

«Distinguish» Distinguish*

Víctor García-Yzaguirre
Universidad de Tarapacá
ORCID ID 0000-0002-4662-2919
garciayzaguirre@gmail.com

Cita recomendada:

García-Yzaguirre, V. (2025). «Distinguish». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 242-267.
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9853>

Recibido / received: 14/11/2024
Aceptado / accepted: 23/04/2025

Resumen

Este artículo propone una conceptualización precisa del *distinguish* elaborada a partir de las principales teorías sobre precedentes que operan dentro del modelo de reglas. En tal sentido asume un sistema de precedentes que reconoce a los aplicadores del derecho la competencia para apartarse de decisiones anteriores cuando concurren ciertas condiciones. En este contexto se justifica que esa facultad no necesariamente debilita la fuerza de los precedentes, pues permite corregir errores y preservar la previsibilidad normativa que la seguridad jurídica exige. Para desarrollar esta propuesta, el apartado 2 delimita los rasgos generales del *distinguish* y aclara las operaciones y consecuencias prácticas que involucra; el apartado 3 ofrece una reconstrucción de los posibles límites a su ejercicio, identificando los criterios que podrían justificar apartarse de precedentes.

Palabras clave

Precedentes, *distinguish*, interpretación, excepciones, validez.

Abstract

This article advances a precise conceptualization of distinguish, drawing on the leading theories of precedent that operate within the rule-based model. It therefore presupposes a precedent system that grants legal decision-makers the competence to depart from prior rulings when specific conditions obtain. Within this framework, the power to distinguish is shown not to weaken the authority of precedents; rather, it enables the correction of errors and preserves the normative predictability required by legal certainty. To develop the argument, section 2 outlines the general features of distinguish and clarifies the operations and practical outcomes it entails, while section 3 reconstructs the potential limits on its exercise, identifying the criteria that may legitimately justify a distinguish from a precedent.

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «Sesgos en la producción y aplicación de derecho. Racionalidad legislativa, razonamiento probatorio e inteligencia artificial», PID2023-152057NB-I00, y del Proyecto de Investigación «Epistemología Social y Derecho: Funciones y Medios del Conocimiento Jurídico», PID2024-159612NB-I00. Ambos financiados por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Agradezco a Álvaro Núñez Vaquero, Sandra Gómora, Edgar Aguilera, Natalia Scavuzzo, Carolina Fernández Blanco y Hugo Osorio Morales por sus comentarios a versiones previas de este trabajo.

Keywords

Precedents, distinguish, interpretation, exceptions, validity.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Rasgos generales del *distinguish*. 2.1. Formas de llevar a cabo un *distinguish*. 2.2. Procesos y resultados. 3. Límites. 3.1 Límites formales. 3.2. Límites sustantivos. 4. Conclusiones.

1. Introducción

En las diversas prácticas de aplicación del derecho y en la literatura especializada sobre los precedentes es habitual que se afirme que los aplicadores del derecho tienen el poder para hacer un *distinguish* a los precedentes. Además, se suele señalar que dicho poder es ejercido en múltiples situaciones. Sin perjuicio de ser afirmaciones comunes, no siempre es claro qué se está diciendo con ello.

La noción de *distinguish* es un concepto teórico¹ que es empleado para describir y analizar qué hacen los aplicadores del derecho, en determinados supuestos, para apartarse de un precedente. En este sentido, es un concepto cargado de teoría² y útil para formular tanto discursos descriptivos como prescriptivos. De esta forma, muchos desacuerdos sobre qué es el *distinguish*, qué actos cuentan como un *distinguish* y cómo se debería limitar esta práctica son dependientes de los presupuestos teóricos empleados para analizar los precedentes.

En efecto, no hay un desacuerdo sobre si una determinada acción o hecho ocurrieron en el mundo, sino un desacuerdo sobre cómo calificarlos. No estamos ante un problema de conocimiento, sino de interpretación: tenemos desacuerdos respecto a cómo explicarlos (por qué se llevan a cabo estas acciones o por qué ocurren estos hechos en el mundo) y cómo comprenderlos (cuáles son las propiedades del objeto de estudio).

Este punto es particularmente relevante en vista a cómo suelen ser las prácticas de aplicación del derecho al momento de no seguir un precedente. En diversas comunidades este tipo de actos llevados a cabo por los aplicadores del derecho se presentan con múltiples estrategias de comunicación y las diversas dogmáticas nacionales suelen presentarlos de muchas maneras. Pueden presentarse como actos de seguimiento del precedente, de correcta interpretación de los textos, ser explícitos con ser actos de apartamientos de un precedente anterior, entre muchos otros.

Además de lo anterior, respecto al *distinguish* nos enfrentamos a múltiples problemas teóricos. De todos ellos, es relevante resaltar el siguiente. Los sistemas de precedentes suelen estar justificados en la noción de seguridad jurídica³. Ahora bien,

¹ En este punto sigo a Carrión, en tanto, entiendo que es un concepto cuya definición ha sido estipulada con el propósito de presentar un objeto de estudio de forma más esclarecedora (Carrio, 2004, p. 9).

² Un ejemplo de esto puede verse en (Lamond, 2005, Perry; 1987, Harty, 2015). No es lo mismo entender un precedente en el modelo basado en reglas y en un modelo basado en razones. La forma de entender qué vincula y qué cuenta como *distinguish* es diferente. Como he mencionado líneas atrás, en el texto principal adopto una versión del modelo basado en reglas.

³ Recordemos el adagio que suele ser empleado para presentar las metanormas que generan un sistema de precedentes: *Stare decisis et non quieta moveré*, es decir, respete las decisiones previas y no perturbe lo ya establecido. Cabe precisar que, para hablar de *stare decisis*, es necesario que se hayan implementado mecanismos institucionales de revisión de decisiones en las que se controle, por lo menos,

¿debería un aplicador del derecho seguir los precedentes de otros aplicadores del derecho o sus propios precedentes en el escenario en que ha concluido de que son errados?⁴ De ser negativa la respuesta, ello supondría que los aplicadores del derecho han de tener la competencia para ejercer algún acto de apartamiento de los precedentes.

Si los aplicadores del derecho pueden realizar un *distinguish* a los precedentes cada vez que consideren que pueden ofrecer mejores soluciones a un problema normativo, entonces el propósito del sistema de precedentes parecería ser solo una ilusión: los precedentes limitarían cada vez que el aplicador del derecho considere que debe estar limitado. En efecto, si señalamos que un aplicador del derecho A está limitado por las decisiones del aplicador del derecho B, dicho límite es difícil de entender si consideramos A es competente para hacer un *distinguish* a las decisiones de B (Sartorius, 1967, p. 343).

Al respecto, caben dos alternativas de solución⁵. Por un lado, podemos diseñar un sistema de precedentes basado en la autoridad del emisor del precedente: la justificación para seguirlo se encuentra en la competencia de la autoridad que lo emitió, independientemente de su corrección⁶. Este modelo no exige la previsión de la competencia para realizar un *distinguish*; caso contrario, se prevé la invalidez de todo acto que así lo intente. Uno de los principales problemas de esta opción es justificar su compromiso con la irracionalidad, pues supone comprometerse con una calificación normativa mediante la renuncia de la deliberación sobre si está justificada o no frente a las circunstancias del caso individual a ser resuelto⁷.

Por otro lado, podemos diseñar un sistema de precedentes basado en la corrección del precedente: se justifica seguir aquellos precedentes que ofrezcan consecuencias prácticas consideradas jurídica y axiológicamente aceptables dentro de una determinada comunidad. Este modelo requiere, al menos, la previsión de la competencia para realizar un *distinguish* de ciertos precedentes. Esta opción nos lleva a las preguntas: ¿deberían todos los aplicadores del derecho poseer esta competencia?⁸ ¿Los aplicadores del derecho deberían tener una competencia irrestricta o esta debería estar sujeta a condiciones? De estar sujeta a condiciones, ¿cuáles deberían ser estas?

Frente a estos problemas, el objetivo del presente artículo es presentar una conceptualización de qué es el *distinguish* a partir de las principales teorizaciones realizadas por estudiosos del precedente que adoptan el modelo de reglas. Esto es, asumiré un modelo de sistema de precedentes que prevé la competencia para llevar a cabo dichos actos. Esta propuesta permitirá mostrar que el *distinguish* no es un medio que necesariamente debilite los sistemas de precedentes; en vez de ello, puede ser un instrumento para alcanzar el estado de cosas deseado por el sistema de precedentes. En efecto, justificaré que el *distinguish* es una herramienta necesaria para que la práctica de aplicación del derecho pueda ofrecer seguridad jurídica a sus destinatarios.

Para cumplir este objetivo, llevaré a cabo los siguientes pasos. En el apartado 2 formularé algunos rasgos generales de la noción de *distinguish*. Asimismo,

si la decisión es conforme al precedente o no. Sin dichos mecanismos, el sistema jurídico no tendría como identificar y remediar casos de apartamiento del precedente. Ver (Summers y Eng, 1997 p. 519).

⁴ Sobre la noción de precedente errado ver (García Yzaguirre, en prensa).

⁵ Ver (Stevens, 2018; Lamond, 2005).

⁶ Para ello se emplearán de una norma sobre precedentes que haga inválido todo acto de no seguimiento.

⁷ Sobre este punto no profundizaré aquí. Ver (García Yzaguirre, 2022b).

⁸ Para una primera aproximación a este punto ver (García Yzaguirre y Kersic, 2025).

presentaré qué tipo de operaciones y resultados alude dicha noción. En el apartado 3 presentaré una breve reconstrucción de los límites al ejercicio de esta competencia. Cabe precisar que, para este punto, voy a presuponer una teoría de la interpretación no cognitivista⁹.

2. Rasgos generales del *distinguish*

El caso claro de sistema de precedentes se manifiesta cada vez que, de acuerdo con el sistema normativo, la validez de las decisiones de un aplicador del derecho está condicionada (entre otros) al seguimiento de los precedentes aplicables¹⁰. Determinar qué es seguir un precedente supone, por lo menos, haber asumido compromisos teóricos respecto a qué quiere decir que un precedente es vinculante, cómo determinar el alcance de la norma vinculante y qué es lo que vincula (si solo la interpretación del precedente o si, también, las razones subyacentes involucradas en la ponderación que resolvió el caso)¹¹.

Para efectos de este artículo, emplearé una noción mínima de seguimiento de precedente. En este sentido, entenderé por seguimiento al supuesto en el que un aplicador del derecho, al momento de resolver un problema normativo: a) ha identificado un precedente y su *ratio decidendi*; b) considera que la *ratio decidendi* identificada es aplicable al caso; y c) usa la *ratio decidendi* como premisa normativa para resolver el problema normativo actual¹².

