internacionales forman parte del acervo al que pueden acudir para justificar sus determinaciones por medio del ejemplo o la analogía.³⁰

La perspectiva pragmática o argumentativa no solo está interesada en el sistema de fuentes y en su jerarquía, sino en otros elementos que pueden tener una función persuasiva o justificatoria a partir de principios como el de universalidad, coherencia, igualdad, seguridad, etcétera.

Finalmente, la perspectiva sistémica o integral atiende no solo a los aspectos formales y argumentativos, sino también a cuestiones estructurales del sistema internacional, en específico del sistema de garantía colectiva que supone el establecimiento de mecanismos judiciales de garantía subsidiarios o complementarios a los sistemas nacionales.

Esta perspectiva destaca el carácter preventivo del precedente judicial como mecanismo coadyuvante de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, a fin de que no incurran en responsabilidad internacional, con objeto de salvaguardar la tutela individual de los derechos de las personas, así como el orden público que subyace al conjunto de disposiciones e instituciones internacionales.

Desde esta perspectiva, también los jueces nacionales son agentes del derecho internacional, no solo como sujetos obligados por sus normas, sino como mecanismos de control primarios o directos, lo que se refuerza con la regla del previo agotamiento de los recursos internos o el principio de complementariedad en el ámbito del derecho penal internacional.

Al respecto, resulta relevante, por ejemplo, la resolución 2004 (3) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a las sentencias que

³⁰ Atienza, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 2a. ed., México, Fontamara, 2001, pp. 197 y ss.

ponen de manifiesto un problema estructural subyacente, en la que el citado Comité invita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a identificar si en las sentencias que constatan una violación al Convenio Europeo de Derechos Humanos existe un problema estructural, en particular en casos susceptibles de provocar otras demandas, para poder ayudar a los Estados a encontrar una solución apropiada y al propio Comité de Ministros a supervisar la ejecución de las sentencias, siendo el órgano facultado por el Convenio para ello. En este sentido, también se advierte una función preventiva del precedente internacional, como lo ilustra, en el ámbito europeo, la recomendación Rec(2004)6 para la mejora de los asuntos internos, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, dirigida a los Estados, a fin de que examinen sus respectivos sistemas jurídicos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, con objeto de que los recursos internos sean realmente efectivos y con ello se evite la saturación del sistema de control convencional regional.³¹

Finalmente, esta perspectiva es además congruente, aunque no se confunde con otros instrumentos del propio sistema jurídico para integrar el ordenamiento jurídico, como la analogía y la experiencia.³² Aunque conviene recordar que en cualquier caso tales instituciones resultan aplicables en relación con el propio ordenamiento en que operan, por lo que pueden existir variantes en cada sistema o subsistema internacional.

VI. FUNCIONES DEL PRECEDENTE INTERNACIONAL

Generalmente se reconoce que la jurisprudencia contribuye a la seguridad jurídica en un triple aspecto de cognoscibilidad (al permitir a los particulares conocer la interpretación dada por los tribunales, en especial de los supremos o límite), uniformidad (al depurar interpretaciones erróneas o contradictorias), y previsibilidad (contribuye a la seguridad jurídica sobre el comportamiento judicial).³³

La función que puede desempeñar el uso del precedente internacional en un sistema nacional está determinada por diferentes factores, entre ellos tenemos a la concepción del derecho y de la jurisprudencia; el acceso de

³¹ Cit. por Fernández Sánchez, Pablo A., “Naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 180-185.

³² Jacob, Marc, *op. cit.*, p. 698.

³³ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 508.

fuentes de información; el conocimiento de lenguas extranjeras y el acceso a traducciones; la apertura al estudio de fuentes internacionales; el sistema de enseñanza del derecho, así como la metodología de estudio del derecho comparado. El análisis de estos factores escapa al propósito de este trabajo, pero es necesario enunciarlos a fin de que se advierta que el uso del precedente se da en un contexto complejo. En general, pueden reconocerse las siguientes funciones del precedente internacional, tanto desde la perspectiva formal, material, pragmática y sistémica.

