

SOBRE LA REGLA Y EL USO DE LOS PRECEDENTES. COMENTARIOS AL MARGEN DE LOS TRABAJOS DE FABIO PULIDO ORTIZ Y SILVIA ZORZETTO*

*ON RULES AND THE USE OF PRECEDENTS: SIDE COMMENTS
ON THE WORKS OF FABIO AND SILVIA ZORZETTO*

Álvaro NÚÑEZ VAQUERO**

Resumen:

Cuando la profesora y directora de la revista *Problema*, Sandra Gómora Juárez, nos propuso a la profesora Marina Gascón Abellán y a mí llevar a cabo una discusión acerca de las teorías y doctrinas del precedente en nuestro contexto, no me pude sentir más contento. Al indudable y reconocido prestigio de la revista *Problema* se sumó la posibilidad de volver a trabajar con la profesora Marina Gascón y hacerlo por primera vez con Sandra Gómora. Además, surgió la oportunidad de volver a discutir con viejos amigos —como Flavia Carbonell, Fabio Pulido, Silvia Zorzetto— sobre cuestiones relativas al precedente, y poder contrastar opiniones con otros nuevos, como Rodrigo Camarena.

En esta ocasión, me corresponde comentar, en particular, los trabajos del profesor Fabio Pulido Ortiz y de la profesora Silvia Zorzetto. Ambos trabajos son de una indudable calidad. El del profesor Pulido Ortiz, de la Universidad de La Sabana de Colombia, es un trabajo de finura y sutileza analítica que entra a discutir, al calor de la teoría del precedente, algunos problemas fundamentales de la teoría del derecho. La profesora Silvia Zorzetto, de la Università Statale di Milano, ha llevado a cabo un reconocimiento analítico y metalingüístico de la práctica de los precedentes en Italia, con especial atención a le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione italiana, de incalculable valor. Ello no sólo por el valor que pueda tener para el estudio de

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

** Profesor de filosofía del derecho de la Universidad de Murcia. Correo electrónico: a.nunezvaquero@um.es, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8665-2381>.

la cultura jurídica (interna) italiana, sino porque su análisis puede ser, al menos en parte, generalizado para dar cuenta de cómo son usados los precedentes en los ordenamientos de *civil law*.

Palabras clave:

Regla del precedente, teoría del precedente, doctrina del precedente, normas constitutivas, trivalencia del precedente.

Abstract:

It filled me with pleasure to be asked by Problema editor-in-chief Sandra Gómora Juárez to lead a discussion on the theories and doctrine on precedent in our context alongside Prof. Marina Gascón Abellán. Besides the undeniable and recognized prestige of the Problema journal, there was also the possibility of working with Prof. Marina Gascón again and with Sandra Gómora for the first time. It was also an opportunity to discuss issues regarding precedent with old friends like Flavia Carbonell, Fabio Pulido and Silvia Zorzetto, and exchange opinions with new ones like Rodrigo Camarena.

On this occasion, I would like to comment specifically on the works of Prof. Fabio Pulido Ortiz and Prof. Silvia Zorzetto, both of which are of unquestionable quality. The article by Prof. Pulido Ortiz of the Universidad de la Sabana in Colombia is a work of analytical finesse and subtlety that discusses some fundamental problems of legal theory from the standpoint of the theory of precedent. Prof. Silvia Zorzetto from Università Statale di Milano has conducted an analytical and meta-linguistic survey of the use of precedents in Italy, particularly at the Italian Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione. This work is priceless not only in terms of its value as a study of (internal) Italian legal culture, but also because the analysis can be generalized, at least in part, to explain how precedents are used in civil law systems.

Keywords:

Rule of Precedent, Theory of Precedent, Doctrine of Precedent, Constitutive Norms, Trivalence of Precedent.

SUMARIO: I. *Reglas constitutivas, precedentes autorizados y necesidad de la regla del precedente, según Fabio Pulido Ortiz*. II. *Uso de los precedentes y resignación sobre los precedentes según Silvia Zorzetto*. III. *Referencias*.

I. REGLAS CONSTITUTIVAS, PRECEDENTES AUTORIZADOS Y NECESIDAD DE LA REGLA DEL PRECEDENTE, SEGÚN FABIO PULIDO ORTIZ

El trabajo de Pulido Ortiz es sin duda de una gran sofisticación. Para desentrañarlo, resulta conveniente contextualizar su trabajo, el cual, al menos en cierto sentido, se enmarca en una discusión más amplia conmigo y con la profesora María Beatriz Arriagada Cáceres, de la Universidad Diego Portales de Chile. Dicha discusión comenzó en octubre de 2019 durante un congreso internacional sobre precedentes celebrado en la ciudad de Puerto Montt (Chile), en el que surgieron algunas diferencias especialmente entre Pulido Ortiz, por un lado, y la profesora Arriagada Cáceres y yo mismo, por el otro. La discusión encontró su primer reflejo en el libro colectivo que publicamos posteriormente.¹

Una de las cuestiones que ya empezamos a discutir en aquella ocasión fue la tesis, formulada por Pulido Ortiz, de la necesidad de la regla del precedente; en su opinión, todo ordenamiento jurídico contiene, de manera necesaria, una norma jurídica que establece cómo está regulado el uso de precedentes. Ahora bien, en esta ocasión Pulido Ortiz presenta nuevos argumentos, que es preciso discutir en su mérito específico.

La segunda cuestión en la que Pulido Ortiz incide especialmente en esta ocasión entra directamente en polémica con varias tesis defendidas por mí en Puerto Montt y en la sucesiva publicación. En concreto, Pulido Ortiz critica mi caracterización de la regla del precedente únicamente como una norma que establece condiciones de validez e invalidez de las decisiones posteriores que aplican (o no) el precedente. En su opinión, entre establecer condiciones de vali-

¹ Núñez Vaquero, Á., 2021, Arriagada Cáceres, Ma. B. y Hunter Ampuero, I., *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch.

dez (por su seguimiento o no seguimiento) para otras decisiones y establecer condiciones de invalidez (por su seguimiento o no seguimiento) para tales decisiones, hay un punto medio: cuando el uso de precedentes está meramente autorizado.

Entre ambas tesis se da una cierta conexión, aunque no de implicación mutua. En particular, dado que Pulido Ortiz sostiene la tesis de la necesidad de la regla del precedente, se ve en la necesidad de sostener la tesis según la cual la regla del precedente considere el seguimiento únicamente como autorizado. Desde luego, ambas tesis pueden ser defendidas por separado, pero dado que Pulido Ortiz considera que hay ordenamientos en los que el seguimiento de precedentes no condiciona la validez de decisiones jurisdiccionales (pero igualmente lo regula), tiene que postular la existencia de este *tertium datur* entre validez e invalidez para sostener que la regla del precedente es una norma necesaria en todos los ordenamientos. Dado que esta conexión no es de mutua implicación entre ambas tesis, me voy a ocupar de cada una de ellas por separado.² Seguiré, en este sentido, el mismo orden en el que el propio Pulido Ortiz viene a presentar sus ideas.

No obstante, y siguiendo el orden de Pulido Ortiz, es necesario hacerse cargo previamente de su caracterización de las normas constitutivas. Su reconstrucción, a primera vista perfectamente correcta, lastra, no obstante, su reconstrucción de los sistemas de precedentes en general, y de la regla del precedente en particular. A saber: precisamente porque considera que las normas constitutivas establecen únicamente condiciones necesarias para la validez de actos jurídicos (y actos normativos) tiene problemas para dar cuenta de cómo toda regla del precedente condiciona la validez de las decisiones jurisdiccionales.

² Ahora bien, para defender la tesis de la necesidad, sí tendrá que defender, como paso conceptual previo, la posibilidad de que el seguimiento de precedentes esté meramente autorizado.

1. *Las normas constitutivas según Pulido Ortiz*

Pulido Ortiz es sumamente claro a la hora de establecer la distinción entre normas constitutivas y normas prescriptivas. En efecto, según Pulido Ortiz,

[l]as normas prescriptivas son aquellas que se encargan de dirigir la acción, exigiendo o permitiendo la realización (o no realización) de determinados tipos de acciones... las normas constitutivas son aquellas que definen o posibilitan ciertos estados de cosas y dentro de las cuales resultan fundamentales aquellas que establecen las condiciones para la identificación, creación y aplicación de normas (Pulido, 2021, p. 4).

La diferencia, por si no fuera clara, la subraya el mismo autor:

Las normas constitutivas no prescriben acciones (*i. e.* no obligan ni prohíben acciones), sino que se encargan de definir ciertos estados de cosas (*v. gr.* la definición de adulto o de mayorías parlamentarias) o de posibilitar la realización de actos (*v. gr.* una reforma constitucional o los estatutos de una sociedad comercial) (Pulido, 2021, p. 6).

