

## LA FUNCIÓN SISTÉMICA DEL PRECEDENTE: PERSPECTIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Marc JACOB

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Qué son los precedentes?* III. *Formación del sistema por medio de sentencias*. IV. *El funcionamiento del precedente*. V. *Epílogo: de la mística y las avestruces*. VI. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Este artículo trata el papel de las decisiones judiciales en los fallos internacionales. Es imposible no notar la abundancia de antecedentes judiciales que son invocados en las decisiones de los tribunales internacionales, así como que con el fin de determinar en realidad qué es derecho, es inevitable, en la práctica, hacer referencia a fallos anteriores. Se ha dicho que incluso en algunas áreas del ordenamiento internacional las decisiones judiciales o arbitrales han sido centro de desarrollo progresivo.<sup>1</sup> Sin embargo, en muchas partes del mundo existe una ansiedad profesional innegable y profundamente arraigada en relación con este fenómeno duradero.<sup>2</sup> Sea como sea, los comentarios se extienden al punto de decir

\* LL.B. (Lond.), LL.M. (Harvard), *Senior Research Fellow* en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg, Alemania.

<sup>1</sup> Vienen a la mente ciertas partes del derecho de la Unión Europea y muchas del régimen de protección a la inversión internacional.

<sup>2</sup> McNair, A. D., *The International Court of Justice* (Discurso presidencial, Club Holdsworth de la Universidad de Birmingham, Birmingham 1949) 9 (denotando con vehemencia que “[a]bogados extranjeros están un poco nerviosos respecto a la doctrina inglesa del precedente” al tanto que fácilmente reafirman que “en la práctica las decisiones de la Corte Permanente [Internacional de Justicia] fueron continuamente citadas por los dos, el consejo en argumentación y la Corte en sus decisiones, y la misma práctica es seguida por la Corte Internacional [de Justicia]).

que las decisiones judiciales no son verdaderas fuentes del derecho internacional, o que sólo vinculan a las partes de una controversia en particular, y esto es sólo el comienzo, y están lejos de concluir la pregunta actual.<sup>3</sup> Es necesario aclarar algunos interrogantes, si bien relacionados entre sí, pero confusos, si se quiere comprender lo que se encuentra bajo la vaga etiqueta de precedente judicial. El artículo es, entonces, en parte, descriptivo y en parte una revisión crítica. Sin embargo, no pretendo repetir las críticas o las defensas generales sobre el precedente. Por el contrario, mi principal interés es presentar el precedente como un concepto jurisprudencial general y omnipresente que restringe el proceso de decisión judicial incluso en casos aparentemente ordinarios, así como mostrar las particularidades al respecto de un ordenamiento jurídico concreto, el del derecho internacional público.

## II. ¿QUÉ SON LOS PRECEDENTES?

### 1. *Perspectivas sobre el precedente*

Ya que toda investigación inevitablemente es presa de la perspectiva,<sup>4</sup> quizá sea apropiado, en principio, fijar la atención sobre tres amplias formas de acercarnos al precedente. Primero, es posible hablar de *reglas del precedente*. Éstas no sólo difieren del contenido material de los precedentes (por ejemplo, las *reglas en los precedentes*, que en conjunto generalmente se refieren a la jurisprudencia), sino que tampoco dicen nada sobre la gran teoría del precedente.

Las así llamadas reglas de precedente son aquellas directrices que estipulan cómo el precedente opera en la práctica, en un determinado ordenamiento jurídico. Son instrucciones metodológicas que difieren, en naturaleza y calidad, de leyes reales que regulen los precedentes, lo que, aunque lógicamente es posible, es raro. De su mala aplicación no necesariamente resulta en un fallo errado, siempre y cuando ninguna norma relevante del

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Estatuto CIJ), 24 de octubre de 1945, 1 UNTS XVI, artículos 38(1)(d), 59.

<sup>4</sup> Véase Nietzsche, F. W., *Zur Genealogie der Moral*, Ditzingen, Reclam, 1988 (1887), III. 12.

derecho sustantivo sea infringida.<sup>5</sup> Estas reglas también son conocidas, a veces, como una doctrina especial de precedente, particularmente en ordenamientos donde tales reglas están correctamente detalladas, como en la frase “la característica peculiar de la doctrina inglesa de precedente es su fuerte naturaleza coercitiva”.<sup>6</sup> Es aquí donde se encuentra una primera confusión, que sorpresivamente aún es frecuente. Terminológicamente, de una parte, una regla de precedente también puede ser por supuesto, una estipulación negativa, tal como “...tribunales de arbitraje en inversiones no están vinculados por previas decisiones de otros tribunales”.<sup>7</sup> Ahora bien, esta simple regla, a falta de una de autoridad judicial de última instancia, es frecuentemente tratada como sinónimo de una completa ausencia de reglas de precedente más que un pronunciamiento sobre una faceta específica de éste, por ejemplo cuando un tribunal alega que “[h]asta ahora no hay reglas de precedente en el derecho internacional general; ni tampoco hay ninguna dentro del preciso sistema CIADI...”.<sup>8</sup> Tal corta presentación despista. Todos los ordenamientos jurídicos tienen reglas de precedente, incluso si son implícitas, claras o prohibitivas. Afirmar algo distinto sería confundir la regla con su contenido. Simplemente vienen en varios sabores y colores, y también puede ser justamente elaborado, como lo es tradicionalmente el caso en las jurisdicciones del derecho consuetudinario,<sup>9</sup> o en un nivel de articulación más rudimentario, como es el caso del derecho público internacional.<sup>10</sup> Este reconocimiento del efecto del prece-

<sup>5</sup> Sin embargo, es concebible que reglas o principios fundamentales pudieran ser violados indirectamente, activando por consiguiente algunas consecuencias jurídicas, véase, por ejemplo, Larenz, K. y Canaris, C. W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3a. ed., Berlín-Heidelberg, Springer, 1995, p. 68.

<sup>6</sup> Cross, R. y Harris, J. W., *Precedent in English Law*, 4a. ed., Oxford, Clarendon, 1991, p. 3.

<sup>7</sup> Dolzer, R. y Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 36.

<sup>8</sup> AES Corp. vs. Argentina, decisión sobre jurisdicción del 26 abril de 2005, 12 CIADI Rep. 312, para. 23.

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, la reciente regraduación del Tribunal de Apelaciones Inglés libertad para separarse de su propio precedente en un asunto de derecho de patentes, donde existe una posición sentada de la Oficina de Patentes, y que es contraria a una previa decisión del Tribunal de Apelaciones. Junta de apelación de la oficina Europea de patentes, *Symbian Limited vs. Comptroller General of Patents* [2008] EWCA Civ 1066 de paras. 33-36.

dente tampoco vincula a alguien a una teoría específica de derecho. Como será desarrollado en detalle más adelante, muchas reglas de precedente son, en efecto, postulados de lenguaje o postulados lógicos.

De otra parte, generalmente la teoría de precedente no pretende dictar algo exactamente, o incluso representa el trabajo preciso de anteriores decisiones judiciales en la práctica jurídica diaria de un ordenamiento jurídico específico. Más bien da un paso hacia atrás y examina la esencia y el potencial de los pronunciamientos judiciales.<sup>11</sup> Tal teoría provee una estructura de trabajo para el entendimiento del precedente y, por ello, entre otras cosas, es probable indagar más profundamente si trabaja y cómo lo hace el precedente, el concepto de las normas jurídicas en general, las diferentes ideologías judiciales respecto al precedente, el papel correcto de los jueces (frecuentemente vinculado a una discusión sobre la separación de poderes), las diversas ventajas y desventajas de diferentes modelos de precedente, y el posible acercamiento a la extrapolación, interpretación y aplicación de precedentes. El punto más importante aquí es que el análisis del precedente puede producir frutos más allá de la comprensión de reglas fácilmente aceptadas, llenando lagunas y además, proveyendo una perspectiva crítica.

## 2. *La naturaleza de los precedentes: fuentes y argumentos*

Los precedentes son situaciones —en un contexto jurídico, generalmente casos juzgados— en el que el asunto en cuestión ya ha sido decidido en alguna parte.<sup>12</sup> Ya que ellos proveen modelos en los que se pueden basar conductas futuras, los precedentes han sido denominados el “pasado utilizable”.<sup>13</sup> En un sentido importante, por lo tanto, el precedente también es una forma de argumentación o de justificación empleada en

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, Siltala, R., *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, Oxford, Hart, 2000, y Schauer, F., “Precedent”, 39, *Stanford Law Review* 571, 1986 y 1987.

<sup>12</sup> Véase Dias, R. W. M., *Jurisprudence*, 3a. ed., Londres, Butterworths, 1970, p. 45; Larenz y Canaris, p. 253.

<sup>13</sup> Duxbury, N., *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, c. 1.

el contexto de la toma de decisiones.<sup>14</sup> Su estructura lógica es sencilla, pero desmiente, las muchas capas de complejidad que aquejan la materia. Cada vez que aparece la situación A la respuesta debería ser B, *porque* A previamente fue resuelta de forma B. La expresión en bastardilla traiciona el núcleo del precedente: la coherencia en la toma de decisiones basada en el linaje histórico. El argumento es que no se pueden hacer dos cosas contradictorias. Una vez que se ha reducido la idea del precedente hasta su marco inicial, resulta evidente que el precedente no es exclusivo de la esfera jurídica, como cualquier padre exasperado puede atestiguar cuando un niño demanda un tratamiento similar al que previamente se le ha ofrecido al hermano mayor.<sup>15</sup> Si éste es el caso, se da paso a la hipótesis de que el precedente juega un papel importante en todos los sistemas jurídicos. Pero determinar qué papel juega exactamente en el campo del derecho internacional es el tema de este documento.

Es una premisa básica de todo derecho, que ciertas acciones tienen que satisfacer ciertos criterios; en definitiva, tienen que estar justificadas. Esto también es aplicable al derecho internacional, que finalmente alega tener el derecho de obligar a los Estados. Se trata de un esfuerzo normativo, basado en última instancia, en consideraciones no jurídicas.<sup>16</sup> Sin embargo, el derecho no admite todo tipo de argumentos justificativos. Por ejemplo, un número más alto en los datos no es considerado argumento aceptable. Ya que la delimitación de estas consideraciones finalmente es teórica y controvertida —en resumen, desordenada—, una materia que desafía la aprehensible utilidad, las fuentes formales del derecho generalmente sirven como puntos comunes de referencia o agencias que gobiernan la conducta.<sup>17</sup> Estas fuentes pueden ser interpretadas como traducciones de lo que es materialmente correcto, o pue-

<sup>14</sup> Véase Schauer p. 571 (anotando además la semejanza lógica entre argumentación y justificación en p. 2).

<sup>15</sup> *Ibidem*, 572.

<sup>16</sup> Véase Jennings, R. y Watts, A., *Oppenheim's International Law: Peace*, vol. I, 9a. ed., Harlow, Longman, 1992, §5.

<sup>17</sup> Véase Koskenniemi, M., "Methodology of International Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, en <http://www.mpepil.com/>, último acceso 20 de noviembre de 2009, paras.7, 24 (observando además que la sensibilidad contextual juega un papel importante más allá de la normatividad por medio de fuentes en la ambición del "derecho sobre el poder" en el derecho internacional).

den ser consideradas como la única fuente del derecho.<sup>18</sup> Pero cualquiera que sea su precisa especie jurídica, las fuentes continúan ejerciendo una influencia centrípeta en la mente jurídica.

En consecuencia, resulta natural preguntar si los precedentes son fuentes del derecho como lo son los tratados o la costumbre en el derecho internacional, o como las leyes del Parlamento lo son para el sistema jurídico nacional, por ejemplo, fuentes formales del derecho. En realidad, ésta es sin duda una reacción instintiva entre los abogados, especialmente entre aquéllos con mayor tendencia jurisprudencial positivista. La pregunta sólo permite implícitamente una respuesta afirmativa o negativa. Y, utilizando la metodología esencial del derecho internacional, incluso una mirada superficial del artículo 38 del estatuto de la CIJ concluirá con un simple “no”. Los casos juzgados son, a lo sumo, fuentes del derecho (aunque sea una secundaria) sólo para las partes de un caso concreto, y servirá de evidencia del Estado de derecho en otra parte.<sup>19</sup> Se dice que la CIJ simplemente aplica el derecho, no lo crea.<sup>20</sup> Desafortunadamente, sin embargo, esta negativa es tan fácil como poco explicativa. Lo que sigue entonces no es refutar la lógica interna de esta ortodoxia, sino la importancia de la perspectiva que ésta adopta.