Los aplicadores del derecho, además de seguir el precedente, pueden llevar a cabo actos de apartamiento del precedente, esto es, formas para no usarlo como premisa normativa en la solución del problema normativo que están, en el momento, resolviendo. Dentro de la práctica y en la literatura especializada es posible identificar múltiples maneras de apartarse de un precedente (o, incluso, de debilitar su fuerza vinculante)¹³. Solo a efectos de claridad, cabe señalar algunas de estas prácticas:

- a) Apartarse por *prospective overruling* del precedente. El aplicador del derecho deja sin validez el precedente (por lo tanto, también su *ratio decidendi*) de manera que deja de formar parte del conjunto de fuentes del derecho.
- b) Apartarse por resolver una antinomia entre precedentes. El aplicador del derecho se enfrenta a un conflicto normativo entre una *ratio decidendi* y otra norma (sea producto de haber interpretado una disposición normativa que no tiene origen jurisdiccional o sea producto de otro precedente), ante lo cual se aparta de dicha *ratio* por considerar que no tiene superioridad jerárquica.
- c) Apartarse por derogación de la regla sobre precedentes. La autoridad competente deja sin validez la norma que dotaba de fuerza vinculante a los precedentes, por lo que su seguimiento deja de ser condición de validez de la

⁹ Ver, por todos, Chiassoni, 2019.

¹⁰ Como he señalado, la manera en que un precedente condiciona las decisiones de futuros aplicadores del derecho (incluido él mismo) depende del diseño (e interpretación) de las metanormas sobre precedentes. Esto es, el tipo de condición de validez que impongan (si opera como condición contribuyente, necesaria, suficiente o necesaria y suficiente).

Ahora bien, no es fácil determinar qué implica «seguir el precedente». Al respecto ver Núñez Vaquero, 2022, pp. 176-80.

¹¹ Sobre este punto ver la síntesis de la discusión hecha por Marshall, 1997, pp. 504-05. Además, ver la propuesta de cuatro posibles acciones que un aplicador puede llevar a cabo con un precedente formulada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Webster v. Reproductive Health Services* (*reaffirm, overrule explicitly, overrule sub silentio* y *avoid the question*).

¹² En este punto sigo a Simpson, 1961, p. 162.

¹³ Para un elenco de posibilidades ver a Marshall, 1996, Chiassoni, 2015, pp. 46-47.

decisión. Ante ello, el aplicador del derecho prescinde del precedente al momento de determinar la solución al problema normativo.

- d) Apartarse por crear una excepción en la regla del precedente. La autoridad competente ha decidido, como resultado de un proceso reinterpretativo o de haber resuelto una antinomia¹⁴, reducir el alcance de la regla del precedente con el efecto de que una determinada clase de precedentes dejan de tener fuerza vinculante. Ante ello, el aplicador del derecho prescinde del precedente (que se subsume dentro de la clase de precedentes excluidos) al momento de determinar la solución al problema normativo.

Dentro de esta clase de actos es identificable que el aplicador del derecho haga un *distinguish*, esto es, un caso en el que un aplicador del derecho, tras emplear un determinado tipo de actos interpretativos, determina que un precedente no es aplicable al caso que debe resolver. Este tipo de operaciones y resultados son llevados a cabo, principalmente (pero no exclusivamente), debido a que el aplicador del derecho considera que los resultados de usar el precedente son injustos, indebidos o ilícitos. Paso a precisar esta noción.

En primer lugar, la *ratio decidendi* es una norma general, esto es, que regula clases de casos (Waldron, 2012, p. 22)¹⁵. Un *distinguish* supone un proceso y resultado por el cual, en un primer momento, el caso a resolver era subsumible a la *ratio* y, en un segundo momento, deja de ser subsumible.

Sobre este punto cabe precisar que un *distinguish* no es, simplemente, determinar que el precedente no es aplicable a un caso. A efectos de precisar este punto es pertinente diferenciar entre determinar que un caso individual está fuera del alcance de una norma y que el caso individual está exceptuado¹⁶.

La inaplicabilidad de una *ratio*, en este contexto, no implica la negación de un hecho o circunstancia, es decir, no equivale a rechazar la verificación de una condición o requisito de aplicación previsto en el antecedente de la *ratio*. Un caso exceptuado no debe confundirse con uno inexistente. Mientras que un caso inexistente indica la ausencia de un asunto concreto a resolver, un caso exceptuado refleja una relación particular entre el caso individual y la norma. En este último, se dispone de una razón normativa para afirmar que cierta calificación normativa no debe aplicarse.

Por otro lado, esta forma de inaplicabilidad no se limita a declarar que una norma es irrelevante para resolver un caso concreto. Esta idea de inaplicabilidad es más compleja, ya que implica: a) la verificación de la aplicabilidad del antecedente al caso particular¹⁷; y b) que dicha verificación deriva en que cierta calificación normativa

¹⁴ Ver García Yzaguirre, 2023a.

¹⁵ Las normas son generales, en tanto, no se dirigen a un objeto individual, sino a una clase de objetos. Sobre este punto, Alchourrón identificó tres sentidos posibles de «generalidad de las normas»: i) general en relación con los sujetos regulados, es decir, a todos los miembros de una clase de personas (por ejemplo, todos los estudiantes de derecho de la Universidad de Lima, todas las mujeres, todos los peruanos, etc.); ii) general en relación con el tiempo, es decir, a todos los instantes temporales que ocurren dentro de un periodo de tiempo (por ejemplo, todos los días dentro de un determinado plazo); y iii) general en relación con las circunstancias, es decir, a todos los hechos que pertenezcan a una clase de hechos (por ejemplo, todos los sucesos que son entendidos como el asesinato de alguien o celebrar un contrato) (Alchourrón, 2010, p. 83).

¹⁶ Este punto ha sido desarrollado en extenso en García Yzaguirre, 2022a.

¹⁷ A efectos de precisión, cabe señalar que los antecedentes de las normas contienen un caso genérico, es decir, un conjunto de propiedades que, al verificarse en un caso particular, desencadenan la prescripción establecida en el consecuente. Por «caso genérico» se entiende una clase o conjunto de clases de propiedades, que corresponden a tipos de situaciones en las que pueden ocurrir acciones o

no sea aplicable al caso en cuestión. En términos más precisos, lo que se presenta es el paso de una calificación normativa que era aplicable *prima facie*, pero todo considerado no lo es. Ello tanto en un sentido epistémico (i), como en un sentido normativo (ii).

En relación con (i), se refiere a que, en un primer análisis, una calificación normativa aparentaba ser adecuada, pero al entender mejor el caso concreto y/o el marco normativo aplicable, se concluye que una propiedad relevante desde un punto de vista normativo genera una calificación distinta. Respecto a (ii), implica que, al definir el contenido del caso específico y del sistema normativo aplicable, se determina que este último resulta inconsistente. Frente a ello, el intérprete debe tomar una decisión valorativa para establecer cuál de las calificaciones normativas es más adecuada y cuál no lo es. Aquella calificación que no se considere la mejor es declarada inaplicable. Sobre este punto volveré luego.

Al señalar que un caso está fuera del alcance de una norma y que está exceptuado, se están diferenciando dos resultados de operaciones diferentes. La diferencia radica en que la noción de «casos exceptuados» o «excepción» se emplea para representar la construcción de una prohibición de aplicar una calificación normativa determinada.

Para aclarar el punto veamos un ejemplo simple. Supongamos que un aplicador del derecho se enfrenta al caso de un trabajador adventista del Hospital Josep Trueta de Girona a quien le han impuesto deberes laborales los días sábados, lo cual le impide cumplir con ciertos ritos religiosos. Frente a ello, es aplicable la *ratio R1* que señala «si trabajador dependiente, entonces obligatorio trabajar de lunes a sábado». Consideremos que el aplicador del derecho considera que dicha *ratio* es errada, a lo cual el un aplicador del derecho realiza un *distinguish* a efectos de producir la *ratio R2*: «si trabajador dependiente, entonces obligatorio trabajar de lunes a sábado, a menos que sea adventista». Como vemos, la *ratio R2* ya no prescribe a todos los trabajadores dependientes sino solo a los que no son adventistas. Así, para el caso del trabajador adventista que tiene dudas sobre si pueden obligarle a trabajar un sábado, la *ratio* estaría exceptuada: su caso se subsume en el antecedente de la norma, con el efecto de que no se aplique el consecuente normativo. En cambio, para una persona que pretende determinar cuál es la calificación normativa de aparcar una ambulancia en una zona restringida, la *ratio R2* no es aplicable por irrelevante: está fuera de su alcance.

Como podemos ver, un caso de *distinguish* es un supuesto de creación y uso de una excepción. En tal sentido, es un proceso y resultado interpretativo aplicado a los precedentes: al enriquecer el antecedente y cambiar la calificación normativa se reemplaza una norma (más general) por una nueva norma (menos general)¹⁸.

En segundo lugar, este proceso y resultado interpretativo presupone que un caso está regulado por un determinado tipo de precedente. Por un lado, alude a casos determinados pues los procesos y resultados del *distinguish* no son medios para resolver problemas de indeterminación por laguna normativa, caso contrario, presupone que estamos frente a un supuesto regulado por una *ratio*. En tal sentido,

eventos. Estas propiedades determinan aspectos como el dónde, cuándo, por qué, cómo, con qué medios, quiénes deben o no deben realizar la acción, entre otros. Cada caso genérico incluye una propiedad normativamente relevante o una combinación de propiedades normativamente relevantes. Una propiedad se expresa mediante unos predicados aplicados a un sujeto, acción o estado de cosas.

¹⁸ Ver, por todos Celano, 2023, p. 224.

esta noción no nos permite aclarar los casos de especificación del alcance de una norma al momento de resolver un problema de vaguedad semántica¹⁹.

Por otro lado, alude a un determinado tipo de precedentes en tanto es una noción que suele aclarar los procesos interpretativos empleados para apartarse de la fuerza vinculante de un precedente. Podemos diferenciar diversos usos de la noción de *distinguish* a partir del tipo de fuerza vinculante. En un extremo, podemos hacer un uso amplísimo de la noción de *distinguish* para hacer referencia al apartamiento de cualquier tipo de precedente. Esto es, a precedentes que operan como condición contribuyente, necesaria, suficiente o necesaria y suficiente para la validez de una decisión. En el otro extremo, podemos hacer un uso estrictísimo de la noción de *distinguish* para hacer referencia al apartamiento de precedentes que sean condición necesaria y suficiente de validez de una decisión.

En tercer lugar, la validez de realizar un *distinguish* depende de las normas de competencia que regulan qué actos del aplicador del derecho son considerados válidos y cuáles no²⁰. La competencia para hacer un *distinguish* y los actos necesarios para llevarlo a cabo son una forma relevante para determinar la fuerza de los precedentes, esto es, el tipo de razones y criterios de preferencia necesarios para que un aplicador del derecho pueda justificar su rechazo a seguir un precedente (Alexander, 2023, p. 12; Summers, 1991, pp. 390 ss.; Lamond, 2022, p. 137).

Ahora bien, ¿qué implica tener la competencia para realizar un *distinguish*? El proceso y resultado de un *distinguish* supone, en buena parte, el mismo problema de cómo identificar (de manera correcta²¹) la *ratio*: alude a actos interpretativos necesarios para identificar la norma contenida en el precedente que posee fuerza vinculante para ulteriores decisiones. En tal sentido, al hablar de *distinguish*, supone dar cuenta del (i) uso de técnicas de interpretación sobre los precedentes para identificar la *ratio* y (ii) de criterios de corrección (y uso de argumentación) que le permitan al aplicador del derecho concluir que su interpretación es, de todas las posibles, la mejor.