A continuación, Pulido Ortiz se encarga de señalar tres diferentes tipos de normas constitutivas: la hartiana regla de reconocimiento, las normas de competencia y las normas puramente definitorias. Nos interesan especialmente las segundas y las terceras. En efecto, aquél define las reglas de competencia como “las normas que establecen las condiciones para proferir válidamente actos jurídicos” (Pulido, 2021, p. 7). Y acto seguido establece una estipulación, distinguiendo entre acciones (“comportamientos que son regulados por las reglas primarias”) (Pulido, 2021, p. 7) y actos (“comportamientos (y sus productos) que son posibles gracias a las reglas de competencia”) (Pulido, 2021, p. 7). Desde luego —afirma Pulido Ortiz—, las normas prescriptivas pueden versar tanto sobre acciones como sobre actos normativos. De este modo, el ordenamiento puede “crear” un nuevo tipo de comportamiento y, acto seguido, considerarlo como obligatorio o, incluso —¿por qué no?—, como prohibido.

Después de distinguir, en el ámbito de las normas de competencia, entre normas de cambio y normas de adjudicación, Pulido Ortiz presenta las normas puramente conceptuales: aquellas que “se limitan a definir conceptos jurídicos correlacionando entre distintos estados de cosas, supuestos o casos” (Pulido, 2021, p. 8). Estas normas puramente conceptuales, siempre según Pulido Ortiz, no prescriben acciones, tampoco definen competencias ni establecen (por lo menos directamente) condiciones de validez. Lo que hace esta norma —afirma— “es definir correlaciones entre ciertos términos jurídicos (v. gr. impúber) y determinados estados de cosas (ser humano menor de catorce años y mayor de siete años)” (Pulido, 2021, p. 8).

A. Algunas cuestiones sobre la reconstrucción de las normas constitutivas

La caracterización de Pulido Ortiz de las normas puramente conceptuales tiene una enorme virtud: ofrece una definición estructural —no únicamente de las normas puramente conceptuales, sino— de toda la familia de las normas constitutivas, aunque no estoy seguro de que esta haya sido la intención de Pulido Ortiz. En efecto, al definir las de manera puramente estructural, correlacionando distintos estados de cosas, eventos o acciones, ha establecido una definición estructural que permite distinguir, en términos generales, las normas constitutivas de las prescriptivas: mientras que las primeras correlacionan dos supuestos de hecho, las segundas correlacionan un supuesto de hecho con un operador deóntico. Ahora bien, esta no es una propiedad sólo de las normas definitorias, sino que puede ser predicada de toda la familia de las normas constitutivas. En efecto, desde un punto de vista estructural, todas las normas constitutivas tienen la misma forma: un caso genérico correlacionado con otro caso genérico.³

Volvamos a su definición general de normas constitutivas, aquella que abarcaría los tres tipos de normas constitutivas: “las normas

³ Moreso, J. J. y Vilajosana, J. Ma., *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, p. 74.

constitutivas son aquellas que definen o posibilitan ciertos estados de cosas y dentro de las cuales resultan fundamentales aquellas que establecen las condiciones para la identificación, creación y aplicación de normas” (Pulido, 2021, p. 6). En este punto, con relación a las normas de competencia, Pulido Ortiz es ligeramente ambiguo, pues define aquellas tanto como normas que habilitan a llevar a cabo actos jurídicos, pero también para llevar a cabo actos normativos.

Esta última ambigüedad produce un pequeño problema. En efecto, no es lo mismo decir que las normas de competencia son normas para llevar a cabo actos jurídicos, que decir que son para llevar a cabo actos normativos. Si es sólo para llevar a cabo actos normativos, lo cierto es que hay dos tipos de normas de las que no se podría dar cuenta.

i) En primer lugar, no se podría dar cuenta de aquellas normas que establecen competencias para determinados sujetos, pero dichas competencias no producen normas. *ii)* En segundo lugar, las normas que no establecen las condiciones para la identificación, creación o aplicación de normas, sino que ellas mismas crean una realidad jurídica nueva.

- i)* En primer lugar, hay determinadas competencias que son atribuidas a órganos indudablemente jurídicos para llevar a cabo actos que de ningún modo producen normas. Por ejemplo, el Reglamento del Congreso de los Diputados de España contempla —es decir, instituye— la posibilidad de presentar proposiciones no de ley, que de ningún modo crean normas vinculantes ni obligatorias. Pero no se trata de una excentricidad española: lo mismo sucede con las recomendaciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Y no parece que este tipo de normas puedan ser reconducidas a la categoría de las normas puramente conceptuales.
- ii)* En segundo lugar, Pulido Ortiz —al definir las normas constitutivas como normas que establecen condiciones para la identificación, creación y aplicación de otras normas— no tiene en cuenta un tipo muy importante de normas constitutivas: aquellas que directamente crean, sin establecer ningún tipo

de condición, una realidad jurídica.⁴ Son suficientes algunos ejemplos: el Real Decreto 3217/1981, del 27 de noviembre, ratificó el 12 de octubre como Fiesta Nacional de España; la norma que deroga otra norma; aquella norma que establece un reenvío sin establecer una nueva competencia, etcétera. Y tampoco éstas parecen reconducibles a las normas puramente definitorias.

B. La distinción entre “actos” y “acciones”

La ya mencionada distinción que establece Pulido Ortiz entre “acciones” y “actos” me parece, aunque sea sólo una estipulación, peligrosa. En efecto, pareciera que, de este modo, Pulido Ortiz está ontologizando una distinción que es puramente epistémica. Por el contrario, en el mundo no hay “actos” y “acciones”, sino que, dependiendo de cómo queramos describir un determinado comportamiento humano, aquél contará como una “acción” o como un “acto”. Recordemos: las acciones harían referencia a los comportamientos regulados por normas primarias, mientras que los actos se refieren a comportamientos que son posibles gracias a las normas de competencia. Pues bien, lo que parece pasar por alto Pulido Ortiz es que toda “acción” es también un “acto”. Esto se puede aclarar fácilmente de nuevo mediante un par de ejemplos: disparar a alguien con un arma de fuego puede constituir tanto la “acción” del homicidio como el “acto” de ejecutar una sentencia de muerte; hacer testamento ológrafo es tanto la acción de realizar determinadas figuras en un trozo de papel como establecer a quién legar las propias pertenencias. La realidad es sólo una: todo depende de cómo queramos describirla.

C. Las normas de competencia como normas que establecen condiciones necesarias para la validez de actos normativos

Finalmente, Pulido Ortiz asevera que un acto es válido siempre que se cumplan las condiciones definidas en la norma de compe-

⁴ Carcattera, G., 2014, *Le norme costitutive*, Torino, Giappichelli, pp. 48 y ss.

tencia. Además de que se podría distinguir entre la norma que establece la propia competencia y aquellas que establecen los requisitos para su ejercicio,⁵ lo cierto es que parece llevar su afirmación demasiado lejos: “si un operador jurídico no cumple con las condiciones definidas en las normas de competencia, entonces sus actos no son válidos” (Pulido, 2021, p. 7). Esta afirmación, en principio inocua, puede implicar algunas confusiones si no se tiene en cuenta que en muchas ocasiones las condiciones que establecen las normas que regulan la competencia son condiciones disyuntamente suficientes o, dicho de otro modo, el legislador contempla diferentes formas en las que alcanzar un mismo resultado institucional.

Por ejemplo: el legislador español contempla hasta seis formas diferentes de hacer testamento, todas ellas suficientes para establecer válidamente testamento. De este modo, lo que tenemos son diferentes maneras en las que alcanzar el mismo resultado institucional: testamento. Y otro tanto se podría decir de muchos otros actos jurídicos. Es más, tomadas individualmente, las normas en ocasiones establecen sólo condiciones contribuyentes (condiciones necesarias de una condición suficiente) para la validez de acto. Otro ejemplo: en el sistema universitario español, para obtener la acreditación de “Profesor Titular de Universidad”, se considera que haber dirigido alguna tesis doctoral no es condición necesaria ni suficiente, pero sí es un mérito complementario —es decir, una condición contribuyente— para obtener dicha acreditación.

Pero no se trata únicamente de una cuestión tan particular como las formas de testar o de obtener una acreditación universitaria. En efecto, también respecto de la creación de leyes sucede que existen diferentes formas y/o procedimientos para su creación. De nuevo en referencia al ordenamiento jurídico español, existen al menos tres formas más, además del procedimiento ordinario, para crear una ley ordinaria: mediante el trámite de urgencia, con delegación en comisión y en lectura única. Estas cuatro formas constituyen conjuntos de condiciones disyuntamente suficientes para alcanzar un mismo resultado institucional: la creación de una ley ordinaria.

⁵ Ferrer Beltrán, J., 2000, *Las normas de competencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 129 y ss.