### 3. *La historia de dos teorías*

Esto representa una buena oportunidad para presentar dos paradigmas o arquetipos (menos amable, se podría decir caricaturas o estereotipos) en-

<sup>18</sup> Véase Scelle, G., *Précis de Droit des Gens: Principes et Systématique*, París, Recueil Sirey, 1932, p. 6 (para la primera interpretación); Kelsen, H., *Reine Rechtslehre: Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig & Wien, Franz Deuticke, 1934) 64 (para la última posición).

<sup>19</sup> Véase Verdross, A. y Simma, B., *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1984, §618. A pesar de que esto es fuertemente controvertido, *cf.* Pellet, A., “Article 38”, en Zimmermann, A. *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006) 784 (insiste, como lo hace la corriente principal, que la jurisprudencia de la CIJ no es una fuente real del derecho sino que meramente es una “fuerte” documental en el sentido de un recurso o instrumento investigativo e insiste (insisting, as the mainstream does, that the ICJ’s jurisprudence is not a real source of law but merely a documentary).

<sup>20</sup> Véase Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, 7a. ed., Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 19 y 20.

contrados frecuentemente en el intento por delimitar dónde termina la toma de decisión judicial y dónde comienza la legislación judicial.

De una parte, existe lo que se podría llamar el enfoque del derecho consuetudinario, bien conocido porque se enorgullece desvergonzadamente de su creatividad judicial y por el pragmatismo obstinado. Dirigiéndose a la Sociedad de Profesores de Derecho Público en Edimburgo en 1971, Lord Reid of Dream, en ese entonces señor Lord de Apelación de la Cámara de los Lores, fríamente señaló que era un “cuento de hadas” que el derecho fuera convenientemente encerrado en la mítica cueva de Aladino, y que en el nombramiento de un juez el conocimiento desciende sobre él de las palabras mágicas “Ábrete Sésamo!”.<sup>21</sup> Esta confesión franca es típica de una cultura jurídica que tradicionalmente está desprovista de cualquier reverencia por la supremacía y coherencia de la *lex scripta* como expresión de un régimen jurídico lógicamente congruente. Las soluciones son tradicionalmente hechas a la medida cuando aparece la necesidad, más o menos al azar sin un plan general o sin lógica.<sup>22</sup> Aunque este modo de evolución puede ser un poco descuidado, a menudo es considerado como una gran virtud que promueve eficiencia, eficacia y sensibilidad contextual.<sup>23</sup> Un gran nivel de confianza es puesto necesariamente en la élite jurídica. Poco sorprende, entonces, que la teoría declarativa, según la cual las cortes más o menos repiten mecánicamente el derecho existente, nunca se ha topado con mucho entusiasmo en tales tradiciones.<sup>24</sup> Ahora bien, a pesar del

<sup>21</sup> Posteriormente publicado como Lord Reid, “The Judge as Law Maker”, 12, *Journal of the Society of Public Law Teachers* 22, 1972 (manifestando “debemos aceptar el hecho de que para bien o para mal los jueces, en efecto, hacen la ley”).

<sup>22</sup> Véase, por ejemplo, Hutchinson, A. C., *Evolution and the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 98 (“desordenado, ocasional, y autocorrectivo”); Eisenberg, M. A., *The Nature of the Common Law*, Londres, Harvard University Press, 1988, p. 154 (afirmando que el derecho consuetudinario simplemente consiste en lo que se crea en un momento determinado por medio de la resolución de controversias).

<sup>23</sup> Véase Howse, R., “Moving the WTO Forward - One Case at a Time”, 42, *Cornell International Law Journal* 223, 2009, pp. 230 y 231 (aunque profesando un favoritismo “derecho consuetudinario”); Ponzetto, G. y Fernandez, P., “Case Law Versus Statute Law: An Evolutionary Comparison”, 37, *Journal of Legal Studies* 379, 2008, 411.

<sup>24</sup> Véase, por ejemplo, Thomas, E. W., *The Judicial Process*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 3 (lamentado que “la creencia de que los jueces no hacen el derecho es desesperanzadamente anticuado” y argumentan que lo hacen incluso cuando no ensanchan los principios y doctrinas existentes); Williams, G., *Salmond on Jurispruden-*

potencial crítico inherente a tal reconocimiento franco, se han emitido recusaciones de gran envergadura, de una parte por los sospechosos de la apertura semántica de los casos, y cauteloso de poner demasiado poder en manos de unos pocos privilegiados, y, de otra parte, aquellos que rechazan una vista debilitada de la toma de decisión, y que está ciega a las virtudes de los procesos democráticos.<sup>25</sup>

En todo caso, se puede alegar que tal afirmación atrevida puede ser cierta en las jurisdicciones del derecho consuetudinario, pero que tiene poca o casi ninguna aplicación en los ordenamientos altamente codificados, donde el mayor peso de la decisión se dice que lo soporta el Legislativo, y las sentencias no se consideran “verdaderas” fuentes del derecho. De hecho, ésta es la premisa de la teoría declarativa, la que se dice predomina en el Continente europeo. Su lema es el famoso aforismo justiniano *non exemplis sed legibus iudicandum est*, su credo, la separación entre derecho (judicial) y política (legislativo), su santo patrono Charles Louis de Secondant, señor de la Brède y barón de Montesquieu, y su propósito y efecto es restarle importancia al papel de la judicatura ¡Ay del que cometa la herejía de usurpación judicial en frente de la supremacía del legislador o de la Constitución! La teoría mayoritaria en Alemania, por ejemplo, sostiene que los jueces no hacen la ley a menos que sea requerido excepcionalmente para llenar lagunas involuntarias en el ordenamiento jurídico.<sup>26</sup> En consecuencia, es posible diferenciar claramente entre las actividades judiciales de interpretación, (legítimo) desarrollo jurídico más allá del significado literal de las palabras, que aún es compatible con su propósito, y el (ilegítimo) desarrollo jurídico que no es compatible con ningún texto y con ningún propósito del estatuto.<sup>27</sup> Una vez más, existe mucha crítica intensa.<sup>28</sup>

*ce*, 11a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1957, p. 164 (“la teoría declarativa debe ser completamente rechazada si queremos lograr algún análisis y explicación fundamentada del verdadero funcionamiento de las decisiones judiciales”).

<sup>25</sup> Ejemplos del anterior, incluyen movimiento de Estudios Críticos y Realistas del Derecho (Realists and the Critical Legal Studies). Sobre el resurgimiento de ideales democráticos liberales véase, por ejemplo, Waldron, J., *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 2.

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo, Rüthers, B., *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, 4a. ed., Munich, C. H. Beck, 2008, pp. 160-162, 505-567 (con referencias adicionales).

<sup>27</sup> Véase Kramer, E. A., *Juristische Methodenlehre*, 2a. ed., Bern, Stämpfli, 2005, p. 134.

<sup>28</sup> Véase, por ejemplo, Eckertz-Höfer, M., “«Vom guten Richter» Ethos, Unabhängigkeit, Professionalität”, 62, *Die Öffentliche Verwaltung* 729, 2009, p. 733 (“Hoy es bien sa-



Si las dos posiciones esbozadas anteriormente son dignas de elogio en sus aspiraciones o descripciones precisas, es un tema que no será tratado aquí. El primero, mejor se deja a las aguas profundas de la filosofía política. En cuanto al segundo, muchos comparativistas, en especial abogados del derecho privado, han expresado serias dudas respecto a tal simplificado sisma macroscópico.<sup>29</sup> Tampoco debe hacerse un intento por encasillar el derecho internacional público en una de esas posiciones. Y casi para adicionar un insulto a la herida, la obsesión con las fuentes del derecho en sí misma no es ajena a la crítica picante.<sup>30</sup> Pero el punto aquí, por el contrario, es fijar la atención en dos explicaciones que consciente o inconscientemente dominan la mayor parte del debate sobre el precedente. Esto es lamentable, ya que tienden a ocultar el fenómeno más que a colaborar para su esclarecimiento. Si bien las explicaciones ayudan a entender de dónde vienen determinadas contribuciones (no sólo en sentido figurado pero literario), la cuestión de si los jueces “hacen la ley” o las sentencias son fuentes propiamente dichas, sea lo que sea, en el contexto de los precedentes padece de dos defectos: falta de visión teórica y la hipermetropía.

bido que, [...] incluso en el actividad diaria judicial [...] se crea derecho judicial. Decidir como un juez pocas veces es solamente un simple conocimiento del derecho, sino generalmente también ganancia jurídica”); Esser, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., Athenäum, 1970, pp. 174-177; Steiner, U., “Richterliche Rechtsfortbildung und Grundgesetz”, en Müller, G. et al. (ed.), *Festschrift für Günter Hirsch zum 65 Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 2008, pp. 611-619.

<sup>29</sup> Véase, por ejemplo, Atiyah, P. S., *Pragmatism and Theory in English Law*, Londres, The Hamlyn Lectures, Stevens, 1987, pp. 2 y 3 (señalando las diferencias que más bien tienden a relacionarse con asuntos de razonamiento de derecho y jurídico); Vogennauer, S., *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent: Band I*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, pp. 225 y 226 (también véase el primer punto del resumen en *Band II* at 1334); Zweigert, K. y Kötz, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3a. ed., Tübingen, Mohr, 1996, pp. 256-259.

<sup>30</sup> Véase sólo Kelsen 78 (indicando las diversas ambigüedades inherentes a esta expresión excesivamente metafórica, que es perfectamente capaz de incluir juicios y a veces usado para mencionar conceptos divergentes empezando por métodos de origen hasta legitimidad); Fitzmaurice, G. G., “Some Problems Regarding the Formal Sources of Law”, en Asbeck, F. M. van (ed.), *Symbolae Verzijl: Présentées au Prof J H W Verzijl, à l'Occasion de son LXX-ième Anniversaire*, La Haye, Nijhoff, 1958, p. 174.

#### 4. *Teoría de la miopía: no responde a la riqueza del argumento jurídico internacional*

Atendiendo el primer cargo, discutir la clasificación de casos juzgados como fuente formal del derecho es en gran medida una pista falsa. Aportar tal perspectiva excluyendo todo lo demás no permite apreciar el cuadro completo. A riesgo de sonar trillado, se sugiere aquí que independientemente de lo que pueda ser su exacta providencia judicial, los casos previos son cruciales para la toma de decisión, incluyendo la solución de controversias en el derecho internacional público. Si bien es cierto que este punto sería más fácil de hacer (quizá inevitable) si las decisiones judiciales fueran consideradas fuentes formales del derecho, lo contrario tampoco es ordenado ni como postulado de lógica ni desde el punto de vista práctico.

Las fuentes formales son innegablemente un aspecto importante del derecho. Pero éstas no son las únicas en escena cuando se trata de argumentar y además de decidir casos; las analogías, hipótesis, las consideraciones consecuencialistas, aspectos históricos, diferentes formas de argumentos lógicos y lingüísticos, así como el uso de diccionarios, mapas, gráficos o estadísticas, por mencionar sólo algunos ejemplos, son modos generalizados de argumentación jurídica. El razonamiento jurídico es un proceso complejo que consta de varios pasos, partiendo de la clasificación inicial de los problemas pasando por varios niveles de identificación e interpretación, hasta algunas formas de conclusiones con base en silogismos.<sup>31</sup> El precedente puede figurar en casi todos ellos. No se limita a la extracción de normas. Cada uno de estos pasos está argumentado, y posiblemente sujeto a varias metareglas tácitas, por ejemplo, el orador no se debe contradecir a sí mismo y debe esbozar las razones de su postura.<sup>32</sup> Tampoco es supuestamente una deducción autosuficiente inmune a las deficiencias del método de la lógica pura.<sup>33</sup> En suma, así como es

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, Bengoetxea, J. *et al.*, “Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice”, en Búrca, G. De y Weiler, J. (ed.), *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001 (identificando, por lo menos, nueve pasos discernibles en el proceso de razonamiento de la CEJ).

<sup>32</sup> Para un intento por determinar tales metareglas véase, por ejemplo, Alexy, R., *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Clarendon, 1989, pp. 188-206.