1. *Función epistémica o cognitiva*

Normalmente, y con mayor razón ante la inflación normativa y jurisprudencial, es necesario precisar el contenido y alcance de los términos empleados en los tratados a partir de las determinaciones de los órganos autorizados para su interpretación. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia internacional se proyecta en un doble plano de definición: respecto de los criterios de interpretación y respecto de los contenidos normativos.³⁴

Lo anterior se manifiesta también en otros dos aspectos del precedente: su contribución en la identificación de normas de carácter consuetudinario, de normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) y de obligaciones *erga omnes*, así como en la relevancia práctica de la máxima *iura novit curiae*.

2. *Función normativa, prescriptiva o de control*

La función normativa o prescriptiva del precedente se basa en el principio de universalidad y supone la confirmación de una regla general.³⁵ Al respecto, resulta relevante la distinción entre “cosa juzgada” inter partes y “cosa interpretada” con efectos *erga omnes*. La discusión en este punto implica los efectos declarativos de las sentencias respecto de situaciones jurídicas incompatibles con el derecho internacional que trascienden al caso concreto (ya sea respecto de un Estado en particular, o respecto a situaciones equiparables en otros Estados), dado que si bien las instancias internacionales constituyen un recurso para las personas, su función también se proyecta al conjunto del sistema, a fin de salvaguardar el orden público internacional.

Sobre la distinción entre cosa juzgada y cosa interpretada, y su incidencia en el control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales,

³⁴ Saiz Arnaiz, Alejandro, “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”, en Saiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad...*, cit., p. 494.

³⁵ Taruffo, Michele, “Precedente...”, cit., p. 218.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su resolución de supervisión sobre el cumplimiento de la sentencia emitida en el caso *Gelman vs. Uruguay*, señaló respecto de la primera que

...cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso *Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma...³⁶

Por cuanto hace a la denominada “cosa interpretada”, la Corte precisó lo siguiente:

...el control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.³⁷

³⁶ Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párr. 68.

³⁷ *Ibidem*, párr. 69.

En este punto, la Corte Interamericana hace referencia al modelo europeo y destaca lo siguiente:

La eficacia interpretativa del tratado internacional se observa también en la práctica de autoridades y tribunales nacionales en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, véase Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 “*Execution of judgments of the European Court of Human Rights*”: “...3. El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte [Europea de Derechos Humanos] forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención *erga omnes* (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales”.³⁸

Asimismo, después de hacer referencia a diferentes resoluciones de tribunales nacionales de los Estados partes de la Convención Americana, la Corte Interamericana concluye que de esa práctica nacional “se desprende que varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los *obiter dicta* y/o las *ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones”.³⁹

Para efectos del tema que se expone, debe destacarse, en particular, la noción de “cosa interpretada” como base del carácter normativo del precedente internacional, como texto vinculante, en tanto que, de manera autónoma al efecto declarativo y reparador del caso en específico, se sitúa como parámetro para la definición del sentido y el alcance de los derechos humanos de fuente convencional, que muchas veces encuentran también un espejo en los ordenamientos nacionales.⁴⁰

Al respecto, el juez Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado a la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el referido caso Gelman, destacó que no debe perderse de vista que la eficacia interpretativa de la norma convencional ha sido resaltada desde hace tiempo por la doctrina europea con la denominación de “cosa interpretada” o *chose interprétée*, que en términos generales alude a la eficacia *erga omnes* que producen las sentencias del Tribunal de Estrasburgo hacia todos los Estados parte en la Convención Europea que no intervinieron en el proceso internacional, en la medida en

³⁸ *Ibidem*, nota 49.

³⁹ *Ibidem*, párr. 86.

⁴⁰ Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos...*, cit., 2008.

que el criterio interpretativo, como lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “sirve no sólo para decidir sobre los casos que conoce el Tribunal sino en general, para aclarar, proteger y desarrollar las normas previstas en la Convención” (caso Irlanda contra el Reino Unido, 18 de enero de 1978).⁴¹

Al respecto, dada la ausencia en general de mecanismos de ejecución de las sentencias internacionales, los operadores jurídicos internos, en particular los jueces, se sitúan no solo como sujetos obligados por el derecho internacional, sino también como agentes del propio derecho internacional en su función de garantes, en una especie de desdoblamiento funcional (*dédoublement fonctionnel*), en términos de Georges Scelle,⁴² que permite una forma de colaboración y recepción del derecho internacional que garantiza en mayor medida su plena vigencia y eficacia por los tribunales internos en el ámbito de sus competencias y de acuerdo a los procedimientos establecidos. Esta es la esencia del control de convencional, que los jueces actúen como agentes del derecho internacional, en promoción y garantía de los valores y fines que lo inspiran y rigen. Si bien la forma de ejercer ese control está definida en última instancia por el ordenamiento nacional, su ejercicio involucra deberes y obligaciones, y su importancia está determinada por la efectividad del sistema en su conjunto, en clave de complementariedad y subsidiariedad.

