

PRECEDENTE Y *CIVIL LAW*: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE EL PRECEDENTE A PARTIR DE LOS TRABAJOS DE FLAVIA CARBONELL Y RODRIGO CAMARENA*

*PRECEDENT AND CIVIL LAW: A ROAD AHEAD. REFLECTIONS
ON THE WORKS OF FLAVIA CARBONELL AND RODRIGO CAMARENA*

Marina GASCÓN ABELLÁN**

Resumen:

El presente trabajo es producto del análisis y discusión que se llevaron a cabo en el seminario de la revista *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* intitulado: "La construcción del precedente en el *civil law*. Debates, conceptos y desafíos". En dicho encuentro, Flavia Carbonell y Rodrigo Camarena intervinieron con una exposición concisa respecto al precedente en cada uno de sus respectivos países (Chile y México), que a la vez abordan problemas de tipo normativo, práctico, teórico y conceptual. Con gran interés fui testigo de los argumentos de ambos, y motivada por sus ponencias, presento mis puntos de vista respecto a los rubros más importantes y relevantes en torno a sus contribuciones.

Palabras clave:

Precedente judicial, Chile, México, proyecto precedente, *common law*

Abstract:

This paper is the result of the analysis and discussion that took place at the Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho seminar entitled "The

* Artículo recibido el 30 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 12 de diciembre de 2021.

** Investigadora adscrita a la Universidad de Castilla-La Mancha, correo: marina.gascon@uclm.es. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3984-1806>.

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

Construction of Precedent in Civil Law: Debates, Concepts and Challenges". At this event, Flavia Carbonell and Rodrigo Camarena delivered a concise presentation on precedent in their respective countries (Chile and Mexico), addressing issues of a regulatory, practical, theoretical and conceptual nature. Having witnessed both their arguments with keen interest and inspired by their presentations, I offer my points of comments on the most important and prominent aspects of their contributions.

Keywords:

Judicial Precedent, Chile, Mexico, Project Precedent, Common Law.

PRECEDENTE Y *CIVIL LAW*: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE...

SUMARIO: I. *La relevancia de los estudios sobre el precedente.*
II. *Chile y México, por ejemplo. Lo que nos muestran sobre la relevancia de un “proyecto precedente” los trabajos de Flavia Carbonell y Rodrigo Camarena.*
III. *Referencias.*

I. LA RELEVANCIA DE LOS ESTUDIOS SOBRE EL PRECEDENTE

El seguimiento de precedentes (o de jurisprudencia, no distinguiré aquí)¹ ha sido clásicamente visto como uno de los rasgos de distinción entre los sistemas de *common law* y los de *civil law*. Mientras en los primeros —se dice— los jueces están vinculados por el precedente (actúan conforme al principio de *stare decisis*), en los sistemas de *civil law* los jueces actúan vinculados a la ley, y la jurisprudencia tiene en ellos un papel residual, un valor meramente “complementador” del ordenamiento, por usar las palabras del Código Civil español (la jurisprudencia —se insiste— “no es fuente” del derecho).

¹ Naturalmente, no se me oculta que es muy habitual distinguir entre precedente y jurisprudencia. Este es, significativamente, el caso de Taruffo, aunque por supuesto no es sólo él (Taruffo, 2007, 87 ss.). Sin embargo, me parece que lo que este autor refleja al insistir en esa distinción es una crítica del *modus operandi* de la jurisprudencia en los sistemas de *civil law*, un *modus operandi* que hace de ella una caótica red de interpretaciones abstractas y parciales de la ley, que dificulta que ésta cumpla su papel uniformador del derecho, o sea que realice un auténtico sistema de precedentes. No puedo estar más de acuerdo con él en esta crítica. Pero en mi opinión eso no es razón para no usar como equivalentes (al menos en el plano conceptual) ambos conceptos. Entenderé aquí por precedente o jurisprudencia la doctrina contenida en una o varias sentencias que concreta el alcance o interpretación de la ley en las circunstancias específicas que conforman el caso; es decir, la que expresa la *razón jurídica* conforme a la cual se ha resuelto el caso, y que por consiguiente constituye una guía para resolver casos futuros: la *ley del caso*.