<sup>33</sup> Cfr. Peczenik, A., “Jumps and Logic in the Law”, *4 Artificial Intelligence and Law* 297, 1996 (señalando que “análisis ortodoxos lógicos dejan de lado muchos problemas que para los abogados son importantes”).

equivocado afirmar que el derecho acepta cualquier o todos los tipos de argumentación, sería también una exagerada simplificación, igualmente grave, aseverar que la toma de decisión judicial sólo hace una subsunción de argumentos en las fuentes formales.<sup>34</sup>

Muy por el contrario, en la mayoría de los casos más sofisticados que son traídos a las altas cortes, las fuentes formales del derecho que regulan la controversia raramente son de vital importancia. En cambio, lo que sí es controversial es si se hace un uso adecuado de estas fuentes, o se está conciliando un conflicto aparente de fuentes, ya que no hay un único método universalmente aceptado para tratar estos asuntos.<sup>35</sup> Por mencionar sólo un ejemplo, en el reciente caso concerniente a la disputa de navegación y derechos relacionados (Costa Rica vs. Nicaragua), las normas aplicables a la parte controvertida del Río San Juan, y que por lo tanto rigen el derecho de Costa Rica a la libre navegación, eran evidentemente los contenidos en el tratado de límites de 1858.<sup>36</sup> El verdadero meollo del asunto fue el significado del artículo VI de dicho tratado, a saber, los tipos de navegación cubiertos por el calificativo “con objetos de comercio”.<sup>37</sup> En resumen, el derecho como una práctica argumentativa o justificativa no está interesado puramente (o incluso, principalmente) en la clasificación de las fuentes del derecho. Es mucho más rico que eso. Las fuentes formales por lo general son el primer paso en una larga cadena de razonamiento.

El reparo, que sin una “fuente formal” señalar un caso anterior sólo tiene valor disminuido porque el litigante no puede basar su pretensión de lleno y exclusivamente en él, es poco convincente, por lo menos por dos razones. En primer lugar se ignora la franqueza semántica de todo tipo de fuentes, que vistas en un plano de aislamiento preinterpretativo generalmente son igualmente inútiles.<sup>38</sup> Si el otro lado es competente será

<sup>34</sup> *Cfr.* Brownlie 19 (Estableciendo que la importancia práctica de etiquetar como “subsidiarias” a las decisiones judiciales conferidas por el artículo 38 no es exagerado).

<sup>35</sup> Véase Kelsen, pp. 97 y 98 (sobre la relación entre interpretación y franqueza sistémica y el momento necesariamente creativo de eso).

<sup>36</sup> Fallo del 13 julio 2009, para. 36.

<sup>37</sup> Paras. 42-84.

<sup>38</sup> Incluso los portavoces del positivismo moderno reconocen la existencia de una forma limitada de discreción judicial bien sea sobre la base de una textura lingüística clara del derecho, o debido a la flexibilidad de los estándares jurídicos postulados y la rapi-

posible en casi todas las controversias construir una posición contraria similarmente sólida usando las mismas fuentes técnicas. En segundo lugar, se olvida que todos los casos tenidos en cuenta se refieren invariablemente a una multiplicidad de fuentes, de ahí que por lo menos sirvan como una especie de taquigrafía o de resumen de los mismos. Sirven como representantes, razonamiento del que todo abogado puede apropiarse. Cabe mencionar que aunque se diga que un argumento es admisible, no significa que sea un buen argumento.

Dudar de la exclusividad de las fuentes formales en este contexto de ninguna manera es equivalente a abandonar el proyecto de la ley positiva. Tampoco se prevé una abrogación de la obligación judicial de resolver la controversia ante la Corte. Muy por el contrario, se afirma que éste puede ser mejor acomodado si la decisión judicial no cierra los ojos ante tan valiosos artefactos jurídicos. De hecho, para un observador parecería un poco desconcertante que un sistema jurídico digno de dos de las mezclas más astutas, siempre que sean llamadas fuentes formales del derecho bases respetables para proposiciones jurídicas (a saber, costumbre y principios generales), no tomara en cuenta pronunciamientos claramente enunciados que tratan del derecho que provienen de su propia corte. Fortalecido por los años de estudio y práctica, el profesional del derecho rechaza a toda prisa tal ingenuidad sin mayor esfuerzo como un malentendido de comprobación y validez. Sin embargo, existe la impresión de que cuanto más se detiene en tales distinciones, más se olvida de su verdadera tarea —resolver controversias, y no “la ciencia por causa de la ciencia”—,<sup>39</sup> y se somete al test del sociopolítico Rorschach que el precedente frecuentemente constituye.<sup>40</sup>

Después de todo, no cabe duda que casos previos pueden ilustrar el razonamiento jurídico<sup>41</sup> o una fuente material del derecho, clarificando las cuestiones jurídicas previamente inciertas y afectando así la posición y

dez del cambio social, véase Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, pp. 124-128, y Kelsen, pp. 97-99.

<sup>39</sup> CPJI, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Serie C, núm. 2, p. 58 (discurso Prof. de Lapradelle's).

<sup>40</sup> Más sobre esto *infra*.

<sup>41</sup> Véase Rosenne, S., *The Law and Practice of the International Court 1920-2005: vol. III*, 4a. ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 1553 (reconoce el valor de un precedente sin ninguna necesidad de “teorías difíciles de legislación judicial”); Pellet, p. 784.

plan de litigantes potenciales.<sup>42</sup> Más aún, como lo observara un juez muy experimentado, las referencias a casos previamente decididos son atractivas para los tribunales por razones prácticas o incluso triviales.<sup>43</sup> Innegablemente existen ventajas intangibles al no tener que hacer algo por primera vez. Por un lado, los precedentes pueden ahorrar tiempo y trabajo. Especialmente si el juez está trabajando en una lengua extranjera, como la mayoría de los jueces en las cortes internacionales lo hacen, una frase bien hecha puede ser bienvenida a la hora de crear su propia sentencia. Por otra parte, generalmente es más fácil convencer a un colega de la posición propia cuando se está invocando un caso previamente decidido. Además, se siente como una tranquilidad psicológica cuando se recurre a decisiones del pasado, ya que ello significa que cualquier reproche que se pueda hacer finalmente debería recaer en otro peldaño. Especialmente estos dos últimos puntos hacen alusión a la corriente aparentemente ineludible en cualquier discusión sobre precedentes, pero con un giro interesante: el uso de casos pasados da la impresión de que el juez está aplicando, más que creando derecho.

La diferencia parece reducirse a énfasis y técnica, con la ortodoxia formalista empezando con esos pronunciamientos abstractos que funcionan como fuentes formales, pero entonces, inevitablemente, apoyándose en casos a fin de resolver el asunto, mientras que el método menos formalista está muy contento de recorrer el mayor depósito de artefactos jurídicos, sin tratar de seguir minuciosamente sólo la chispa de la ley desde su cuna democrática hasta su tumba en la sala del tribunal.<sup>44</sup>

Quizá valga la pena repetirlo. Por supuesto es posible encontrar la manera de insistir en una deficiente distinción entre precedentes como “meras” ilustraciones, y precedentes como fuentes “propias”, y trazar demarcaciones entre sentencia judicial y legislación. Esto puede hacerse bien sea a través de una descripción simplificada (“sentencia es lo que el juez

<sup>42</sup> Véase Verdross y Simma, §619.

<sup>43</sup> Schiemann, K., *Vom Richter des Common Law zum Richter des Europäischen Rechts*, Vorträge und Berichte núm. 145, Bonn, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, 2005, pp. 8 y 9.

<sup>44</sup> Cfr. Schulze, R. y Seif, U., “Einführung”, en Schulze, R. y Seif, U. (ed.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 8 y 9 (observando que el precedente funciona como un punto céntrico o metodología deductiva e inductiva).

hace, legislación es lo que el parlamento hace”) o por medio de complejas teorías sobre la toma de decisiones judiciales.<sup>45</sup> Sin embargo, para el propósito que nos ocupa, tales intentos pierden el enfoque: las consideraciones formalistas y su insistencia en una validez binaria se limitan escasamente a una exposición adecuada de la naturaleza cambiante y de los efectos del precedente.<sup>46</sup>

### *5. Teoría de la hipermetropía: no responde al dominante efecto del precedente*

El segundo cargo es que incluso si no se ignora completamente la importancia de las decisiones judiciales, la fijación con las fuentes formales indebidamente centra el debate hacia un tipo de discusión particularmente majestuoso, esto es, el constante problema de la legitimidad de la creatividad judicial. A menudo genera una confrontación entre los jueces, que con sus decisiones forman el derecho y el proceso democrático de toma de decisiones e involucra una larga escala de teorías sociopolíticas, consideraciones ambiciosas y luchas ideológicas relativas al equilibrio institucional.

Tales preocupaciones sobre los jueces, suplantando sus propios designios a costa de otros, ciertamente son merecedoras de la atención de la academia, pero de ninguna manera agotan el tema del precedente. El problema es que esta perspectiva tan distante tiene dificultades cuando se centra en el desarrollo jurídico que surge de la práctica jurídica diaria en los tribunales. Como será explicado brevemente a continuación, la otra cara de la moneda es que los precedentes no sólo comprometen el futuro con nuevo pronunciamientos espectaculares y explosivos que despiertan la ira democrática y reproches de “activismo”, sino también, silenciosamente, desde la actividad judicial diaria que francamente no es sospechada por la “legislación judicial”. Esta continua e inevitable osificación del sistema jurídico a través de un sistema de casos creando un denso bosque de precedentes proporciona una amplia gama para decidir futuros

<sup>45</sup> Véase Kennedy, D., *A Critique of Adjudication: Fin de Siècle*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, 26, p. 37 (enfaticando que la toma de decisiones y sus respectivas teorías inevitablemente son parte de un proyecto político más amplio).

<sup>46</sup> Véase Perry, S. R., “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, 7, *Oxford Journal of Legal Studies* 215, 1987, p. 243.

casos. A pesar de que en ocasiones sea muy sutil, casi imperceptible, es la manera más común de desarrollo jurídico legal. Enfoquémonos entonces ahora en la función sistémica del precedente.

### III. FORMACIÓN DEL SISTEMA POR MEDIO DE SENTENCIAS

#### 1. *¿Los precedentes pueden limitar?*

Una de las razones por que las teorías formalistas dejan de lado tan fácilmente la calidad de los casos juzgados en la formación de sistemas<sup>47</sup> es porque categóricamente descartan cualquier fuerza normativa, bien sea expresa o implícita, y en consecuencia concluyen que los precedentes no tienen ninguna autoridad más allá de la controversia directa. Esto es lo que, por ejemplo, ostensiblemente hace el artículo 59 del Estatuto de la CIJ al tratar el tema de manera negativa. Se dice que las decisiones de la CIJ no tienen fuerza vinculante. Por el contrario, sólo las partes concernientes serán vinculadas por la decisión.<sup>48</sup> Una negativa tal a la fuerza vinculante extra parte de casos previos, raramente se encuentra en otra parte; pero donde ellos no son claramente expuestos, como en el artículo 59, están implícitos en manifestaciones a tal punto que los casos juzgados no son llamados propiamente derecho o no son relacionados con otras normas. Como consecuencia de tal repudiación se afirma entonces que las decisiones judiciales carecen de autoridad “real”, a lo mucho sólo

<sup>47</sup> Ésta es una concepción ciertamente minimalista del sistema, enfocada principalmente en el hecho de la interdependencia de las decisiones individuales, sin imputar un significado más profundo o lógica subyacente a estas relaciones. Véase también *infra*.

<sup>48</sup> Véase Bernhardt, R., “Article 59”, en Zimmermann, A. *et al.* (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 1232, 1244. Mientras Lauterpacht no está de acuerdo en que el artículo 59 trata con precedentes en general, la mayoría predominante de la literatura sugiere que esto fue de hecho, deseado por los juristas responsables de elaborar el Estatuto de la CIJ. Véase Lauterpacht, H., *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens, 1958, p. 8. Cfr. Sørensen, M., *Les Sources du Droit International: Etude sur la Jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale*, Kopenhagen, Munksgaard, 1946, p. 161; Hudson, M. O., *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*, Nueva York, MacMillan, 1943, p. 207; Bos, M., “The Interpretation of International Judicial Decisions”, 33, *Revista Española de Derecho Internacional* 11, 1981, p. 46; Shahabuddeen, p. 98.

tendrán autoridad “práctica” o “persuasiva” en el sentido de aludir a justificaciones subyacentes o suministrando buenas razones para creer que la decisión es correcta en derecho.<sup>49</sup>

Se sostiene aquí que una comprensión de la autoridad de los precedentes a base de un punto de vista radical como “encendido o apagado” o “blanco y negro” no es muy útil cuando se trata de considerar la importancia de los casos juzgados. En el derecho internacional los precedentes vinculan más apaciguadamente que el intento de insistencia formalista en su propia antorcha de aislamiento espléndido, nada disímil a la influencia británica extendida por medio de una red informal ya entrado el siglo XIX a pesar de la evidente renuencia para hacer compromisos abiertamente. Entre los fantásticos extremos de una completa vinculación y una total libertad judicial en el proceso decisorio existe un amplio espacio para la toma de decisiones, basada en la razón, sin que se violen los principios esenciales de legalidad.<sup>50</sup> Se ha afirmado aquí, que los precedentes siempre tienen el potencial latente de forzar a los responsables de una decisión ulterior y por lo tanto albergan un potencial generador al canalizar los desarrollos de acuerdo con ello. Lo hacen a causa de cargas argumentativas impuestas, sin tener en cuenta algún pronunciamiento artificial en contrario. Como consecuencia de ello, todos los tribunales—incluyendo al CIJ— son en extensión formadores del sistema, ya sea a propósito o de manera involuntaria.<sup>51</sup> Para hacer estas afirmaciones de la mejor manera deberán abordarse a continuación algunos temas relacionados.