Ahora bien, la expresión *distinguish* suele ser empleada para describir un específico proceso y resultado interpretativo: se refiere a la creación de excepciones

¹⁹ Este punto es relevante, pues permite señalar que no hay una equivalencia entre *distinguish* e interpretación restrictiva. Como he señalado en (Osorio y García Yzaguirre, 2022) por interpretación restrictiva podemos entender tres diferentes operaciones y resultados: i) interpretación restrictiva que crea una distinción en antecedente, esto es, la operación y resultado de un aplicador del derecho de haber creado una distinción en el antecedente a efectos de reducir el alcance de la norma (pasamos de $p \rightarrow Oq$ a $p \sim r \rightarrow Oq$); ii) interpretación restrictiva ante la vaguedad, esto es, la operación y resultado de un aplicador del derecho de haber resuelto un caso de vaguedad semántica mediante la exclusión del caso individual. Por ejemplo, si tenemos la norma «si vendedor habitual y con fines de lucro enajena bien corporal mueble, entonces obligatorio que pague impuesto a las ventas y servicios», tendremos un problema de vaguedad en caso tengamos indeterminación respecto a si una persona que ha vendido un producto durante tres meses cuenta como vendedor habitual. Frente a ello, se llevará a cabo una interpretación restrictiva de este tipo si el aplicador del derecho decide que no lo es. Como podemos ver, esta interpretación es restrictiva por cuanto entre variar el alcance de un concepto para incluir o excluir un determinado caso, decide la exclusión; y iii) interpretación restrictiva estándar, esto es, la operación y resultado de un aplicador del derecho de haber realizado una interpretación literal a-contextual, a lo que se suma el rechazo a que se realicen interpretaciones extensivas del mismo. Como podemos ver, un *distinguish* alude a solo a la primera manera de entender una interpretación restrictiva.

²⁰ Sobre este punto Álvaro Núñez Vaquero precisa que es pertinente diferenciar dos tipos de competencias. Por un lado, las normas sobre los precedentes pueden otorgarle la competencia a un aplicador del derecho para apartarse de un precedente siempre que lo considere oportuno. Por otro lado, dichas normas pueden regular la competencia para apartarse mediante un *distinguishing*. Como bien apunta, ambas competencias son independientes. Ver Núñez Vaquero, 2022, pp. 184-86.

²¹ Cabe precisar que adopto una noción mínima de corrección: que sea conforme a los criterios de corrección que el intérprete ha decidido asumir.

a las *raciones decidendi* mediante el enriquecimiento del antecedente. Este enriquecimiento implica agregar una nueva propiedad al antecedente, esto es, agregar una nueva propiedad que se relaciona con el resto de propiedades mediante una conjunción.

Dicho de otra forma, se descarta un significado y se opta por otro que posee un alcance más limitado. El resultado de este proceso supone la variación de la calificación normativa de un determinado tipo de casos individuales: en un primer momento todos los elementos de una categoría comparten la misma calificación normativa; tras el *distinguish* la tendrán solo una parte de ellos. De esta manera, la inclusión de la nueva propiedad permite especificar qué elementos conservan una determinada calificación normativa y excluir a aquellos que no cumplen con dicha especificación.

De esta forma, la competencia para realizar un *distinguish* alude a una competencia interpretativa. Cabe resaltar que este tipo normas de competencia son, por un lado, normas que determina qué métodos interpretativos pueden ser utilizados y cuáles no en un determinado tipo de proceso para resolver problemas normativos. En caso de emplear un método interpretativo para el cual un determinado aplicador del derecho no es competente, entonces la decisión de resolución de un problema normativo será inválida²². Por otro lado, normas que limitan el modo en que dichas competencias pueden ser ejercidas. Es decir, normas cuyo contenido opera como límites sustantivos de los posibles actos a producir interpretativamente (Prieto Sanchis, 2009; Arraigada, 2021).

De esta forma²³, señalar que un aplicador del derecho es competente para hacer un *distinguish* supone describir que posee competencia para emplear un determinado conjunto de métodos interpretativos (cuyo ejercicio puede estar limitado) que ofrecen como resultado una interpretación restrictiva capaz de crear excepciones a normas (a *rations decidendi*).

2.1. Formas de llevar a cabo un *distinguish*

Respecto a manera en que se lleva a cabo un *distinguish*, cabe señalar que los aplicadores del derecho pueden llevar ejecutar dichos actos de manera implícita o explícita.

Un *distinguish* implícito alude a todos aquellos casos en los cuales el aplicador del derecho no manifiesta que está llevando a cabo dicho acto²⁴, sin perjuicio a que el resultado interpretativo sea el de exceptuar un precedente que, a primera vista, era aplicable al caso individual.

Sobre este punto cabe diferenciar entre ignorar el precedente y apartarse del precedente por razones no expresas. Ignorar un precedente alude a los casos en los que el precedente no es conocido y, por ello, no incide en el razonamiento judicial. Este sería un caso de laguna de conocimiento. Apartarse de un precedente por razones no expresas alude a que el precedente es conocido y, deliberadamente, se decide no incorporarlo en el razonamiento judicial. Este apartamiento puede deberse,

²² Por ejemplo, los sistemas jurídicos usualmente regulan que los jueces penales son incompetentes para realizar interpretaciones utilizando el argumento analógico o el *a fortiori*.

²³ Cabe señalar que el término *distinguish* puede ser empleado, como hemos visto, para aludir a una competencia interpretativa, a un proceso y/o al resultado de dicho proceso. En el texto principal aludo al resultado del proceso, sin perjuicio de que las precisiones señaladas hasta el momento sean útiles para definir la competencia y al proceso.

²⁴ Al respecto ver, por todos, (Friedman, 2010, Peters, 2008, Gerhardt, 2008, pp. 35 ss.).

por lo menos, a razón de: i) una interpretación restrictiva que hace del precedente inaplicable al caso a ser resuelto; ii) creer que ha sido *overruled* (derogado) tácitamente; iii) crear una ficción con el propósito de cambiar la calificación de los hechos y, de esta manera, hacer irrelevante el precedente; entre otras²⁵. Como podrá notarse, por *distinguish* implícito se alude a tratar o asumir que un determinado precedente es inaplicable tras haberle realizado una interpretación restrictiva que crea una excepción.

En cambio, por *distinguish* explícito se hace referencia a los casos en los que el aplicador del derecho manifiesta que ha llevado a cabo dicho acto. En tal sentido, es expreso en autocalificar sus actos como un *distinguish* (o use cualquier otro término que haga referencia al mismo concepto) y ofrece una estrategia argumentativa (o, por lo menos, lo intenta) para justificar dicha actuación.

Ahora bien, sea que se lleve un *distinguish* implícito o explícito, estos procesos y resultados pueden ser inválidos, irracionales o justificados. Por *distinguish* inválido aludo a todos aquellos supuestos en los cuales se lleva a cabo un acto calificable como *distinguish*, pero el aplicador del derecho que lo realizó: carecía de competencias para ello; empleó un método interpretativo prohibido por las normas que limitan el ejercicio de dicha competencia; o no había razones que puedan justificar, en el caso individual, la realización de un *distinguish*²⁶. En tal sentido, la decisión emitida es susceptible de ser declarada inválida por una instancia revisión.

Por *distinguish* irracional refiero a los casos en los que se lleva a cabo un *distinguish* por un aplicador del derecho competente para ello, pero sin expresar las razones justificantes para dicho acto. Ello último puede deberse o bien ante la falta de razones (omisión de expresión), o bien por emplear razones que no son suficientes para satisfacer las cargas de argumentación exigibles para ello. En tal sentido, la decisión emitida es susceptible de ser declarada inválida por una instancia revisión.

Por *distinguish* justificado refiero a los casos en los que se lleva a cabo un *distinguish* por un aplicador del derecho competente para ello y expresando, por lo menos, una razón suficiente que justifique dicho acto²⁷. Estas razones pueden ser identificadas a partir del propósito de la *ratio deciendi*, para resolver un problema de inadecuación del medio a la finalidad perseguida, por razones coherencia del sistema, por razones identificadas a partir de la moral social, entre otras²⁸. Sobre este punto volveré más adelante.

²⁵ Sobre este punto ver Summers y Eng, 1997. De igual forma, sobre el uso de ficciones para evitar una laguna axiológica, ver García Yzaguirre, 2022b.

²⁶ Ver Lewis, 2024, Iturralde, 1995, p.78. En este sentido Summers ha señalado que «[s]ometimes judges exercise their power to distinguish a precedent to draw excessively fine or unreal distinctions, thereby eroding the precedent without expressly overruling it (Summers, 1991, p. 392)».

²⁷ La justificación dependerá del tipo de acto interpretativo que se realiza. Al respecto, Raz diferencia dos formas de hacer un *distinguish*: una forma moderada y una fuerte (Raz, 1985, pp. 233 y ss). Bajo la forma moderada lo que hace el aplicador es determinar que los hechos individuales previstos en el caso no son subsumibles en el antecedente de la *ratio deciendi*. No es un caso de creación de nueva regla, sino que es un caso de calificación de hechos y de subsunción. Bajo la forma fuerte, lo que hace el aplicador del derecho es cambiar de norma, de manera que el caso actual deja de ser aplicable al precedente. Como podrá notarse, cada forma exigirá razones y cargas de argumentación diferentes. Sobre este punto, por brevedad y claridad, en el texto principal me centro en el ejercicio de un *distinguish* fuerte. Respecto al abanico de posibilidades volveré más adelante.

²⁸ Un elenco de razones ver Re, 2014, p. 1875. Un supuesto posible para justificar un *distinguish* es justificar que el precedente fue dictado *in per incuriam*. Esta razón está sujeta a una ulterior discusión, pues podría sostenerse que un precedente dictado *in per curiam* no constituye un precedente obligatorio, por lo tanto, no debería ser considerado vinculante ver Raz, 1985, p. 233, nota 12. Sobre este punto profundizaré en ulteriores investigaciones.

2.2. Procesos y resultados

¿Qué actos puede llevar a cabo un aplicador del derecho al hacer un *distinguish*?²⁹ Los principales casos de *distinguish* son supuestos de procesos y resultados interpretativos sobre los precedentes. Parto por ofrecer una propuesta de estructura básica de este tipo de operaciones.

En primer lugar, cada aplicador del derecho, al tener que resolver un problema normativo, tendrá que interpretar disposiciones normativas a efectos de identificar la norma aplicable. A efectos de determinar si un precedente (o un conjunto de estos) ofrece una *ratio decidendi* aplicable al caso individual a ser resuelto tendrá que realizar una primera interpretación de este: un significado *prima facie*. Un significado *prima facie*, siguiendo a Giovanni Battista Ratti, da cuenta de nuestras primeras comprensiones de las disposiciones normativas. Estos significados suelen ser identificados con una interpretación literal, a partir de como la comunidad jurídica a la que pertenece el intérprete suele entender el enunciado (también puede ser el caso que la opinión consolidada entre los miembros de la comunidad jurídica sea entender el texto conforme al sentido literal de las palabras), entre otras alternativas (Ratti, 2015b, p. 154).

Cabe resultar que este es uno de los puntos que mayor controversia ha generado en la literatura especializada. Dados los propósitos del presente artículo no profundizaré sobre este punto, pero sí paso a formular una breve mención de ello.