Ello permite poner en cuestión que las condiciones que establecen las normas de competencia sean siempre condiciones necesarias para llevar a cabo actos jurídicos. Por el contrario, parece que en muchas ocasiones el legislador establece caminos paralelos para llevar a cabo un acto jurídico,⁶ o, en ocasiones, elementos que son considerados como normativamente relevantes, pero no necesarios ni suficientes.

Es preciso señalar que este problema en el que incurre Pulido Ortiz no es una cuestión aislada. Por el contrario, es precisamente porque concibe a las normas constitutivas únicamente como condiciones necesarias para la validez del acto jurídico, por lo que se ve obligado a defender la idea de que el ordenamiento jurídico puede calificar el uso de precedentes como meramente autorizado. En efecto, y como veremos en seguida, es perfectamente posible que el seguimiento o no de precedentes no constituya una condición necesaria para la validez o invalidez de la decisión. Ahora bien, ello no implica que no condicione la validez de dichas decisiones de otra manera: como condición suficiente o como condición contribuyente. Y esto es muy diferente de afirmar que está meramente autorizado su uso.

2. La tesis de la trivalencia respecto del seguimiento del precedentes

La segunda cuestión de la que debemos ocuparnos es la tesis de Pulido Ortiz según la cual la regla del precedente —la norma del sistema jurídico que define el funcionamiento normativo de los precedentes— es una norma que puede considerar el seguimiento de precedentes judiciales (definidos como normas, lo que también puede ser objeto de discusión, pero que será mejor dejar para otra ocasión) como vinculante, como admisión o como rechazo. Se trataría de una distinción exhaustiva y excluyente, es decir, el seguimiento

⁶ Si bien este conjunto de condiciones disyuntamente suficientes puede ser reconstruido mediante una única norma que contenga una condición necesaria compuesta por diferentes condiciones suficientes disyuntas, lo cierto es que se trata de una forma algo complicada de reconstruir el derecho.

de precedentes está necesariamente regulado de una de estas tres maneras, y sólo de una de estas tres maneras. Se trata de calificaciones, según Pulido Ortiz, basadas en normas constitutivas, no⁷ en normas prescriptivas.

A. Los tres contenidos de la regla del precedente como exhaustivos y excluyentes

En este apartado me voy a hacer cargo específicamente de la forma en la que la regla del precedente regula el seguimiento o no de precedentes, dejando la cuestión de la necesidad de la regla del precedente para el siguiente apartado.

En primer lugar, es necesario discutir las tesis de la exhaustividad y de la exclusividad; esto es, la tesis según la cual cada una de estas formas de regular los precedentes capturan todas las posibles formas de regulación de los precedentes, y que no es posible que un ordenamiento regule de más de una manera los precedentes. Bien entendido: desde luego, en un mismo ordenamiento puede haber diferentes normas que regulen el uso de diferentes tipos de precedentes, pero Pulido Ortiz se está refiriendo a que el seguimiento del mismo tipo de precedentes, en un mismo ordenamiento, esté regulado de diferentes maneras.

Comencemos por la tesis de la exclusividad.

- i) Según Pulido Ortiz, un sistema puede regular el seguimiento de precedentes de una de estas tres formas, pero sólo de una de estas tres formas. Ahora bien, por un lado, es preciso señalar que la tesis de la exclusividad es justificada por Pulido Ortiz afirmando que, en caso de que fuera regulado de dos maneras diferentes, se produciría una antinomia en la regulación. Sin embargo, no parece que sea imposible que un

⁷ En breve: si sostenemos que los precedentes son normas, no podríamos decir que una misma decisión contiene dos *rationes decidendi*, sino que constituye dos precedentes diferentes. Sin embargo, parece mucho más plausible pensar que una misma decisión, que constituye un precedente, puede contener más de una norma relevante para la decisión de otros casos, es decir, más de una *ratio decidendi*.

ordenamiento regule de manera antinómica el seguimiento de precedentes —o cualquier otro comportamiento—.

Pero, por otro lado, si los precedentes pueden ser tanto vinculantes como autorizados, pareciera que no se daría contradicción alguna entre decir que el comportamiento está meramente autorizado y que es vinculante. En efecto, si los órganos jurisdiccionales tienen autorizado citar precedentes, ello no parece contradecirse de ningún modo con que además estén vinculados a hacerlo. Por supuesto, esta idea está basada con las relaciones entre operadores deónticos, propio de las normas prescriptivas, según la cual el hecho de que un comportamiento sea obligatorio implica también que está permitido (aunque no al revés). De hecho, pese a que Pulido Ortiz tiene clara la distinción entre normas prescriptivas y normas constitutivas, la forma en la que reconstruye los diferentes modos en los que la regla del precedente puede regular su uso parece deudora de una forma prescriptivista de entender tales normas. Y es que Pulido Ortiz parece que se deja arrastrar desde el mundo de la constitutividad al mundo de las normas prescriptivas. “Autorizada”, en el mundo constitutivo, parece jugar en el mismo papel que “permitido” en el mundo prescriptivo.

- ii) Pero tampoco mejoran mucho las cosas desde el lado de la exhaustividad. El problema es que Pulido Ortiz no está viendo todas las posibilidades que ofrece la regulación del seguimiento o no de precedentes. Más allá de que se podría discutir acerca de cuál es el comportamiento exigido por la regla del precedente —mencionarlos, aplicarlos hipotéticamente, emplear normas que sean consecuencia lógica y un largo etcétera—, Pulido Ortiz no tiene en cuenta todas las posibles consecuencias que se podrían seguir del seguimiento (o no) de precedentes.

Por poner algunos ejemplos: un ordenamiento podría considerar que, aunque no vinculen —en el sentido de condicionar de manera necesaria la validez de las decisiones— el hecho de que una decisión siga o no un precedente puede ser justificación suficiente,

no para anular la decisión, pero sí para que aquélla pueda ser recurrida; el seguimiento de precedentes puede ser una condición no para la anulación o la validez de una decisión, sino que su seguimiento puede ser condición (necesaria y suficiente) para que tenga un mayor grado de vinculatoriedad,⁸ finalmente, el no seguimiento de precedentes puede tener como consecuencia que un precedente deje de ser considerado como tal, cayendo en *desuetudo*.

B. La regla del precedente como autorización

El punto crítico de la reconstrucción de Pulido Ortiz es la noción de la regla del precedente como autorización, es decir, “se admite que los operadores jurídicos empleen los precedentes judiciales en la justificación de sus actos, pero sin establecer que los precedentes condicionan la validez de estos actos” (Pulido, 2021, p. 13). Dicho todavía de otro modo, admite su uso por parte de los operadores jurídicos, pero sin vincular: sin condicionar su validez. Aunque podría parecerlo, esta forma de autorización no es un permiso en términos deónticos, tesis que —según el propio Pulido Ortiz— yo habría descartado en un trabajo anterior.⁹ Pero me imputa dos errores: el primero es que la regla del precedente como admisión implicaría, en su reconstrucción de mis tesis, que el uso de precedentes no afecta a la validez de actos jurídicos; pero ello no implica que esté permitida;

⁸ Piénsese en los ordenamientos jurídicos, en los que, para que la doctrina de los tribunales resulte vinculante, aquélla debe ser reiterada en diferentes ocasiones. Pues bien, de este modo, el seguimiento de una decisión previa constituye la reiteración necesaria para que aquélla se vuelva vinculante. No obstante, es preciso no pensar que la reiteración es necesaria para que podamos hablar de precedente. Entre otras razones (Núñez Vaquero, Á. y Arrigada Cáceres, Ma. B., “¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia? Un examen desde la teoría analítica del derecho”, *Ius et Praxis*, año 27, núm. 1, 2021, pp. 86 y ss.), porque el primer tribunal que citase una decisión previa parecería estar incurriendo en un error de derecho.

⁹ Núñez Vaquero, Á., “¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)”, en Núñez Vaquero, Á., Arriagada Cáceres, Ma. B. y Hunter Ampuero, I., *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 333-363.

el segundo de ellos es que, en su reconstrucción de mis tesis, la regla del precedente como admisión no permitiría distinguir entre comportamientos relevantes e irrelevantes institucionalmente.

No creo que tenga demasiado interés dar cuenta de lo que dije en el trabajo al que hace referencia Pulido Ortiz. Me parece mejor hacerme cargo directamente de la cuestión. Ahora bien, para entender la razón por la cual considero que la regla del precedente no puede constituir una mera autorización, es necesario que explique la tesis sostenida en tal trabajo. El objetivo de dicho trabajo era descartar que la regla del precedente pudiera ser reconstruida como una norma prescriptiva; en lo que aquí nos interesa, pretendí descartar que la regla del precedente pudiera ser reconstruida como un permiso (es decir, una norma prescriptiva no imperativa) allí donde no es obligatorio su seguimiento.