3. *Función sistemática (instrumento de garantía colectiva)*

Esta función alude tanto a la eficacia del sistema en su conjunto, como mecanismo de atribución de responsabilidades y reparaciones de violaciones de derechos humanos en casos individuales, como también al sistema basado en el control preventivo indirecto (pro futuro) a través del establecimiento de un sistema de garantía multinivel, que debe leerse en clave de subsidiariedad y complementariedad, a fin de que no solo se garantice la efectividad de los derechos humanos reconocidos internacionalmente en el ámbito interno (cumplimiento de las obligaciones y compromisos internacionales), sino también contribuir a la efectividad y a la armonización del sistema mismo, dada

⁴¹ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013, párr. 60.

⁴² Scelle, Georges, *II Précis de droit de gens*, 1931 (11), y «La phénomène du dédoublement fonctionnel», *Rechtsfragen der Internationalen Organisation: Festschrift für Hans Wehberg*, 1956 (324). Cit. por Cassese, Antonio, “Remarks on Scelle’s Theory of «Role Splitting» (dédoublement fonctionnel) in International Law”, *EJIL*, 1990, pp. 210-231; Shany, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Reino Unido, Oxford University Press, 2007, pp. 97-99.

su naturaleza subsidiaria.⁴³ Ello supone que las instancias regionales operen respecto de casos paradigmáticos, y los órganos internos como mecanismos de control de convencionalidad primarios, directos y auxiliares, en atención a la noción de garantía colectiva que —como lo ha destacado el juez de la Corte Interamericana, Eduardo Ferrer Mac-Gregor— supone que “los Estados Parte del Pacto de San José deben procurar todos los esfuerzos para que abonen al cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH”.⁴⁴ Al respecto, el propio juez mexicano ha señalado:

También se produce una relación directa entre la eficacia de la sentencia (consecuencia de la cosa juzgada internacional) y el sistema de “garantía colectiva” derivada de la propia Convención Americana. Todos los Estados Parte del Pacto se encuentran obligados, en su conjunto, a lograr el cumplimiento y eficacia de los pronunciamientos que emite el Tribunal Interamericano en tanto que los Estados Parte de la Convención y, en general, todos los Estados que conforman la Organización de Estados Americanos, se encuentran interesados en coadyuvar en el establecimiento de un orden público interamericano que garantice el desarrollo democrático de los pueblos. La Convención Americana establece la posibilidad de garantizar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Interamericana en términos del artículo 65 del Pacto de San José.⁴⁵

4. *Función jurisprudencial de desarrollo y armonización*

El precedente, en tanto expresa un razonamiento derivado del ejercicio de una función jurisdiccional, contribuye al desarrollo del ordenamiento jurídico internacional y a la armonización de este con los ordenamientos nacionales. Esta dualidad funcional, estrechamente relacionada con las anteriores, supone reconocer la objetividad de las obligaciones establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos, en tanto que no depende su interpretación de las posiciones subjetivas de los Estados, ni están sujetas a condiciones de reciprocidad, así como también supone asumir el criterio del efecto útil de los tratados internacionales como guía de significado y de su

⁴³ Entre otros, véase Queralt Jiménez, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 233 y ss.

⁴⁴ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*, párr. 77.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 75.

evolución como instrumentos vivos. De ahí que se afirme que la “actualización convencional supone, en definitiva, favorecer la efectividad del sistema a lo largo de los años”.⁴⁶

De la misma forma, la función armonizadora se manifiesta en el establecimiento de un estándar mínimo común a los operadores del sistema tanto nacionales como internacionales, característica general de todos los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. En el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo anterior se expresa en el artículo 29.b. (normas de interpretación), respecto a que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar “el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Por su parte, la función de armonización parte del reconocimiento de la pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales y la posibilidad de coexistencia de modelos distintos. La complementariedad del sistema no supone uniformidad, sino armonización, lo que sirve también de parámetro de compatibilidad en la aplicación de la doctrina del margen de apreciación de los Estados y para fijar los alcances del deber de adecuación del orden interno al internacional.⁴⁷ La compatibilidad como no contradicción “es la única concepción que tiene cabida en un sistema de naturaleza internacional y subsidiaria”.⁴⁸

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, destacó que, en términos generales, el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido; en particular, la Convención Americana “establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos”.⁴⁹

⁴⁶ Queralt Jiménez, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada...”, *cit.*, p. 242.