Es posible identificar una *ratio decidendi* de múltiples maneras a partir de un precedente. En efecto, caben múltiples formas de identificar cuál es su alcance. Para mostrar ello, veamos un ejemplo clásico de la literatura: *Donoghue v. Stevenson* de la Cámara de los Lores del Reino Unido³⁰. En dicho caso, Donoghue compró y bebió una cerveza de jengibre en un café. Era el caso que dicha botella tenía un caracol muerto, lo que supuso que su ingesta generara daños a su salud. Frente a ello, Donoghue demandó al fabricante de la bebida: Stevenson. La discusión judicial se centró en quién era debida responder por los daños (si el vendedor directo del producto o el fabricante). Finalmente, se decidió que el fabricante de la bebida, Stevenson, debía responder por los daños.

Este caso permite múltiples reconstrucciones a efectos de determinar cuál era el contenido del antecedente de la *ratio decidendi*: alude a todos los productores de bienes y servicios, todos los productores de bienes, todos los productores de bienes alimenticios, todos los productores de bebidas, todos los productores de bebidas de jengibre, es necesaria la presencia de un contaminante de origen animal, es necesaria la presencia de un contaminante de tipo caracol, entre muchas otras posibilidades. La determinación de la *ratio*, como vemos, depende en gran medida de qué propiedades

²⁹ Ver, por todos, Duxbury, 2008, pp. 113 ss.; Waldron, 2012, p. 25; Celano, 2023; Eisenberg, 1988, pp. 62 ss.; Simpson, 1961, pp. 170 ss.).

Cabe insistir en que estoy adoptando una forma de entender los precedentes como fuentes escritas y las *rationes decidendi* como normas que se pueden identificar en estas. Como tal, sigo de cerca el modelo de los precedentes como reglas. El razonamiento que la noción de *distinguish* aclara es diferente si analizamos los precedentes usando el modelo de las razones. Al respecto, ver Lamond, 2005, Lamond, 2022. Bajo esta aproximación, el *distinguish* supone no apartarse (solamente) de la forma en que fue presentado el precedente, sino de las razones usadas en el precedente (de la ponderación llevada a cabo en este). Esto haría que no cualquier hecho sería útil dentro de una justificación de un *distinguish*, sino solo aquellos que permitan el uso de las razones relevantes contenidas en el precedente.

³⁰ Ver, por todos, Núñez Vaquero, 2020, pp. 89 ss.

sean consideradas relevantes. Este punto es relevante, pues un *distinguish* supone crear una excepción a una determinada identificación de la *ratio*.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible identificar, en cada práctica jurídica, diferentes grados de consenso respecto a cuál es la *ratione decidendi* en un determinado caso. A efectos de alcanzar el objetivo del presente artículo, asumiré como significado *prima facie* a una identificación de la *ratio* que la comunidad jurídica de referencia suela considerar como correcta.

En segundo lugar, el aplicador del derecho podrá realizar una evaluación a efectos de evaluar si el significado *prima facie* es correcto a la luz de la información disponible del caso individual y de todas las interpretaciones posibles del precedente. Tras esta evaluación, el intérprete se comprometerá con una determinada interpretación: el significado todo considerado. Este significado todo considerado puede suponer confirmar que atribuirá el significado *prima facie*, ampliarlo, reducirlo, o dejarlo de lado por completo y elegir un significado completamente diferente. El intérprete habrá reinterpretado una disposición en aquellos supuestos en los que haya decidido no elegir el significado *prima facie*, a efectos de reemplazarlo por otro significado. De este modo, entiendo por «reinterpretación» la actividad compleja compuesta por: i) volver a interpretar una disposición normativa (es posterior a la identificación del significado *prima facie*); y ii) atribuir a la disposición un significado (total o parcialmente) diferente al significado *prima facie* (Chiassoni, 2011, p. 151).

Como hemos visto líneas atrás, el *distinguish* es una noción que nos permite presentar los casos de reinterpretación restrictiva de un precedente. De esta forma, nuestra interpretación *prima facie* del precedente será una *ratio R1*, supongamos, compuesta por la regla «Si p, entonces obligatorio hacer q». Esta regla regula todos los casos en los que está presente la propiedad p.

Supongamos, ahora, que estamos frente a un caso individual compuesto por las propiedades p y r. Bajo la interpretación prevista en R1 este caso es subsumible y, por ende, el aplicador del derecho debería ordenar la realización de q. Pero es el caso que el aplicador del derecho considera que la combinación de p y r debería tener una calificación normativa distinta: es un caso dentro de la clase de casos p respecto de la cual se aplican justificaciones para tener una calificación normativa diferente. Estamos frente a una *ratio decidendi* que presenta una solución normativa inaceptable porque el caso genérico de la norma carece de una propiedad que debió haberse incluido conforme al sistema valorativo del intérprete; es decir, el antecedente no contempla una distinción que debería contener (Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 15 ss.).

De esta forma, el aplicador del derecho empleará un método interpretativo a efectos de (i) crear una nueva regla (una nueva *ratio decidendi*) que, comparación del significado *prima facie*, (ii) incorpora una nueva propiedad en el antecedente relacionada mediante una conjunción con las propiedades ya identificadas y, de esta forma, (iii) hace inaplicable el precedente al caso individual a ser resuelto. En el caso indicado, lo que hará el aplicador del derecho es crear la ratio «Si p y no r, entonces obligatorio hacer q».

Como podemos ver, el *distinguish* supone un rechazo del significado *prima facie*. Esta idea ha sido expresada, por algunos como autores, como una forma de rechazar la regla atribuida al precedente con anterioridad³¹: es un caso de negación de la primera *ratio* identificada. En efecto, el *distinguish*, como hemos visto líneas

³¹ Ver Alexander y Sherwin, 2008, p. 84. Para una opinión discrepante ver Re, 2014, p. 1869.

atrás, no es reducible a señalar que un caso individual está fuera del alcance de la *ratio*. En vez de ello, supone supone usar una diferencia entre el caso resuelto por el precedente y el caso a ser resuelto ahora para justificar el rechazo a seguir la *ratio* formulada en el precedente³².

Ahora bien, es posible justificar que estamos frente a un precedente errado de diferentes maneras, tanto por la diversas de formas de justificar la situación como por la multiplicidad de lenguajes teóricos para presentar este punto³³. Uno de los puntos comunes, sobre este punto, es considerar que los casos de *distinguish* parten de asumir que cada norma (*ratio*) es instrumental a una finalidad, las cuales no necesariamente implican realizar las mismas acciones prescritas, específicamente, en la formulación de la norma. En efecto, habrá casos en los que la norma ordene un conjunto de acciones y que la finalidad no prescriba lo mismo o suponga el incumplimiento de la finalidad de otra norma, sin que esto implique que tengamos una contradicción o contrariedad de operadores deonticos.

En términos más precisos, este tipo de operaciones suponen que se ha identificado un supuesto de incompatibilidad funcional (o entre niveles de legalidad), es decir, a casos en los cuales cumplir con la norma supone frustrar la concretización de un propósito normativo. Al decir frustración, quiero dar cuenta de que conlleva un estado de cosas que opera en detrimento del propósito de la otra norma (Hill, 1987, p. 238).

Una manera habitual de presentar este punto es señalando que la *ratio* identificada a través de un significado *prima facie* puede padecer de uno de dos supuestos. Por un lado, la aplicación de dicha *ratio decidendi* al caso a ser resuelto puede no estar justificada por el propósito para el cual fue creada dicha *ratio*. En este escenario la *ratio* tiene un alcance injustificado sobre el caso. Dicho de otro modo, la justificación de la *ratio* es una razón para no aplicar la *ratio*. Una manera de resolver esta incompatibilidad funcional es llevando a cabo un *distinguish*, esto es, que el aplicador del derecho decida identificar un significado todo considerado que especifica, de mejor manera, dicho el propósito de la *ratio* mediante la incorporación de una nueva propiedad en el antecedente (esto es, creando una excepción que reduce el alcance de la *ratio*).

Por otro lado, la aplicación de dicha *ratio decidendi* (N1) al caso a ser resuelto supone una vulneración a un principio o al propósito de otra norma (N2). Junto con ello, el aplicador del derecho considera que el caso debería ser resuelto concretizando el propósito de N2. Una manera de resolver esta incompatibilidad funcional es llevando a cabo un *distinguish*, esto es, que el aplicador del derecho decida identificar un significado todo considerado en el que se especifique el propósito de N2, a efectos de que N1 deje de regular dicho caso.

Cabe señalar que, dentro de este supuesto, se puede diferenciar dos escenarios: i) incompatibilidad con el propósito de otra norma jurídica (N2'); y ii) incompatibilidad con el propósito de otra norma no jurídica (N2''). Al respecto, si consideramos que los aplicadores del derecho están limitados a aplicar, únicamente, normas jurídicas, entonces el escenario i) es el único apto para generar resultados válidos. En cambio, si consideramos que los aplicadores del derecho pueden incorporar razones extrajurídicas a los sistemas normativos, entonces tanto i) como ii) son aptos para generar resultados válidos.

³² Ver, por todos, Simpson, 1961, p. 175.

³³ Para un elenco de formas de presentar estas situaciones ver (García Yzaguirre, en prensa).

Cabe precisar que frente cualquiera de estos supuesto no se genera un deber de llevar a cabo una reinterpretación restrictiva (de hacer un *distinguish*). La identificación de uno de ellos solo supone crear una instancia de deliberación respecto a qué es lo que el aplicador del derecho debería hacer. En efecto, tiene dos opciones: asumir el resultado subóptimo ofrecido por el significado prima facie o hacer la reinterpretación restrictiva, dando prioridad a los propósitos de la propia ratio o de la norma con la que se está en conflicto³⁴.

Respecto al método interpretativo a emplear para crear la excepción que resuelva uno de estos supuestos, los aplicadores del derecho tienen a su disposición una gran variedad. Solo mencionaré alguno de ellos: argumento de la disociación, abuso del derecho, desviación de poder, fraude de ley, interpretación teleológica, interpretación equitativa, interpretación consecuencialista, uso de la ponderación y de los principios constitucionales, interpretación conforme a la Constitución, interpretación sistemática, entre otros.

Como he señalado líneas atrás, hacer un *distinguish* supone, en parte, llevar a cabo actos de identificación de la *ratio decidendi*. Ahora bien, sobre este proceso y resultado, caben hacer unas precisiones ulteriores.

En primer lugar, cabe diferenciar entre hacer una reinterpretación por la cual se eliminan propiedades del antecedente y hacer una reinterpretación que agrega propiedades al antecedente. Cada propiedad contenida en el antecedente puede ser entendida como una especificación o delimitación del alcance de una norma. Quitar una propiedad, en tal sentido, supone ampliar el alcance de la norma. En cambio, agregar una propiedad (en relación conjuntiva con las otras), supone una mayor especificación (reducción) del alcance de la norma. Los casos de *distinguish* solo aluden a estos últimos³⁵.