El argumento era el siguiente: los permisos pueden cumplir diferentes funciones, pero en este caso la función que podrían cumplir —si la regla del precedente fuera un permiso— es la protección del estatus normativo de determinadas acciones frente a la emanación de determinadas normas. Por ejemplo, la libertad de expresión está positivizada en muchos ordenamientos como un permiso de rango constitucional para que el legislador ordinario no pueda modificar el estatus normativo de la libertad de expresión.

Para aclarar si la regla del precedente podría ser reconstruida como un permiso, lo que hice fue preguntarme cómo estaría calificado deónticamente, en el caso de que seguir el precedente estuviera permitido, la omisión de seguir el precedente. Para no extenderme demasiado, podemos centrarnos en el caso en que tanto la comisión como la omisión de seguir el precedente están permitidos; es decir, el seguimiento de precedente es facultativo. El permiso de (*i. e.* facultativo) seguir el precedente entraría en juego si alguien emplea (o no) un precedente para justificar una decisión jurisdiccional y sucede una de estas dos cosas (o ambas): bien que el sujeto titular del órgano sea sancionado por seguir o no el precedente, bien que su decisión sea anulada por el hecho de seguir (o no) un precedente. Es justo frente a estas dos posibilidades —la sanción y la anulación— como entraría en juego la norma que califica seguir el precedente como facultativo.

Pues bien, más allá de la contingencia de las sanciones,¹⁰ lo que sostengo es que si aquello frente a lo que el permiso protege es contra la emanación de una decisión de revisión que anule la decisión judicial por emplear (o no) un precedente, esta norma no puede ser un permiso. En efecto, las normas que establecen inmunidades —en este caso, la incompetencia del órgano de revisión para anular una decisión sólo por el mero hecho de que otro órgano siguió (o no) el precedente— no son permisos (normas prescriptivas), sino precisamente normas constitutivas.¹¹

Pero en el mencionado trabajo añadía un punto más: decir que la regla del precedente es una constituye una inmunidad todavía no constituye una reconstrucción completa del modo en que los precedentes son normativamente relevantes en nuestros ordenamientos. En efecto, no se trata únicamente de que un órgano de revisión no pueda anular una decisión por el hecho de seguir los precedentes. Esto sería, afirmaba, tanto como decir que no se puede anular una decisión jurisdiccional por el hecho de firmarla con un bolígrafo de tinta verde. Para poder hablar plausiblemente de precedentes, es necesario que el seguimiento o no seguimiento de precedentes tenga relevancia normativa. Y, en este sentido, afirmé que si una decisión es considerada como precedente, entonces cuenta al menos como una condición contribuyente para la justificación de la decisión y, por tanto, de su validez.¹²

¹⁰ Lo que sostuve en el trabajo ya mencionado es que la regla del precedente no puede ser reconstruida como una norma prescriptiva que obliga a seguir el precedente, sino como una norma constitutiva que limita el contenido de las decisiones jurisdiccionales. Además de ser muy poco frecuentes las sanciones a los jueces por saltarse los precedentes y tener carácter pro-futuro, parece que las sanciones a jueces requieren de un elemento subjetivo. También hay que mencionar que un sistema de precedentes podría funcionar exclusivamente con base en normas constitutivas, pero no exclusivamente con base en normas prescriptivas porque, con base en estas últimas, podríamos encontrarnos con jueces díscolos que estuvieran dispuestos a aceptar las sanciones si pueden seguir decidiendo de manera contraria a los precedentes.

¹¹ Para una reconstrucción de la regla del precedente en términos de posiciones hohfeldianas, véase Arriagada Cáceres, Ma. B., “Las dos caras del precedente vinculantes”, en Núñez Vaquero, Á., Arriagada Cáceres, Ma. B. y Hunter Ampuero, I., 2021, *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 365-400.

¹² Aquí, desde luego, estoy presuponiendo la norma según la cual para que una decisión pueda ser considerada como precedente tiene que estar justificada

Pulido Ortiz me imputa dos errores a este respecto.

El primero de los —supuestos— errores que me imputa es que yo había sostenido que del hecho de que un sujeto tenga la competencia para llevar a cabo determinados actos se seguiría que además tiene permitido hacerlo. No creo haber sostenido que del hecho de que un sujeto sea competente para llevar a cabo una acción se pueda inferir que el comportamiento está además permitido, ni viceversa. En cualquier caso, qué haya dicho yo no me parece tan importante como el punto en cuestión: efectivamente, no podemos inferir normas prescriptivas a partir de normas constitutivas, ni viceversa. Sería tanto como pensar que del hecho de que unas palabras que yo he pronunciado cuenten como promesa, y de la definición de promesa, tengo además la obligación de cumplir lo prometido.¹³ Por tanto, me parece que estamos de acuerdo en que la regla del precedente no puede calificar como permitido el comportamiento “seguir el precedente”, y ello no nos dice nada acerca de la competencia.

El segundo de los errores que me imputa es que yo estaría afirmando que una regla del precedente que considera, en los términos de Pulido Ortiz, el seguimiento de precedentes como meramente autorizados los convertiría en irrelevantes. Sin embargo, esta segunda crítica no me parece tal. Pulido Ortiz da perfectamente en el blanco, pero en el sentido de que esto es exactamente lo que yo sostengo.

Recordemos: estamos no en el ámbito de las normas prescriptivas, sino en aquel de las normas constitutivas. Ahora bien, Pulido Ortiz parece incluir un *tertium datur* entre que el seguimiento de precedentes sea vinculante —en el sentido de que condicione la validez del acto— y que estén rechazados —que sea una condición para considerar la decisión como inválida—. Y aquí creo que es donde Pulido Ortiz tropieza al pensar las normas constitutivas en términos de normas prescriptivas.

de algún modo. Esto genera múltiples problemas, que requerirían mayor explicación —en qué sentido ha de estar justificada; si se trata de una justificación gradual, con qué grado ha de estar justificada; la posibilidad de hablar de justificaciones implícitas, etcétera— pero de las que no es posible hacerse cargo ahora. No obstante, tal norma está positivizada en muchos de nuestros ordenamientos.

¹³ Mendonca, D., *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, pp. 39 y ss.

Veamos qué dice Pulido Ortiz para estos casos: “el uso de los precedentes no se constituye «en una razón para anulación de la sentencia»” (la parte entrecomillada corresponde a una cita mía). “Pero, de cualquier manera, es posible que el uso de esos precedentes no afecte la validez de las decisiones judiciales” (Pulido, 2021, p. 14). De este modo, según Pulido Ortiz, cuando la regla del precedente considera su seguimiento únicamente como autorizado, el uso de los precedentes no se constituiría en una razón para la anulación de la decisión: “Puede ser el caso que para el derecho este uso sea irrelevante para la justificación legal de la decisión, pero que lo autorice por otros motivos (v. gr. para respetar la independencia y autonomía judicial)” (Pulido, 2021, p. 15).

En el trabajo que Pulido Ortiz menciona sostuve que si así estaban las cosas, entonces daría lo mismo citar un precedente que no hacerlo; o emplear el refranero español para justificar una decisión: sencillamente no va a ser tenido en cuenta. Si una decisión no puede ser enjuiciada (su validez o corrección) por seguir o no el precedente, no podemos, efectivamente, concluir nada acerca de la validez de dicha decisión: nos dice únicamente que no es un criterio relevante. Ahora bien, no sé si tiene mucho sentido hablar de un “sistema de precedentes” en estos casos. Desde luego, nadie va a anular ni confirmar una sentencia porque cite un pasaje de *El Quijote* en la justificación: sencillamente se va a ignorar a la hora de evaluar su in/validez. Y aquí sucedería algo parecido: no se puede evaluar la validez de una decisión por el hecho de seguir (o no) un precedente.

Ahora bien, entre la posibilidad de que citar un precedente sea irrelevante para la justificación de la decisión (*i. e.* la validez de la justificación de la decisión) y que sea vinculante —en el sentido de que el seguimiento o no del precedente sea condición necesaria para la justificación de la decisión—, parece que hay un importante vacío en el que podemos encontrar muy diferentes posiciones. Mencionaré un caso: es perfectamente posible que el seguimiento de precedentes no sea condición necesaria para la validez de la decisión, pero sí que sea condición suficiente para la justificación de la decisión jurisdiccional (y, por tanto, de su validez). De este modo, por ejemplo, seguir la doctrina de la Corte Suprema garantizaría la corrección material de la decisión jurisdiccional que sigue el prece-

dente y, en este sentido, su validez; no obstante, alejarse de dicha doctrina no sería condición necesaria ni suficiente para que la decisión sea considerada inválida (su no seguimiento no estaría calificado jurídicamente).