⁴⁷ Sobre el tema del margen de apreciación, véanse, entre otros, García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010, y Núñez Poblete, Manuel y Acosta, Paola Andrea, *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

⁴⁸ Queralt Jiménez, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada...”, *cit.*, p. 246.

⁴⁹ Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C núm. 184, párrs. 162 y 166.

Lo anterior es importante al momento del uso del precedente, en específico al emplear argumentos con base en la analogía, a fin de no maximizar o minimizar un criterio interpretativo sobre la base de un caso inconmensurable respecto del anterior o que admite un análisis de compatibilidad razonablemente diferente, atendiendo a la libertad relativa de medios que se reconoce a los Estados frente a las obligaciones de resultado impuestas por el derecho internacional y definidas por el precedente pertinente.

En última instancia, las acciones estatales serán valoradas por los órganos supervisores a través del principio de proporcionalidad, considerando también las categorías de “conceptos autónomos”, cuyo contenido es independiente a la significación nacional de una categoría o institución jurídica, y la “interpretación comparativa”, tanto en el ámbito regional como atendiendo a otros precedentes de otras instancias internacionales (diálogo jurisprudencial horizontal) o a la doctrina internacional relevante de otros órganos aplicadores, o incluso a otros instrumentos internacionales (*soft law*) que contribuyen a definir el estado actual de evolución del derecho internacional y el grado de consenso estatal, a fin de establecer un estándar regional como parámetro de control de convencionalidad.⁵⁰

5. *Función histórica*

La función histórica supone reconocer el papel relevante que juega la jurisprudencia internacional en el proceso de disolución-reconstrucción-reapropiación de la “verdad histórica” de las violaciones a los derechos humanos en los Estados y en las diferentes regiones (no solo como parte del derecho a la verdad de las víctimas, sino también como parte de derecho de la sociedad a saber), a través del cruce de narrativas a lo largo del procedimiento (donde participan y aportan documentos y pareceres no solo las partes, esto es, el Estado y las víctimas o sus representantes, y en el sistema interamericano, la Comisión Interamericana, sino también peritos, *amici curiae* [amigos de la corte], testigos, documentos de comisiones de verdad, etcétera) y en la sentencia respecto de los hechos del caso y de su contexto, particularmente en aquellos procesos de transición democrática, en situaciones de conflicto armado, o de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos.

Ello considerando que las sentencias son documentos históricos que, además de definir una “verdad judicial” en las circunstancias de cada caso, contribuyen a la reconstrucción del pasado con un claro sentido histórico y

⁵⁰ Queralt Jiménez, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada...”, *cit.*, pp. 248 y ss.

político: hacer de la justicia una forma de restauración de la memoria y propiciar las circunstancias para el perdón, el derecho al olvido y, en ocasiones, la reconstitución del tejido social.⁵¹

6. *Función política*

La función política se vincula a la perspectiva argumentativa y al uso estratégico del precedente internacional, al trasladar ciertas cargas o consecuencias de política interna a los operadores del sistema internacional, lo cual repercute no solo en la legitimidad de los operadores nacionales y del sistema interamericano, sino también a reducir posibles tensiones; esto es, cuando en el ámbito interno las condiciones políticas no permiten tratar un tema en particular, por incidir en intereses de actores jurídicos, políticos, sociales, económicos u otros, y resulta imposible legislar en determinada materia o modificar prácticas contrarias a los derechos humanos, el litigio estratégico puede resultar de utilidad, a fin de que, una vez agotados los recursos internos, sean las instancias regionales las que emitan un pronunciamiento que facilite o motive la modificación de normas o prácticas incompatibles con el derecho internacional. Este recurso político suele generar en algunos de los actores nacionales sentimientos nacionalistas o parroquiales, al considerar los pronunciamientos internacionales como un atentado a la soberanía y una intervención indebida o ilegítima en el orden interno.