<sup>49</sup> Véase, por ejemplo, Lamond, G., “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/>, último acceso 25 de noviembre de 2009 (percatando esta diferencia, pero quizá de alguna manera refiriéndose confusamente al concepto más débil evidentemente como autoridad “teórica”, en contraposición de la real autoridad “práctica”).

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, Wróblewski, J., *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, pp. 270, 273-314; Siltala, pp. 76-105 (ofrece seis ideologías de precedente, partiendo de una clausura total argumentativa hasta una reevaluación judicial fluida de casos previos).

<sup>51</sup> *Cfr.* Brownlie, p. 20 (destaca “es obvio que una decisión unánime, o casi unánime, tiene un papel en el desarrollo progresivo del derecho” y entonces, citando los casos de *Reparación*, *Genocidio*, *Fisheries* y *Nottebohm* como apoyo de la sugerencia de que las decisiones y opiniones consultivas de la CIJ tienen una “influencia decisiva” en el derecho internacional). También se podría mencionar aquí el caso de las Pruebas Nucleares (en el que la Corte encontró que una manifestación unilateral hecha por representantes del gobierno puede ser vinculante para el Estado).



Para empezar, un crudo entendimiento dual de la normatividad de un caso (“vinculante o no”) oculta la complejidad del proceso de razonamiento que acompaña la aplicación práctica del precedente. Los estereotipos extremos tal como evoca esta descripción no se confirman en la realidad. El hecho que los jueces ingleses sigan constantemente los precedentes pertinentes de manera servil es tan inexacto como el cliché que el juez alemán siempre toma una decisión nueva para cada caso nuevo.<sup>52</sup> Dejando de lado la cuestión de la ideología personal, el anterior estereotipo olvida que los precedentes son un artefacto jurídico maleable, quizá aún más que los tratados o las leyes, debido a su locuacidad, las especificidades de hecho, la relevancia incierta, y a su proceso constante para reformularlos y remodelarlos.<sup>53</sup> Parece justo decir, y de hecho algunos muy reconocidos jueces del derecho consuetudinario han reforzado esta postura, que una multitud de posturas jurídicas podrían escapar de los precedentes si tan sólo se estuviera dispuesto a argumentar, en consecuencia, sin importar si el *stare decisis* está oficialmente avalado o no. Evocando las aleccionadoras palabras de Llewellyn: “No sé de ninguna fase de nuestro derecho tan malentendida como nuestro sistema de precedente”.<sup>54</sup> La así llamada doctrina estricta de precedente es más retórica que real, y ha sido vinculada a un manto de seguridad que debería ser eliminado con madurez por un analista.<sup>55</sup> ¿Cómo puede explicarse que las controversias jurídicas estén, por lo menos en el mundo del derecho consuetudinario, tan difundidas como en cualquier otra parte? El dominio técnico del derecho por sí sólo no es suficiente. Por supuesto no se puede negar que las limitaciones son impuestas por los precedentes, pero simplemente éstas son objeto del proceso de razonamiento y pueden ser usadas de manera creativa.

<sup>52</sup> Schiemann, p. 8.

<sup>53</sup> Cfr. Raz, J., *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 195.

<sup>54</sup> Llewellyn, K. N., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, 4a. ed., Boston, Little Brown, 1960, p. 62 (hablando de una “concepción principal falsa” que en el así llamado “sistema de precedente” los precedentes simplemente impondrán la decisión en un caso). También véase a este respecto la importante insistencia de Allen, pero a menudo pasada por alto, de que a través de la historia los jueces frecuentemente han hecho claro que no hay ninguna magia en la simple cita de precedentes: Allen, C. K., *Law in the Making*, 6a. ed., Oxford, Clarendon, 1958, pp. 212 y 213.

<sup>55</sup> Thomas, p. 147.

De otra parte, retratar esos sistemas con una absoluta o una implícita desaprobación de cualquier “fuerza vinculante” de los precedentes (por ejemplo, derecho internacional público), como eternas listas de sentencia en blanco, también es inconveniente. Es cierto que a veces se asume que a causa de declaraciones como las del artículo 59 el mismo tema podría, en teoría, ser decidido más adelante de forma completamente diferente.<sup>56</sup> Pero existen tantas salvedades sobre esta descartada afirmación que uno debe considerar seriamente si esta supuesta prueba de fuego todavía de hecho sirve a un propósito útil.

En primer lugar, es evidente, por supuesto, la práctica de las cortes de citar extensamente sus propios fallos, así como su marcada vacilación por separarse de sus antiguas decisiones.<sup>57</sup> Muchas de las razones para este comportamiento ya han sido mencionadas anteriormente.<sup>58</sup> Pero estas observaciones prácticas, tan exactas como son, no podrán ser analizadas aquí a fin de evitar deducir una proposición abstracta sobre un hecho.

En segundo lugar, como será presentado en su momento, el precedente es una especie particular de la analogía. Como tal, es un dispositivo argumentativo bastante modesto que se basa en comparaciones muy específicas, construyendo puentes y enlazando soluciones una a una. Por lo tanto, éste es más adecuado para la solución de controversias internacionales, que por definición incluye una gran cantidad de visiones del mundo y tradiciones jurídicas, que modos de argumentación totalizante y descendente, como una teoría totalmente dominante como el derecho y economía o estrictamente deductiva basada en un código totalmente comprensivo.<sup>59</sup>

En tercer lugar, decir que una decisión no tiene fuerza vinculante más allá de la controversia, no es lo mismo que decir, en lo absoluto, que las decisiones judiciales no pueden influir en un caso posterior. Como Juey Jessup dijera en el caso *Barcelona Traction* al discutir el artículo 59, “la influencia de las decisiones de la Corte es más amplia que su fuerza

<sup>56</sup> Bernhardt, p. 1244 (pero inmediatamente observa que la realidad difiere de esta rara sugerencia).

<sup>57</sup> Véase, por ejemplo, *idem*; Bos, p. 47; Shahabuddeen, pp. 29-31 (cita más ejemplos de la Corte resaltando la importancia que ésta le da a la congruencia en las decisiones.).

<sup>58</sup> Véase apartado 4, arriba.

<sup>59</sup> Por supuesto no se dice que la argumentación con base en precedentes es normativa o ideológicamente austera. Véase especialmente apartado 2 “similitudes relevantes” abajo (sobre el papel de la teoría al identificar vínculos relevantes).

vinculante”.<sup>60</sup> De hecho, incluso en los sistemas jurídicos dominados por la cultura escrita hay varias razones que militan en contra de una corte que trata de llegar a un resultado diferente en un asunto similar.<sup>61</sup> Entre éstas se encuentran la igualdad, la justicia, la unidad, la estabilidad, la continuidad, la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima. Éstas podrían incluso encontrar expresión en diversas normas del ordenamiento jurídico.<sup>62</sup> Sea o no éste el caso, en sí misma es una pregunta interesante para el derecho público internacional, pero está por fuera del alcance y pretensiones de este artículo. Además está el asunto de la reputación. Todos los jueces tienen por amor propio un interés en evitar comportamientos aparentemente erróneos y en eludir la impresión de que su respectivo ordenamiento jurídico viola la idea básica de tratar casos similares de manera semejante. Así pues, se sugiere aquí que, independientemente de las declaraciones normativas a tal efecto, las consideraciones de segundo orden proporcionan buenas razones (si no necesariamente un título jurídico) de por qué, si una cuestión A previamente fue resuelta de manera B, tendría que ser del mismo modo si A se presenta nuevamente.<sup>63</sup> Como MacCormick lo anotara, nada obliga a rechazar un argumento simplemente porque no es “vinculante”, especialmente cuando se incluye la discusión judicial sobre los valores del derecho y el peso y formulación de los principios del derecho, todos ellos elementos del discurso jurídico.<sup>64</sup> El lado inverso es que cuando se quiera estar contra B se exige un esfuerzo justificativo. Una vez el precedente fija una construcción, aún está abierto a discusión (quizá en lo que es finalmente un llamado a la justicia, flexibilidad o racionalidad); después de todo, no se trata de *stare decisis et non quieta movere*. Pero la respuesta B debe ser

<sup>60</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, CIJ Rep 1970, Fallo del 5 febrero de 1970, salvamento de voto del juez Jessup, p. 163, para. 9.

<sup>61</sup> Véase Drion, J., *Stare Decisis*, The Hague, Nijhoff, 1950, V-158.

<sup>62</sup> Véase Rütters, pp. 165-173, y Kirchhof, P., “Recht Sprechen ist Sprechen über das Gesetz”, en Müller, G. et al. (eds.), *Festschrift für Günter Hirsch zum 65 Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 2008, pp. 587 y 588 (valorando diversas consideraciones de esta clase en relación con la situación en Alemania).

<sup>63</sup> Véase Gerhardt, M. J., *The Power of Precedent*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 79 (llamándolo “la regla de oro” del precedente).

<sup>64</sup> MacCormick, N., *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 160 (además llama la atención a la estrecha conexión entre el precedente y la analogía y el capricho de insistir en la vinculación de uno pero no de otro).

seriamente tenida en cuenta y podría ser tan convincente que no puede ser descartada.

## 2. *El regreso de los formalistas*

Rechazar la perspectiva de los precedentes como cargas implícitas se basa en lo que podríamos llamar una teoría de la autoridad ilegítima. Dos variables son concebibles: una relacionada con las fuentes formales (artículo 38), y la otra con una exclusión expresa de la obligatoriedad (artículo 59). Aquí se afirma que tampoco se puede descartar convincentemente el efecto del precedente. La variable formalista de esto (de la misma) ya ha sido tratada anteriormente. Me referiré ahora a una evaluación de este último desde una perspectiva del derecho público internacional.

El artículo 59 del Estatuto libera a futuros litigantes de toda obligación respecto a decisiones anteriores. El argumento iría en el sentido de que el derecho internacional público no sólo carece de un compromiso para con el precedente, sino que en realidad tiene una estipulación expresa en contrario.<sup>65</sup> ¿Cómo debe entenderse exactamente esa disposición?

Afirmaciones sobre el propósito del artículo 59 tienden a acumular lo que los predecesores de la CIJ dijeron en 1926 en el asunto de *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silecia polaca Polonia (fondo)* “El objeto [del artículo 59 del Estatuto] simplemente es evitar que principios jurídicos aceptados por la Corte en un caso en particular sean obligatorios para otros estados o en otras controversias”.<sup>66</sup> Visto desde esta perspectiva minimalista, lo que la CPJI está diciendo es que cada caso en particular debe ser decidido individualmente, y que la motivación y obligaciones de un caso no pueden ser ciegamente transplantadas a otra situación. Esto es perfectamente compatible con la sugerencia de que en situaciones similares, los precedentes crean cargas argumentativas (en contraposición a las jurídicas). El entendimiento de los precedentes, en consecuencia, de ninguna manera equivale a un abandono automático de la soberanía o la elusión del principio de consentimiento, temas que obviamente están muy cerca del corazón del ordenamiento jurídico internacional. Sin que-

<sup>65</sup> Disposiciones de efecto similar pueden ser el artículo 20 III de la Constitución alemana o el artículo 5o. del Código Civil Francés. Éstos tienen, por supuesto, sus propias implicaciones sistémicas.

<sup>66</sup> CPIJ, Serie A., núm. 7, p. 19.

rer desarrollar el punto, existe una diferencia fundamental entre algo que es obligatorio y algo que impone una obligación; esta última no trata de regular un asunto de forma concluyente al excluir todos los argumentos en contra. Más aún, el artículo 59 no explica por qué la Corte debería separarse de una línea de pensamiento antes apoyada, si no intervienen otros factores. Además sería claramente equivocado entender esta norma como una autorización para decidir casos erróneamente. Finalmente, sería prácticamente imposible llegar a una regla factible para mantener efectivamente los precedentes fuera de los alegatos, dado que el uso generalizado de hipótesis en la argumentación no puede ser prohibido.