El error de Pulido Ortiz es, como vimos en relación con las normas de competencia, pensar que las normas constitutivas sólo pueden condicionar de manera necesaria la validez de los actos jurídicos (*supra*, I.1.C). Desde su punto de vista, si un acto no cumple con todas las condiciones de validez, entonces es nulo. Pero las cosas son un poco más complejas. Es perfectamente posible que una norma venga a condicionar la validez de una decisión jurisdiccional al seguimiento del precedente, pero de manera únicamente suficiente o contribuyente, y que su no seguimiento sea jurídicamente irrelevante.

En definitiva, si Pulido Ortiz me critica porque concibo la regla del precedente como una norma que vincula en todos los casos, si ello quiere decir que la regla del precedente instituye siempre una condición necesaria para la validez de las decisiones que siguen el precedente, entonces estamos de acuerdo. Ahora bien, hay muchas posibilidades entre que el seguimiento sea condición necesaria de la validez o de la invalidez: puede ser condición suficiente o contribuyente tanto su seguimiento como su no seguimiento. No puedo estar de acuerdo con que haya una norma que califique como irrelevante el seguimiento y no seguimiento de precedentes, sencillamente porque creo que en un caso como este carece de sentido hablar de “precedentes”. Si tenemos un sistema de precedentes es porque emplear un precedente marca una diferencia práctica; en caso contrario, ¿en qué sentido dichas decisiones constituirían precedentes?

3. La regla del precedente como norma necesaria

La última tesis de Pulido Ortiz de la que me haré cargo es la tesis según la cual la regla del precedente es una norma necesaria, presente en todos los ordenamientos. Así, la regla del precedente regularía bien como vinculante, bien como autorizado, bien mediante el rechazo, el seguimiento (o no) de precedentes. No se trata, según

Pulido Ortiz, de una norma que, contingentemente, esté presente en todos los ordenamientos jurídicos, tesis que creo poder suscribir. Por el contrario, la tesis de Pulido Ortiz es conceptual, de carácter necesario, o al menos desde que los ordenamientos incorporan el principio de legalidad.

El argumento de Pulido Ortiz se desarrolla de la siguiente manera: en primer lugar, recuerda que la regla del precedente es una norma que establece, por un lado, la competencia de determinados órganos para dictar precedentes; y, por el otro, una norma que viene a regular el uso de precedentes en los términos revisados en el apartado anterior. A saber: la regla del precedente admite su uso, lo considera vinculante o lo rechaza.

Por supuesto, Pulido Ortiz no está sosteniendo que en todos los ordenamientos jurídicos el legislador haya emanado una norma expresa que explícitamente regule el funcionamiento de los precedentes. Por el contrario, su argumento pasa por subrayar que es característica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos que “los poderes o potestades de sus autoridades estén definidos (o constituidos) en normas jurídicas (normas de competencia) que configuran o hacen posible el ejercicio válido de esos poderes” (Pulido, 2021, p. 19). El problema surge, claro está, cuando el legislador guarda silencio y entra en juego el principio de legalidad.

A continuación, afirma, por un lado, que el “concepto precedente judicial supone que existen normas creadas judicialmente que son relevantes para resolver ciertos” (Pulido, 2021, p. 20) y, por el otro, que

...la regla del precedente como admisión... implica que existe una norma de competencia que admite el ejercicio válido del poder de crear precedentes y una norma de competencia (una regla de adjudicación) que concede el uso de precedentes judiciales por parte de los operadores jurídicos (Pulido, 2021, p. 20).

Y a ello añade, con Tamanaha y Waldron, el principio de legalidad como principio rector de los estados de derecho, lo que implica que el ejercicio de competencias ha de estar previamente previsto por alguna norma de competencia.

Aquí hay dos argumentos diferentes que me parece que son aquellos centrales, y de los que es necesario hacerse cargo.

El primero de ellos pasa por afirmar que si hay una norma que otorga la competencia a determinados órganos para establecer precedentes, entonces también hay una norma que regula su uso, y viceversa: si hay una norma que regula el seguimiento de precedentes, entonces hay una norma que otorga la competencia a algún órgano para dictar precedentes.

El segundo argumento es el de la clausura de los sistemas jurídicos competenciales mediante el principio de legalidad; es decir, la tesis según la cual todos aquellos para los que no exista una norma de competencia que los habilite son actos inválidos.

Analicemos el primero de los argumentos: si hay una norma que establece la competencia para dictar precedentes, entonces hay otra que los regula; y si hay una norma que los regula, entonces existe otra que establece la competencia. Pues bien, la primera tesis —si hay norma que otorga competencia, entonces hay norma que regula su ejercicio— es fácil de rechazar toda vez que tengamos en cuenta que los legisladores, en no pocas ocasiones, olvidan establecer ciertas normas. Mejor aún, en ocasiones los legisladores llevan a cabo derogaciones cuyas consecuencias lógicas son desconocidas al momento de realizarlas, y es perfectamente posible que, habiendo competencia para dictarlos, se hayan derogado las normas que regulan el uso de precedentes.

Más claro es aún si cabe un segundo ejemplo: es perfectamente posible que haya una norma que regule el uso de precedentes, pero nadie sea competente para dictarlos. De nuevo, no hay que descartar la posibilidad de que el legislador lleve a cabo derogaciones implícitas; pero hay otros casos que no presuponen el error del legislador. En este sentido, es posible que un ordenamiento prevea el valor a atribuir a los precedentes, pero nadie tenga la competencia para dictar nuevos precedentes en dicho ordenamiento.

El segundo argumento principal de Pulido Ortiz versa sobre el principio de legalidad. El argumento es bastante sencillo, aunque no por ello carente de fuerza: en los modernos Estados de derecho, el ejercicio de poderes normativos ha de estar contemplado por normas de competencia; si un sujeto ejerce un poder normativo sin

norma de competencia que lo habilite, entonces no es un acto válido. Y de aquí infiere que si la dictación de precedentes no está expresamente prevista, entonces entra en juego el principio de legalidad, y considera aquéllos como rechazados.

Aquí no me voy a ocupar de la clausura de los sistemas normativos competenciales, porque la otra autora con la que discute Pulido Ortiz —María Beatriz Arriagada Cáceres— en su trabajo ya se ocupó del tema.¹⁴ Ahora bien, sí es posible añadir dos tesis diferentes.

En primer lugar, si entra en juego el principio de legalidad, entonces no es exactamente que tengamos una regla del precedente como rechazo, sino que, sencillamente, resulta aplicable el principio de legalidad. De este modo, aquí no tendríamos una regla del precedente, sino sólo el principio de legalidad. Del mismo modo que no tenemos una norma que establezca que los alcaldes no pueden realizar declaraciones formales de guerra contra otros Estados, o al Banco de la Nación establecer nuevos impuestos, tampoco tendríamos —o, al menos, no en todos los casos— normas que establecieran el uso de precedentes.

En segundo lugar, esta forma de entender el principio de legalidad parece hacer superfluas las normas que establecen expresamente la incompetencia de determinados órganos para llevar a cabo determinados actos normativos. En efecto, hay normas que antes que establecer la capacidad de un sujeto para llevar a cabo actos normativos, lo que hacen es desautorizar expresamente a dichos órganos. Por ejemplo: el artículo 134.7 de la Constitución española afirma que “La ley de Presupuestos no puede crear tributos”, es decir, desautoriza expresamente al legislador competente para establecer los Presupuestos Generales del Estado la capacidad para crear nuevos impuestos, tasas y contribuciones.

Pues bien: ¿para qué querríamos una norma como la expresada en el anterior enunciado si tuviéramos un principio de legalidad que clausura el sistema competencial de manera tal que todo aquel acto para el que no exista habilitación expresa resulta inválido? Una re-

¹⁴ Arriagada Cáceres, Ma. B., “La clausura de los sistemas de normas jurídicas de competencia. Episodio I: los poderes normativos de las autoridades públicas”, *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 43, pp. 1-23.

construcción como esta del principio de legalidad hace que las normas de incompetencia resulten superfluas.

No tengo dudas de que, toda vez que un ordenamiento jurídico le concede a un órgano la competencia para llevar a cabo actos jurídicos y/o normativos, ello es condición suficiente para que los actos dictados bajo el amparo de tales normas sean actos válidos. De lo que no estoy tan seguro es que sean condición necesaria. Por el contrario, parece que en nuestros ordenamientos nos encontramos con múltiples normas que han sido dictadas, y son consideradas como válidas, sin norma jurídica alguna que las ampare o autorice. En tales casos, parece que es la propia práctica de los jueces —quienes identifican, a través de la hartiana regla de reconocimiento, el conjunto de normas válidas— la que determina cuál es el derecho válido, bien sea pasando por alguna norma de competencia, bien haciendo directamente referencia a la regla de reconocimiento. Y es que, en última instancia, parece necesario hacer referencia, para entender el principio de legalidad o cualquier otro, a qué es lo que hacen los jueces en la práctica.