Esto último es lo importante. Lo que llamamos “precedente” o “jurisprudencia” forma parte de las razones jurídicas de una decisión, y lo relevante es que esas razones se presentan siempre como un criterio o regla con *potencial generalizable o universalizable*, sobre todo cuando la decisión proviene de un alto tribunal: se decide como se decide porque en un caso sustancialmente igual habría que decidir lo mismo, y por tanto con la intención de proyectar esa regla decisión hacia el futuro. En el mismo sentido se expresa (Gómora Juárez, 2018: 229).

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

Las cosas, sin embargo, no son exactamente así. Esta distinción tan estricta entre las dos culturas jurídicas en relación con el valor del precedente no es adecuada, si es que alguna vez lo fue. En los sistemas de *common law* la ley escrita tiene un espacio muy importante, y cada vez más áreas del derecho están codificadas,² y en los sistemas de *civil law* no cabe decir que la jurisprudencia (o el precedente) carezca de valor.

Este último aspecto es el relevante para nosotros. Se le considere o no fuente del derecho, en nuestros sistemas jurídicos los jueces recurren constantemente a la jurisprudencia (o al precedente), sobre todo a la del Tribunal Supremo.³ Adoptan sus decisiones “mirando” lo que otros jueces han dicho sobre los mismos asuntos. Junto a los argumentos interpretativos o los argumentos doctrinales, los precedentes forman parte de las razones para decidir el caso.⁴ Juegan en la argumentación como un *topos* que orienta la interpretación de la norma, primero, y constituye un respaldo argumental a la corrección de la decisión, después. Por eso, aunque nuestros sistemas no sean de *stare decisis*, no cabe duda de que el precedente tiene en ellos un valor persuasivo,⁵ actúa como una especie de *soft law*. Cuando existe una doctrina más o menos consolidada y uniforme

² Esta constatación es ya un lugar común; *cfr.* por ejemplo Taruffo (2007, 85).

³ “Ni los jueces ni los abogados —dice Nieto (2001/2002, 106)— manejan las leyes a *texto limpio* sino con las adiciones e interpretaciones incorporadas por el Tribunal Supremo... Las ediciones y colecciones de leyes son tanto más apreciadas cuanto más ricas sean las anotaciones jurisprudenciales que les acompañen. Su valor psicológico y práctico es, por tanto, mucho mayor de lo que parece sugerir el código civil”.

⁴ Precisamente por ello muchos planteamientos actuales sitúan el estudio del precedente en el discurso del razonamiento jurídico. Así lo hace, por ejemplo, Leonor Moral (2002). Me parece acertado este enfoque, que se aparta así del análisis tradicional, pero estéril, desde la teoría de las fuentes del derecho.

⁵ La persuasividad del precedente de un tribunal puede obedecer, como es obvio, a la calidad y solidez de las argumentaciones que contiene, pero también a la posición institucional de ese tribunal en el sistema de organización judicial y a las competencias o funciones que desempeñe. Es decir, la jurisprudencia puede resultar persuasiva por razones de *racionalidad* (de la argumentación) o por razones de *autoridad* (del tribunal). *Cfr.* (Moral, 2002: cap. III) y (Bustamante, 2016).

PRECEDENTE Y *CIVIL LAW*: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE...

sobre un asunto, se espera que los tribunales adopten sus decisiones conforme a ésta, y cuanto mayor es la consolidación y uniformidad de esa doctrina mayor es su fuerza persuasiva.⁶ En definitiva, el recurso al precedente (o a la jurisprudencia) se inserta en el proceso de búsqueda de las mejores razones para decidir. Sea o no “fuente” del derecho, es un factor decisivo en su interpretación y aplicación.