7. *Función didáctica o pedagógica*

La función didáctica del precedente internacional está asociada al método de estudio del caso (*case method*)⁵² y alude al uso de este en los procesos de enseñanza y aprendizaje significativo, tanto en el contexto de estudios

⁵¹ Sobre el tema en general, véanse Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula, “Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica”, *Revisita Pensamiento Jurídico*, núm. 17, 2007; Pacheco, Gilda y Acevedo, Lorena (eds.), *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, IIDH-IDEA, 2007; Rincón Covelli, Tatiana y Rodríguez Zepeda, Jesús (coords.), *La justicia y las atrocidades del pasado. Teoría y análisis de la justicia transicional*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2012.

⁵² En general, véanse Grote, Rainer, “Comparative Law and Law Teaching Through the Case Method in the Civil Law Tradition-A German Perspective”; Flores, Imer, “Protágoras vis-à-vis Sócrates: los métodos de enseñanza-aprendizaje del derecho”, y Serna de la Garza, José María, “El método de casos: reflexiones sobre el cambio en la metodología de la enseñanza del derecho en México”, todos en Serna de la Garza, José María (coord.), *Metodología del derecho comparado...*, cit., pp. 103-124, 125-151 y 152-169, respectivamente; Pérez Lledó, Juan Antonio, *La enseñanza del derecho. Dos métodos y una propuesta*, Perú, Palestra, 2006.

universitarios (estudios de caso, derecho comparado y simulacros de litigios internacionales [*moot courts*]) como en la capacitación, formación y actualización constante del operadores jurídicos nacionales, como fiscales, ministerios públicos, personal judicial, etcétera. Para ello resultan de gran utilidad los estudios, los manuales y los textos compilatorios de criterios internacionales y de estudios comparados de jurisprudencia internacional.⁵³

Esta función es muy relevante para la consolidación de una cultura de los derechos y de una adecuada formación y educación en derechos humanos, así como para afrontar los retos que el nuevo modelo de control de convencionalidad implica para los operadores nacionales; igualmente, sirve para afrontar, en general, la complejidad que supone la convivencia humana en un mundo global, desigual y plural.

La mejor interpretación de los derechos humanos no es otra que aquella que se orienta a resolver problemas locales a partir de una perspectiva abierta a lo global, a fin de adoptar las medidas que resulten más adecuadas, considerando el contexto y la experiencia comparada e internacional. En cualquier caso, el adecuado ejercicio del control de convencionalidad por los operadores y jueces nacionales requiere de un conocimiento especializado tanto del sistema de fuentes como de los alcances e implicaciones de los procedimientos internacionales, y de su adecuada articulación con el ordenamiento interno, en clave de complementariedad y subsidiariedad.⁵⁴ Para ello, la jurisprudencia internacional es, sin lugar a dudas, un conocimiento pertinente e indispensable.

VII. USOS DEL PRECEDENTE INTERNACIONAL

La cuestión vinculada a los usos del precedente internacional se relaciona también con el sistema de fuentes del derecho y los modelos de argumentación jurídica.

⁵³ Por citar solo algunos de ellos: Steiner, Henry *et al.*, *International Human Rights in Context. Law, politics, morals. Text and Materials*, 3a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2008; López Bassols, Hermilo, *Los nuevos desarrollos del derecho internacional público y casos prácticos de derecho internacional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2008; García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, vol. VII (1a. ed. en 2001); García Roca, Javier *et al.* (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2012, y Salvioli, Fabián y Zanghi, Claudio (coords.), *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

⁵⁴ Jimena Quesada, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, España, Aranzadi, 2013, pp. 145 y ss.

Desde una perspectiva formal suele identificarse al precedente como una “fuente auxiliar o supletoria” del derecho, mientras que desde la perspectiva dinámica del precedente el debate se orienta hacia la función pragmática de la argumentación judicial y el deber de justificar de manera coherente el conjunto del sistema más allá del valor aislado de la jurisprudencia internacional. No obstante, también se enfatiza sobre la inconveniencia de situar el tema del precedente y sus usos desde la perspectiva de las fuentes cuando esta reduce el análisis al carácter vinculante o no del precedente, cuestión que, como se destacó, resulta insuficiente para comprender la dinámica de evolución del uso del precedente internacional.