El trabajo de Pulido Ortiz tiene sin duda grandes méritos, aunque no esté muy de acuerdo con todo el contenido del trabajo. Sospecho, eso sí, que no será el último caso en el que discutamos sobre estos temas, lo que, por supuesto, será todo un agrado.

II. USO DE LOS PRECEDENTES Y RESIGNACIÓN SOBRE LOS PRECEDENTES SEGÚN SILVIA ZORZETTO

El trabajo de la profesora Zorzetto no resulta en absoluto sencillo de comentar. En una primera versión del trabajo me surgieron algunas dudas de carácter teórico-conceptual acerca del alcance de sus tesis. Sin embargo, en la versión definitiva del trabajo, la profesora Zorzetto literalmente ha blindado desde el punto conceptual su trabajo, en la mejor tradición analítica a la que pertenece. Se trata de una trabajo impecable.

Sin embargo, no es su capacidad para aclarar el alcance de los conceptos la única virtud del trabajo de Silvia Zorzetto. Como ella misma indica, su trabajo pretende venir a colmar, al menos en

parte, un flanco que no había sido cubierto por el libro colectivo que la profesora Marina Gascón y yo editamos hace un par de años. Zorzetto hace una contribución neta, haciendo avanzar la línea del conocimiento en cuanto al uso argumentativo de los precedentes. Partiendo del análisis de las decisiones de las Secciones Unidas del Tribunal de Casación italiano, contextualizándola a la luz de la legislación relevante, saca a la luz dos conjuntos de tesis.

El primer conjunto de tesis puede ser calificado como un trabajo de análisis de cultura jurídica (interna) italiana, dando cuenta de los presupuestos y tesis que se traslucen a partir de dichas decisiones sobre el sistema de fuentes, la teoría de la interpretación y otros cuantos asuntos de la máxima relevancia. El segundo conjunto de tesis versa sobre las diferentes formas en las que pueden ser, y de hecho son, empleados los precedentes, identificando un conjunto de formas en las que la jurisprudencia emplea las decisiones de las Secciones Unidas de la Casación italiana.

Ambos conjuntos de tesis están basados en el análisis local italiano, pero —como la propia autora menciona— pueden ser en alguna medida universalizables. Mientras que podría ser más discutible el carácter más o menos general respecto de las cuestiones de cultura jurídica interna —por su propia naturaleza, contingentes de cada lugar y época—, el análisis de los diferentes tipos de argumentos basados en el precedente es sin duda generalizable; si no en términos de cómo operan realmente los operadores jurídicos de un determinado ordenamiento (diferente del italiano), sí desde luego de los usos argumentativos posibles a partir de precedentes. Con todo, tengo alguna duda acerca de si algunos de los diferentes usos podrían colapsar unos con otros; pero ante la ausencia de una clasificación exhaustiva de los modos en los que pueden ser usados los precedentes,¹⁵ creo que es mejor pecar de multiplicación de categorías que de reductivismo: ya habrá tiempo para las sutilezas analíticas al respecto. Creo que Zorzetto ha expandido así el ámbito de las

¹⁵ Un trabajo similar, aunque en términos más centrados en el análisis de las formas lingüísticas, fue llevado a cabo por Juan Vío Vargas (“La práctica de citar sentencias pasadas como modelo de precedentes en Chile”, en Núñez Vaquero, Á., Arriagada Cáceres, Ma. B. y Hunter Ampuero, I., *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 279-302).

investigaciones sobre la argumentación con base en precedentes de la cual algunos sólo habíamos arañado la superficie.

Así las cosas, no me queda mucho por decir, salvo por algunos detalles, aunque creo que no son precisamente menores. Y es que al trabajo de la profesora Zorzetto subyacen un par de tesis que tienen más importancia de lo que podría parecer, y que sirven para arrojar dudas acerca —no de la plausibilidad de su trabajo, sino— de la viabilidad de los sistemas de precedentes bien ordenados. La primera tesis versa sobre las condiciones de existencia de los precedentes; la segunda de ellas podría ser calificada como un irreductible pesimismo —antes que sobre la capacidad del precedente para regular de manera definitiva los casos— sobre las capacidades humanas a la hora de tomar decisiones jurisdiccionales. Para sacar a la luz ambas tesis, habrá que fijarse en los detalles, pero sin descontextualizar la pretensión descriptiva del trabajo de Zorzetto.

1. La relevancia de las decisiones pasadas

En el metódico trabajo de Zorzetto hay, como ya se ha anunciado, una primera tesis, que llama —o debería llamar— la atención del lector/a:

Sin embargo, en el momento en que se adopta cada decisión, nadie puede saber si sus resoluciones serán compartidas por los demás tribunales, por lo que, en este sentido, puede existir, a lo sumo, una expectativa o deseo de facto por parte del emisor de que su decisión se convierta en un precedente para los demás (Zorzetto, 2021, p. 8).

Esta afirmación es de la máxima importancia, en el trabajo de Zorzetto, pero también, y más en general, para la comprensión de cómo funcionan los precedentes en nuestros ordenamientos.

Lo que viene a sostener Zorzetto es, entonces, que el hecho de que una decisión jurisdiccional cuente como precedente depende, en última instancia, de que la resolución sea compartida por los demás tribunales y/o por la comunidad jurídica en general. Dicho de otro modo: uno puede intentar crear un precedente, pero nada garantiza

que lo vaya a conseguir, incluso aunque haya sido el órgano de cierre del ordenamiento.

Si uno asume un punto de vista mínimamente empirista, esta afirmación parece del todo sensata: es completamente cierto que una decisión jurisdiccional puede que sea completamente ignorada, incluso aunque sus autores hayan tenido la intención de que la decisión contara como precedente; y de hecho, esto sucede en no pocas ocasiones. En efecto, para que una decisión jurisdiccional cuente como precedente es necesario que aquélla no sea sistemáticamente ignorada. Ahora bien, de lo que no estoy tan seguro es de que para que una decisión empiece a contar como precedente es necesario que aquélla sea aceptada.

Nótese, no obstante, que una cosa es sostener —como hace Zorzetto— que la suerte de una decisión para convertirse en precedente depende de su aceptación por parte del resto de operadores jurídicos; pero otra muy diferente es afirmar que un precedente puede dejar de ser considerado tal por pérdida de eficacia; esto es, por *desuetudo*. Siguiendo en la misma línea de alguna forma de empirismo que creo que comparto con Zorzetto, pareciera que el medio para saber si un precedente ha sido aceptado o no entre el resto de operadores jurídicos es porque ha sido empleado en una decisión jurisdiccional. No teniendo acceso a los estados mentales de los jueces, parece complicado imaginar de qué otra forma cabría saber si aquél ha sido o no aceptado si no es porque ha sido aplicado.

Pero aquí es donde se empiezan a complicar las cosas. Zorzetto podría replicar —siguiendo voces más que autorizadas, como la de Taruffo—¹⁶ que el precedente sólo nace al momento de ser empleado por algún operador jurídico posterior. Antes, no obstante, de dilucidar este asunto, es conveniente preguntarse si lo mismo se podría decir de las leyes. ¿Alguien diría que una ley no se convierte en tal hasta que no ha sido aceptada y, por tanto, aplicada? Creo que sólo un empirista radical escéptico estaría dispuesto a aceptar una tesis así.¹⁷

¹⁶ Taruffo, M., “La jurisprudencia entre casuística y uniformidad”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 27, núm. 2, pp. 12 y ss.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Troper, M., “Una teoría realista de la interpretación”, *Ensayos de teoría constitucional*, Ciudad de México, Fontamara, pp. 37-62.

Pero uno se pregunta por qué si esta tesis resulta absurda al hablar de la ley no lo resulta también para hablar de precedentes.

La razón, se podría argumentar, es que mientras que tenemos normas que confieren potestades al parlamento para dictar leyes, no tenemos normas que otorguen competencia para dictar precedentes. Pero aquí, de nuevo, conviene recurrir al sano empirismo antes mencionado: ¿seguro que los jueces y el resto de los operadores jurídicos no están empleando algún criterio —es decir, una norma— para identificar determinadas decisiones como precedentes? Mi sospecha es que, más allá de cuáles sean las normas concretas empleadas por los operadores jurídicos italianos, no parece que seleccionen aleatoriamente sentencias para considerarlas como precedentes, sino que recurren a algún criterio; esto es, a normas para identificar qué decisiones cuentan como precedentes. Pero entonces, si es así, si hay criterios para identificar qué decisiones cuentan como precedentes, podemos afirmar que hay sujetos que tienen la competencia para dictar precedentes.