En segundo lugar, el proceso y resultado de hacer un *distinguish* puede traducirse en diversas maneras de entender la estructura de las normas. Por un lado, podemos presentar la *ratio* como una norma compuesta por un antecedente que contiene, por lo menos, una propiedad suficiente para el consecuente. En tal sentido, un *distinguish* supone hacer irrelevante dicha norma a efectos de usar una nueva: la creada por el aplicador del derecho. Por otro lado, podemos ver presentar la *ratio* como una norma compuesta por un antecedente derrotable³⁶, es decir, que contiene

³⁴ Esta distinción entre los tipos de incompatibilidad funcional es útil para comprender las acciones que los aplicadores del derecho llevan a cabo. Sin embargo, cada aplicador (o incluso cada investigador) puede interpretar y presentar los actos en cuestión de una forma u otra. En efecto, esto dependerá de cómo se entiendan y especifiquen los objetivos de cada norma. Por ejemplo, supongamos que un legislador debe maximizar tanto la seguridad nacional en tiempos de guerra como la libertad personal de cada ciudadano dentro de su territorio. Este escenario muestra que la presentación de estos actos implica haber definido los límites de justificación de cada norma. En el ejemplo, esto implicaría asumir que la seguridad nacional y la libertad personal son propósitos en conflicto (en lugar de ser nociones interdependientes, es decir, incomprensibles una sin la otra), lo que conlleva la adopción de determinadas ideologías sobre cómo entender la seguridad nacional. Si esto es así, entonces, afirmar que una razón subyacente justifica una norma o que es externa a ella dependerá de cómo se deseen presentar los propósitos de esa norma. De esta manera, una misma situación podría describirse como un caso de no estar justificada por el propósito para el cual fue creada dicha norma o como una vulneración a un principio o al propósito de otra norma.

³⁵ En otra sede he llamado a estos supuestos como creación de excepciones por socavar la norma. Ver García Yzaguirre, 2022a.

³⁶ Para este tipo de propuestas ver Peczenick, 1997, pp. 475-478; Stevenson, 2008; Levenbook, 2023. En este sentido Harty ha señalado: «distinguishing—the power, that is, of identifying important differences between the facts present in earlier cases and those of later cases, and so modifying the rules set out earlier in order to avoid inappropriate later application. On this approach, the defeasibility of precedential constraint is captured not by assuming that the common law is based on special defeasible rules, perhaps

solo condiciones contribuyentes para el consecuente. En tal sentido, un *distinguish* supone enriquecer el antecedente a efectos de identificar una nueva propiedad que suponga tratar el resultado como un conjunto de propiedades que operan de forma suficiente para el consecuente. Cada una de estas maneras supondrá una reconstrucción diferente del proceso y resultado de hacer un *distinguish* y reflejará compromisos teóricos diferentes al momento de entender qué es una norma y cuál es su estructura. Sobre este punto profundizaré en futuras investigaciones.

En tercer lugar, el proceso y resultado de hacer un *distinguish* puede ser presentado como una forma de llevar a cabo un *overruling* parcial. Retomo el ejemplo de líneas atrás: supongamos que tenemos, en un primer momento tenemos una *ratio* N1 que regula «Si p, entonces obligatorio hacer q». Esta *ratio* regula todos los casos en los que está presente la propiedad p mediante normas derivadas. En tal sentido, si estamos frente a un caso p y r, se podrá derivar la norma N1': «Si p y r, entonces obligatorio hacer q».

Si mediante un *distinguish* se identifica la *ratio* N2 «Si p y no r, entonces obligatorio hacer q», lo ha hecho el aplicador del derecho es derogar la norma derivada N1'. Ello lo hace derogando la norma de la que se deriva (N1) y sustituyéndola por otra (N2).

En cuarto lugar, los efectos de la decisión del aplicador del derecho que realiza *distinguish* dependerán de las normas sobre precedentes. En efecto, lo que hace este aplicador del derecho es emitir un nuevo precedente: emite una *ratio decidendi* que sustituye la *ratio decidendi* derrotada.

Por dependencia a las normas sobre precedentes aludo a que la fuerza vinculante de esta nueva *ratio* estará sujeta a las competencias del aplicador del derecho que llevó a cabo esta operación. Al respecto, es posible diferenciar algunos escenarios: i) el *distinguish* tiene efectos exclusivamente sobre el caso concreto en el que se aplica. Aquí, la modificación o excepción al precedente no se extiende más allá de la situación específica, limitándose su impacto a la resolución de ese caso particular sin influir en futuras decisiones³⁷; ii) el *distinguish* no solo afecta al caso concreto, sino que también tiene repercusiones en casos futuros, actuando como un precedente horizontal dentro de la misma instancia judicial. Sin embargo, su fuerza está condicionada a que no se produzca una revocatoria de la decisión por una instancia superior (por ejemplo, que se haga una revocatoria por haber realizado un apartamiento indebido del precedente del cual se hizo el *distinguish*, lo que limitaría su aplicabilidad a otros casos); iii) el *distinguish* tiene un alcance más amplio, impactando no solo el caso concreto y futuros casos similares, sino también las decisiones de cortes inferiores. Este escenario supone un mayor grado de fuerza y extensión de la nueva *ratio*, influyendo en la interpretación del derecho en niveles inferiores de la jerarquía judicial; entre otros.

3. Límites

Retomemos una pregunta formulada líneas atrás: si señalamos que un aplicador del derecho A está limitado por las decisiones del aplicador del derecho B, pero es el caso

governed by their own defeasible logic, but simply by supposing that common law rules, once introduced, are subject to later modification (Horty, 2015, p. 2)».

³⁷ En este tipo de escenarios no habría, como podrá verse, un *overruling* parcial del precedente en el sistema de normas que pertenecen al derecho. Solo lo habría en el microsistema de normas aplicables al caso individual que se está resolviendo.

que A es competente para hacer un *distinguish* a las decisiones de B, ¿cómo se puede entender dicho límite?

Una posible respuesta es que el límite es meramente ilusorio. Desde esta aproximación, se entendería que los sistemas de precedentes limitan a los aplicadores del derecho, pues requieren el seguimiento de precedentes en todo escenario, incluso en aquellos en los que el aplicador del derecho considera que el precedente es errado. Así, la noción de *distinguish* forma parte de un conjunto de discursos teórico-políticos opuestos a la implementación de un sistema de precedentes.

Otra posible respuesta es considerar que los diversos diseños institucionales de los sistemas de precedentes son formas de concretizar un conjunto de propósitos y/o principios. En tal sentido, las normas sobre precedentes y los precedentes son instrumentos para alcanzar un estado de cosas deseado. En tal sentido, la noción de límite impuesto por los precedentes y la noción de *distinguish* no necesariamente están en una relación de oposición. En determinados supuestos, el *distinguish* es una herramienta para mejorar la práctica de los precedentes, pues permite incorporar un mayor grado de racionalidad en la aplicación del derecho. Ello, además de legitimar el poder de aplicación del derecho, puede suponer un medio para alcanzar el estado de cosas deseado (Simpson, 1961 p. 161; Horts, 2015, p. 3).

Esta segunda forma de resolver la pregunta ha generado múltiples discusiones respecto a cómo limitar (regular) el uso de la competencia del *distinguish* para que esta no se traduzca en un poder descontrolado que haga ilusorios (o incluso ingenuos) los actos de implementación de un sistema de precedentes. En efecto, como he señalado líneas atrás, a esta competencia puede imponérsele límites de diverso tipo que operen como condiciones de validez de los actos. Al respecto, es posible identificar dos tipos de límites: formales y sustantivos. Veamos cada uno.

3.1. Límites formales

Por límites formales aludo al conjunto de propuestas de implementación de normas que regulan las maneras en que puede ser ejercida la competencia para hacer un *distinguish*. En tal sentido, aluden al conjunto de normas que determinan cómo se puede realizar dicha operación. Veamos los principales.

a) Diseño de cargas de argumentación

Para algunos autores sería posible diseñar y exigir una carga de argumentación mínima a ser ofrecida por el aplicador del derecho que pretenda realizar un *distinguish*. Dicha carga podría operar a manera de presunción a favor de la *ratio*: se debe tratar a un determinado conjunto de identificaciones de *rationes decidendi* como correctas, a menos que se ofrezca una razón que derrote esta calificación. En tal sentido, la labor del aplicador del derecho será demostrar que las razones y/o efectos de la *ratio* no son idóneos para resolver el problema jurídico que supone el caso actual³⁸.

³⁸ En este sentido, por ejemplo, Waldron señala que «[f]o distinguish a case, then, is not just to “come up with” some difference. It is to show that the logic of what Jp figured out does not, despite appearances, apply. It means pointing to some additional problematic feature of the subsequent case that requires additional figuring. The point is that both these ways of orienting oneself to a rule laid down in an earlier case-reformulating and distinguishing-can be approached in a spirit more or less consonant with the rule of law. Legal realists and critics are fond of pointing out that Js can formulate the rule that he is supposed

En efecto, esta carga no podría operar sobre cualquier interpretación *prima facie*. A efectos de que sea viable en términos prácticos, ella tendría que operar sobre aquellas *rationes decidendi* sobre cuya identificación ha de ser verificable un consenso interpretativo dentro de la comunidad jurídica de referencia. Es decir, que opere como un caso claro de cómo ha de ser entendido el precedente. Este límite sería idóneo para regular cómo ejercer un *distinguish* explícito.

Ahora bien, diseñar una carga de argumentación no resulta, por sí solo, un límite suficiente. Será necesario complementar esta carga con otros criterios formales y sustantivos para diseñar su contenido.

b) Tipo de cambio de norma

Joseph Raz ha formulado una de las principales propuestas de límites al *distinguish*³⁹. Dicho autor sostiene que la validez de este conjunto de actos está limitada por las siguientes exigencias: i) el resultado del *distinguish* ha de ser una norma que reduce el alcance de la *ratio*; y ii) la norma modificada debe ser útil para justificar la solución normativa dada en el caso que generó el precedente (Raz, 1985, pp. 234 ss.).

El punto i) expresa algunos de los puntos ya señalados. En primer lugar, para hablar de *distinguish*, es necesario que se haya emitido un precedente con fuerza vinculante sobre el caso a resolver y que se haya identificado una *ratio decidendi*. En segundo lugar, es un proceso y resultado cuya finalidad es evitar que la *ratio decidendi* identificada no sea aplicable al caso mediante un proceso de enriquecimiento del antecedente, esto es, agregar una nueva condición de aplicación en el antecedente que opera en conjunción con el resto de propiedades ya identificadas.

Este límite supone, por lo menos, dos cosas. Por un lado, que no cuenta como *distinguish* un supuesto de cambio total de identificación de la *ratio* de un precedente. Ello sucede cada vez que hacemos una nueva interpretación del precedente e identificamos una *ratio* distinta. La validez de esta nueva interpretación dependerá de los criterios de corrección para identificar *rationes decidendi*⁴⁰. Por otro lado, no es válido llevar a cabo una interpretación restrictiva que suponga la eliminación de una propiedad en el antecedente⁴¹. Sobre este punto no volveré a insistir.

to be following in any way that he likes in order to suit his own view about how the case in front of him should be decided. They say that he can distinguish any given factual situation from any other. And so he can, but the rule of law commands him to approach these delicate judgments in a responsible spirit of deference. He should try to arrive at the formulation that best approaches a norm that solves the problem that confronted Jp (in the way that she solved it) and then he should consider whether the acceptance of that solution as a general norm also settles the case that he confronts. If an honest reckoning shows that it doesn't, then the responsible thing to do is to distinguish the case and identify and solve the distinct issue that it poses. But if Jp's solution considered as a general norm does have the capacity to solve what is essentially the same legal problem posed by the second case, then Js should apply it. That is what keeping faith with the generality of law requires so far as he is concerned (Waldron, 2012, pp. 25-26)».