De hecho, algo está cambiando en la cultura jurídica del *civil law*. Por un lado, hay en la actualidad una marcada tendencia a establecer mecanismos institucionales para convertir a las cortes de casación en cortes de precedentes, es decir, cortes cuya función principal no ha de ser sólo (o no principalmente) la nomofilaxis, sino también (o sobre todo) el establecimiento de pautas para resolver casos futuros.⁷ Aunque en relación con algunos de nuestros ordenamientos pueda sonar aún a exageración, estamos asistiendo a la progresiva construcción de un sistema de precedentes, y, como consecuencia de ello, vivimos en una extraña situación “de tránsito” donde —si se me permite la expresión— convive la “práctica *jurisprudencial* del precedente” (doctrina abstracta y reiterada de los tribunales) con el concepto clásico de precedente propio del *common law* (la razón de la decisión del caso como opuesta a los *obiter dicta*). Por otro lado, también el interés por los estudios sobre el precedente ha aumentado enormemente, tanto en la doc-

⁶ “The higher the level of uniformity in past precedents, the greater the persuasive force of case law” (Fon y Parisi, 2006: 519).

⁷ En efecto, la manera de concebir las funciones de la casación ha evolucionado, y hoy cabe decir que lo que más importa de sus decisiones no es tanto salvaguardar la ley en la resolución de una controversia específica (función nomofiláctica) cuanto su capacidad de generar un canon para resolver casos futuros. En definitiva, hoy se asume que la misión central de un tribunal supremo es sobre todo promover la adecuada y uniforme interpretación del derecho: desarrollarse como una *corte de precedentes*. No se trata, por tanto, de que la función de tutelar la ley en las controversias específicas haya fracasado, sino de que hay una clara tendencia a conceder prioridad a la función pública de “dar unidad al derecho mediante su adecuada interpretación a partir de la decisión de los casos presentados”, Mitidiero (2016: 107). *Cfr.* También Vecina (2003: 30 ss.) y Taruffo (2001: 96 ss.).

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

trina procesalista como en la teoría del derecho.⁸ Ambos fenómenos —me parece— están movidos por una misma razón: la fundada convicción de que un sistema de precedentes garantiza mejores valores muy relevantes del sistema, como la seguridad jurídica y la igualdad. Y digo “fundada” convicción porque así es. En la medida en que el seguimiento de precedentes supone la reiteración (y por tanto la consolidación) de unas mismas razones para decidir, contribuye a promover la unidad del derecho mediante la coherencia de las decisiones judiciales, y es evidente que cuanto mayor sea la uniformidad en la interpretación de la ley mejor garantizadas estarán la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Esto es claro. La existencia de una diversidad de soluciones interpretativas dificulta (y al límite impide) prever la respuesta judicial que probablemente recibirá nuestro caso; y, desde luego, frustra también el objetivo de la igualdad en la ley, pues de nada sirve proclamar esa igualdad si después los tribunales proporcionan respuestas distintas en virtud de su libertad interpretativa.

La iniciativa que Sandra Gómora, Álvaro Núñez y yo misma os presentamos ahora se mueve justamente en esta dirección: la de impulsar entre nosotros los estudios sobre el precedente, poniendo sobre la mesa del análisis numerosos problemas de tipo normativo, práctico, teórico y conceptual, que deben ser abordados. Los magníficos trabajos que tan generosamente han realizado Rodrigo Camarena, Flavia Carbonell, Fabio Pulido y Silvia Zorzetto para acompañar el “arranque” de este proyecto son una buena muestra de lo relevante que es la discusión sobre estos temas. Vaya por delante mi reconocimiento y felicitación a todos ellos, aunque por razones puramente organizativas haré sólo unos breves comentarios a propósito de los trabajos de los dos primeros.

⁸ No intentaré siquiera hacer una lista de estudios doctrinales y teóricos sobre estos temas porque sería muy larga, pero sí hay que decir que prácticamente en todos nuestros países se han hecho y se siguen haciendo análisis muy valiosos sobre el asunto.

PRECEDENTE Y *CIVIL LAW*: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE...