La posibilidad que queda es interpretar el artículo 59 como una condonación de la práctica de ignorar los argumentos, incluso si dan en el clavo. Nuevamente esto no convence. Por un lado, convertiría una clara manifestación negativa en una distinta de carácter positivo. Cerrar la mente deliberadamente a un argumento jurídico razonable también es difícil de conciliar con el desempeño de la función de la Corte de decidir controversias con base en el derecho internacional y con la idea general del juicio voluntario internacional.<sup>67</sup> Mas aún, a pesar de que casos previos puedan imponer límites significativos, el proceso de la discusión por precedentes es, como se señalará más adelante, lo suficientemente flexible como para ajustar intereses. Por el contrario, el proyecto del derecho internacional no se pone en peligro si un precedente redundante es desechado de un modo u otro, para lo cual existen diferentes técnicas. La Corte tampoco se debe sentir compelida a mantener un aire de infalibilidad. No es la corrección de un error lo que daña la opinión que se tiene del derecho internacional, sino más bien la vergüenza ocasionada por el razonamiento mal hecho y selectivo bajo el pretexto de una teoría de autoridad ilegítima. En conclusión, ignorar deliberadamente decisiones anteriores pertinentes es arbitrario y artificial, una sugerencia que raya en una farsa.

Una cosa es lo que se deja con la impresión de que el artículo 59 estrictamente hablado es una repetición superflua de lo obvio, destinada a mitigar los miedos del fantasma llamado *stare decisis*. En lugar de regular el efecto del precedente, es una expresión de la desconfianza latente de las decisiones internacionales albergada por muchos estados. Como lo observara Waldock, había un comprensible temor a dar “a un tribunal to-

<sup>67</sup> Cfr. Lauterpacht, pp. 14 y 15.

talmente nuevo todavía por probar la autoridad explícita para establecer derecho vinculante a todos los Estados”.<sup>68</sup> Pero ese temor se basa en una forma extrema de precedente que es prácticamente imposible.

### 3. Ejemplos de la formación del sistema

Una de las propuestas dadas, por cierto, en este escrito es que incluso más que las sentencias históricamente destacadas de las instituciones de decisión internacional (los así llamados “casos importantes”), la reforma de la regulación internacional se debe al efecto cumulativo de la casi imperceptible modificación y adaptación constante llevada a cabo en esos casos que generalmente no despiertan las convicciones más apasionadas de hombres y mujeres.<sup>69</sup> Esto no es sólo cuestión de la participación en un tema en particular o el grado en que una Corte o un tribunal se exponen a la opinión pública, sino una reforma inconsciente en el curso de la rutina judicial de solución de controversias, más que a hacer grandes pronunciamientos jurídicos *in abstracto*. En el nivel más básico, el material de argumentación obviamente se incrementa con el número y extensión de los casos juzgados, dado que esto presenta más instrumentos en los que se pueden basar los futuros litigantes. Los científicos de las ciencias sociales nos dicen que las sentencias internacionales crean una red empíricamente medible de jurisprudencia.<sup>70</sup> De manera más sutil, incluso los casos aparentemente menores y oscuros, así como el proceso semiautomático de toma de decisión en sí mismo, puede resultar a menudo en de-

<sup>68</sup> Waldock, H. M., “General Course on Public International Law”, 106, *Recueil des Cours / Académie de Droit International de La Haye* 1 91, 1962. Oportunamente, el comité consultivo estaba acosado por algunas interpretaciones bastante excéntricas sobre el precedente, con algunos proyectos asumiendo que las decisiones de la Corte podrían tener la autoridad de ser reglas del derecho internacional; véase Shahabuddeen, pp. 49-52.

<sup>69</sup> Espero ser perdonado aquí por apuntar una vez más en especial a la TJUE y a los tribunales de inversiones.

<sup>70</sup> Véase McCown, M., “Precedent and Judicial Decision Making: The Judge Made Law of the European Court of Justice”, *Panel 27-3: Law, Politics, and Power: Contrasting Comparative Perspectives, American Political Science Association Annual Conference*, Boston, 29 de agosto-10. de septiembre de 2001 (cuantificando *inter alia* la proporción de casos citando precedentes, la duración del precedente, fecha, densidad de grupo, así como también la forma y el ámbito jurídico de los casos).

sarrollos evolutivos, incluso si esto no era lo que se pretendía.<sup>71</sup> El funcionamiento interno del método jurisprudencial será discutido en detalle más adelante; por ahora se esbozarán dos puntos preliminares.

Un ejemplo típico es cuando una Corte silenciosamente da un tinte, añade u omite una palabra u expresión. Lauterpacht llama la atención sobre dichas situaciones.<sup>72</sup> En el caso de la Compañía eléctrica de Sofía y Bulgaria (medidas cautelares), la CPIJ evita hacer referencia a la irreparabilidad del posible daño como un criterio para la toma de medidas cautelares.<sup>73</sup> Hasta la fecha, ésta había sido una característica de la jurisprudencia CPIJ sobre medidas cautelares, que posiblemente se limita a los casos donde el daño no podía ser reparado simplemente pagando una indemnización, por compensación o restitución.<sup>74</sup> En vez de comparar estos casos y determinar lo que es obvio (“no existe una doctrina vinculante en el derecho internacional”), se puede decir que el análisis más perceptivo sería que las series de casos son un proceso constante de redirección y regraduación del derecho, incluso en casos aparentemente típicos que parecen no mostrar complicaciones jurídicas.

En el mismo sentido, cabe señalar que el precedente es un concepto jánico. Como el “pasado utilizable” es retrógrada. Quizá ésta sea la forma más convencional de ver el concepto. Pero parafraseando libremente a Schauer, el hoy no sólo es el ayer del mañana, también es el mañana del ayer. Si los precedentes tienen el potencial de limitar, como se afirma en este escrito, las decisiones de hoy serán los precedentes del futuro. Los jueces que son conscientes de esto así lo reflejarán en sus sentencias, utilizando un lenguaje más cauto o eligiendo cuidadosamente sus decisiones, con claras reservas, para no abrir la puerta a cualquier desarrollo futuro indeseado. Asumiendo que es cierto y aunque a primera vista pueda parecerlo, esto significaría que el precedente limita incluso si no existe una decisión previa.<sup>75</sup> Si esto concluye en decisiones suboptimales es una cuestión que no puede ser tratada aquí plenamente, pero esta caracte-

<sup>71</sup> Esto es cierto incluso en aquellos ordenamientos que propenden por cumplir con los principios del *stare decisis*. Véase Llewellyn, pp. 108-117.

<sup>72</sup> Lauterpacht, pp. 252 y 253.

<sup>73</sup> CPIJ, Series A/B, núm. 79, 1939, p. 199 (se centra solamente en la prevención de los actos, probablemente para influenciar derechos producto de impedir el juicio).

<sup>74</sup> CPIJ, *Denunciation of the Treaty of 1865 between Belgium and China*, Serie A, núm. 8, 1927, p. 7.

<sup>75</sup> Véase Schauer, 588.

rística además contribuye a explicar la renuencia de muchos sistemas a reconocer la existencia del precedente.

#### 4. *Instrumentos sistémicos relacionados: analogía, experiencia y res judicata*

Hay otras maneras de menoscabar la subsiguiente toma de decisión judicial. Por un lado, el precedente tiene una estrecha relación con la analogía. Los dos son típicas formas de argumentación que giran en torno de la idea de tratar igual a iguales y produciendo una consistencia sistémica. El razonamiento analógico es la atribución de una característica en una situación donde otra característica es compartida con el propósito de facilitar la toma de decisión judicial.<sup>76</sup> Y al igual que los precedentes, se emplea por fuera de la ley.<sup>77</sup> Pero la noción de precedente es más reducida. Mientras ambos, analogía y precedente, requieren que los casos comparados sean pertinentemente similares, los precedentes tienden a exigir un nivel más exigente de fidelidad.<sup>78</sup> Una situación puede ser análoga sin ser un precedente, pero no viceversa, como cuando no hay un llamado a repetición (“flotar como una mariposa, picar como una abeja”) o cuando quiera que los hechos sean semejantes, pero la aplicación de una lógica opuesta impide el efecto del precedente.<sup>79</sup> De otra parte, los precedentes son ejemplos paradigmáticos de un razonamiento análogo.<sup>80</sup> Puede que se traduzca en una analogía, siendo menos convincente que el precedente. El resultado es que la argumentación analógica es, en general, más fácil de aceptar incluso en los ordenamientos jurídicos que aparentemente desconocen cualquier funcionamiento del precedente.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> Véase Weinreb, L. L., *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 29.

<sup>77</sup> Véase Sunstein, C. R., “On Analogical Reasoning”, 106, *Harvard Law Review* 741, 1993, p. 743.

<sup>78</sup> *Cfr.* Lamond.

<sup>79</sup> Véase Duxbury, p. 2; Eisenberg, pp. 10-12 (sobre réplica como característica del proceso jurídico). Sin embargo, el último también podría ser expresado como ausencia de similitud, véase apartado 2 “separando”, *infra*.

<sup>80</sup> Véase Brewer, “Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy”, 109, *Harvard Law Review* 923, 1996, pp. 934-935.

<sup>81</sup> Aunque su aplicación a menudo está empanada por la demanda de la existencia de una laguna regulatoria involuntaria, es un debate que va más allá de la intención de este



El precedente también debe ser diferenciado de la motivación por experiencia. Aunque son similares, en la medida en que los dos se basan en acontecimientos previos, éste se agota en su capacidad para explicar el presente.<sup>82</sup> Un día la manzana debería viajar hacia el cielo después de dejar mi mano, mi experiencia sobre la gravedad ha demostrado ser insuficiente y probablemente deberá ser revisada. El precedente por el contrario, directamente, no hace ningún tipo de pronóstico de afirmaciones, pero hace un llamado a la coherencia. No se refiere principalmente a la validez de sus razones de soporte.

Además, el precedente no debe confundirse con la noción de *res judicata*, un concepto por el cual el juicio final de un tribunal competente no podrá ser controvertido en posteriores actuaciones judiciales.<sup>83</sup> Esto último generalmente sólo se aplica a la decisiones impugnadas y a las partes, incluidos todos los sucesores después de vencido el término para la apelación.

### 5. Conclusión provisional

Por el momento hagamos un balance. Los precedentes se entienden mejor no como obligaciones normativas, sino como cargas argumentati-

escrito. Sobre un razonamiento analógico en derecho público internacional, véase *International Status of South-West Africa*, Advisory Opinion del 11 de julio de 1950, ICJ Rep. 128, pp. 141 y 142 (sostiene qué elementos del régimen de fideicomiso de la ONU fueron aplicables al mandato de la Liga de Naciones); *Case of the S.S. "Wimbledon"*, juicio del 17 agosto de 1923, CPIJ, Serie A, núm. 1, 25 (analógicamente utilizó las reglas relativas a los Canales de Suez y de Panamá al decidir sobre el uso del canal de Kiel); Dahm, G. *et al. Völkerrecht, Band I/1*, 2a. ed., Berlín-Nueva York, Gruyter, 1989, pp. 80 y 81; Bleckmann, A., "Analogie im Völkerrecht", 17, *Archiv des Völkerrechts* 161, 1977-1978, pp. 164-166. Pero, Strupp, K., "Les Règles Générales du Droit de la Paix", 47, *Recueil des Cours* 263, 1934, pp. 337 y 338 (resaltando los aspectos contractuales del derecho público internacional excluyendo analogías). En cuanto a analogías en el derecho de la UE véase Case C-70/88, *European Parliament vs. Council of the European Communities*, Judgment del 22 de mayo de 1980, paras. 20-27 (concluye que el Parlamento Europeo es capaz de interponer una demanda de nulidad en contra de medidas de otras instituciones bajo lo que era entonces el artículo 173, para defender sus prerrogativas institucionales); Langenbucher, K., "Argument by Analogy in European Law", 57, *Cambridge Law Journal* 481, 1998, pp. 510-518. On German law véase Kaufmann, A., *Analogie und "Natur der Sache"*, 2a. ed., Munich, R. v. Decker & C. F. Müller, 1982, pp. 26-28; Larenz y Canaris, pp. 202-207.

<sup>82</sup> Véase Schauer, pp. 575 y 576.

<sup>83</sup> Véase Dias, pp. 45 y 46.

vas para la parte que busca un resultado diferente de aquél alcanzado en una decisión anterior pertinente. Los argumentos de los precedentes son independientes de la condición de precedente como una fuente formal del derecho o una negación expresa de obligatoriedad.