³⁹ Es una de las principales, pues muchos autores o bien discuten sobre su corrección o incorrección, o bien la toman como punto de partida para elaborar nuevos argumentos. Para una adecuada presentación de este punto voy identificar sus propuestas de límites formales en este apartado y de límites sustantivos en el siguiente.

⁴⁰ Solo por claridad, cabe insistir que este límite implica que no es válido que el aplicador del derecho reduzca el alcance del precedente mediante la sustitución de una condición de aplicación positiva por una negativa. En este sentido, si tenemos una ratio que señala «Si p y r, entonces obligatorio hacer q» no cabe reemplazarlo por «Si p y ~r, entonces obligatorio hacer q». Este no sería un caso de creación de una excepción, sino de cambio total de *ratio*.

⁴¹ Cabe agregar que la eliminación de una propiedad del antecedente puede resultar en un medio inútil para hacer apartarse de un precedente. En efecto. Si tengo una norma «Si p y r, entonces obligatorio hacer q» y consideramos que el antecedente opera como condición suficiente para el consecuente, es

El punto ii) limita el conjunto de resultados del proceso reinterpretativo restrictivo. Supone que la *ratio* que resulte del *distinguish* debería ser una alternativa de solución para resolver el caso que dio origen al precedente. Esto supone dos exigencias: compatibilidad y preservación del poder de justificación. Por un lado, la exigencia de compatibilidad supone que la nueva *ratio* que crea el aplicador del derecho, para ser válida, no ha de variar la calificación normativa de la acción o hecho resuelto en el precedente exceptuado⁴². Esto establece un límite al acto de creación judicial: se requiere justificar la solución normativa ofrecida en el precedente. El proceso se enfoca en añadir una propiedad adicional (un acto de especificación normativa) (Raz, 1985, p. 236).

Por otro lado, la exigencia de justificación, hace explícito que la propuesta de Raz va orientada a restringir la forma en que los aplicadores del derecho reinterpretan los precedentes, asegurando que se mantenga un enfoque coherente y alineado con el propósito original de las decisiones anteriores. En este sentido, este límite es un intento de reflejar la noción de contexto en cada caso (Raz, 1985, p. 237), ya que los precedentes no deben ser interpretados de manera abstracta, sino considerando la controversia específica que resolvieron. De esta forma, los aplicadores del derecho han de ser competentes para modificar la calificación normativa cuando surgen nuevos contextos, siempre que dicha modificación no altere la solución original para el contexto en el que se originó el precedente. Dicho de forma breve: el resultado del *distinguish* ha de ser una *ratio* aplicable al caso que generó el precedente y, además, debe ofrecer la misma calificación normativa.

Esta exigencia de justificación, cabe precisar, puede ser interpretada de dos maneras. Tanto el límite i) como ii), al exigir una especificación que permita justificar el caso resuelto por el precedente, ¿se refieren a todos los hechos del caso o solo al antecedente de la *ratio*? Por un lado, cabe una interpretación amplia de los límites bajo la cual dichos límites aluden tanto a la clase de hechos considerados normativamente relevantes en el antecedente de la *ratio* como al resto de clases de hechos mencionados en el precedente. En otros términos, un aplicador del derecho no puede realizar un *distinguish* basado en un hecho que ya estaba presente en el caso anterior, aunque el tribunal previo no lo haya considerado parte de la *ratio*, es decir, no lo haya considerado determinante para su decisión⁴³.

Supongamos que el caso individual resuelto por el precedente estaba compuesto por los hechos individuales a, b, c, d. Cada uno de esos hechos individual es una instancia de una clase de hechos: A, B, C, D⁴⁴. Además de ello, consideremos que la *ratio* de este precedente es la norma «Si A y B, entonces obligatorio hacer q».

el caso que se aplicará el *modus ponens* y el refuerzo del antecedente. La ley del refuerzo del antecedente refiere a que «si una proposición p implica a otra proposición q, entonces la implicación ha de mantenerse cuando se añaden otras proposiciones al antecedente del condicional» (Navarro y Rodríguez, 2000, p. 62). Si mediante una reinterpretación identificamos la norma «Si p, entonces obligatorio hacer q», esta norma también regula el caso p y r. Como se puede ver, ello nos deja en el lugar donde empezamos.

⁴² El punto alude a la situación en la que, inicialmente, una acción tiene, por la *ratio*, una calificación X y, tras el proceso reinterpretativo, adopta una calificación Y. Con mayor precisión, esto puede significar: i) una acción que antes se consideraba obligatoria ahora se considera prohibida o facultativa; ii) una acción que era prohibida ahora se considera obligatoria, facultativa o permitida; iii) una acción que antes era facultativa ahora se considera obligatoria o prohibida; o iv) una acción que inicialmente tenía una calificación (obligatoria, prohibida, facultativa o permitida) ahora queda con una calificación indeterminada. Conforme lo señalado en el texto principal, si el *distinguish* ofrece uno de estos escenarios entonces el resultado será inválido.

⁴³ En este punto sigo a McBride, 2022, pp. 101 ss.

⁴⁴ Para ser más preciso: usaré la mayúscula para hacer referencia a clases de hechos y la minúscula para instancias de ellos. Así, «magnicidio» sería representado con una mayúscula y «asesinaron a Jovenel Moïse» se representaría con minúscula.

Bajo esta lectura amplia, el resultado del *distinguish* debería ser útil para justificar un caso individual compuesto por los hechos individuales a, b, c, d. En efecto, si el resultado del *distinguish* fuera la norma «Si A, B y no C, entonces obligatorio hacer q», esta *ratio* no hubiera sido adecuada para resolver el caso del precedente, pues resultaba inaplicable al caso. En tal sentido, sería una operación con un resultado que contraviene los límites, ergo, inválido.

Por otro lado, una interpretación estricta de los límites supone que ellos aluden únicamente a la clase de hechos considerados normativamente relevantes en el antecedente de la *ratio*⁴⁵. De esta forma, los límites solo aluden a la clase de hechos previstos en la *ratio* y no a los hechos individuales del caso.

De esta forma, siguiendo lo señalado en párrafos anteriores, si el caso que fue resuelto por el precedente estaba compuesto por los hechos individuales a, b, c, d, y de ellos se formuló una «Si A y B, entonces obligatorio hacer q», el límite de justificación solo tiene alcance para los casos compuestos por A y B. En este sentido, si el resultado del *distinguish* fuera la norma «Si A, B y no C, entonces obligatorio hacer q», esta *ratio* sería válida, pues resulta aplicable a la clase de hechos considerados normativamente relevantes por la *ratio* exceptuada.

La posición amplia, como se podrá notar, se enfrenta a algunas dificultades. Dos de las más importantes son, por un lado, que no hay una única manera de identificar cuáles fueron los hechos del caso. Ello supondría que los límites de validez de la competencia *distinguish* esté sometida a los mismos problemas de indeterminación de la identificación de la *ratio decidendi*. Tal problema podría amplios márgenes de discrecionalidad para determinar el alcance del límite, lo que conllevaría que límite pueda resultar ilusorio. Sobre este punto no insistiré más.

Por otro lado, resulta injustificado asignarle consecuencias jurídicas a un hecho que no fue considerado normativamente relevante por la *ratio*. Por normativamente relevante, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, refiero a que su presencia o ausencia está correlacionada a consecuencias normativas diferentes (Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 150-151). Afirmar que una clase de hechos (una propiedad) irrelevante es útil para determinar el límite de una competencia es una contradicción. Lo que estarían afirmando quienes adoptan esta interpretación amplia es que todos los hechos identificables en el caso resuelto por el precedente operan como condiciones de aplicación de la *ratio*: esas son las clases de hecho que son normativamente relevantes. Ello, como se puede ver, es un discurso prescriptivo sobre cómo debería ser identificada la *ratio*. Esto haría la interpretación amplia indistinguible de la interpretación estricta, por lo que asumiré esta última como la mejor interpretación de los límites razianos.

Estos límites han generado múltiples discusiones en la literatura especializada. Al respecto, una de las críticas más discutidas es la ofrecida por Alexander y Sherwin, quienes proponen un ejemplo ficticio para demostrar que es estos límites no impiden que el aplicador del derecho pueda crear cualquier tipo de excepción (Alexander y Sherwin, 2008, pp. 83 ss.; Alexander, 2023, pp. 13 ss.)⁴⁶.

Carolina mantiene un oso enjaulado como mascota en su casa, ubicada en un barrio residencial. Ante esta situación, Julián interpone una demanda solicitando que se le prohíba a Carolina mantener dicho animal. El tribunal competente resuelve a

⁴⁵ Ver Lamond, 2022, p. 117.

⁴⁶ Cabe precisar que estas críticas están orientadas a demostrar que el modelo de reglas para reconstruir los precedentes no es idóneo para reconstruir las nociones de *stare decisis* y de *distinguish* de manera clara.

favor de Julián, argumentando que el oso es un animal salvaje. Este fallo establece un precedente que señala: «La tenencia de animales salvajes en zonas residenciales es causa de responsabilidad civil».

A partir de este precedente, supongamos, se presenta un caso posterior. Natalia, otra residente de ese mismo barrio, tiene un caimán en su domicilio. Ante ello, Favio le inicia un proceso judicial tomando como principal argumento la aplicación del precedente Julián vs. Carolina. No obstante, el aplicador del derecho, con el interés de favorecer a Natalia, lleva a cabo un *distinguish*, formulando que «la tenencia de animales salvajes y peludos en zonas residenciales es causa de responsabilidad civil». Si bien esta nueva *ratio* cumple con los requisitos propuestos por Raz (enriqueciendo el antecedente y es útil para justificar la calificación normativa impuesta al caso original), vacía de contenido lo que parece ser el propósito fundamental del precedente: prohibir la presencia de animales no domésticos en el barrio.

Supongamos otro caso. Imaginemos que Carla, otra residente del mismo barrio, tiene un oso en su hogar. Frente a ello, Laura interpone un proceso judicial amparándose en el precedente Julián vs. Carolina. Ahora bien, el tribunal encargado de resolver este nuevo caso considera que no debería prohibirse la tenencia del oso, al no percibirlo como una amenaza o molestia peligrosa. En efecto, Carla sustentó que su oso vivió muchos años en un circo y que está muy amaestrado. Además, muestra el oso es frecuentemente visitado y acariciado por niños, una circunstancia ausente en el caso original. Con base en esta diferencia, el tribunal formula una distinción y evita que el precedente limite su decisión.

El argumento de Alexander y Sherwin⁴⁷ se enfoca en que los aplicadores del derecho siempre pueden identificar alguna característica distintiva que les permita justificar el apartamiento de un precedente previo, lo que pone de manifiesto la flexibilidad inherente en la interpretación judicial. Entonces los límites serían ilusorios.