II. CHILE Y MÉXICO, POR EJEMPLO. LO QUE NOS MUESTRAN SOBRE LA RELEVANCIA DE UN “PROYECTO PRECEDENTE” LOS TRABAJOS DE FLAVIA CARBONELL Y RODRIGO CAMARENA

A. *¿Qué sucede cuando en el seno de un mismo tribunal distintas salas mantienen doctrinas o criterios interpretativos diferentes? (La pregunta de Carbonell)*

En su excelente estudio “Variaciones sobre el precedente judicial. Una mirada desde el sistema jurídico chileno”, Flavia Carbonell nos presenta un caso muy interesante, que constituye una ocasión y un acicate para reflexionar sobre diversos aspectos del precedente. Aunque toda simplificación es empobrecedora, en lo esencial el caso puede resumirse así:

- 1) *En Chile, durante mucho tiempo, en un asunto sustancialmente importante* (se discute la prescriptibilidad de la acción civil de reclamación de indemnización del daño moral padecido por los desaparecidos o torturados por los agentes del Estado durante la dictadura militar) *conocen dos salas distintas de la Corte Suprema, la Sala Civil y la Sala Penal* (los casos llegaban a la Corte a través de dos vías: a través de un recurso de casación civil, o a través de un recurso de casación penal, cuando la acción civil era ejercida dentro de un proceso penal) *y mantienen jurisprudencia diferente* (la Sala Civil mantenía la tesis de la prescriptibilidad, y la Sala Penal, la tesis de la imprescriptibilidad, apoyada en la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de lesa humanidad).
- 2) *En el año 2013* (en la causa “González Galeno con Fisco de Chile”), en virtud del artículo 780, CPC, *el Pleno del Tribunal, en un fallo de nueve votos contra siete, unificó jurisprudencia asumiendo el criterio de la Sala Civil.*
- 3) Pocos meses después del pronunciamiento del Pleno, *la Sala Penal, haciendo caso omiso del mismo, siguió manteniendo su propia doctrina de la imprescriptibilidad de la acción*, por lo que

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

siguió perviviendo la dispersión doctrinal en el seno de la Corte Suprema.

El caso, además de ser importante, por el problema práctico que representa, es muy interesante desde la perspectiva teórica, pues plantea cuestiones y suscita dudas, que tienen que ver tanto con la “regla del autoprecedente” como con el “precedente vinculante”, y que Carbonell aprovecha para ilustrarlos.

La esencia del problema teórico que el caso chileno plantea se resume en la siguiente cuestión. El autoprecedente, entendido como regla de la argumentación racional que obliga a los órganos judiciales a resolver los casos conforme a un criterio universalizable, implica que todo órgano judicial (todo decisor) debe respetar su propio precedente (es decir, debe resolver siempre conforme a ese criterio), salvo que justifique adecuadamente su abandono cuando proceda; en concreto, cuando entienda que el criterio anterior no es correcto o es menos correcto que el actual. Ahora bien, ¿qué sucede cuando en el seno de un mismo tribunal distintas salas mantienen doctrinas o criterios de decisión diferentes? ¿A quién se impone en este caso la regla del autoprecedente? ¿Ha de entenderse que dichas salas son órganos judiciales independientes, y que por consiguiente la regla se aplica a cada una de ellas individualmente considerada? O, por el contrario, ¿ha de entenderse que dichas salas constituyen meras instancias o partes de un único tribunal, y que por consiguiente la regla del autoprecedente obliga al tribunal integrado por todas sus salas?

La primera opción (cada sala, un órgano independiente) implica que salas diferentes podrían mantener doctrinas diferentes sobre una misma cuestión; es decir, admite que en el seno de un mismo tribunal puede convivir válidamente jurisprudencia contradictoria, lo cual resulta mal entendido y peor admitido por la mayoría de la gente, pues frustra nuestras lógicas expectativas de uniforme aplicación del derecho, al menos dentro de un mismo tribunal. La segunda opción (el órgano judicial es el tribunal, integrado por todas sus salas) satisface mucho mejor nuestras expectativas de aplicación uniforme del derecho, pero exige articular normativamente mecanismos que eviten las discrepancias de criterio entre las diferentes salas que integran el tribunal o —en caso de que ya se hayan produ-

PRECEDENTE Y *CIVIL LAW*: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE...

cido— las corrijan y fijen el criterio o la “doctrina correcta”.⁹ No digo la doctrina *epistémicamente correcta*, pues esto es una cuestión dependiente de la teoría de la interpretación que se maneje, pero sí la *institucionalmente correcta*, porque existe una norma jurídica que le confiere ese estatus. Naturalmente, esta opción es la deseable para la vigencia de la seguridad jurídica y de la igualdad.