En general, el uso del precedente depende de múltiples factores, entre ellos la organización judicial, la teoría de las fuentes, la concepción del rol del juez, la cultura jurídica de los operadores jurídicos, la dinámica de la defensa y el litigio, así como la práctica judicial.⁵⁵ Asimismo, el uso argumentativo varía dependiendo si se trata de un autoprecedente, de un precedente vertical o de un precedente horizontal. Tratándose de los dos primeros, la cuestión principal es la certeza y la coherencia, mientras que en el último caso se pondera y privilegia la universalidad y la congruencia.

Se han identificado dos modalidades de uso de precedentes en general, desde la perspectiva de su eficacia, más allá de la dicotomía tradicional entre precedente vinculante y no vinculante, a saber: a) el uso del precedente en sentido estricto o como modelo, y b) el uso del mismo como ejemplo. En ambos casos se reconoce una función justificativa del uso del precedente.⁵⁶

En el primer caso se reconoce la obligatoriedad del precedente en sentido positivo, de forma tal que *debe, debería ser o es deseable que sea* seguido como criterio o como punto de referencia para resoluciones sucesivas, ya que de no hacerlo, la sentencia se consideraría nula, injusta o injustificada. Para evitarlo, el juez que decide no seguir el precedente debe justificar expresamente su elección, enunciando razones de peso o de mayor relevancia.⁵⁷ En este modelo se reconoce expresamente la capacidad o función prescriptiva del precedente para la decisión posterior y opera a partir de un razonamiento con base en la analogía, ya sea como argumento de autoridad o como criterio más favorable, sobre la base de la condición de identidad o similitud. En este caso, el precedente cumple una función justificativa fuerte. Tal es, en mi concepto, la tendencia en el caso del precedente en el modelo del sistema

⁵⁵ Taruffo, Michele, “Dimensiones del precedente...”, *cit.*, p. 195.

⁵⁶ Entre otros, véanse Taruffo, Michele, “Precedente...”, *cit.*, pp. 207 y ss.; Saiz Arnaiz, Alejandro, “La interpretación de los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 492.

⁵⁷ Taruffo, Michele, “Precedente...”, *cit.*, p. 212.

interamericano, a partir del establecimiento del control de convencionalidad, dado que la propia Corte Interamericana incluyó como parámetro de regularidad o convencionalidad la interpretación de los derechos hecha por la propia Corte.

Por otra parte, el uso ejemplificativo del precedente se emplea —de manera discrecional, con una función ilustrativa— para aclarar o reforzar algún argumento de la decisión, a modo de “ilustración concreta”. En estos casos, no se pretende seguir el precedente en tanto “decisión ejemplar” (precedente en sentido estricto), sino con una finalidad “ostensiva”, pragmática, a fin de conocer que se ha resuelto anteriormente de cierta manera, y que responde a un criterio de relevancia, pertinencia o utilidad del ejemplo, como el posible significado de un enunciado o de la aplicación de una norma; aunque su carácter ilustrativo y relevante no implica su sentido prescriptivo, puede ser empleado para demostrar la ambigüedad de una disposición o la pluralidad de hechos referidos a una norma. En consecuencia, el ejemplo admite una mayor amplitud en su uso. Generalmente, se emplean como ejemplos a las decisiones de jurisdicciones extranjeras que no pertenecen al mismo sistema jurídico (referencia al derecho comparado en diálogo horizontal).

Además, el ejemplo no se basa en la identidad o analogía necesariamente, sino en su utilidad para el caso sucesivo, cuando sirve para demostrar la amplitud o imprecisión de una norma, lo que supone que el ejemplo, a diferencia del precedente, admite ser usado en sentido positivo o negativo respecto del sentido de la decisión posterior.⁵⁸