Ahora bien, considero que la crítica tiene un alcance limitado: demuestra que la formulación de límites formales no es útil para restringir la competencia del *distinguish* y que, ante ello, el sistema de precedentes pierda sentido. La discusión se traslada a si es posible formular límites sustantivos que permitan resolver el problema y cuáles serían estos.

3.2. Límites sustantivos

Por límites sustantivos aludo al conjunto de propuestas de implementación de normas que delimitan los posibles contenidos del resultado de un *distinguish*. En tal sentido, aluden a un conjunto de normas que operan como criterios de validez materiales (el contenido de la norma que contiene la excepción no puede contradecir dichas normas). Al respecto, presentaré dos de las principales (a) y b) y haré una propuesta de límite sustantivo basado en la noción de seguridad jurídica (c).

a) Mejorar la *ratio*

A partir de las tesis de Raz es posible identificar un límite sustantivo: que el resultado del proceso de *distinguish* no solo suponga un rechazo de la *ratio*, sino que

⁴⁷ Entre nosotros este mismo punto ha sido expresado por (Celano, 2023).

sea una mejora de la misma⁴⁸. Ello, para Raz, supone que la *ratio* concretice, de mejor manera, las «razones fundamentales» empleadas en la justificación del precedente⁴⁹.

Este límite sustantivo, por sí mismo, no resulta suficiente para restringir la actividad de los aplicadores del derecho. En primer lugar, qué cuenta cómo una mejor concretización es una expresión valorativa sujeta a las preferencias ideológicas de cada aplicador del derecho. Ello supone un alto grado de indeterminación. En segundo lugar, pone de relieve una necesidad justificación: si un aplicador del derecho considera que es capaz de ofrecer una mejor versión del precedente y tiene una oportunidad de hacerlo, ¿por qué debería verse limitado en ello? Sobre este segundo punto volveré en breve.

b) Aceptabilidad

A partir de las tesis de Simpson es posible identificar un segundo límite sustantivo: que el resultado del proceso de *distinguish* sea socialmente aceptable⁵⁰. Así, la decisión solo será percibida como justificada si satisface la moral social. Así, se asume que el aplicador del derecho es un agente que participar activamente en el debate público sobre cuál es la mejor forma de regular una conducta dentro de un determinado contexto social y cultural⁵¹.

De esta forma, este límite opera como una exigencia argumentativa: el proceso y resultado debe justificarse empleando razones que la comunidad de referencia pueda reconocer y aceptar, sin que ello suponga una exigencia de estar de acuerdo. Lo que se alude, es que el aplicador del derecho ha realizado un acto reconocible dentro de los alcances de la moral social, sin perjuicio que se pueda discrepar de él. Además, supone una prohibición de la arbitrariedad, en el sentido de que se vulnerará este límite llevar a cabo un *distinguish* sin razones para ello.

Como se podrá notar, este límite presenta una descripción y una prescripción. Es descriptiva en tanto da cuenta de la probabilidad del reproche social que padecerá un *distinguish* incoherente con una determinada práctica social o uno arbitrario. Asimismo, presenta uno de los actos que podría llevar a una instancia de revisión frente a esta decisión repudiada. Es prescriptiva, en tanto da cuenta de cómo deberían comportarse los aplicadores del derecho que tienen una oportunidad para hacer un *distinguish*, así como de quienes revisan dicho acto.

⁴⁸ Raz señala: «Para cada norma existe un número indefinido de distintas modificaciones de acuerdo a las dos condiciones arriba descritas. *La obligación del tribunal, sin embargo, es adoptar únicamente aquella modificación que mejore más la norma*. De ahí que su verdadero problema se limite normalmente a juzgar sobre los méritos relativos de pocas modificaciones. Con frecuencia, ninguna es aceptada y el tribunal tiene que seguir la norma. Éste es el caso no sólo cuando el tribunal se encuentra perfectamente satisfecho con la norma, sino, también, cuando hubiera preferido una norma completamente diferente, pero no encuentra ningún avance en la modificación que le está permitida hacer dentro de los estrechos límites de la regla para distinguir precedentes (Raz, 1985, p. 236 sin cursiva en el original)». Ver, además, Alexander y Sherwin, 2008, p. 86.

⁴⁹ «[E]s razonable interpretar la norma más bien en su contexto (i.e. considerando los hechos del caso tal y como se encuentran asentados) más que de forma abstracta como lo hace uno con una ley o reglamento. La facultad de distinguir refleja esta dependencia al contexto. La *ratio* es obligatoria en sus razones (*rationale*) fundamentales tal y como se aplica a su con texto original. Los tribunales pueden, sin embargo, modificar su aplicación a diferentes contextos siempre que preserven sus razones (*rationale*) fundamentales» (Raz, 1985, p. 237). Como podrá verse, este es un límite diseñado con el propósito de generar una adecuada implementación o concretización del propósito de la *ratio* (ver lo señalado en 2.2).

⁵⁰ Sobre el punto ver (Simpson, 1973, pp. 195-97). Cabe precisar que este autor emplea la expresión «permisibilidad social».

⁵¹ Una manera alternativa de presentar este punto es como una exigencia de razonabilidad, aunque tal terminología no necesariamente resuelve los problemas de indeterminación. Al respecto ver Zorzetto, 2015.

c) Seguridad jurídica

Cabe retomar el para qué discutir sobre límites al momento de ejercer el *distinguish*. El desafío teórico es que, si los aplicadores del derecho son competentes para crear excepciones a las *rations* de un precedente, entonces las restricciones que ofrece el sistema de precedentes son ilusorias. Una manera de resolver este problema es señalando que cabe la posibilidad de implementar límites a este tipo de actividades. Ello, pues supondría que no cualquier excepción sería válida, es decir, no cualquier *distinguish* sería jurídicamente viable.

Al respecto, considero que la mejor manera de entender esta forma de resolver el problema es considerando que dichos límites han de ser derivados (o, por lo menos, coherentes) con las razones justificantes de los sistemas de precedentes. En efecto, implementar un sistema de precedentes es un instrumento para alcanzar un determinado conjunto de estados de cosas en una determinada práctica⁵². En tal sentido, considero que los límites sustantivos han de estar fijados por esas mismas razones: que *distinguish* sea un medio disponible para alcanzar dichos estados de cosas considerados deseables.

De todas las justificaciones, me centraré en uno de los discursos principales y más frecuentemente empleados: el de aquellos que sostienen que dichos sistemas son medios idóneos para concretar la seguridad jurídica dentro de una comunidad.

La noción de seguridad jurídica ha sido entendida de múltiples maneras⁵³. Al respecto, considero que la mejor manera de entender esta noción es como un concepto valorativo denso⁵⁴, esto es, nos permite, por un lado, describir una determinada acción, objeto, hecho o estado de cosas y, por otro lado, alabarla o condenarla por poseer cierta (o ciertas) propiedad(es). Estos poseen dos componentes: i) uno valorativo; y ii) uno descriptivo no valorativo. La combinación de ambos ofrece conceptos que permiten expresar una razón *por tanto* a favor o en contra y, a la vez, describe el mundo.

En materia de seguridad jurídica, considero, es pertinente distinguir entre dos aspectos: las expectativas fácticas y las preferencias valorativas. Las expectativas fácticas comprenden los criterios utilizados para anticipar estados futuros o hechos específicos. Dentro de este marco, cabe diferenciar dos tipos: las expectativas predictivas y las expectativas de hechos. Las expectativas predictivas se refieren a las proyecciones que realizan agentes relevantes sobre la evolución de la jurisprudencia o decisiones particulares, basadas en un análisis descriptivo de prácticas actuales y en técnicas de predicción que permiten inferir posibles normas aplicables a casos presentes o futuros. Por otro lado, las expectativas de hechos involucran criterios de relevancia empleados para describir determinados estados de cosas, acciones o eventos, facilitando la aplicación de conceptos dentro de un sistema normativo.

Por otro lado, las preferencias valorativas se refieren a las razones que una comunidad jurídica utiliza para calificar como satisfactorio un determinado proceso y resultado en la aplicación del derecho. Estas expectativas reflejan los discursos

⁵² Para una sistematización de dichas razones ver (Bankowski, MacCormick, Morawski. Ruiz Miguel, 1997, Schauer, 1987, pp. 595 ss.).

⁵³ Para un estudio de las diversas maneras de entender esta noción ver (García Yzaguirre, 2023b).

⁵⁴ Este punto ha sido desarrollado con mayor profundidad en (García Yzaguirre, en prensa). Sobre la noción de concepto valorativo denso ver Williams, 1995, p. 29).

prescriptivos sobre lo que hace valiosa una jurisprudencia o decisión específica para mantener la estabilidad del sistema jurídico.

En la literatura especializada, existen desacuerdos qué ha de ser considerado valioso. Por un lado, un conjunto de autores valora la previsibilidad de qué pasará en el mundo como un medio para optimizar la autonomía personal. Por otro lado, para otro conjunto de autores, lo valioso es generado por la aceptabilidad axiológica de los resultados de una decisión institucional⁵⁵. Alternativamente, las preferencias valorativas pueden formularse empleando alguna manera de entender la noción de normalidad, bajo la cual una práctica jurídica se considera normal si produce efectos aceptables según criterios axiológicos, y anormal si genera consecuencias inaceptables. Identificar el parámetro de normalidad implica seleccionar elementos basados en preferencias normativas, tales como la normativa aplicada, los propósitos institucionales, la moral positiva y/o una teoría normativa específica.

Dicho en breve, la seguridad jurídica, entendida desde aproximación, alude a aquellos casos en los que existe una coincidencia entre las expectativas fácticas y las preferencias valorativas. Ahora bien, ello requiere algunas ulteriores precisiones.

En primer lugar, el concepto de seguridad jurídica implica adoptar compromisos normativos sobre lo que debe ser valorado en la práctica jurídica. Dado que es un concepto valorativo, su aplicación refleja las preferencias ético-normativas que guían cómo cada sujeto cree que debería funcionar la práctica de seguir precedentes. Así, la predictibilidad, su propósito, y si lo predecible es un ejemplo de seguridad jurídica, dependen de un conjunto de criterios normativos que determinan cómo debería desarrollarse la práctica jurídica.

En segundo lugar, la interacción entre expectativas predictivas y preferencias nos ofrece distintas posibilidades para entender la seguridad jurídica. Existen tres escenarios posibles: (i) cuando no es posible construir expectativas predictivas con alto grado de éxito, lo cual indica una aplicación del derecho impredecible y, por tanto, insegura; (ii) cuando se pueden construir expectativas predictivas exitosas, pero estas no coinciden con las preferencias, reflejando una predictibilidad de la inseguridad jurídica; y (iii) cuando las expectativas predictivas coinciden con las preferencias, lo que constituye un caso de seguridad jurídica. La diferencia entre estos escenarios radica en el contenido de las preferencias y cómo se valoran los resultados predichos.

En tercer lugar, la seguridad jurídica no implica necesariamente tratar las normas como inderrotables. Hacer imponente un precedente podrá generar inseguridad jurídica, especialmente si este vulnera derechos y el juez carece de competencia para resolverlo, siempre que nuestras preferencias sean contrarias a dichas situaciones. Así, otorgar a los jueces la capacidad de hacer un *distinguish* puede establecer condiciones institucionales que favorezcan la concretización de expectativas normativas justificadas.