Si existe un caso previo comparable y se hace referencia a él, el juez ulterior tendrá menos flexibilidad argumentativa.<sup>84</sup> No se puede alegar, por ejemplo, una solución anterior imposible o tan extravagante que nadie pensaría en ella. De hecho, como sabemos por el libro de práctica de Bracton, “¿Nunca he oído hablar de tal cosa!” ya era parte de la dialéctica jurídica en la Inglaterra del 1237, siglos antes de la estricta doctrina del precedente vinculante allí adquirida.<sup>85</sup> El uso del precedente como argumento no está vinculado a un determinado conjunto de reglas de precedente. Más bien, ofrece una buena razón o justificación de porqué la decisión posterior debe ser como se explicó, siendo todo lo demás igual. Ciertamente, puede ser rechazada por diversos medios. Pero de todos modos es una limitación real, en el que se restringe la libertad argumentativa anteriormente libre de cargas. Así pues, los casos le añaden, paso a paso, luz al entendimiento de la ley, que se vuelve denso y fijo, y cada vez más difícil de evadir.<sup>86</sup> Por supuesto que no es absolutamente imposible resistir tales cargas argumentativas, demanda al menos algo de esfuerzo. Tal fluido entendimiento, inevitablemente desestabiliza la distinción entre utilizar y producir normas, tradicionalmente aceptada como impenetrable, y aumenta la dinámica natural y la multiplicidad de actores relevante para el proceso jurídico.<sup>87</sup>

Si bien la carga argumentativa es similar, no es idéntica con la presunción. Esta última se puede presentar sin necesidad de prueba, e introduce una posición predeterminada que ante la ausencia de refutación triunfa

<sup>84</sup> Cfr. Larenz y Canaris, p. 257.

<sup>85</sup> De hecho, esto no alcanza su forma definitiva hasta principios del siglo XIX, con la *locus classicus* ocasionalmente alegada de ser una exposición de Parke, J., *Mirehouse vs. Rennell*, 1 Cl & F, 527, p. 546. Sobre éste y Bracton véase Allen, pp. 184-186, 227 y 228.

<sup>86</sup> Cfr. Gerhardt, p. 79 (“el 81avo juez en considerar un asunto precisamente decidido por la Corte no escribirá sobre ese tema como si el estuviera escribiéndolo por primera vez e ignorara que han dicho los 80 jueces anteriores —o lo que los próximos 80 probablemente dirán— sobre el tema en cuestión”).

<sup>87</sup> Cfr. Ladeur, K-H y Augsberg, I., “Auslegungsparadoxien: Zur Theorie und Praxis Juristischer Interpretation”, 36, *Rechtstheorie* 143, 2005, pp. 164-183; Vesting, T., *Rechtstheorie*, Munich, C. H. Beck, 2007, p. 125.

de forma automática. La carga argumentativa es menos ambiciosa. A diferencia de la presunción, ésta no reclama exclusividad en la toma de decisiones sobre un tema aislado. Metafóricamente hablando, añade un peso más en un intento por inclinar la balanza, mientras que la presunción es la cadena que ata un lado de la balanza hacia abajo y exige que para ser cortada se suelte por todo el que quiera oponerse a ella.

Un reflexión final sobre los precedentes y la coherencia e integridad del ordenamiento jurídico internacional: El precedente sólo es una piedra pequeña en un gran mosaico, que al final no tiene que equivaler a una pintura coherente, y mucho menos una que sea agradable a los sentidos. Un reconocimiento de los precedentes como obligatorio y por lo tanto como un aparato creador de sistema no lo compromete a uno con una visión concreta del ordenamiento jurídico como un todo.

#### IV. EL FUNCIONAMIENTO DEL PRECEDENTE

##### 1. *Determinando el efecto del precedente*

Después de haber afirmado que los precedentes crean una carga argumentativa y por lo tanto pueden limitar la toma de decisiones, es hora de analizar cómo opera exactamente en la práctica. La idea central del argumento que se presentará a continuación es que los ejercicios de clasificación, reglas de lenguaje y lógica pueden limitar al juez y así afectar el ordenamiento jurídico tanto como las normas sustantivas lo harían.<sup>88</sup>

El punto de partida es que en derecho no existe otra manera de discutir y justificar más que las palabras.<sup>89</sup> Entre mejor se argumente un punto, más fácilmente tendrá éxito.<sup>90</sup> En las palabras de Schwarzenberger, “Probablemente no es casualidad que los pronunciamientos menos convincentes en derecho internacional hechos por la Corte Internacional de Jus-

<sup>88</sup> Véase, generalmente, Schauer, pp. 576-588.

<sup>89</sup> *Cfr.* Müller, F. y Christensen, R., *Europarecht: Juristische Methodik*, 2a. ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p. 300 (“El trabajo decisorio, por ejemplo del juez, es un juego de lenguaje determinado por textos normativos y métodos standard”).

<sup>90</sup> Naturalmente llega un punto en el que nada útil puede ser agregado. Además, esto no duda de la sabiduría general que sucinta más que prolifica, es la llave de un buen proyecto y alegato jurídico. Pero un razonamiento completo sólo demanda eso para ser desarrollado completamente.

ticia se distingán por una remarcable economía argumentativa”.<sup>91</sup> La TJUE es acusada, especialmente, de pecados similares a causa de su estilo autoritario magistral y burocrático de inspiración francesa, y su claro razonamiento silogístico, que hace más probables saltos entre la lógica y premisas ocultas, y podría proteger a la Corte de las críticas. Dado que rara vez existe una formulación expresa de la cual sustentarse, un precedente sólo significa lo que se dice que significa. Por lo tanto, los precedentes están constantemente sujetos a una dinámica de nueva formulación y recharacterización. Nunca están formulados en piedra. De hecho, no se puede exagerar el papel del análisis de la Corte sobre una decisión anterior.

Los instrumentos y técnicas disponibles, que serán descritos enseguida, evidencian claramente la naturaleza argumentativa del derecho. La consiguiente ambigüedad y los estereotipos descartan cualquier “dictado por precedente”,<sup>92</sup> como se temía por los redactores del artículo 59. Tal cosa es imposible sin alterar fundamentalmente el sistema actual. Pero la fuerza canalizadora del precedente en las manos de un juez especializado, abogado o comentarista es muy real.

## 2. *Similitudes relevantes*

El eje central del precedente es la similitud pertinente. Aunque, por su puesto, dos situaciones jamás serán idénticas, lo importante es que sean iguales *en cuanto a la pertinencia*.<sup>93</sup> Ya que esto implica comparación, la búsqueda de una abstracción generalizable o una categoría universal sigue a la primera intuición o a la simple percepción de la semejanza pertinente.<sup>94</sup> Esta búsqueda por una teoría organizativa es inevitablemente una invasión para todo tipo de consideración no jurídica.

<sup>91</sup> Schwarzenberger, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: Vol I*, 3a. ed., Londres, Stevens, 1957, p. 32.

<sup>92</sup> Llewellyn, p. 76.

<sup>93</sup> Algunos comentaristas les gusta señalar la “igualdad”, otros la “similitud” como el factor vinculante entre dos casos. La postura adoptada aquí es que estas situaciones necesitan ser la mismas, sólo como preocupaciones de asuntos pertinentes, lo que es casualmente expresado diciendo que los casos son similares o comparables.

<sup>94</sup> Estas expresiones son preferibles al término *ratio decidendi*, que invoca muchos supuestos impropios.

Sea como sea, identificar la parte pertinente de un precedente que sirva de base para el razonamiento abstracto es una tarea difícil de lograr.<sup>95</sup> No hay fórmula alguna para lograrlo. Hay muchos métodos para ello, que varían en su nivel de formalidad, desde un método estrictamente mecánico,<sup>96</sup> pasando por uno mesuradamente escrupuloso,<sup>97</sup> hasta el completamente discrecional.<sup>98</sup> La teoría del derecho público internacional, en gran parte negada como éste es, no proporciona ninguna ayuda al respecto. Los sistemas del derecho consuetudinario tampoco ofrecen un acuerdo sobre el método. De acuerdo con la afirmación general de que los precedentes son entendidos como argumentos y sólo recogidos insuficientemente por las teorías rígidas de validez, se sugiere que esta incertidumbre está, sin embargo, lejos de ser fatal; sino que ésta es por sí misma parte de un contexto argumentativo más amplio de razonamiento con base en precedentes. Nada debe ser completamente descartado a causa de una prueba artificial impregnada de varias premisas normativas tácitas. En este espíritu de pluralismo metodológico ecléctico se podría recurrir a las expresiones utilizadas en casos anteriores, hechos concretos, aspectos teleológicos, principios básicos, tendencias y desarrollos a los que se ha reaccionado en una serie de casos y así sucesivamente; el objetivo de todo ello es encontrar una abstracción que explique el primer caso y cubra convincentemente el caso actual. Esto implica la creación y la experimentación de principios de baja y media abstracción, con un pie puesto en el contexto concreto. En la práctica esto tiende a ser un ejercicio de “teorización incompleto”, por ejemplo, la base real del razonamiento

<sup>95</sup> Véase Marshall, G., “What is Binding in a Precedent”, en MacCormick, N. y Summers, R. (eds.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate, 1997, p. 503; Duxbury, pp. 67-92; Siltala, pp. 109 y 110 (menciona seis enfoques correspondientes a sus ideologías de precedente previamente identificadas).

<sup>96</sup> Véase Wambaugh, E., *The Study of Cases*, 2a. ed., Boston, Little Brown, 1894, p. 8; Goodheart, A., “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, en Goodheart, A. (ed.), *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1931, pp. 4-25.

<sup>97</sup> Véase Langenbucher, K., *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, Munich, C. H. Beck, 1996, pp. 77-93.

<sup>98</sup> Véase Cohen, F. S., “The Problems of a Functional Jurisprudence”, 1, *Modern Law Review* 5, 1937, p. 20 (llamando tales intentos algo como un “disparate, partiendo desde una confusión lógica”).

propio es desconocida o no se manifiesta abiertamente.<sup>99</sup> En cualquier caso, quizá estas preocupaciones sean exageradas, ya que los sistemas de derecho consuetudinario parecen haber manejado esto a cabalidad. Pero es precisamente aquí donde la excitante metodología ofrece un camino hacia una noción más cambiante de convencimiento, destacando el papel y la importancia de la justicia internacional. Los optimistas podrían llamar a esto la dialéctica del precedente, mientras que para los cínicos sería el juego del precedente.

### 3. Reglas de precedente como reglas de lenguaje

En este contexto el lenguaje juega un papel particularmente interesante, que a veces parece subestimado. Ya que el vocabulario especial utilizado en un caso anterior es uno de los orígenes más prometedores de la abstracción generalizable, entre más extenso el lenguaje utilizado, más situaciones serán cubiertas por el paraguas de una categoría construida en consecuencia. Aunque pueda sonar obvio, si se puede decir que escenarios futuros serán objeto de precedente o no, no es un asunto sobre el cual el ordenamiento jurídico ejerza exclusivamente el control, sino también las reglas pertinentes de lenguaje, dado que ellas determinan en gran medida el ámbito de las categorías.<sup>100</sup> Para tomar un ejemplo bastante obvio, si un tribunal diseñara ciertos privilegios e inmunidades tomados del derecho consuetudinario tradicional, habría una gran diferencia en este contexto, si se refiere a “altos oficiales del Estado” o a “cabezas del Estado”. Seguramente las cabezas del gobierno y los ministros de Relaciones Exteriores rápidamente afirmarían que las categorías utilizadas tienen distintos tamaños, aunque esto podría ir más allá de la intención

<sup>99</sup> Sunstein, pp. 745 y 746. La metáfora de Llewellyn sobre el golf también es pertinente: “hacia el *green* con suerte tu ciencia te lleva. Pero en cuanto se refiere al *put* trabajarán por arte e instinto”. Véase Llewellyn, K. N., *The Bramble Bush*, Nueva York, Oceana, 1930, pp. 42 y 43.

<sup>100</sup> Véase Schauer, pp. 587, 579-595 (recordar el amplio debate sobre la corroboración filosófica de la clasificación lingüística entre aquellos que creen que hay categorías intrínsecas o naturales, y aquellos que defienden la idea de que todas las etiquetas son artificiales necesariamente). “Reglas” de lenguaje se refieren aquí principalmente a la definición de la relación entre símbolos lingüísticos y sus significados, por ejemplo, semántica.

de la Corte precedente. Si bien el idioma es notoriamente confuso,<sup>101</sup> a veces las restricciones lingüísticas pueden ser casi inevitables. Intentar sostener que los perros de raza Pastor Alemán no están afectados por las normas relativas a los “perros”, evidentemente es una batalla cuesta arriba. Podría decirse que uno no sólo debe centrarse en el oficio del juez, sino también en la interpretación sobre el precedente que hace la persona. Pero el punto básico parece razonable: el tamaño de la categoría general es jurídicamente relevante, pero ante todo una cuestión de lenguaje. De hecho, esta conexión estrecha entre derecho y lenguaje clarifica la reticencia tradicional de los jueces a decir más de lo necesario. Si esto es así, tres puntos merecen ser tratados.