Otra distinción entre el uso del precedente como ejemplo y el uso del precedente en sentido estricto de la jurisprudencia identifica los efectos estilísticos o de percepción pública (*vis atractiva*) respecto al juez o al tribunal que lo emplea, de forma tal que un juez que no cita ejemplos puede ser considerado dogmático, abstracto o poco informado, mientras que el que sí lo hace puede ser considerado como informado, culto o pedante. Taruffo precisa que el ejemplo sirve también como instrumento de interpretación y de control de la interpretación, por lo que cumple una función justificativa débil o indirecta. Cuando el ejemplo se emplea en sentido positivo, este contribuye a mostrar que la norma es justa, oportuna, ventajosa y compatible; cuando se hace en sentido negativo, se pretende descartar su carácter injusto, inoportuno, dañino y no compatible. El grado de persuasión de un ejemplo dependerá de varios factores, entre ellos el prestigio del juez o del tribunal que emitió la decisión precedente. Finalmente, el requisito de universalidad que subyace al uso del precedente en sentido estricto no es indispen-

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 213-215.

sable en el uso del precedente como ejemplo, ya que este no pretende ser prescriptivo, sino ilustrativo de un caso en particular.⁵⁹

Asimismo, se distingue entre usos y formas de uso del precedente internacional. Entre las primeras se alude al uso del precedente, estándar o canon internacional (europeo o interamericano) a partir del argumento de autoridad *ad abundantiam* o complementario, tanto respecto de pautas interpretativas como de incorporación de contenidos, con objeto de mostrar su compatibilidad con los instrumentos internacionales y su interpretación, así como su referencia a la jurisprudencia internacional, con la finalidad de acreditar un consenso interpretativo internacional o regional, o un desarrollo incipiente o relativo de un *ius commune* o espacio común en ciertas materias o respecto de ciertos derechos humanos.⁶⁰

En algunos tribunales constitucionales —como el colombiano, por ejemplo— la doctrina y la jurisprudencia internacional son relevantes constitucionalmente, en tanto sirven a los órganos nacionales como “criterio auxiliar de interpretación” del sistema jurídico, y en cuanto tales,

son parte del principio de imperio de la ley, entendiendo esto como el imperio de la Norma Fundamental, precisando que, siendo así, los criterios auxiliares de la hermenéutica jurídica ocupan un privilegiado puesto en el sistema jurídico, porque no se pueden considerar como categorías jurídicas de secundario y accesorio nivel, sino como fundamentos jurídicos apropiados y, por tanto, invaluable a la hora de fijar los criterios y contenidos del ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, el carácter auxiliar de la jurisprudencia internacional no minimiza su entidad normativa y vinculante, resultando en una “fuente principal de concreción de las normas del sistema jurídico”, y como un “elemento clave para la producción, adjudicación y hermenéutica del Derecho, por cuanto devela interpretaciones y propuestas con pretensión de prescriptividad que optimizan la institucionalidad normativa, en relación con los derechos de los sujetos fundamentales”, debiendo considerarse como verdadera *ratio decidendi* y parte sustantiva de la subregla que emane de una decisión judicial sobre derechos fundamentales.⁶¹

En México, la discusión en los últimos años ha sido intensa, en particular con motivo de la determinación emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el asunto Varios 912/2010, y en específico con la resolu-

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 216 y 217.

⁶⁰ Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos...*, cit., pp. 219 y ss.

⁶¹ Londoño Ayala, César Augusto, *Bloque de constitucionalidad*, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2011, pp. 492 y 493.

ción de la contradicción de tesis 293/2011 (cuyo engrose está pendiente de publicación al momento de escribir estas líneas), que definieron un nuevo paradigma en el quehacer judicial nacional frente a los derechos y deberes de fuente internacional, complementarios entre sí, y que determinó, en esta última resolución, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de si México fue Estado parte en un procedimiento internacional, resulta vinculante para los jueces nacionales, siempre que sean más favorables a la persona. Con ello se perfila una subregla de operación del control nacional de convencionalidad y un modelo directo de recepción judicial de la jurisprudencia interamericana que tendrá que evaluarse en la medida en que la propia práctica defina sus contornos y alcances específicos.

VIII. COMENTARIO FINAL

El sistema del precedente en cualquier ámbito (nacional o internacional) es necesario en tanto representa una garantía de coherencia, certeza e igualdad de trato; es un instrumento para fomentar y privilegiar el diálogo entre jurisdicciones, y contribuye a la organización y eficacia de un sistema jurisdiccional descentralizado como es el internacional. No obstante, el culto irreflexivo o estilístico del precedente es tan nocivo como su rechazo; por ello, las distinciones son importantes. De ahí la pertinencia de reflexionar sobre las dimensiones, perspectivas, funciones y usos del precedente internacional.