Se podría interpretar —me parece— que el caso chileno refleja esta segunda opción (el órgano judicial es el tribunal, integrado por todas sus salas), puesto que cabe entender que el artículo 780 del CPC instaure ese comentado “mecanismo institucional” para uniformar la jurisprudencia de las salas,¹⁰ y que fue en virtud del mismo numeral que el Pleno se pronunció y fijó la doctrina correcta, que a la sazón es coincidente con la adoptada por la Sala Civil: la acción civil para la indemnización del daño moral es prescriptible. Pero he aquí lo anómalo de la situación: la Sala Segunda siguió manteniendo su doctrina precedente (distinta a la fijada como “correcta” por el Pleno), por lo que su actuación bien podría ser entendida como una manifestación de la primera opción señalada: cada sala, un órgano independiente.

Flavia Carbonell parece sugerir que esta actitud “díscola” de la Sala Penal se podría explicar porque, además del citado artículo 780, CPC, “no existen normas adicionales que establezcan la vinculación obligatoria de las Salas a la *ratio decidendi* de la decisión del Pleno del tribunal”, y que, por lo tanto, ante esa carencia de vinculación, la Sala Penal hizo lo que debía: respetar su propio precedente. Sin embargo, no me parece que las cosas estén tan claras. Por un lado, porque creo que resulta forzado interpretar que el empeño de la Sala Penal en mantener su criterio anterior obedece realmente a la falta de una regla expresa de *stare decisis*, y menos aún a su convicción de ser un órgano judicial independiente obligado a actuar conforme a

⁹ He argumentado sobre este punto en Gascón, 2011 y 2016.

¹⁰ El artículo 780 del Código de Procedimiento Civil, como recuerda la autora, se refiere a la facultad que tienen las partes de solicitar que un recurso de casación en el fondo sea “conocido y resuelto por el pleno del tribunal” (la regla general es su conocimiento en sala), fundándose “en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso”.

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

criterios de racionalidad-universalidad (y por consiguiente a seguir su criterio precedente antes que a vincularse al criterio del Pleno del Tribunal). Por otro lado, porque en todo caso también se pueden ver las cosas de otra manera.

El Pleno, en efecto, se pronunció porque hay una norma del sistema que le atribuye esa competencia cuando exista jurisprudencia contradictoria. Pero entonces cabe preguntar: si aceptamos que este mecanismo (de unificación jurisprudencial) no puede entenderse como una regla de *stare decisis* que vincula a las diferentes Salas a la “respuesta correcta” establecida por el Pleno, si no puede interpretarse como una regla constitutiva que confiere al pleno la competencia para establecer un precedente vinculante,¹¹ ¿en qué sentido debe entenderse? ¿Para qué se ha introducido ese mecanismo? ¿Para nada? ¿Cuál es el alcance que debe darse a esa decisión del Pleno? ¿Ninguno? Es evidente —me parece— que el mecanismo del artículo 780, CPC, también podría entenderse sin grave esfuerzo como una regla de *stare decisis*, por lo que la decisión del Pleno sería la “respuesta correcta” para el caso. Y una vez establecida esa “respuesta correcta” por el Pleno ya no hay lugar a que las Salas apelen al autoprecedente, por una simple razón: el autoprecedente es en esencia una regla de la argumentación racional que juega (sólo) allí donde la solución correcta no existe; pero cuando la solución correcta existe (como sucedería aquí),¹² lo que deben hacer las diferentes Salas es aplicar esa solución.