En primer lugar, el efecto precedente de los casos es más amplio de lo que se piensa comúnmente, está silencioso en casos olvidados a la espera de ser utilizados por abogados ingeniosos. El derecho internacional público no se forma exclusivamente de la voluntad de los estados, sino también de las reglas del idioma francés e inglés. En segundo lugar, el tamaño de las categorías extraídas influye el grado de coacción, es decir, la fuerza del precedente. Entre más grande sea, será más difícil de evadir su carga. Éste es otro argumento para los que sostienen que hablar jurídicamente sobre el “peso” de un precedente o su “obligatoriedad”, como si éste fuera alguna clase de medida metafísica, en gran parte está fuera de contexto. Un caso anterior no es un precedente en lo absoluto, si éste difiere en cuestiones esenciales. Objeciones específicas podrían mencionarse como falta de similitud.<sup>102</sup> Las preocupaciones respecto a que por medio del reconocimiento de un precedente la CIJ podría, por ejemplo, no defender la inmunidad diplomática en un caso donde una embajada fue atacada por un gobierno autoritario, sin conceder a un oficial sospechoso de violaciones graves a los derechos humanos privilegios injustificados en otro caso, son infundadas, si esto podría explicarse convincentemente como una falta de similitud importante. En tercer lugar, si el lenguaje puede imponer sus propios límites, entonces el multilingüismo y la flexibilización de ataduras sociales y culturales debilitan esos límites a cuenta de difuminar la precisión lingüística y reducir el depósito con-

<sup>101</sup> Véase Müller y Christensen, p. 302; Morlok, M., “Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus Sprach- und Rechtswissenschaftlicher Sicht”, en Ehrenzeller, B. *et al.* (eds.), *Präjudiz und Sprache*, Suiza, Dike, 2008, pp. 33 y 34.

<sup>102</sup> Véase Schauer, p. 594.

ceptual común.<sup>103</sup> Tal vez ofrece una explicación de por qué los precedentes prosperan en la tierra fértil de ordenamientos jurídicos altamente homogéneos (por ejemplo, La Inglaterra victoriana) y regularmente tienen un dominio más débil en ordenamientos heterogéneos de multinivel (por ejemplo, Los Estados Unidos).

#### 4. *Oponiéndose al efecto del precedente*

Suponiendo que dos casos son relativamente similares, ¿qué pasaría? Después de haber rechazado reiteradamente la noción de la vinculación estricta y abogando por una concepción de los precedentes como argumentos, no debería ser una revelación que una vez un caso ha sido identificado como precedente, el grado de razonamiento jurídico aún no está terminado. Diferentes técnicas pueden ser empleadas para asimilar una carga argumentativa. Después de todo, el precedente no sólo implica restricción sino también creatividad.<sup>104</sup> Estas técnicas tienden a ser más rígidamente definidas y aplicadas en ordenamientos que propenden por dar una autoridad especial a los precedentes y que poseen un Poder Judicial jerárquico. En consecuencia, no están muy desarrollados en el derecho público internacional, pero sin embargo se presentan.

##### a. Discernimiento

Quizá el intento más obvio por oponerse a las cargas argumentativas sea alegar que ésta en realidad no influye en la situación actual. Esto ya fue aludido con antelación. Distinguir es un proceso dual de analogía a la inversa, donde el precedente no es impugnado como tal, pero es declarado como inaplicable.<sup>105</sup> Cuando se señalan las diferencias relevantes, el alcance del precedente está formado de manera retrospectiva. Múltiples son los ejemplos de la CIJ y de la CPIJ que utilizan esta técnica, se podrían mencionar los casos Lotus Mosul y Barcelona Traction.<sup>106</sup>

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 586.

<sup>104</sup> *Cfr.* Duxbury, p. 27 y capítulo IV.

<sup>105</sup> Véase Langenbucher, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht* 99.



El primer punto a tener en cuenta aquí es el hecho de que la Corte y su antecesora se tomaran la molestia de discernir casos, acentúa la noción de que los precedentes sí imponen cargas argumentativas. ¿Por qué otra razón se preocuparían por hacerlo en un ordenamiento donde las sentencias no son “vinculantes”? Esto encaja bien con la observación de Allen, en que “el fascinante juego de la diferenciación” era popular en los estrados ingleses mucho antes de que cualquier aceptación del *stare decisis* o de cualquier propuesta de que las sentencias fueran considerados formalmente como derecho.<sup>107</sup>

En segundo lugar, al igual que en la búsqueda de una semejanza importante, la desemejanza debe ser relacionada. Cualquier caso puede ser diferenciado con base en especificidades fácticas de menor importancia. Pero ése no es el punto. Se repite, no existe una fórmula mágica para eliminar lo casual y no representativo.<sup>108</sup> El proceso de discernimiento, por lo tanto, también contribuye indirectamente a la conformación del sistema judicial. Si una diferencia no se considera lo suficientemente significativa, a pesar de su existencia, el alcance de la decisión previa es extendido implícitamente al grado de aplicarse en el caso actual.

En tercer lugar, visto más de cerca, existen dos formas principales en las que un precedente puede ser discernido: o bien el caso previo no se refiere realmente a lo que se afirma, o la situación actual difiere en importantes aspectos de hecho o de derecho. El primero se centra en el caso anterior y limita su razón de ser, lo que podría llevarlo a uno a llamar este proceso como *obiter* retrospectivo. Un ejemplo de esto es la opinión de *Namibia*, en la cual la CIJ restringió el análisis de la opinión *Estado de Carelia Oriental* para volverse miembro de la Liga de Naciones y comparecer ante la CPIJ.<sup>109</sup> El último es quizá el método más típico de discernimiento. Se centra en la situación actual y apunta a distintas circunstancias garantizando una disminución de las cargas argumentativas,

<sup>107</sup> Allen, p. 187.

<sup>108</sup> Véase Perelman, C., *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique*, París, Dalloz, 1976, p. 129.

<sup>109</sup> Sudáfrica, de otra parte, afirmó, acorde posiblemente con el entendimiento contemporáneo, que el CPIJ en ese caso se ha rehusado a resolver la cuestión referida, porque ésta estaba directamente relacionada con el punto principal de una disputa pendiente entre dos estados. Véase CIJ Rep. 1971, Opinión consultiva del 21 junio de 1971, p. 23, paras. 30 y 31, y CPIJ, Opinión consultiva del 23 julio de 1923, Serie B, núm. 5, p. 27.

que de nuevo es un acto de dar contenido al esqueleto del ordenamiento jurídico internacional.<sup>110</sup>

### b. Separando

Pero incluso cuando un caso previo es pertinentemente similar (es decir, se aplica), existe una amplia oportunidad para evitar su efecto gravitacional. Una técnica más directa de desafiar la carga argumentativa es negarse a aceptar su lógica intrínseca. Este proceso de invalidación es llamado comúnmente anulación, sobre todo en los sistemas judiciales jerárquicos con mayor elaboración de reglas de precedente, o también separación.<sup>111</sup> Hay muchas razones para negarse a prestar atención a la fuerza de un argumento basado en precedentes. El más obvio —a saber, la existencia de disposiciones jurídicas que dan efecto a un compromiso político más grande de justicia individual, flanqueada por la fe de la jurisprudencia en un sistema de leyes lógicamente coherente y completo, según lo expresado por la *lex scripta*— ya ha sido mencionado anteriormente. Pero más allá de este argumento del todo o nada, un precedente podría ser considerado defectuoso desde el principio, o anticuado.<sup>112</sup>

En cuanto a la CIJ, aunque a menudo se dice que tiene el poder para hacer algo, la Corte es reacia a separarse expresamente de los casos.<sup>113</sup> Por lo general “justifica” los cambios del derecho por medio de distinciones, lo que concuerda con su rechazo por las generalizaciones.<sup>114</sup> En cierta medida esto funciona. Como lo notara Shauer, y, como se ha dicho anteriormente, una razón en contrario de por qué un precedente no debe afectar una situación podría igualmente ser formulada como una distin-

<sup>110</sup> Véase *Lotus* at p. 26, y *Arrest Warrant* del 11 de abril de 2000 (*Democratic Republic of the Congo vs. Belgium*), fallo del 14 de febrero de 2002, salvamento de voto conjunto de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, p. 89, para. 88 (manifestando perplejidad sobre la seguridad de la Corte en *Factory at Chorzów*).

<sup>111</sup> Aunque discernir podría también posiblemente ser visto como una forma de apartarse. Quizá sea mejor adoptar la más prosaica frase de Llewellyn “matando el precedente”.

<sup>112</sup> Véase Duxbury, p. 117.

<sup>113</sup> Véase *Namibia*, ICJ Rep. 1971, p. 18, para. 9 (“...la Corte no encontró razón para separarse, en el procedimiento actual, de la decisión adoptada por la Corte en la Orden del 18 marzo 1965 en los casos *South West Africa* [...] después de escuchar las mismas opiniones que han sido anticipadas por Sudáfrica”).

<sup>114</sup> Véase *Rosenne*, p. 1555; *Sørensen*, p. 166.

ción.<sup>115</sup> Es cierto que al mismo resultado se puede llegar ya sea por medio de un excepción (es decir, inaplicación) o por medio de un argumento que se aplique pero sin que sea más importante. Sin embargo, hay una diferencia cualitativa: sólo en la primera situación el argumento queda intacto en gran medida.<sup>116</sup> De otra parte, la anulación por medio de argumentos lógicos o de otro tipo modifica esencialmente su contenido material, muy posiblemente hasta el punto de erradicar completamente cualquier mérito que haya podido tener. Esto es, por supuesto, un proceso de reestructuración del ordenamiento jurídico internacional en sí mismo, por medio de la sentencia.

En cualquier caso, esta aparente falta de desarmonía no debe engañar a nadie, ni hacerlo creer que el derecho internacional está libre de posiciones contradictorias, o desprovisto de cualquier impulso evolutivo. Aunque tal vez no exista ningún ejemplo claro de la Corte desaprobando expresamente una de sus decisiones anteriores, puede decirse que ambas, la CIJ y la CPIJ, a veces, se han separado de los precedentes *sub silentio*.<sup>117</sup> La ausencia de situaciones en las que la CIJ abiertamente invalida sus precedentes probablemente también se debe en gran parte al hecho de que simplemente no hay muchas decisiones de la Corte. De hecho, la escasez de casos juzgados explica en parte por qué las cortes internacionales tienden a tener una jurisprudencia poco elaborada sobre cómo manejar los argumentos del precedente.<sup>118</sup>

Esquematizando brevemente algunos preámbulos metodológicos al respecto, la separación es un proceso en dos etapas. En primer lugar, argumentando en favor de la invalidación de tal carga argumentativa, implica esencialmente una afirmación de que está equivocado, porque, por ejemplo, no encaja con la imagen más amplia (por ejemplo, conflicto con otras reglas o principios) o porque el conflicto en cuestión es esencial-

<sup>115</sup> *Cfr.* Schauer, p. 594.

<sup>116</sup> Con las advertencias de que lo que fue dicho arriba sobre la propensión del discernimiento de crear sistema.

<sup>117</sup> Véase el caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, la jurisprudencia sobre recurrir a los *travaux préparatoires* (moviéndose desde lo inaceptable si un tratado es claro, hacia una ayuda aparentemente sin trabas de interpretación), y el papel de la equidad en el derecho de la demarcación marítima en *Tunisia/Libya*. Sobre el último véase Weil, P., *The Law of Maritime Delimitation: Reflections*, Cambridge, Grotius, 1989, pp. 172 y 173.

<sup>118</sup> Pero anota que el anverso no es cierto, como evidenciado por la CEJ y la CEDH.

mente de naturaleza diferente. En resumen, existe un argumento firme con relación a qué es lo que necesita el derecho internacional. Pero aunque eso se pudiera lograr, el efecto del precedente aún no es asimilado. Incluso en ordenamientos en los que existe un título jurídico para iluminar el primer paso, hay consideraciones de segundo orden que tienen que ser tratadas. La segunda etapa es, pues, determinar si existen otras razones de porqué, no obstante, el argumento debería imponerse, por ejemplo, cuando existe una seguridad determinante digna de protección u otra razón excepcional de porqué la coherencia deberá ser preferida en este caso.