No siempre resulta sencillo identificar los usos y funciones del precedente internacional en el ámbito nacional, así como los motivos para ello.⁶² Muchas instancias judiciales no hacen referencia expresa a la jurisprudencia internacional, no obstante que se adhieren a sus postulados. Cuando existe coincidencia entre el canon constitucional y el canon internacional suele obviarse la referencia a este, no obstante que ello podría reforzar la argumentación y motivar la reflexión. Asimismo, en ocasiones se hace un uso cosmético de la jurisprudencia internacional, sin mayores pretensiones de eficacia argumentativa. En la mayoría de los casos, el uso del precedente internacional depende de la voluntad de las personas integrantes del tribunal y no de su pertinencia y relevancia interpretativa.

⁶² Entre tales motivos se han identificado, entre otros, la complejidad del caso; la novedad de la situación frente a experiencias internacionales relevantes; los planteamientos y las exigencias de las partes; la cultura jurídica del personal judicial, etcétera. En general, véase Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos...*, cit., pp. 207 y ss.

Como lo apunta Carlos Ayala Corao, “la aplicación de los estándares de la jurisprudencia internacional de derechos humanos por los tribunales nacionales debe ser realizada de manera consciente y útil en la decisión de la controversia”, lo que exige que “la misma no sea hecha de manera automática o acrítica o simplemente por citarla como autoridad, para que así se pueda iniciar un verdadero diálogo jurisprudencial que luego pueda ser retomado por la jurisprudencia internacional”.⁶³

Lo que se pretende es que, en atención a los principios de universalidad y coherencia, el uso del precedente o estándar internacional implique tanto una “mirada hacia atrás” como una “mirada hacia el futuro” o “pro futuro” (*back and forward looking*), a fin no solo de conocer lo resuelto con anterioridad sobre un tema o aspecto relevante y pertinente, sino también reflexionar sobre el alcance justificatorio del precedente para casos futuros, en su función preventiva, como garantía de no repetición, como eslabón en la construcción de un orden público internacional y de la garantía colectiva que ello supone.⁶⁴

Las subreglas establecidas por la Corte Interamericana al definir el modelo de control de convencionalidad contribuyen a disminuir la discrecionalidad judicial en el uso del precedente, y propician un mayor diálogo jurisprudencial. Asimismo, la determinación reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México que sujeta la aplicación preferente de la jurisprudencia interamericana a que esta resulte “más favorable a la persona”, estimula su análisis crítico y la evolución interpretativa, aunque también abre la puerta para argumentos retóricos “nacionalistas” que bajo el pretexto de una mayor protección de los derechos y libertades fijen criterios que en la práctica resulten más limitativos. Sin duda, es preferible correr ese riesgo a cerrar la puerta al diálogo interjudicial abierto, plural y autorreflexivo. La responsabilidad recae, en primerísimo lugar, sobre las personas encargadas de la administración de justicia.

En definitiva, la ruta que va del diálogo judicial al control de convencionalidad, y de la interpretación de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional a la determinación de la responsabilidad internacional del Estado por una corte internacional, con motivo de una determinación judicial nacional, pasa por el uso del precedente internacional. Asimismo, la construcción de un espacio común o *ius commune* de derechos en el ámbito regional o universal supone, necesariamente, la aplicación y la reflexión crítica de los diferentes usos y perspectivas de la jurisprudencia internacional.

⁶³ Ayala Corao, Carlos, *op. cit.*, p. XXVIII.

⁶⁴ Moral Soriano, Leonor, *op. cit.*, p. 137.

El tema que se ha esbozado requiere de una exploración más detallada, teórica y práctica, que rebasa este espacio, pero que resulta indispensable, dado que repercute tanto en el modelo de control de convencionalidad interamericano y nacional como en la legitimación de los jueces nacionales frente al escenario internacional y en la autoridad de la jurisprudencia interamericana en el conjunto del derecho de los derechos humanos, en su doble vertiente (nacional e internacional). Una cultura global de los derechos y libertades fundamentales requiere un diálogo jurisprudencial reflexivo que identifique aciertos y deficiencias, limitaciones y excesos en el ejercicio interpretativo de la función judicial nacional e internacional.