Sea como fuere, el caso está magníficamente traído por Carbonell, porque, además del problema central que directamente plantea, invita a reflexionar sobre algunas cuestiones importantes. Nos invita a preguntarnos, por ejemplo, cuál es el nivel de protección que queremos para los valores que el autoprecedente y el precedente vertical promueven, qué cambios normativos habría que acometer para conseguir mejor esos objetivos: el primero de ellos —conuerdo con

¹¹ Álvaro Núñez y Beatriz Arriagada han desarrollado en profundidad y magníficamente la tesis según la cual la existencia de un sistema de precedente vinculante requiere la existencia de normas constitutivas (Cfr. por ejemplo, Núñez, 2021; y Arriagada, 2021).

¹² Insisto en esto: la solución *institucionalmente* correcta, no la *epistémicamente* correcta, que esto es otra cuestión.

PRECEDENTE Y *CIVIL LAW*: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE...

la autora— la redefinición de las funciones de la Corte de Casación (esto ya lo denunció con claridad Taruffo: una corte de casación que debe resolver miles de asuntos al año difícilmente puede convertirse en una corte de precedentes), o la división de la Corte en salas especializadas por materias, o nos empuja a reflexionar incluso sobre el modo en que deben adoptarse las decisiones colegiadas para que generen un precedente vinculante (por ejemplo, si deben ser adoptadas por alguna mayoría cualificada) —relacionado con esto último— sobre la fuerza vinculante que cabe atribuir a los precedentes dictados por salas divididas, sobre todo cuando el voto disidente goza de una sólida argumentación. Y, naturalmente, el caso invita también a reflexionar sobre algunas cuestiones que son cruciales para el establecimiento de un sistema de precedentes: en particular sobre el sentido y alcance de la “independencia judicial”, que habitualmente se esgrime frente al establecimiento de mecanismos de vinculación al precedente; o sobre el riesgo de que un sistema de precedentes vinculantes termine convirtiendo a las cortes supremas en órganos “legislativos” o “cuasilegislativos”; y desde luego, sobre el propio concepto de precedente.¹³

Precisamente, en relación con esta última e importante cuestión (el concepto de precedente), me parece muy sugerente el trabajo de Rodrigo Camarena “La *ratio decidendi* a través de ojos mexicanos”, publicado también en este número.

B. *¿Qué entender por ratio decidendi? (La pregunta de Camarena)*

Camarena aborda uno de los asuntos nucleares para el funcionamiento de un sistema de precedentes: el de la definición de la *ratio decidendi* (lo que constituye un precedente). Su análisis está movido por la reforma de la Constitución mexicana realizada en 2021 para evolucionar hacia un sistema de precedentes, y su objetivo es identificar las distintas concepciones de las “razones” de las sentencias de la Suprema Corte, que ahora serán obligatorias “para todas las

¹³ Los trabajos de Beatriz Arriagada y de Álvaro Núñez que acabo de mencionar son ya imprescindibles desarrollos teóricos en este punto.

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

autoridades jurisdiccionales”.¹⁴ Me parece importante señalar que este ejercicio teórico es especialmente necesario en un caso como el de México, un ordenamiento que refleja paradigmáticamente esa situación “de tránsito” a la que al inicio me refería, y que, por consiguiente, plantea la necesidad de hacer efectivo un sistema de precedentes (que exige identificar la *ratio decidendi* de las decisiones) en el marco de una arraigada práctica “jurisprudencial” muy distinta (la de las “tesis” jurisprudenciales: enunciados abstractos identificados en este caso por la propia Corte al resolver un caso). Pero es un ejercicio teórico relevante más allá del caso mexicano, pues la mayoría de nuestros ordenamientos se hallan, aunque no todos en la misma medida, en una situación “de tránsito” similar.

El ejercicio teórico que Camarena realiza tiene una notable trascendencia práctica. En efecto, el problema fundamental al que se enfrentan los jueces y los abogados para “seguir el precedente” es la identificación de la *ratio decidendi*. Pero identificar con claridad la *ratio decidendi* exige dos tareas previas. La primera (de tipo teórico o conceptual) consiste en proporcionar una definición del término: ¿qué se entiende por *ratio decidendi*? ¿Cómo debemos entender esas “razones”? La segunda (de tipo práctico) consiste en que el tribunal que sienta un precedente lo comunique con claridad, rigor y precisión para que pueda ser fácilmente identificado por los jueces posteriores. Esta segunda cuestión no es en absoluto banal, pues si los jueces posteriores no pueden identificar con claridad las “razones” que constituyen el precedente, su seguimiento generalizado y uniforme resultará complicado. Por eso, por mucho que refinemos teóricamente el concepto de precedente y por muchas reformas que hagamos para convertir a nuestras cortes de casación en cortes de precedentes, sin una adecuada comunicación de esas “razones” por parte del tribunal que sienta un precedente, el objetivo de unificación del derecho por vía de precedente no podrá alcanzarse.¹⁵