En este mismo tono escéptico, también debemos leer otras dos afirmaciones de Zorzetto acerca de los precedentes. La primera de ellas es una afirmación que, a falta de mejor denominación, llamaré de “filosofía de la historia jurídica”. A saber: según Zorzetto, un sistema de precedentes bien ordenado (nos ocuparemos más adelante de este punto, *infra* II) tiene que —en el sentido de que no es posible que sea de otra manera— nacer “desde abajo: mediante la creación de una cultura jurídica y judicial lo más sensible, aguda, previsor y responsable posible” (Zorzetto, 2021, p. 29). Desde luego, si para que una decisión cuente como precedente depende de la aceptación de los demás, entonces es perfectamente coherente pensar que la única forma de que un sistema de precedentes funcione es porque se ha producido previamente un cambio en la cultura jurídica que lo posibilita.

Ahora bien, nuevamente, ¿tendría sentido plantear la misma afirmación respecto de las leyes emanadas por el parlamento? No estoy para nada seguro de que todos los cambios profundos que se han producido en nuestras culturas jurídicas hayan sido “desde abajo”. Sí, por ejemplo, sucedió así, “desde abajo”, con los procesos de constitucionalización del derecho. Pero también tenemos ejemplos de

lo contrario, como con los procesos de codificación que fueron producto del legislador, y que tuvieron un enorme impacto en la práctica de los operadores jurídicos.¹⁸ Sin embargo, Zorzetto desconfía, y me parece que injustificadamente —como veremos en el siguiente punto de este comentario— de que sea posible crear un sistema de precedentes ordenados.

La segunda afirmación, coherente con la tesis de la necesidad de aceptación por parte del resto de operadores jurídicos para que una decisión judicial cuente como precedente, es aquella de la debilidad del argumento —como medio de emplear los precedentes— *ex-auctoritate* (Zorzetto, 2021, p. 21). En efecto, la aceptación por parte de los operadores jurídicos para que una resolución judicial cuente como precedente y el argumento *ex-auctoritate* están en las antípodas de las formas de concebir el derecho. Incluso, la propia Zorzetto llega a afirmar que es posible que un principio jurídico, desvinculado de los hechos del caso, se independice de la propia decisión en la que fue formulado. Lo que vale, por decirlo de algún modo, es el contenido, no el hecho de que una norma haya sido empleada (o meramente) formulada por un órgano jurisdiccional; ni siquiera cuando se trata de las Secciones Unidas de la Casación italiana.

Si bien entiendo, y comparto en alguna medida, que los precedentes pueden ser empleados como argumentos de autoridad, no estoy para nada seguro de que sea una buena forma de presentar el uso de los precedentes. La razón es que el argumento *ex-auctoritate* suele ser presentado¹⁹ conjuntamente con el recurso al derecho extranjero y, sobre todo, con el recurso a la ciencia del derecho y/o la dogmática jurídica. Ahora bien, colocar ambos argumentos (un precedente y la dogmática jurídica) bajo la misma rúbrica resulta *fuorviante*, porque se trata de autoridades en sentidos muy diferentes. En este sentido, mientras que el recurso a la dogmática se basa en que las propuestas de solución de los casos tienen cierta calidad (epistémica o moral), en el caso del precedente se trata de una

¹⁸ Caroni, P., 2013, *Lecciones de historia de la codificación*, Dykinson, Madrid, pp. 43 y ss.

¹⁹ Tarello, G., 2018, *La interpretación de la ley*, Lima, Palestra, 2013, p. 334; Guastini, R., *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, Puno, Zela, p. 193.

solución... ¡proveniente de un órgano creado (o reconocido) por el propio ordenamiento jurídico! Y un precedente goza, al menos, de este tipo de autoridad, independientemente de la calidad de su contenido.

En este sentido, no parece imposible que haya un precedente, pero aquel sea considerado como un mal precedente.²⁰ Si es posible que tengamos decisiones consideradas como precedentes porque satisfacen determinados criterios de identificación pese a ser consideradas como malas decisiones, me parece que es porque la autoridad de los precedentes no proviene de alguna supuesta calidad o virtud (moral o epistémica). Si este fuera el caso de los precedentes, Zorzetto tendría razón al afirmar que el argumento *ex-auctoritate* es débil. Ahora bien, cuando, en favor de un tipo de decisión, se aduce un precedente, lo que se hace es invocar la decisión de un órgano creado (o al menos reconocido) por el ordenamiento jurídico. No estamos, entonces, apelando a las virtudes de un órgano, sino que se trata de una interpretación auténtica, al menos en el sentido kelseniano.²¹

En efecto, la propia Zorzetto se encarga de decir que aunque se admite un escepticismo convencionalista en materia de interpretación, se considera que las Secciones Unidas ofrecen la interpretación “más exacta” (p. 21). Si así están las cosas, entonces parece que el argumento *ex-auctoritate* basado en el precedente no es tan débil. Se trata de una decisión interpretativa a la que el ordenamiento le reconoce algún valor normativo, aunque sea sólo para el caso concreto. Pero si dotamos de generalidad a dichas interpretaciones es porque pensamos que es bueno que haya uniformidad en la interpretación de los textos normativos establecida por un órgano.

No cabe duda de que una decisión de las Secciones Unidas puede ser radicalmente ignorada por el resto de los operadores jurídicos. Ahora bien, ello no impide reconocerla como precedente, al menos

²⁰ De hecho, no son pocos los precedentes de la cultura jurídica estadounidense que son considerados como malos precedentes por buena parte de los órganos judiciales, pero, aun así, los siguen considerando como tales. Piénsese, por ejemplo, en el asedio al que está siendo sometido en los últimos años el precedente *Roe vs. Wade*.

²¹ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, pp. 351 y ss.

al momento de ser dictada. En efecto, cuando los operadores jurídicos entran a evaluar la aceptabilidad de una decisión jurisdiccional, ya están empleando una serie de criterios que permiten reconocer a la decisión como un precedente. De este modo, es posible identificar una decisión jurisdiccional como un precedente más allá del futuro acto de aceptación y aplicación por parte del resto de los operadores jurídicos. En caso contrario, nos veríamos obligados a sostener, entre otras cosas, que el primer juez que emplea una determinada decisión para justificar su propia decisión está incurriendo en un error de derecho, porque en realidad no estaría empleando un precedente.

2. *Un exceso de pesimismo sobre el futuro de los sistemas de precedentes*

En este segundo punto me quiero hacer cargo del pesimismo (¿o tal vez realismo?) que subyace a algunos comentarios de la profesora Zorzetto en relación con la posibilidad de tener un sistema de precedentes bien ordenado. Lo primero que hay que hacer, entonces, es señalar qué entiende Zorzetto por un sistema de precedentes bien ordenado. Afirma que tener un sistema de precedentes (bien) ordenado

...significa asumir que los precedentes no son simplemente un hecho caótico, que no hay simplemente una acumulación de decisiones *de facto*. Hablar de un sistema implica, de hecho, la existencia de criterios y vínculos de ordenación. Esto es aún más cierto si se plantea la idea de un sistema “bien ordenado”, que es una noción llena de valor (p. 12).

Tengo dudas sobre a qué se refiere exactamente la profesora Zorzetto cuando se refiere a “la existencia de criterios”; pero parece claro que cuando menciona los “vínculos de ordenación” está pensando en relaciones de jerarquía (material)²² entre los precedentes que establezcan cuál, entre diferentes precedentes conflictivos (*i. e. sus rationes decidendi*), hay que aplicar. Pues bien, en primer lugar,

²² Guastini, R., 2016, *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, pp. 207 y ss.

cabría preguntarse cuáles serían dichos vínculos de ordenación. De hecho, existen varias opciones: desde la pura ponderación de precedentes conflictivos aplicables a un mismo caso, hasta el uso de los criterios tradicionales de resolución de antinomias. No obstante, en este último caso es preciso subrayar que tales criterios adquieren algunas particularidades cuando son empleados en el contexto de los precedentes y sus *rationes decidendi*.²³

En segundo lugar, es preciso cuestionarse si estos vínculos de ordenación tienen o no carácter derogatorio, es decir, si el hecho de que dos precedentes choquen implica la derogación de alguno de ellos. La cuestión no es en absoluto baladí, porque —si tuviera efectos derogatorios— una sola decisión aislada podría dar al traste con una serie de precedentes que no podrían volver a ser citados. Evidentemente, no se puede acusar a la profesora Zorzetto de no haber especificado más estos criterios y sus efectos, lo que implicaría matar a la mensajera, dado que el problema se encuentra en la indeterminación que sufren nuestros sistemas de precedentes.

Ahora bien, en tercer lugar, me parece que un sistema de precedentes bien ordenado requiere, además de “existencia de criterios y vínculos de ordenación”, de algo más. En particular, me estoy refiriendo a normas de cambio, y especialmente de derogación, de precedentes. En efecto, una de las razones por las que los precedentes en Italia, España o Chile parecen un cajón de(-)sastre, es porque no están claras las condiciones bajo las cuales un órgano puede dictar un precedente especial (hacer un *distinguish*) o directamente derogar un precedente (*overruling*).