Esto conlleva dos implicaciones clave para la seguridad jurídica en los sistemas de precedentes. Primero, es necesaria una evaluación institucional sobre quiénes deberían tener la competencia para hacer un *distinguish*, considerando que todos, algunos, o ninguno en ciertas áreas podrían estar autorizados, lo que requiere evaluar riesgos específicos. Segundo, es relevante una evaluación casuística: ¿podemos predecir exitosamente que quienes realicen un *distinguish* lo harán de manera coherente con la seguridad jurídica? En breve, la seguridad jurídica, como un concepto valorativamente denso, muestra que la relación entre precedentes y la

⁵⁵ Ver García Yzaguirre, 2024.

competencia para hacer un *distinguish* depende de expectativas normativas, y no necesariamente justifica seguir un precedente calificado como errado, injusto o ineficiente.

4. Conclusiones

La noción de *distinguish* es una herramienta conceptual que permite dar cuenta de los procesos y resultados interpretativos por medio de los cuales los aplicadores del derecho se apartan de un precedente, al identificar circunstancias específicas que justifican una excepción. La competencia para llevar a cabo estos procesos y resultados evita la aplicación mecánica de los precedentes en contextos inadecuados y contribuye a la flexibilidad y adaptabilidad del sistema jurídico.

La validez de realizar un *distinguish* se encuentra vinculada a la competencia normativa del aplicador y a las reglas que regulan su ejercicio. Un uso adecuado de esta competencia implica la capacidad interpretativa para modificar la *ratio decidendi* de un precedente de forma justificada y coherente con las demás normas del sistema normativo.

En este artículo he señalado lo siguiente:

En primer lugar, que la noción es una herramienta conceptual que permite dar cuenta de los procesos y resultados interpretativos por medio de los cuales los aplicadores del derecho se apartan de un precedente. El aplicador del derecho lo hará a través de un enriquecimiento del antecedente que preserve la coherencia interna de la *ratio*, pero corrija una incompatibilidad detectada entre los fines de la *ratio decidendi* y las circunstancias del caso actual. El resultado es la producción de una nueva norma menos general.

En segundo lugar, que uno de los desafíos teóricos y prácticos más importantes radica en que, si los aplicadores del derecho tienen la competencia para crear excepciones a las *rations decidendi* de un precedente, entonces las restricciones impuestas por el sistema de precedentes pueden volverse ilusorias. Frente a ello, he sostenido dos cosas. Por un lado, que la mejor manera de entender los límites que impone el sistema de precedentes no es como un discurso a favor del carácter inderrotable de los precedentes, sino como una forma de presentar la discusión sobre cuáles deberían ser los límites (criterios de validez) de un *distinguish*. Esto implicaría que no todas las excepciones serían aceptables, es decir, que no cualquier *distinguish* podría considerarse jurídicamente válido

Por otro lado, se ha propuesto que la discusión sobre los límites al *distinguish* es mejor conducida si consideramos los principios que justifican tener un sistema de precedentes.

En tercer lugar, es posible identificar una relación entre *distinguish* y seguridad jurídica. El texto muestra que la previsibilidad deseada por los sistemas de precedentes no reside en la inmutabilidad de las decisiones pasadas, sino en la transparencia de los criterios mediante los cuales se decide apartarse de ellas. La seguridad jurídica se fortalece cuando los destinatarios pueden anticipar las condiciones bajo las cuales los precedentes serán exceptuados. En ese sentido, la práctica del *distinguish* es compatible con, e incluso necesaria para, la estabilidad del derecho: permite corregir precedentes errados sin sacrificar la capacidad de los agentes para formar expectativas racionales acerca de la aplicación futura de las normas.

Bibliografía

- Alchourrón, C. (2010). *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*. Marcial Pons.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (2da edición). Astrea.
- Alexander, L. (2023), Precedent: The What, the Why, and the How. En T. Endictott, H. Dan Kristjánsson y S. Lewis (Eds.), *Philosophical Foundations of Precedent* (pp. 11-20). Oxford.
- Alexander, L. y Sherwin, E. (2008). *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge.
- Arraigada, M. B. (2021), Las dos caras del precedente vinculante. En A. Núñez Vaquero y M.B. Arraigada e I. Hunter (Coord.), *Teoría y práctica del precedente* (pp. 365-400). Tirant Lo Blanch.
- Bankowski Z., MacCormick, N., Morawski, L. Ruiz Miguel, A., (1997). Rationales for precedente. En N. McCormick, R. Summers y A. Goodhart (Eds.), *Interpreting precedents. A comparative study* (pp. 481-502). Routledge
- Carrió, Genaro, 2004. Nota preliminar, en W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* (pp. 7-24). Fontamara.
- Celano, B. (2023). *Dog Law: On the Logical Structure (or Lack Thereof) of Distinguishing*. En T. Endictott, H. Dan Kristjánsson y S. Lewis (Eds.), *Philosophical Foundations of Precedent* (pp. 214-226), Oxford.
- Chiassoni, P. (2019). *Interpretation without truth. A realistic enquiry*. Springer.
- Chiassoni, P. (2015). La filosofía del precedente: análisis conceptual y reconstrucción racional. En C. Bernal Pulido y T. Bustamante (Ed.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (pp. 21-66). Universidad Externado de Colombia.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas*. Marcial Pons.
- Duxbury, N. (2008). *The nature and authority of precedent*. Cambridge.
- Eisenberg, M. (1988). *The nature of the common law*. Harvard University Press.
- Friedman, B. (2010). The wages of stealth overruling1 (with particular attention to Miranda v. Arizona). *Public law & legal theory research paper series working paper of New York University School of Law*, 10-42, pp. 1-64.
- García Yzaguirre, V. (en prensa). Precedentes errados y seguridad jurídica. En F. Carbonell y C. Fernández Blanco (Eds.), *Errores en la creación y en la aplicación del derecho*. Marcial Pons.
- García Yzaguirre, V. (2024). Legal certainty and predictability. A reconstruction proposal. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 110, 4, pp. 651–671.
- García Yzaguirre, V. (2023a). Non-application and justified violation of norms: A proposal for the study of defeasibility in the theory of law. *Analisi e Diritto*, 2023 (2), pp. 153-185.
- García Yzaguirre, V. (2023b). Aproximaciones a la seguridad jurídica. Una propuesta de reconstrucción. *CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 50, pp. 30-56.
- García Yzaguirre, V. (2022a). Excepciones en las normas jurídicas: Una propuesta de análisis conceptual. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 22 (2), pp. 61-84.
- García Yzaguirre, V. (2022b). *Excepciones implícitas e interpretación: Una reconstrucción analítica*. Palestra.
- García Yzaguirre, V. y Kersic, M. (2025). ¿Deberían todos los aplicadores del derecho ser competentes para ponderar? Una discusión pendiente. *Revista Derecho de Estado*, 61, pp. 5-32.

- Osorio Morales, H. y García Yzaguirre, V. (2022). El derecho al plazo razonable en procedimientos tributarios: El caso chileno. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 35, pp. 93-122.
- Gerhardt, F. (2008). *The Power of Precedent*. Oxford.
- Hill, H. (1987). A functional taxonomy of normative conflict. *Law and Philosophy*, 6, 2, pp. 227-247.
- Horty, J. (2015). Constraint and freedom in the common law. *Philosophers' Imprint*, 15, 25, 1-27.
- Lamond, G. (2022). Revisiting the Reasons Account of Precedent. En M. McBride y J. Penner (Eds.), *New Essays on the Nature of Legal Reasoning* (113-138). Hart Publishing.
- Lamond, G. (2005). Do precedents create rules? *Legal Theory*, 11, 1-26.
- Levenbook, B. (2023). Supplanting defeasible rules. En T. Endictott, H. Dan Kristjánsson y S. Lewis (Eds.), *Philosophical Foundations of Precedent* (pp. 101-116). Oxford.
- Lewis, S. (2024). Stare decisis and equitable power. *Law and Philosophy*, pp. 1-30.
- Peters, C. (2008). Under-the-Table Overruling. *Wayne L. Rev*, 54, pp. 1067-1104.
- Marshall, J. (1996). *Trentatre cose che si possono fare con i precedenti. Un dizionario di common law*. *Ragion Pratica*, 6, pp. 29-35.
- Marshall, G. (1997). What is binding in a precedent. En N. McCormick, R. Summers y A. Goodhart (Eds.), *Interpreting precedents. A comparative study* (503-518). Routledge.
- McBride, M. (2022). No reasons. En M. McBride y J. Penner (Eds.), *New Essays on the Nature of Legal Reasoning* (pp. 99-112). Hart Publishing.
- Navarro, P. y Rodríguez, J. (2000). Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *Isonomía*, 13, pp. 61-85.
- Núñez Vaquero, Á. (2022). Precedentes: una aproximación analítica. Marcial Pons.
- Perry, S. (1987). Judicial Obligation, Precedent and the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, 2, pp. 215-57.
- Núñez Vaquero, Á. (2020). La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes. En Á. Núñez Vaquero y M. Gascón (Coord.), *La construcción del precedente en el civil law* (81-106). Atelier.
- Peczenick, A. (1997). The binding force of precedent. En N. McCormick, R. Summers y A. Goodhart (Eds.), *Interpreting precedents. A comparative study* (pp. 461-480). Routledge.
- Prieto Sanchis, L. (2009). *Lecciones de teoría del derecho*. Trotta.
- Ratti, G.B. (2015). An analysis of some juristic techniques for handling systematic defects in the law. En T. Bustamante y C. Dahlman (Eds.) *Argument types and fallacies in legal argumentation* (pp. 151-179). Springer.
- Raz, J. (1985). La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral. UNAM.
- Re, R. (2014). Narrowing precedent in the supreme court. *Columbia Law Review*, 114, 7, pp. 1861-1911.
- Sartorius, R. (1967). The Doctrine of Precedent and the Problem of Relevance. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 53, 3, pp. 343-366.
- Simpson, A.W.B. (1961). The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent. En A.G. Guest (Ed.). *Oxford essays in jurisprudence* (pp. 148-175). Clarendon Press.
- Schauer, F. (1987). Precedent. *Stanford Law Review*, 39, 3, pp. 571-605.
- Simpson, A.W.B. (1973). The common law and legal theory. En A.W.B. Simpson (Ed.), *Oxford Essays in jurisprudence (second series)* (77-99). Clarendon Press.
- Stevens, K. (2018). Reasoning by precedent— between rules and analogies. *Legal Theory*, 24, pp. 216–254.
- Summers, R. y Eng, S. (1997). Departures from precedent. En N. McCormick, R. Summers y A. Goodhart (Eds.), *Interpreting precedents. A comparative study* (pp. 519-530), Routledge.

- Summers, R. (1991). Statutory interpretation in the United States. En R. Summers y N. MacCormick (Comp.), *Interpreting statutes. A comparative Study* (pp. 407-460). Routledge.
- Iturralde, V. (1995). *El precedente en el common law*. Civitas.
- Waldron, J. (2012). Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach- *Michigan Law Review*, 111, 1, pp. 1-33.
- Williams, B. (1985). *Ethics and the Limits of Philosophy*. Harvard University Press.
- Zorzetto, S. (2015). Reasonableness. *The Italian Law Journal*, 1, pp. 107-139.