¹⁴ CPEUM, Artículo 94: Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas.

¹⁵ He reflexionado e insistido sobre este punto en Gascón 2016.

PRECEDENTE Y *CIVIL LAW*: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE...

Rodrigo Camarena ha realizado un excelente trabajo sobre la primera cuestión: la cuestión conceptual, la que se resume en la pregunta ¿qué son las “razones” que constituyen el precedente? Y nos ofrece cuatro modos distintos de configurar o entender esas razones, que se corresponden en realidad con cuatro modos distintos de “creación” de derecho por parte de la Corte:

- a) El modelo de *legislación judicial* (Alexander), que concibe las razones como reglas canónicas formuladas con claridad y precisión, de manera que realmente constriñan y no puedan ser abandonadas mediante la fácil excepción o el *distinguishing*.
- b) El modelo de las *reglas implícitas* (Goodhart), que configura las razones como las reglas inferibles de la sentencia a partir de los hechos relevantes, al margen de cuál sea la regla explícita que formuló el tribunal o de la argumentación que realizó (que puede ser falaz, políticamente indeseable o moralmente escandalosa), y que permite el *distinguishing* de manera natural.
- c) El modelo de las *justificaciones político-morales* de las decisiones adoptadas (MacCormick), que, más allá de los hechos del caso y sus consecuencias, entiende las “razones” como enunciados indistinguibles de esas justificaciones. Este modelo —dice el autor— encuadra con una postura postpositivista, que incluye a los principios como la justificación de cualquier regla.
- d) Y el modelo de las *categorías sociales* (Levenbook), según el cual la Corte toma sus decisiones organizando el mundo a partir de categorías o creencias compartidas, cuyo significado y vigencia, por lo tanto, no le corresponde exclusivamente al Poder Judicial, sino a toda la comunidad; es decir, el significado de los precedentes “es controlado por la sociedad”. De este modo, si la Corte intenta establecer un precedente con categorías que la comunidad rechaza, la *ratio* no arraigará. “Si en cambio utiliza categorías sociales fuertemente internalizadas o latentes, el precedente tiene más posibilidades de consolidarse y de obligar a sus destinatarias”.

En línea de principio, el autor presenta las cuatro concepciones como “posibles”, sin que resulte clara una preferencia por una u otra.

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

Es más, las presenta como “concepciones móviles y a veces sobrepuestas según el contexto interpretativo en que la Corte sienta el precedente”. Así, en algunos casos puede estar justificado emitir reglas según el modelo de legislación judicial; en otros casos puede ser aconsejable dejar la regla implícita; en los casos de analogía o distinción o en los de revocación de un precedente estará siempre presente el modelo de las justificaciones político-morales, y el modelo de las categorías sociales permite dar cuenta de los casos en que haya un desfase entre los conceptos jurídicos y los sociales.