²³ Por poner sólo un par de ejemplos. En primer lugar, el principio de jerarquía puede ser predicado de las normas individuales producto de las decisiones que son consideradas como precedentes, o bien de los textos normativos a partir de los cuales se formulan las *rationes decidendi* de los precedentes. De este modo, cabría duda de las relaciones de preferencia entre un precedente dictado por un órgano de primera instancia que interpreta la constitución frente a un precedente de un tribunal constitucional que dicta una norma que colma una laguna legal. En segundo lugar, el principio de especialidad —en el que la profesora Zorzetto es una experta (*La norma speciale*, ETS, Pisa, 2011)— puede adquirir un significado diferente cuando estamos frente a órganos jurisdiccionales que tienen un ámbito material de competencia muy especializado, como los tribunales ambientales en Chile, o los juzgados españoles de violencia sobre la mujer.

Retomando la metáfora hartiana acerca de los sistemas primitivos de derecho (en general),²⁴ los sistemas de precedente requieren tanto de normas que permitan identificar cuáles son los precedentes (regla de reconocimiento) como saber quién está en disposición de crear nuevos precedentes y derogar los ya vigentes (reglas de cambio). Y, por supuesto, quién está vinculado —y con qué efectos por su comisión y/o omisión— a seguir los precedentes.

Sin embargo, la profesora Zorzetto es bastante escéptica frente a la posibilidad de construir un sistema bien ordenado de precedentes. No se trata ya, ni sólo, de que los sistemas de precedentes deban ser contruidos “desde abajo” (Zorzetto, 2021, p. 29), sino que

[i]ncluso si el carácter vinculante de los precedentes jurisprudenciales fuera establecido en abstracto por un principio o una metanorma, se aplicaría siempre *ceteris paribus*: sería un principio o una metanorma defectuosa o derrotable de la que uno puede y debe apartarse siempre que considere que hay mejores razones para decidir lo contrario (Zorzetto, 2021, p. 27).

La razón principal de Zorzetto para tal afirmación es, creo, que

...cada caso de la vida es “único”, las decisiones judiciales son una parte ineliminable de cualquier derecho vigente... La justicia-igualdad (generalidad) exige, de hecho, que los casos similares se regulen de forma similar, y que las diferencias entre los casos y su tratamiento sean conmensurables y proporcionadas. Esto implica que ninguna decisión, si ha de ser justa o correcta según el derecho, puede tomarse en el vacío, independientemente de la regulación de otros casos... Puede conducir a argumentar más desde la perspectiva de la analogía, la proporción, la igualdad, etcétera (valorando generalmente las similitudes) o, por el contrario, más desde una perspectiva distintiva (en general, destacando las diferencias) (Zorzetto, 2021, p. 28).

Ahora bien, aquí no estamos únicamente frente a que los casos son únicos, o que las decisiones no deben ser tomadas en el vacío normativo. No creo que sea posible estar en desacuerdo con afir-

²⁴ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 113 y ss.

maciones de carácter tan general. El problema es que lo que está presuponiendo Zorzetto no es únicamente que, de hecho, los jueces italianos tomen en consideración la singularidad de cada caso, sino que es imposible que no lo hagan. Dicho de otro modo: dado que hay que tomar en cuenta las circunstancias del caso, y que el legislador que ha formulado expresamente una regla del precedente no es un ángel perfecto, necesariamente se trata de una norma derrotable, que deja —y debe dejar— abierta la posibilidad de que el juez del caso concreto tome en cuenta como relevantes otras propiedades y se aleje del precedente (idealmente, de manera justificada).

Planteadas así las cosas, claro que es imposible un sistema bien ordenado de precedentes. Siempre estará abierto a que el juez *a quo* tome en consideración hechos y circunstancias que no habían sido tenidas en cuenta a la hora de dictar el precedente. De este modo, parece que los jueces, todos los jueces, han de ser competentes para decidir seguir o no un precedente dependiendo de las circunstancias del caso. Especificando en términos de precedentes interpretativos, cada juez (todo juez) ha de ser competente para establecer la interpretación que resulte más adecuada y, de este modo, conseguir la justicia material del caso, distinguiendo los casos diferentes aparentemente iguales.

Ahora bien, esta no me parece en absoluto una tesis descriptiva ni conceptual, sino una toma de posición ideológica (de ideología jurídica) de la profesora Zorzetto. Son estas últimas conclusiones las que hacen indeseable un sistema de precedentes bien ordenado. En efecto, a estos comentarios de Zorzetto subyace una ideología particularista según la cual es el juez del caso concreto quien debe apreciar cuáles son las circunstancias relevantes de cada caso. De esta forma, los precedentes —y la regla del precedente— han de funcionar como un principio o directriz al que se debe tender, pero sin sacrificar nunca la justicia del caso concreto.

Ahora bien, esto no es que haga imposible, como afirma Zorzetto, un sistema ordenado de precedentes, sino que lo haría, como se ha dicho, indeseable. Ahora bien, ¿estamos seguros de que preferimos que sean todos y cada uno de los jueces quienes vuelvan a reabrir cuestiones zanjadas por las Secciones Unidas del Tribunal de Casa-

ción? ¿No sería más sensato que sean los órganos de última instancia los que dicten normas de carácter general para guiar el resto de casos sin reabrir las cuestiones? Además de que es más que discutible que la cercanía con el caso nos coloque en una mejor posición (moral o epistémica) acerca de cuáles son las circunstancias relevantes, esto implica una renuncia a aquello que son los valores que promueve tener un sistema de precedentes.

Desde luego, un sistema de precedentes promueve la igualdad en sentido formal, aunque ello no implica necesariamente que se sacrifique la justicia material. Además, supone un importante freno a la arbitrariedad judicial, y en un país como Italia, con lugares en los que existe un gigantesco retraso judicial, también vendría a dotar de mucha mayor eficiencia a la toma y justificación de decisiones. No parece buena idea minusvalorar sus virtudes, aunque ello implique el sacrificio de otros valores.

No existe, como afirma Zorzetto, un sistema perfecto. Pero de aquí no podemos concluir que no sea posible un sistema bien ordenado de precedentes. Lo que sucede es que ello implica algunas tomas de posición en favor de algunos valores en detrimento de otros. Pero no existe ninguna imposibilidad, ni lógica ni axiológica, en realizar una apuesta desde el ámbito legislativo que limite las competencias de los jueces para interpretar de la manera que ellos mismos consideren más oportuna los textos legislativos, colmar lagunas, etcétera, en favor de las interpretaciones establecidas en los precedentes de las Secciones Unidas de la Casación.

De ninguna manera esto implica que la interpretación de los órganos de última instancia sea ni la más justa ni la correcta. Pero no es esta la pregunta importante. Aquella que sí lo es si preferimos que sea cada juez del territorio quien tenga la competencia para decidir qué interpretaciones son las más convenientes, o si han de ser los órganos de última instancia quienes lo decidan de manera general.

Estoy seguro de que esta ha sido una excelente oportunidad para discutir algunas de las tesis del trabajo de la profesora Zorzetto, pero del mismo modo que con Pulido Ortiz, deseo que no sea la última. Con los buenos amigos, siempre da gusto.

III. REFERENCIAS

- ARRIAGADA CÁCERES, Ma. B. (2021), "La clausura de los sistemas de normas jurídicas de competencia. Episodio I: los poderes normativos de las autoridades públicas", *Revus-Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 43.
- ARRIAGADA CÁCERES, Ma. B. (2021), "Las dos caras del precedente vinculantes", en NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro *et al.*, *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CARCATTERA, G. (2014), *Le norme costitutive*, Torino, Giappichelli.
- CARONI, P. (2013), *Lecciones de historia de la codificación*, Madrid, Dykinson.
- FERRER BELTRÁN, J. (2000), *Las normas de competencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GUASTINI, R. (2016), *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- GUASTINI, R. (2018), *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, Puno, Zela.
- KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa.
- MENDONCA, D. (2011), *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- MORESO, J. J. y VILAJOSANA, J. Ma. (2005), *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2021), "¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)", en NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro *et al.*, *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro y ARRIGADA CÁCERES, Ma. B. (2021), "¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia? Un examen desde la teoría analítica del derecho", *Revista Ius et Praxis*, año 27, núm. 1.
- TARELLO, G. (2013), *La interpretación de la ley*, Lima, Palestra.
- TROPER, M. (2004), "Una teoría realista de la interpretación", *Ensayos de teoría constitucional*, México, Fontamara.

Vío VARGAS, J., “La práctica de citar sentencias pasadas como modelo de precedentes en Chile”, en NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro *et al.*, *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch.

ZORZETTO, S. (2011), *La norma speciale*, Pisa, ETS.