#### V. EPÍLOGO: DE LA MÍSTICA Y LAS AVESTRUCCES

Debido a la formación, tradición, temperamento, experiencia y la perspectiva jurisprudencial y política, dos perspectivas generalmente reiteradas sobre el precedente como un todo —se podría decir, los estados de la mente— pueden ser identificadas

En primer lugar, están los místicos, que pomposamente venden una visión sensible de la autoridad, la unidad y la pureza de las decisiones judiciales y exaltan las virtudes de la “piedad del precedente”.<sup>119</sup> Ellos sueñan con un espacio libre de las vicisitudes de la política inevitablemente ruinosa, y se agasajan en el tema de Lord Mansfield sobre el derecho “purificándose”.<sup>120</sup> Tal es el respeto por la judicatura y la impecabilidad y coherencia de sus métodos y motivaciones, que los precedentes frecuentemente son aplicados ciegamente sin reflexión crítica.<sup>121</sup> La alegría y flexibilidad del lenguaje se sustituye por una deferencia incuestionable hacia los pronunciamientos judiciales, que son elevados a cánones de fe.

Luego están los que meten su cabeza en la arena y pretenden que las decisiones judiciales no juegan ningún papel más allá del educativo, como si cualquiera pudiera arreglárselas perfectamente sin ellas, si sólo él o

<sup>119</sup> Chided, por ejemplo, por Teubner, E., *Satirisches Rechtswörterbuch*, 3a. ed., Köln, Schmidt, 1998 (El derecho de los jueces es “muy limpio” y no tiene los errores producidos por los conflictos del legislativo”), y Thomas, pp. 139-153 (refiriéndose a un aforisma de R. W. Emerson: “una coherencia tonta es el duendo de las mentes pequeñas”).

<sup>120</sup> Véase Unger, *What Should Legal Analysis Become?*, Londres, Verso, 1996, pp. 72 y 73 (afirmando que uno de los “sucios secretos” de la jurisprudencia es su disconformidad con la democracia y el temor a la acción popular).

<sup>121</sup> *Cf.* Mason, A., “The Use and Abuse of Precedent”, 4, *Australian Bar Review* 93, 1988, p. 106.

ella tuviera una verdadera técnica de comprensión de las fuentes “reales” del derecho. Descartando los casos como apoyo y el precedente como una enfermedad que sólo aqueja a los abogados comunes y a su mal construido ordenamiento jurídico, estas avestruces, obstinadamente, se niegan a tomar el poder y precariedad del lenguaje para su conclusión lógica, y descartan muy fácilmente la noción del derecho como una práctica argumentativa. Deliberadamente cierran su caja de herramientas intelectual, ya sea por la frustración nacida de la autoimpuesta dificultad para dar cuenta de estos fenómenos, o bien debido a un rechazo desde el principio ante la idea de material de la sociología invadiendo al derecho como una disciplina autosuficiente.

Esperamos que este documento por lo menos haya evitado algunos de los escollos tanto del misticismo romántico como del enfoque jocosamente ignorante sobre los precedentes. Los jueces internacionales no son ni reyes filósofos ni simplemente *bouche de la loi*. He tratado de afinar una percepción del precedente como un fenómeno muy real que funciona incluso en ausencia de las grandes teorías jurídicas y sociopolíticas, en un argumento que simultáneamente limita y da pie a la discreción, y en un dispositivo para la evolución del ordenamiento jurídico. En cuanto a las perspectivas de un sistema completamente racional de precedentes en el derecho internacional, las expectativas no pueden ser muy altas. Pero sin nada más, el potencial crítico de este reconocimiento es digno del esfuerzo; sólo por ver la red de precedentes se puede incluso intentar controlarla.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Clarendon, 1989.
- ALLEN, CK, *Law in the Making*, 6a. ed., Oxford, Clarendon, 1958.
- ATIYAH, P. S., *Pragmatism and Theory in English Law*, Londres, The Hamlyn Lectures, Stevens, 1987.
- BECKETT, W. E., “Les Questions d’Intérêt Général au Point de Vue Juridique dans la Jurisprudence de la Cour Permanente de Justice internationale”, 39, *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye 135, 1932.
- BENGOETXEA, J. *et al.*, “Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice”, en BÚRCA, G. de y WEILER, J. (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

- BERNHARDT, R., "Article 59", en ZIMMERMANN, A. *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- BLECKMANN, A., "Analogie im Völkerrecht", *17 Archiv des Völkerrechts* 161, 1977 y 1978.
- BOS, M., "The Interpretation of International Judicial Decisions", 33, *Revista Española de Derecho Internacional* 11, 1981.
- BREWER, S., "Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy", 109, *Harvard Law Review* 923, 1996.
- BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 7a. ed., Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- COHEN, F. S., "The Problems of a Functional Jurisprudence", 1, *Modern Law Review* 5, 1937.
- CROSS, R. y HARRIS, J. W., *Precedent in English Law*, 4a. ed., Oxford, Clarendon, 1991.
- DAHM, G. *et al.*, *Völkerrecht, Band I/1*, 2a. ed., Berlín-Nueva York, Gruyter, 1989.
- DIAS, R. W. M., *Jurisprudence*, 3a. ed., Londres, Butterworths, 1970.
- DOLZER, R. y SCHREUER, C., *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- DRION, J., *Stare Decisis*, The Hague, Nijhoff, 1950.
- DUXBURY, N., *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- ECKERTZ-HÖFER, M., "Vom guten Richter" - *Ethos, Unabhängigkeit, Professionalität*, 62 *Die Öffentliche Verwaltung* 729, 2009.
- EISENBERG, M. A., *The Nature of the Common Law*, Londres, Harvard University Press, 1988.
- ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt A. M., Athenäum, 1970.
- FITZMAURICE, G. G., "Some Problems Regarding the Formal Sources of Law", en ASBECK, F. M. van (ed.), *Symbolae Verzijl: Présentées au Prof J H W Verzijl, à l'Occasion de son LXX-ième Anniversaire*, La Haye, Nijhoff, 1958.
- GERHARDT, M. J., *The Power of Precedent*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

- GOODHEART, A., "Determining the Ratio Decidendi of a Case", en GOODHEART, A. (ed.), *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1931.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961.
- HOWSE, R., "Moving the WTO Forward - One Case at a Time", 42, *Cornell International Law Journal* 223, 2009.
- HUDSON, M. O., *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*, Nueva York, MacMillan, 1943.
- HUTCHINSON, A. C., *Evolution and the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- JENNINGS, R. y WATTS, A., *Oppenheim's International Law: Peace*, 9a. ed., Harlow, Longman, 1992, vol. I.
- KAUFMANN, A., *Analogie und "Natur der Sache"*, 2a. ed., Munich, R. v. Decker & C.F. Müller, 1982.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre: Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, (Franz Deuticke, Leipzig & Wien 1934).
- KENNEDY, D., *A Critique of Adjudication: Fin de Siècle*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.
- KIRCHHOF, P., "Recht Sprechen ist Sprechen über das Gesetz", en MÜLLER, G. et al. (eds.), *Festschrift für Günter Hirsch zum 65 Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 2008.
- KOSKENNIEMI, M., "Methodology of International Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, en <http://www.mpeil.com/>, último acceso 20 de noviembre de 2009.
- KRAMER, E. A., *Juristische Methodenlehre* 2a. ed., Bern, Stämpfli, 2005.
- LADÉUR, K-H y AUGSBERG, I., "Auslegungsparadoxien: Zur Theorie und Praxis Juristischer Interpretation", 36, *Rechtstheorie* 143, 2005.
- LAMOND, G., "Precedent and Analogy in Legal Reasoning", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en <http://plato.stanford.edu/>, último acceso 25 de noviembre de 2009.
- LANGENBUCHER, K., "Argument by Analogy in European Law", 57, *Cambridge Law Journal* 481, 1998.
- , *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, Munich, C. H. Beck, 1996.
- LARENZ, K. y CANARIS, C. W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3a. ed., Berlín-Heidelberg, Springer, 1995.

- LAUTERPACHT, H., *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens, 1958.
- LEWELLYN, K. N., *The Bramble Bush*, Nueva York, Oceana, 1930.
- , *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, 4a. ed., Boston, Little Brown, 1960.
- MACCORMICK, N., *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- MARSHALL, G., “What is Binding in a Precedent”, en MACCORMICK, N. y SUMMERS, R. (eds.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate, 1997.
- MASON, A., “The Use and Abuse of Precedent” 4, *Australian Bar Review* 93, 1988.
- MCCOWN, M., “Precedent and Judicial Decision Making: The Judge Made Law of the European Court of Justice”, *Panel 27-3: Law, Politics, and Power: Contrasting Comparative Perspectives*, Boston, American Political Science Association Annual Conference, 29 de agosto-1o. de septiembre de 2001.
- MCNAIR, A. D., *The International Court of Justice*, Presidential Address, Birmingham, Holdsworth Club of the University of Birmingham, 1949.
- MORLOK, M., “Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus Sprach- und Rechtswissenschaftlicher Sicht”, en EHRENZELLER, B. *et al.* (eds.), *Präjudiz und Sprache*, Suiza, Dike, 2008.
- MÜLLER, F. y CHRISTENSEN, R., *Europarecht: Juristische Methodik*, 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2007.
- NIETZSCHE, F. W., *Zur Genealogie der Moral*, Ditzingen, Reclam, 1988 (1887).
- PECZENIK, A., “Jumps and Logic in the Law”, 4, *Artificial Intelligence and Law* 297, 1996.
- PELLET, A., “Article 38”, en ZIMMERMANN, A. *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- PERELMAN, C., *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique*, París, Dalloz, 1976.
- PERRY, S. R., “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, 7, *Oxford Journal of Legal Studies* 215, 1987.
- PONZETTO, G. y FERNANDEZ, P., “Case Law Versus Statute Law: An Evolutionary Comparison”, 37, *Journal of Legal Studies* 379, 2008.



- RAZ, J., *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979.
- REID, L., “The Judge as Law Maker”, 12, *Journal of the Society of Public Law Teachers* 22, 1972.
- ROSENNE, S., *The Law and Practice of the International Court 1920-2005: Vol III*, 4a. ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- RÜTHERS, B., *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, 4a. ed., Munich, C. H. Beck, 2008.
- SCELLE, G., *Précis de Droit des Gens: Principes et Systématique*, Paris, Recueil Sirey, 1932.
- SCHAUER, F., “Precedent”, 39, *Stanford Law Review* 571, 1986 y 1987.
- SCHIEMANN, K., *Vom Richter des Common Law zum Richter des Europäischen Rechts*, Bonn, Vorträge und Berichte Nr 145, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, 2005.
- SCHULZE, R. y SEIF, U., “Einführung”, en SCHULZE, R. y SEIF, U. (eds.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.
- SCHWARZENBERGER, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: vol I*, 3a. ed., Londres, Stevens, 1957.
- SHAHABUDEEN, M., *Precedent in the World Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- SILTALA, R., *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, Oxford, Hart, 2000.
- SØRENSEN, M., *Les Sources du Droit International: Etude sur la Jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale*, Kopenhagen, Munksgaard, 1946.
- STEINER, U., “Richterliche Rechtsfortbildung und Grundgesetz”, en MÜLLER, G. et al. (eds.), *Festschrift für Günter Hirsch zum 65 Geburtstag*, München, C. H. Beck, 2008.
- STRUPP, K., “Les Règles Générales du Droit de la Paix”, 47, *Recueil des Cours* 263, 1934.
- SUNSTEIN, C. R., “On Analogical Reasoning”, 106, *Harvard Law Review* 741, 1993.
- TEUBNER, E., *Satirisches Rechtswörterbuch*, 3a. ed., Köln, Schmidt, 1998.
- THOMAS, E. W., *The Judicial Process*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

- UNGER, R. M., *What Should Legal Analysis Become?*, Londres, Verso, 1996.
- VERDROSS, A. y SIMMA, B., *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1984.
- VESTING, T., *Rechtstheorie*, Munich, C. H. Beck, 2007.
- VOGENAUER, S., *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent: Band I*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.
- WALDOCK, H. M., *General Course on Public International Law*, 106 *Recueil des Cours/Académie de Droit International de La Haye* 1, 1962.
- WALDRON, J., *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- WAMBAUGH, E., *The Study of Cases*, 2a. ed., Boston, Little Brown, 1894.
- WEIL, P., *The Law of Maritime Delimitation: Reflections*, Cambridge, Gro-tius, 1989.
- WEINREB, L. L., *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- WILLIAMS, G., *Salmond on Jurisprudence*, 11a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1957.
- WRÓBLEWSKI, J., *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1992.
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3a. ed., Tübingen, Mohr, 1996.