Ahora bien, a pesar de que todos los modelos son igualmente válidos en el plano explicativo (en la medida en que permiten dar cuenta de las distintas situaciones de creación de precedentes por la Corte), es evidente que cada uno presenta ventajas e inconvenientes para la satisfacción de situaciones o estados de cosas que se consideran valiosos, y por consiguiente no todos ellos se sitúan en el mismo plano desde una perspectiva normativa o prescriptiva. El primer modelo, el de la *legislación judicial*, al concebir las razones como reglas canónicas que indican con precisión lo que hay que hacer y que deben ser seguidas, tiene la ventaja de la precisión, sí, pero evoca el peligro del “gobierno de los jueces”, que representa una de las objeciones clásicas a las que ha de hacer frente cualquier intento de construcción de un sistema de precedentes. El segundo modelo, el de las *reglas implícitas*, al concebir los precedentes como reglas “inferidas” de las sentencias por los jueces encargados de seguirlas, parece más respetuoso con la independencia judicial y con la construcción de precedentes como un proceso colectivo. El tercer modelo, el de las *justificaciones político-morales* de las decisiones adoptadas, entiende los precedentes como partes de un sistema coherente de principios que se va perfilando en el tiempo, y, por consiguiente, presenta el riesgo de introducir ideología en el derecho, que en cierta medida es también un riesgo de “gobierno de los jueces”. Y el cuarto modelo, el de las *categorías sociales*, al permitir derrotar reglas en virtud de las cambiantes categorías sociales, parece también más respetuoso con la independencia judicial y la construcción del precedente como un proceso colectivo, pero desde luego a costa de la seguridad jurídica.

La reconstrucción teórica de los modos de concebir las razones que Camarena nos muestra es importante, pues —más allá de per-

PRECEDENTE Y CIVIL LAW: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE...

mitirnos explicar los distintos modos de producción de precedentes— nos dejan visualizar muy bien qué modos resultan más adecuados para alcanzar objetivos que estimamos valiosos. Por ejemplo, si consideramos que un sistema de precedentes debería asegurar la clara identificación de los precedentes para facilitar su seguimiento generalizado, y con ello la uniforme aplicación de la ley, esa reconstrucción teórica apunta —creo— al modelo de la legislación judicial como el más apropiado, un modelo del que sin embargo habría que huir si lo que se persigue como valor prioritario es evitar que el tribunal que sienta un precedente se convierta en minilegislador. En definitiva, dependiendo de lo que prioricemos (mejorar la identificación de precedentes para que funcione el sistema, o evitar el “legislativismo” del tribunal que sienta el precedente) los modelos de “razones” reconstruidos por Camarena son una buena herramienta para orientar la elección por un sistema u otro. En todo caso, son cosas sobre las que seguir pensando y discutiendo.

Porque, efectivamente, este es el propósito del proyecto que iniciamos: seguir reflexionando, compartiendo y discutiendo. Los magníficos trabajos de Flavia Carbonell y Rodrigo Camarena (igual que los de Silvia Zorzetto y Fabio Pulido) nos muestran justamente que tenemos un camino por recorrer en el tránsito hacia un sistema de precedentes.

III. REFERENCIAS

- ARRIAGADA, María Beatriz (2021), “Las dos caras del precedente vinculante”, en NÚÑEZ, A., ARRIAGADA, M. B. y HUNTER, I. (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BUSTAMANTE, T. (2016), *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Lima, Ediciones legales EIRL.
- FON, V. y PARISI, F. (2006), “Judicial Precedents in Civil Law Systems: a Dynamic Analysis”, *International Review of Law and Economics*, vol. 26, núm. 4.

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

- GASCÓN, M. (2011), “Racionalidad y (auto)precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 10.
- GASCÓN, M. (2016), “Autoprecedente y creación de precedentes en una Corte Suprema”, *Teoría Jurídica Contemporánea*, Revista da Universidade Federal do Rio de Janeiro, vol. 1, núm. 2.
- GASCÓN, M. (2020), “Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia eficazmente su función?”, en GASCÓN, M. y NÚÑEZ, A. (coords.), *La construcción del precedente en el civil law*, Barcelona, Atelier.
- GÓMORA JUÁREZ, S. (2018), “La ejemplaridad y proyección del precedente”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 12, UNAM-IIJ.
- MORAL, L. (2002), *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons.
- NIETO, Alejandro (2001/2002), “Valor legal y alcance real de la jurisprudencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 8-9.
- NÚÑEZ, Álvaro (2021), “¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)”, en NÚÑEZ, A., ARRIAGADA, M. B. y HUNTER, I. (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- TARUFFO, Michele (2007), “Precedente y jurisprudencia”, trad. de C. Martínez, y F. Gandini, *Anuario Jurídico*, Cali, Universidad ICESI.